

DANILO KNIJNIK
Mestre (UFRGS). Doutor (USP). Advogado

A PROVA NOS JUÍZOS CÍVEL, PENAL E TRIBUTÁRIO



Rio de Janeiro
2007

Capítulo III

OS MODELOS DE CONSTATAÇÃO E AS PROVAS INDICIÁRIAS

3.1. Prova indiciária e formação do convencimento judicial

Podendo o convencimento judicial ser formado a partir de indícios, até porque a prova indiciária não é “prova menor”, no âmbito do livre convencimento, daí não está autorizado seu uso *ad hoc*. Pelo contrário, maiores cautelas devem ser adotadas, notadamente no que se refere ao modelo de constatação aplicável.

Com efeito, “para que o fato desconhecido possa reputar-se provado por presunção simples, não basta apresentar-se como consequência possível ou mais ou menos provável do fato conhecido. A mera possibilidade de ocorrência de um certo fato não pode ser considerada suficiente para reputá-lo ocorrido (...). Para que a presunção assuma relevância probatória, exige-se algo mais. Requer-se não apenas que o fato ignorado esteja no âmbito das consequências possíveis, mas em grau de probabilidade tal, que induza o convencimento racional de que o fato desconhecido tenha efetivamente ocorrido. É no grau da relação de inferência, entre o fato conhecido e o desconhecido, que repousa a força demonstrativa deste meio probatório. Quanto maior a chance de que o fato ignorado seja consequência do fato conhecido, maior a relevância probatória da presunção”.¹

A questão fundamental, assim, é definir quando uma probabilidade dada por indícios “é suficiente para supedanear uma presunção válida e, assim, integrar a prova”.²

- 1 MANZONI, Ignazio. *Potere di accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell'iva*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 188.
- 2 MANZONI, Ignazio. *Potere di accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell'iva*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 188.

Não obstante a importância da questão, observa-se que os indícios serão ou não suficientes conforme o modelo de apreciação adotado. Por exemplo, examinando-se separadamente cada indício, posso não me convencer da ocorrência do fato desconhecido; porém, examinando-os em conjunto, poderei chegar à conclusão diversa. Daí se vê que a metodologia de avaliação é fundamental, não podendo, destarte, ficar atrelada à subjetividade de quem está julgando. Aliás, já se afirmou que o “não-estabelecimento de uma regra precisa e rigorosa”, em prol da “solução de confiar ao juiz a valoração última do cálculo, constitui um cómodo ‘escamotage’”.³

Nesse sentido, um bom ponto de partida está na consideração feita por Scapini, para quem, apesar de o art. 192, inc. II, do CPP e o art. 2.729 do CC italianos usarem formulações semelhantes – exigindo precisão, gravidade e concordância dos indícios; e apesar de o procedimento gnoseológico do juiz ser idêntico no crime e no cível – o método de apreciação dos indícios não é, nem pode ser o mesmo nesses domínios. Pergunta ele: “Os indícios de que cuida o art. 192, inc. II, do CPP podem ser identificados com as presunções simples (*presumptio hominis*) a que se refere o art. 2.729 do Código Civil? A nosso ver, resposta negativa se impõe, uma vez que, embora sendo comum o procedimento gnoseológico do juiz (evoluir do fato conhecido ao fato desconhecido, segundo uma regra inferencial obtida a partir de uma máxima da experiência), é diverso o conceito de *fato certo* como ponto de partida no processo civil ou no processo penal.”⁴

Na verdade, são três os métodos (ou teorias) de apreciação dos indícios, quais sejam, a) tradicional; b) eclético (também chamado mediano); e c) de múltipla conformidade (também chamado da convergência ou da confluência positiva). Esses métodos propõem diferentes formas de examinar os indícios.

Pela *teoria tradicional*, cada indício deverá reunir, em si, as três características da precisão, gravidade e concordância. Segundo Tonini, tal orientação, concebida originariamente para o processo penal, tem sido, mesmo aí, abandonada, em face de seu extremo rigor. Contudo, a jurisprudência eventualmente ainda faz dela aplicação: “No procedimento indiciário, o próprio indício deve ser sempre real, certo e unívoco para atingir o grau de elemento probatório; de outro lado, para os fins da prova, exigem-se vários indícios graves, unívocos e concordantes, valorados no seu

conjunto unitário (Cass. Seção II, 8 de fevereiro de 1991, Ventura, *in* Max. Cass. Pen., 1991, 7, 45)”.⁵ Ou seja, não pode haver uma atividade de suplência pela análise do conjunto dos indícios. Cada indício tem isoladamente de ser preciso, grave e concordante (com o *fato probando*), levando cada um, isoladamente, à certeza do fato desconhecido. Portanto, somente um conjunto de indícios, cada um deles, levando a essa certeza, pode autorizar a formação do juízo de fato em relação ao evento ignorado. Não é possível obter a concordância a partir de um cotejo entre as circunstâncias indiciantes, de forma que uma complete a outra.

Diverso é o enfoque preconizado pela *teoria eclética ou mediana*. Aqui, a valoração dos indícios dá-se em duas etapas: primeiro, analisa-se cada indício; depois, o conjunto deles. Assim, num primeiro momento, “deve-se valorar, isoladamente, cada um dos indícios em termos de precisão e gravidade, assim entendido que cada indício deve ser certo no seu ponto de partida e deve estar provado de maneira absolutamente rigorosa a existência da circunstância indiciante (por exemplo, deve estar certo que Tício viu Caio nas cercanias do lugar do crime); além disso, o indício deve ser grave, no sentido de que a regra de experiência comum, lógica ou científica, deve extrair da circunstância indiciante um número relativamente restrito e preciso de conseqüências, excluindo-se do elenco de indícios todas as regras excessivamente vagas”. Vencido esse juízo inicial, utilizando os indícios que resistiram ao exame de gravidade e certeza, passa-se à “valoração em termos de concordância, de tal modo a restringir o campo das múltiplas probabilidades a uma única certeza”.⁶ Assim, sendo cada indício certo e preciso, pode-se obter a concordância a partir do conjunto. Paradoxalmente, uma conseqüência dessa teoria consiste na exclusão do juízo de fato baseado em apenas um indício, mesmo que certo e grave, por necessitaria uma pluralidade de indícios para realizar o juízo de concordância (entre os indícios).⁷

Trata-se de tese com grande apoio jurisprudencial, daí afirmar-se: “Certeza, univocidade e concordância; se os dois primeiros requisitos podem reputar-se intrínsecos, no sentido de que devam qualificar a circunstância observada, o terceiro é seguramente extrínseco, no sentido de que a concordância deve ser medida com outros indícios, dado que todos devem

3 *Id.*, p. 85.

4 SCAPINI, Nevio. *La prova per indizi...*, p. 109.

5 TONINI, Paolo. *La prova penale*, p. 41.

6 TONINI, Paolo. *La prova penale*, p. 41.

7 SCAPINI, Nevio. *La prova per indizi...*, p. 130.

convergir para um mesmo resultado heurístico (Cassação, Seção IV, 25 de março de 1992, *in* Cass. Pen., 1994, 368)”; “na prática, frente a uma pluralidade de indícios, o juiz deve proceder, em primeiro lugar, ao exame parcelar de cada um deles, identificando todas as vinculações lógicas possíveis, e declarando, então, a gravidade e a precisão, que é diretamente proporcional à nitidez de seus contornos (...); deve, por último, proceder à síntese final, declarando se os indícios examinados são concordantes, isto é, se podem ser vinculados a uma única causa e a um só efeito e colocados todos, harmonicamente, num único complexo, do que, segundo a lei e mais ainda segundo a lógica, seja possível extrair a existência ou, pelo contrário, a inexistência de um fato (Cass. Seção VI, 23 de fevereiro de 1995, Doria, *in* Mass. Cass. Pen., 1995, 7. 19)”.⁸

Aliás, já a evolução de uma para outra teoria representa um movimento que se convencionou chamar de “*relativização histórica do juízo de gravidade dos indícios*”, pelo qual “os indícios são constituídos por circunstâncias, vinculadas ou vinculáveis a um determinado fato, cuja característica normal é que, valoradas isoladamente, possam ter explicações diversas daquelas inerentes ao fato a ser demonstrado, mas, valoradas globalmente, segundo critérios de lógica comum, tornam-se idôneas a constituir aquela ‘relevante probabilidade’ da subsistência do fato”.⁹

Entretanto, uma *terceira teoria – múltipla conformidade* – afigura-se bem mais flexível. Sua pedra de toque é um procedimento de fase única (lembremo-nos que a teoria eclética preconiza duas fases de análise): “A prova indiciária deve emergir de uma valoração global, unitária, dos indícios: devem ser certamente *graves, precisos e concordantes, mas sempre no seu conjunto, não isoladamente*. Esta é a teoria da ‘convergência dos múltiplos’: o que vale é apenas o resultado final da operação de co-valorização dos indícios. Portanto, um indício não-grave, ou não-preciso, tem valor, apenas, se é capaz de, junto com os demais que o integrem e o completem, levar a um juízo de certeza.”¹⁰

Sobre isso, existem numerosos precedentes na Itália: “O juízo de gravidade, precisão e concordância é fruto de uma valoração unitária e sintéti-

ca, não atomizada, de todos os elementos objeto de consideração, de modo a permitir o preenchimento das lacunas que cada elemento fatalmente carrega consigo (Cass. Seção I, 5 de março de 1991, Calò, *in* Cass. Pen., 1992, 1010).” Tem-se por consequência que “pode ser possível atingir, presuntivamente, a prova do fato ignorado, dessumindo-a de um único fato conhecido, particularmente significativo e relevante, assim como pode ocorrer que a prova seja obtida com o concurso de mais fatos (certos ou conhecidos), ainda quando todos eles sejam inidôneos, de per si, a embasar uma válida presunção. Fatos, *de per si*, pouco indicativos podem, no seu complexo, tornar-se probantes”.¹¹

É interessante notar que a múltipla conformidade aplica, ao campo probatório, noções algébricas: obtém resultados “da concatenação dos indícios, que sua simples soma não chegaria a produzir”. Constroem-se “cadeias dedutivas”, substituindo “o velho critério matemático da soma dos indícios por um implícito critério exponencial”.¹² Para seus defensores, “o requisito da concordância não exige a necessária presença de mais presunções a favor do enunciado factual a ser demonstrado, mas a necessidade de decidir, com base na valoração complexiva das várias argumentações inferenciais eventualmente disponíveis”.¹³

Veja-se que a arte da combinação já ocupava os juristas medievais. “A questão”, informa Rosoni, “é complexa; a análise dos juristas faz por complicá-la, apresentando-se, enfim, como questão aberta”.¹⁴ Grandino, em acusação de homicídio, entendia probatória a soma de “*inimidade, o ser visto brandindo uma espada ensangüentada, a fuga e a voz pública*”.¹⁵ Bartolo sustentou que, “se as provas imperfeitas não podem levar à perfeição, produzem, graças à sua união, (...) uma *probatio* anômala”. Contudo, os juristas medievais desconfiavam da prova indiciária, já que, “por mais numerosos e graves que possam resultar, não poderão jamais atingir o nível

11 MANZONI, Ignazio. *Potere di accertamento...*, p. 191

12 ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt...*, p. 20.

13 LUPI, Raffaello. *Método induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 214.

14 ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt...*, p. 84.

15 Naturalmente, os tratados também examinavam os contra-indícios. Jacopo Novelli, no *Tractatus aureus defensionem*, afirma que a presunção poderá ser afastada, se provado que o acusado não é inimigo do morto, o acusado foge porque foi perseguido, ou porque segue alguém – p. ex., o homicida (ob. cit., p. 202).

8 TONINI, Paolo. *La prova penale*, p. 42; MANZONI, Ignazio. *Potere di accertamento...*, p. 189.

9 BEVERE, Antonio. *Coercizione personale; limite e garanzie*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 39.

10 *Id.*, p. 42.

aquele que sozinho na prova, em conjunto, provam

de prova plena”.¹⁶ Mas o aforisma “*quae singula non prosunt, collecta uiuant*”,¹⁷ acabou por se instalar, ficando consolidado a partir já em 1800.¹⁸

Muitas foram as críticas à “arte da soma”. Voltaire vociferou: “Nós admitimos semiprovas, que, no fundo, não são senão dúvidas; mas em Toulouse nós admitimos um quarto e um oitavo de provas. Nós já ouvimos, por exemplo, a assertiva de que um *ouvir dizer* é um quarto, um outro *ouvir dizer* mais vago é um oitavo; de sorte que oito rumores que não são mais do que um eco de um ruído infundado podem resultar numa prova completa”,¹⁹ surgindo longos catálogos, para identificar quando os indícios poderiam subsidiar uma condenação. Consta que um certo Brissot de Warville, no século XVIII, teria dito que “nós procedemos ao cálculo, do qual depende a

16 ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt...*, p. 125.

17 A polêmica, entretanto, vai longe. Menochio introduz a chamada presunção violentíssima, mas não indubitável, que poderia ensejar uma condenação. Veja-se a discussão da época: “Agostino refere-se ao exemplo do homem que foge de um local, tendo na mão uma espada ensanguentada, onde outro é encontrado morto: a *presumptio hominis* que o indica como autor do homicídio, comumente admitida, é violentíssima.” Bonfranceschi, porém, objeta que, embora violentíssima, não é indubitável, havendo “erro ou hipótese de mal-entendido” (ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt...*, p. 146). É, pois, confusa a doutrina medieval e, na prática, “é o juiz que escolhe segundo o critério que lhe parece ditado pelo caso concreto, e é sempre o mesmo juiz a avaliar se existem as condições que lhe sugerem usar a sua autonomia de juízo” (*Id.*, p. 148).

18 Veja-se, nessa direção, as seguintes assertivas: Pagano: “Os indícios podem, e devem, acoplar-se entre si, para ter-se a certeza moral (...) da soma dos indícios diversos nasce uma maior probabilidade.” Brugnot: “Também dois indícios urgentíssimos podem, às vezes, segundo alguns, produzir certeza moral.” Enfim, nos tribunais “prevalece não tanto o fundamento lógico das teorias (...) mas (...) sua prática aderência às exigências da realidade, da razoabilidade e da justiça” (ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt...*, p. 140). Em numerosas hipóteses, passa-se a admitir a prova indiciária leve para suportar condenação em casos graves (*criminis difficilis probationis, crimina atrocita, atrocissima*). Contudo, Von Spee, em 1600, sustentava precisamente o contrário, ou seja, quanto mais grave o delito, maior deve ser a exigência probatória: “Em qualquer delito, ordinário ou extraordinário, não é lícito instruir um processo em contraste com o que a razão e a moral prescrevem. Quanto muito, sustenta Von Spee, referindo-se, surpreendentemente à autoridade de Farinaccio, o agravamento teria razoabilidade unicamente no âmbito da pena, quando o delito seja provado. Mas, para além de vozes não numerosas, e de todo modo relativamente tardias, se concorda, unanimemente, com a mais ampla e arbitrária valoração dos indícios, motivada pela odiosidade do crime” (ob. cit., p. 197).

19 Voltaire, *Sur le livre des délits et des peines*, apud ROSONI, Isabella. *Quae singula non prosunt...*, p. 92.

vida de um homem, sem ter absolutamente qualquer fixação. Temos nós uma tábua onde possamos apreciar o valor real dos indícios, sejam simples, sejam combinados? (...) Não, uma tábua como essa não será que uma quimera dos criminalistas. Esses índices variam em razão das circunstâncias, e essas variações produzem imprevisíveis combinações”.²⁰

Assim que, examinadas as três metodologias propostas pela doutrina, fica de plano evidente que a “múltipla conformidade” é incompatível com o processo penal. Certo, como anota Antonio Bevere, em se tratando de processo penal cautelar, é perfeitamente possível a atividade de suplência dos indícios através de seu conjunto, porque, nesse caso, a “(...) qualquer elemento que por si só seja inidôneo para atingir o umbral da gravidade, se correlacionado e associado a outras circunstâncias significativas a cargo do réu, corretamente concorre à valoração do complexo indiciário que leva ao convencimento do juiz sobre a existência dos pressupostos legitimadores da medida cautelar pessoal (Cassação, Seção I, 13 de junho de 1994, Ferraro, *ivi*, nº 198.947)”.²¹

Mas o processo penal condenatório é avesso a tal atividade de suplência *contra reo*, mormente porque o modelo de constatação aplicável ao processo penal indiciário é o da *prova incompatível com qualquer hipótese de inocência (ao menos a nosso ver)*.²² Assim, é inviável realizar-se o que a jurisprudência italiana denominou de “trabalho lógico-indutivo de *reductio ad unitatem*”.²³ Afinal, nesta sede “é politicamente mais importante, todavia, assegurar-se sua impunidade do que julgá-la através da violação das leis, já que de outro modo o Estado de Direito perderia grande parte de sua essência”.²⁴ Deve prevalecer a teoria mediana, o que também afasta a condenação com base em um só indício.

20 Ob. cit., p. 205.

21 BEVERE, Antonio. *Coercizione personale...*, p. 36.

22 Em que pese exigir a certeza do fato conhecido, sustenta RUSSO, Vincenzo. *La prova indiziaria...*, p. 185, que, “sucessivamente, pode dar-se a superação da relativa ambigüidade indicativa de cada indício singular, aplicando-se a regra metodológica fixada no art. 192, inc. II, do CPP. Deve, pois, proceder-se ao exame global e unitário, através do qual a relativa ambigüidade indicativa de cada elemento probatório pode resolver-se; porque na valoração complexiva, cada indício soma-se e integra-se com os demais, de maneira que o conjunto pode assumir aquele expressivo e unívoco significado demonstrativo, que admite reputar atingida a prova lógica do fato”.

23 Apud BEVERE, Antonio. *Coercizione personale...*, p. 41.

24 PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable...*, p. 552.

Diferente é a situação no processo civil. Nele, não há razões materiais para impedir o juiz de proceder a uma avaliação que se poderia denominar “conglobante” na apreciação dos indícios: mesmo que falte o requisito da gravidade para cada peça indiciária, o julgador poderá supri-la mediante a combinação de todos os elementos disponíveis, desde que concordantes entre si e conducentes à certeza exigida segundo o modelo de constatação aplicável (*preponderância de provas ou prova clara e convincente*). Apenas não se pode, como a seguir examinado, dispensar a *certeza* da circunstância indiciante, sob pena de configurar-se a chamada *presumptum de presumpto*. Aliás, é importante lembrar que o art. 212, inc. IV, do Novo Código Civil é expresso em admitir a prova do fato jurídico mediante presunção. Dito de outra forma, o processo civil recepciona a múltipla conformidade.

A título de exemplo, tome-se em consideração a recusa da parte em submeter-se a determinado exame (sangue, numa ação cível; bafômetro, numa ação penal). O fato conhecido – *recusa* – recebe interpretações diferentes numa e noutra sede:

“PROCESSO CIVIL. PROVA. RECUSA DO RÉU EM SUBMETTER-SE AO EXAME PERICIAL. No contexto da prova indiciária desfavorável ao réu, por si insuficiente para a certeza da imputação da paternidade, a recusa em submeter-se ao exame pericial faz certo, do ponto de vista processual, o que já era provável; paternidade reconhecida. Agravo regimental não provido.”²⁵

“PENAL E PROCESSUAL. SERVIDOR PÚBLICO. NOTIFICAÇÃO PRELIMINAR. ART. 514 DO CPP. INQUÉRITO. CONDUÇÃO DE VEÍCULO SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. ART. 306 DA LEI Nº 9.503/97. PROVA. INSUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. TESTE DE BAFÔMETRO. DIREITO À RECUSA. RESISTÊNCIA. DESACATO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. (...) Não há obrigatoriedade de algum indivíduo submeter-se ao teste de bafômetro, pois apresenta-se como direito público subjetivo a não-realização de provas contra si, ou seja, auto-incriminação, consubstanciado no art. 5º, incisos LV, LVII e LXIII, da CF/88, representando uma limitação ao Poder Estatal, inclusive quanto à perseguição penal.”²⁶

A recusa foi a mesma, aqui e ali. E é de se convir que a recusa da parte em submeter-se a um exame, por si só, não é suficiente para afirmar, nem a paternidade – no caso cível – nem a embriaguez, no caso penal. Entretanto, no primeiro caso, admite-se uma atividade de suplência, incompatível com o segundo. O que variou? A teoria que presidiu a utilização da prova indiciária.

Em resumo, pode-se propor uma teoria probatória que, relativamente à prova indiciária, opere da seguinte forma:

PROCESSO	TEORIA
PENAL CONDENATÓRIO	Mediana
PENAL CAUTELAR	Múltipla conformidade
CIVIL DE CONHECIMENTO	Múltipla conformidade
CIVIL CAUTELAR	Múltipla conformidade

3.2. A oposição ao juízo de fato indiciário

Do modelo proposto, pode-se deduzir que a discussão, em contraditório, acerca da consistência e validade de um raciocínio indiciário envolverá o debate de pelo menos cinco questões, a saber:²⁷

3.2.1. A correta qualificação do raciocínio probatório como presunção ou presunção de segundo grau

As partes devem discutir e verificar, no caso concreto, se o raciocínio proposto qualifica-se como *presumptum de presumpto* (v. *infra*), ou verdadeira *prova indiciária*, constatando a *certeza* histórico-naturalística do fato conhecido, à base do juízo probatório. Verificado que o “fato conhecido” também envolve presunção, deve ser rechaçado, por ilegal, o raciocínio indiciário em questão.

3.2.2. A correta verificação dos requisitos de concordância, precisão e gravidade dos indícios através de método de análise adequado

As partes devem verificar e debater, à luz da relação jurídico-substancial, o acerto do método empregado (*tradicional, eclético, múltipla confor-*

²⁵ AgRg. nº 459.353/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma do STJ.

²⁶ Ap. nº 200172000023412/SC, Rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado, 7ª Turma do TRF-4ª.

²⁷ Defendendo um modelo de verificação com base em quatro critérios, v. MANZONI, Ignazio. *Potere di accertamento...*, p. 195.

midade) na formalização do juízo de fato, devendo esse módulo ser expressamente declinado na motivação da decisão, lembrando que, via de regra, o processo civil é compatível com a múltipla conformidade, enquanto que o processo penal reclama a teoria eclética.

3.2.3. A consistência da máxima de experiência utilizada na conclusão pelo fato ignorado

Superadas as etapas anteriores, as partes devem examinar a consistência da regra de experiência utilizada no juízo probatório, para aferir-lhe seu caráter de necessidade (v. *infra*, teoria das máximas da experiência).

3.2.4. A verificação da natureza das dúvidas remanescentes

Considerando-se que o raciocínio indiciário envolve um elevado grau de intelecção, não podendo arredar aprioristicamente todas as possibilidades de erro, devem as partes finalmente cotejar as dúvidas remanescentes com o contexto processual pertinente (processo civil comum, processos civis especiais e processo penal), verificando se foi atingida a suficiência do modelo de constatação aplicável a cada um deles (*preponderância, prova clara e convincente, prova acima da dúvida razoável* e, para que o admita, *prova incompatível com hipótese diversa da que é proposta*).

3.2.5. A existência de prova contrária à presunção

Finalmente, vencidas as operações anteriores, as partes ainda podem examinar se não existem contraprovas, ainda que indiciárias, que prejudicam as conclusões inferenciais que seriam extraídas da máxima aplicada. A prova contrária, afastando a conclusão gerada pela máxima de experiência, prevalece sobre o raciocínio lógico-indiciário.²⁸

²⁸ Convém lembrar-se, nesse tópico, que, “excluindo qualquer possibilidade de prova contrária, as presunções legais absolutas se apresentam, por isso mesmo, *constitucionalmente ilegítimas*. Nem nos parece que se possa invocar, pelo contrário, aquelas superiores exigências de ‘certeza e simplicidade da relação tributária’, que, segundo a Corte, são indispensáveis a uma arrecadação solícita dos impostos. Para salvaguardar o interesse do erário, não é absolutamente necessário fazer-se recurso a presunções legais absolutas. Um sistema de presunção relativa, como tais implicando a inversão da prova a cargo do contribuinte, parece instrumento muito mais que idôneo a satisfazer, se presentes, as invocadas exigências de certeza e brevidade do tráfego fiscal” (MANZONI, Ignazio. *Potere di accertamento...*, p. 182).

O modelo de controle fundado nos cinco itens, acima citados, permite maior objetividade no tratamento da prova indiciária pelos sujeitos processuais.

3.3. *Presumptum de presunto* (presunção da presunção) e prova indiciária. Necessidade de manter firme a distinção entre ambas

Erro comum consiste na equivocada utilização da chamada *presumptum de presunto* (presunção da presunção, presunção de segundo grau ou presunção secundária), como se de prova indiciária se tratasse. Convém distinguir tais categorias jurídico-probatórias.

Nesse sentido, abandonada a distinção entre prova direta e indireta, viu-se que a diferença entre ambas recai não no objeto, mas no sujeito, levado que é a uma atividade intelectual mais complexa na última. Assim, se uma testemunha afirma ter visto alguém danificando um objeto, bastará ao juiz concluir, por força da credibilidade do depoente, que foi a pessoa mencionada que danificou o objeto; se, porém, a testemunha afirmar que viu alguém deixando o local do dano, portando um instrumento contundente, será necessária uma “inferência de segundo grau”: o juiz emprestará credibilidade à testemunha, tomará por verdade o que ela diz (primeira inferência) e considerará que, por ter sido visto com o objeto cortante, a pessoa indicada foi quem danificou o bem (segunda inferência). Eis aí o *indício de segundo grau*.

Nos *indícios de segundo grau*, ao contrário dos indícios juridicamente válidos, o ponto de partida não é um fato certo, mas um fato incerto ou presumido, também estabelecido por presunção. Nesse ponto, a assertiva de Scapini é esclarecedora: “Na perspectiva de evitar o incentivo ao erro judiciário, ao qual poderia conduzir uma quase que ilimitada liberdade do julgador na valoração dos elementos processuais sob seu exame, pontualizou-se, sobretudo, o conceito de indício, entendido como circunstância certa da qual se tira, por indução lógica, a prova da subsistência do fato a ser provado, para distingui-lo da simples suspeição, que é apenas uma indicação de possível, não de provável, responsabilidade, e constitui, pois, uma simples hipótese. Questão fechada da construção é, pois, a certeza judicial da circunstância indiciante, cuja correlação com o fato *probandum* seja tal que exclua a possibilidade de solução diversa.”²⁹

²⁹ SCAPINI, Nevio. *La prova per indizi...*, p. 56.

Aqui, o “fato certo”, que deveria estar à base da inferência, foi também obtido a partir de indícios. E, a serem aceitos, a “liberdade probatória significará liberdade da fantasia; e racional convencimento significaria arbítrio”.³⁰ Nesse sentido, em interessante estudo, Vincenzo Russo, dissertando para o processo penal, assinala que “na ótica garantista do novo código de processo, isso significa que o juiz, num mecanismo de prova indiciária, pode fundar o seu convencimento no sentido da afirmação da responsabilidade penal do acusado somente quando a acusação esteja servida de fatos historicamente certos, de consistente validade probatória e dotados de significado unívoco”.³¹

A necessidade do fato certo impede a aceitação dos indícios de segundo grau. Segundo o mesmo autor, não existe “fungibilidade entre os dois termos”, porque, enquanto a *presumptum de presunto* “é o resultado de um processo intuitivo que se desenvolve de um modo não perfeitamente consciente, e não necessariamente é reportado para fatos e elementos concretamente acertados ou verificados, freqüentemente assim prescindindo desses elementos”, “o indício, pelo contrário, implica sempre a existência de um dado concreto, no sentido de que, também quando são apenas aparentes, os indícios – sob o perfil lógico, racional e sobretudo empírico, são verificáveis na sua natureza objetiva, na sua realidade; requisitos, vice-versa, ausentes na dinâmica, de natureza subjetiva e psíquica, da suspeita, cujo fundamento é sobretudo uma intuição incontrolável”.

Um exemplo de utilização de indícios de segundo grau está no convencimento formado exclusivamente com base em estatísticas e médias. É o caso, por exemplo, de um lançamento fiscal baseado na circunstância de que os preços praticados pelo contribuinte divergem substancialmente das médias do setor, levando a um reajustamento de seu faturamento. Pois bem, “em que limites, pergunta-se, pode considerar-se legítimo tal modo de proceder?”³²

Partindo-se do pressuposto de que o raciocínio indiciário não pode prescindir de um fato naturalístico certo, conforme examinado, deve-se excluir procedimentos presuntivos que infiram o fato desconhecido de médias ou dados estatísticos “pela simples e decisiva razão que as médias e dados estatísticos são intrinsecamente insuscetíveis, pela sua natureza

mesma, de revestir os elementos de um fato certo e conhecido, que (...) deve estar necessariamente à base de um procedimento demonstrativo por presunção simples”. De fato, “médias e dados estatísticos não são fatos”, mas “representam, por definição, meras abstrações que, embora baseadas sob dados e elementos de fato tirados da realidade, não têm necessariamente correspondência com a realidade”.³³

A maioria da doutrina rechaça a utilização dos indícios de segundo grau. A propósito, no *processo tributário*, Manzoni assevera que “o procedimento presuntivo deve, em todo caso, basear-se, como ponto de partida, em fatos certos ou conhecidos, ou seja, de fatos ou situações de fato da vida social que tenham adquirido certeza sob um ponto de vista da realidade histórico-naturalística. Esse elemento não pode experimentar exceções. Como há tempos definiu a Corte de Cassação, se as presunções são a consequência que o juiz extrai de um fato conhecido para chegar a um fato desconhecido, é indiscutível que, no esquema da prova indireta, os elementos que constituem a premissa devam ter o caráter da certeza e da concretude”.³⁴ Deve-se ter presente que “a certeza dos pressupostos de fato não pode ser posta em discussão, não sendo possível, por definição, construir uma presunção sob premissas que não sejam certas”.³⁵

Da mesma forma, *no processo penal*, “é evidente que o indício de segundo grau não pode ter relevância, porque o indício mediato não está ligado ao fato-crime, mas está ligado a um indício de primeiro grau que a sua vez é indiretamente conexo ao fato-delito, tanto que a correção entre o indício direto e o indício indireto deve ser demonstrada com o concurso de outros indícios de primeiro grau e assim o indício de segundo grau é simplesmente uma suspeita (...). De fato, se o elemento indiciante não é certo, não pode sequer considerar-se verdadeiro e propriamente um indício, colocando-se muito mais como hipótese de pesquisa, ou como suspeita, e possivelmente tal que prejudique a mesma certeza da demonstração que se pretenderia sobre ele fundar”.³⁶

Também Ricci opõe-se à utilização dos indícios de segundo grau *no processo civil*, afirmando que “o motivo de proibir-se uma presunção da presunção (*presumptio de presumptum*) foi claramente explicado por

30 SABATINI, *apud* SCAPINI, Nevio. *La prova per indizi...*, p. 59.

31 RUSSO, Vincenzo. *La prova indiziaria...*, p. 23.

32 MANZONI, Ignazio. *Potere di accertamento...*, p. 201.

33 *Id.*, p. 201.

34 MANZONI, Ignazio. *Potere di accertamento...*, p. 193.

35 *Id.*, p. 194.

36 RUSSO, Vincenzo. *La prova indiziaria...*, p. 34.

Andrioli. Estabelecido que a presunção deve originar-se de um fato certo, para chegar a um fato ignorado, não pode existir presunção se não houver um fato certo de partida (...) como observa Montesano, somente configurando-se um fato certo à base da presunção (...) pode salvar-se as partes da prática eliminação de todas as suas garantias defensivas, o que ocorre quando um resultado probatório é determinado exclusivamente por um processo subjetivo mental do julgador (...). Esta última situação é justamente aquela que se verificaria se o fato, que constitui a base da inferência presuntiva, fosse definido com recurso a outras presunções, já que o mecanismo lógico de comprovação de um fato seria produto exclusivo da mente do julgador (...).³⁷⁻³⁸

No direito brasileiro, tais conclusões se aplicam inteiramente. A proibição da chamada *presumptum de presumptum* pode ser inferida, relativamente ao processo penal, do art. 239 do CPP, segundo o qual “considera-se indício a *circunstância conhecida e provada*, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias”. No momento em que se exige que a circunstância indiciante seja conhecida e provada, exclui-se, no âmbito do processo penal, os indícios de segundo grau. No processo civil, inexistente regra expressa, mas, no momento em que a *presumptum de presumptum* não corresponde à estrutura da prova indiciária, mas à suposição, deve-se excluí-la do rol de expedientes aptos a formar o juízo de fato, podendo servir, apenas, como argumento de prova, o mesmo valendo para o processo tributário, cujo modelo de constatação é bastante mais exigente.

De todo modo, é fundamental que a categoria seja conhecida e definida pelos aplicadores, devendo ser justificada, no caso concreto, a sua utilização eventual.

3.4. Prova testemunhal indireta

Conexo aos indícios de segundo grau é o chamado depoimento “de relato”, “*de auditu*”, “indireto” ou “de ouvir dizer”. Trata-se da introdução, em juízo, de um depoimento no qual se relatam proferimentos feitos por

um terceiro. Trata-se do “*testemunho de um testemunho*”, em que há, por assim dizer, um “*diafragma narrativo*”.

No direito medieval, houve grande resistência à sua aceitação. Sustentava-se, à luz da concepção aristotélica, que a testemunha apenas poderia falar sobre o que proviesse de sua percepção sensorial.³⁹ Duas obras notabilizaram-se por esse ponto de vista: o *Ordo iudiciarius*, de Tancredi (1216); e o *De probationibus*, de Lanfranco de Oriano (1584). À época do delírio classificatório da prova legal, aumentou a franca hostilidade à testemunha *de auditu*, a ponto de ser considerada “indício precário”. Farinacci, por exemplo, afirmava que, quando uma testemunha comparece em juízo, suas hesitações, seu embaraço ou outros indícios de insinceridade poderiam ser observados pelo juiz (...). Contudo, todas essas garantias de verdade do testemunho se evaporam quando o juiz se baseia em uma testemunha que apenas repete declarações feitas por outras fora de juízo.⁴⁰

Com a introdução do princípio da livre convicção do juiz, essa forma de depoimento passou a ser admitida na França e na Alemanha,⁴¹ enquanto que, na *common law*, como regra, há vedação: “Trata-se de regra de exclusão probatória, que proíbe a introdução no processo, como prova dos fatos, de afirmação que não provenha diretamente daquele que está fornecendo a prova oral”,⁴² fundada “no perigo de erros e distorções que cresce proporcionalmente ao número das sucessivas passagens pelas quais a declaração é repetida”. E “o risco mais grave consiste em inviabilizar-se um efetivo contra-exame da testemunha *de relato*, que não percebeu o fato, o evento ao qual se referiu o seu depoimento”.⁴³ Mas tantas são as exceções que se mostra até discutível aludir-se a uma verdadeira proibição na *common law*.

A propósito, entendemos haver sólidas razões para afastar-se, como regra, o depoimento *de relato*.

Em primeiro lugar, porque se trata de uma espécie de prova testemunhal “extraprocessual”, pois que o verdadeiro depoente pronuncia-se fora do processo, sem qualquer submissão a suas regras.⁴⁴

39 BALSAMO, Antonio et al. *La prova per sentito dire; la testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 83.

40 BALSAMO, Antonio et al. *La prova per sentito dire...*, p. 87.

41 *Id.*, p. 53.

42 *Ib.*, p. 56.

43 BALSAMO, Antonio et al. *La prova per sentito dire...*, p. 57.

44 Sobre isso, CENDON, Paolo. *La prova testimoniale nel processo penale*. Padova: Cedam, 1999, p. 16.

37 RICCI, Gian Franco. *Le prove atipiche*. Giuffrè, 1999, p. 335.

38 Contra, admitindo o uso de presunções de segundo grau, v. LUPI, Raffarello. *Método induttivi...*, pp. 214-217.

Em segundo lugar, é inviável submeter o testemunho *de auditu* ao contraditório, inclusive para saber se a testemunha está ou não dizendo a verdade: “A prova produzida é apenas testemunhal indireta, ou seja, testemunhas que referem terem ouvido falar. No âmbito da *common law* tal tipo de depoimento – denominado *hearsay testimony* – é inadmissível porque impede o contraditório: a testemunha apenas diz que ouviu falar do assunto, impedindo-se, assim, uma averiguação para saber se a testemunha estava falando a verdade ou não. Como nessa circunstância não se pode exigir informações detalhadas da testemunha, para perceber se há coerência ou contradições em seu depoimento, torna-se quase impossível afirmar que a testemunha falou ou não a verdade.”⁴⁵

Se no processo civil tal prova é de ser rechaçada (ou, quando muito, empregada como mero argumento de prova), menos ainda poderá ser utilizada no âmbito do processo penal. A esse respeito, a legislação italiana consagrou um interessante modelo, proibindo, em regra expressa, o depoimento *de auditu* sobre proferimentos feitos pelo réu a respeito do objeto do processo. A razão é simples: admiti-los é violar o direito à autodeterminação do réu entre silenciar ou colaborar. Banida tal prova, evita-se que, por meio de depoimento indireto, sejam contornadas garantias individuais do imputado, especificamente o direito ao silêncio. Aqui, o valor tutelado identifica-se com a autonomia do réu em dar declarações aos órgãos de investigação.

45 Ap. Civ. nº 71000393694, Rel. Juiz Eugênio Fachini Neto, Turma Recursal do TJRS. Segundo o precedente, tais elementos não podem fundar, de ordinário, o convencimento judicial, servindo como argumento de prova: “Assim, uma prova testemunhal exclusivamente indireta, sem outros adinículos probatórios, só excepcionalmente pode servir de apoio sólido para um veredicto judicial.” Da mesma forma, na Ap. Civ. nº 97.005606-0, Rel. Des. Solon d’Eça Neves, 4ª Câm. Civ. do TJSC, assim ementado: “Apelação Cível – Ação de dissolução de sociedade (...) Falta de comprovação da existência da sociedade (...) Ação improcedente (...) A sociedade de parceria agrícola pode ser comprovada mediante prova testemunhal, mas esta de forma escorreta e indubitável, não se admitindo nessa relação a prova conclusiva por dedução”, constando do voto que “*não há como admitir-se a prova por ouvir dizer*”. Ainda, HC nº 77.987, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma do STF: “TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PROVA. Toda e qualquer condenação criminal há de fazer-se alicerçada em prova robusta. Indícios e o fato de se ouvir dizer que o acusado seria um traficante de drogas não respaldam pronunciamento judicial condenatório. (...)”

O modelo parece justo, podendo ser recepcionado no direito brasileiro pela cláusula que veda a auto-incriminação (art. 5º, inc. LXIII, da CF).⁴⁶ Assim, a tutela do silêncio do acusado impede que dele se obtenham informações não espontâneas, privilegiando-se, portanto, o mecanismo direto de interrogatório formal,⁴⁷ no qual se expressa a decisão livre de falar ou não. Tal maneira de encarar o problema enseja, entre nós, uma revisão da questão do depoimento de policiais. Caso se refiram a proferimentos informais do acusado, não poderão ser acatados, sob pena de violar-se justamente o direito a essa opção livre e consciente, entre falar ou não falar.⁴⁸ Daí existir uma diferença fundamental entre a testemunha *de relato* policial e aquela *de quivis de populo*.

Naturalmente, essa restrição não se aplica aos casos em que o proferimento do acusado seja o próprio objeto a provar (p. ex., o proferimento nos delitos de injúria, calúnia, difamação, ameaça etc.), ou quando se busque demonstrar que o réu, num determinado momento, fez determinadas declarações⁴⁹ não respeitantes ao próprio processo. Nesse caso, não é a verdade do objeto proferido, mas o próprio proferimento que está em jogo.⁵⁰

46 Embora a cláusula constitucional defina que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, a Suprema Corte interpretou o preceito como extensivo a qualquer situação em que haja algum tipo de investigação.

47 BALSAMO, Antonio *et al.* *La prova per sentito dire...*, p. 149.

48 Nesse particular, merece referência a Sentença XXIV, proferida em 1992 pela Corte Constitucional italiana, declarando a ilegitimidade do dispositivo que vedava aos agentes policiais prestar depoimento sobre declarações feitas por depoentes. Entendeu a Corte que uma exclusão desse tipo violaria o princípio da igualdade (CENDON, Paolo. *La prova testimoniale...*, p. 24): “Não se pode sustentar, sequer em via de mera abstração, que os integrantes da polícia judiciária devam reputar-se menos confiáveis que a testemunha comum, prescindindo da patente absurdidade de tal hipótese, que resultaria na insanável contradição com o papel e a função que a lei atribui à polícia judiciária.” Tal sentença gerou forte controvérsia (ob. cit., p. 26), objetando-se, a nosso ver acertadamente, que os conhecimentos hauridos pelos agentes policiais o são no exercício de um poder, como “*longa manus* investigativa do Ministério Público, do que decorre, fatal e fisiologicamente, que as informações serão procuradas e obtidas num enfoque acusatório” (ob. cit., p. 27).

49 BALSAMO, Antonio *et al.* *La prova per sentito dire...*, p. 163.

50 Daí CENDON, Paolo. *La prova testimoniale...*, p. 16: “Diferentemente no caso em que as declarações de outrem venham referidas apenas ao escopo de demonstrar que foram feitas, prescindindo-se da veracidade de seu conteúdo. Aqui se estaria no âmbito da prova testemunhal.”

Da mesma forma, são permitidos depoimentos *de auditu* quanto a atos comunicativos de conteúdo performativo, ou seja, proferimentos que não visam propriamente a relatar algo, mas a executar, consumir.

Nesse sentido, Balsamo noticia decisão da Corte de Cassação da Itália, autorizando a introdução em juízo de um depoimento *de relato* a respeito de declaração feita pelo réu a policiais disfarçados de consumidores de entorpecentes, sob o argumento de que “tal proibição diz respeito, apenas, às declarações representativas de fatos precedentes e não, também, às condutas e declarações que acompanham tais condutas, dando-lhe significado, ou as declarações programáticas de futuras condutas”.⁵¹

Assim, a referência “de relato” ao discurso “bom dia... onde está? Trouxeram a coisa?” diante de um envelope com drogas insere-se numa declaração performativa, caracterizando-se mais como um fato e não propriamente como um relato. Assim, no processo penal, a proibição não se estende informações performativas,⁵² não havendo qualquer razão para excluí-las do processo civil.⁵³

51 Sez. IV sent. N. 1732, 1997.

52 Não obstante, a jurisprudência italiana considerou admissíveis: “a) declarações que, tendo conteúdo confessional, foram feitas antes do início das investigações; b) declarações feitas a um companheiro de cela, enquanto está em curso o procedimento (...); c) declarações feitas pela parte ao juiz civil e declarações feitas pelo falido ao curador falimentar” (BALSAMO, Antonio *et al.* *La prova per sentito dire; la testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 167). Como se vê, trata-se de construção imperfeita. As três hipóteses têm conteúdos comunicacionais e não poderiam, a nosso juízo, ser levadas ao processo, pois nada mais representariam que uma burla ao princípio do livre-arbítrio quanto a colaborar ou não, quanto a auto-incriminar-se ou não. Nesse caso, a proibição deveria prevalecer.

53 Essa foi a orientação do STJ, ao considerar ilícitas as referências feitas por policiais sobre declarações não performativas do imputado, obtidas informalmente: HC nº 32.056/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma do STJ: “*HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. (...) ILICITUDE DA PROVA. RECONHECIMENTO. IRRELEVÂNCIA NO JULGADO. (...) Caracteriza prova ilícita o depoimento prestado por Delegado de Polícia, relativamente à ‘conversa informal’ que manteve com indiciado, na fase inquisitorial”; HC nº 22.371/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª Turma do STJ: “*HABEAS CORPUS*. (...) PROVA ILÍCITA. CONFISSÃO INFORMAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DESENTRANHAR DOS AUTOS OS DEPOIMENTOS CONSIDERADOS IMPRESTÁVEIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, INCISOS LVI E LXIII. 1 – Torna-se inviável o conhecimento de *habeas corpus*, se o pedido não foi enfrentado pelo Tribunal de origem. 2 – A

É bem ver que o legislador italiano, no § 4º do art. 195 do CPP, estabeleceu uma proibição de depoimento policial, que, como vimos, a Corte Constitucional arredou. Assim, deve-se afirmar que “a proibição de testemunho indireto não se referirá indistintamente a qualquer conhecimento proveniente de terceiros (...) obtida por força da atividade investigativa, mas apenas aquelas que tenham sido obtidas, ou devessem ter sido obtidas, mediante um ato típico, preordenado à atividade desenvolvida”.⁵⁴ Ou seja, impõe-se à polícia o dever de documentar seus atos, não podendo deixar de fazê-lo, para, depois, em substituição, seu agente oferecer depoimento *de relato* a respeito. Assim, “a eventual falta de formalização do ato cognoscitivo deve ser imposta à excepcionalidade das circunstâncias; do contrário, se ofereceria ao agente policial uma cômoda via de fuga, para subtrair-se à obrigação de conduzir e documentar secundum legem o exame da futura testemunha”.⁵⁵

Da mesma forma, não pode ser aceito o depoimento *de relato* da chamada “voz pública corrente”, que desnatura a prova testemunhal, “comportando a introdução, em juízo, de fontes assimiláveis aos escritos anônimos: trata-se de simples falatórios fundados em referências genéricas, tiradas de fontes incontroláveis e incontroladas”.⁵⁶ Nesse caso, a prova deve ser havida por inadmissível. Mas é preciso distinguir a idéia de voz pública do fato notório, porque, neste último, “o notório surge como patrimônio cognitivo aberto e compartilhado, sempre processualmente controlável, quando surjam incertezas a respeito da consistência do dado”, enquanto “a voz corrente assume a consistência de um saber acéfalo, cuja fonte permanece incontrolável, subtraída a qualquer possibilidade de contraditório”.⁵⁷

Finalmente, não devem ser confundidos com testemunhas de ouvir dizer os depoimentos prestados por: (i) testemunha ausente; (ii) secreta; e

eventual confissão extrajudicial obtida por meio de depoimento informal, sem a observância do disposto no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI do mencionado preceito. 3 – *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.”

54 BALSAMO, Antonio *et al.* *La prova per sentito dire...*, p. 211.

55 *Id.*, p. 211.

56 *Ib.*, p. 354.

57 BALSAMO, Antonio *et al.* *La prova per sentito dire...*, p. 336.

(iii) reservada, o que a legislação certamente passará a admitir com maior frequência, como forma de proteger o depoente.⁵⁸ Apenas, nesses casos, deve adotar uma “compensação” em prol das partes interessadas, no plano da valoração,⁵⁹ admitindo-se que a contraprova seja facilitada com um ônus mais favorável.

3.5. As máximas da experiência e o dever de sua explicitação pela decisão judicial. Todo o juízo de fato emprega uma máxima da experiência. Art. 335 do CPC

Dentre as categorias até aqui estudadas, pode-se qualificar as máximas da experiência como uma das mais importantes para o direito probatório. Não é à toa que a sua positivação está no art. 335 do CPC.

Com efeito, se está em causa a prova judicial de um fato, está em causa uma máxima da experiência. Ela é onipresente. Assim ocorre por não haver distinção, nem ontológica nem gnoseológica, entre prova direta e indireta, como visto. Assim, as máximas da experiência sempre estão presentes em qualquer juízo de fato elaborado no processo. Da prova testemunhal mais tradicional à perícia mais intrincada, só é possível concluir mediante

58 Por exemplo, o art. 55 da Lei nº 10.409/02 estabelece que “havendo a necessidade de reconhecimento do acusado, as testemunhas dos crimes de que trata esta Lei ocuparão sala onde não possam ser identificadas”.

59 Sobre tais fenômenos, v. BALSAMO, Antonio *et al.* *La prova per sentito dire...*, pp. 35-43. Resumidamente, no primeiro caso (testemunha ausente, seja por doença, seja por morte após as declarações policiais), dever-se-ia verificar a existência de outras provas em que se pudesse basear a condenação, observando-se “não a presença formal, na motivação redigida pelo juiz nacional, de outros elementos de suporte, mas o peso específico que a declaração de testemunhas ausentes tenham tido na formação do convencimento sobre a responsabilidade do acusado”. No caso de testemunhas cuja identidade não seja revelada – em função dos riscos a que estaria exposta –, entende-se não haver ilegitimidade *in se*, desde que se assegure ao acusado algumas compensações no plano da valoração, ao mesmo tempo em que se afirma que “uma sentença de condenação não pode ser baseada apenas ou prevalentemente em declarações feitas por uma testemunha anônima”. Adicionalmente, entende-se que algum mecanismo deve ser previsto a fim de que possam as partes formular questões e indagações à testemunha protegida, sem revelar-lhe a identidade. Por fim, no caso de testemunhas vulneráveis (crianças, por exemplo), entende-se possível protegê-las do *streptitus* causado pelo processo, desde que, porém, o réu tenha tido uma oportunidade adequada de, ainda que indiretamente, questioná-la e examinar criticamente a sua manifestação, devendo outrossim tal prova ser examinada com extrema cautela (p. 43).

o emprego de uma ou mais máximas da experiência. Cumpre então defini-las e explicar o seu funcionamento.

Coube a Stein, em obra de 1893,⁶⁰ enunciar o conceito – consagrado como verdadeira norma de sobredireito processual pelo CPC.⁶¹ Seguindo as considerações do citado autor, o juiz, em todos os casos, depara-se com afirmações a respeito de um fato em relação ao qual se impõe um juízo, uma reflexão. Até mesmo a testemunha mais confiável exige do julgador a formulação de uma estrutura de raciocínio em que uma máxima da experiência é aplicada. Exemplo: “A” informa ao juiz que “B” fez “x”. O juiz só poderá concluir que “B” realizou “x” procedendo da seguinte forma: “A” é pessoa proba e honesta; “A” diz a verdade; então, o que “A” atribui a “B” é verdade. Em conclusão, “B” fez “x”.

A passagem entre o que “A” disse (percebido pelo juiz) e o que “B” fez (não percebido pelo juiz) viabiliza-se pelo emprego de uma máxima da experiência. Daí dizer Stein que os juízos fáticos são sempre o resultado de uma conclusão que nunca pode faltar, conclusão que usa de premissas maiores (p. ex., a testemunha proba diz a verdade; essa testemunha disse “x”; logo, “x” ocorreu). Essas premissas são as máximas da experiência, na sua maioria testes hipotéticos que expressam o que é esperável diante de certas ocorrências; previsões a que se chega pela indução de inúmeros casos particulares, mas que não se vinculam a nenhum caso em especial. Nos dizeres do autor, “são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos casos individuais julgados no processo, procedentes da experiência e independentes dos casos particulares que foram observados, e que almejam ter validade para outros novos casos”.⁶²

A título de exemplo, em demanda de indenização por danos em acidente de trânsito, é normal utilizar-se a máxima segundo a qual a culpa repousa em quem colidiu pela traseira do outro veículo (o juiz, nesse caso,

60 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Editorial Ramón Areces S/A, 1990. Vale também registrar, a título bibliográfico, a dissertação de Mestrado, ainda não publicada, de Francisco Rosito (*A aplicação das máximas de experiência no processo civil de conhecimento*), orientada pelo Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e aprovada com louvor em 2004 perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que teve a honra de integrar.

61 CPC – Art. 335. “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

62 STEIN, Friedrich. *El conocimiento...*, p. 22.

utiliza regra segundo a qual geralmente quem bateu atrás foi imprudente); numa demanda indenizatória por vícios construtivos, o perito informa que tal tipo de rachadura costuma ocorrer em tendo havido um determinado erro de cálculo; o juiz, usando essa máxima – da experiência técnica (*e, daí, aludir Stein às máximas da experiência comum por oposição às máximas da experiência técnica*) conclui ter havido “culpa” por parte do construtor. Enfim, do mais simples ao mais complexo, na decisão fática sempre existe um juízo intercalado com alguma máxima da experiência.

Nesse particular, colhem-se da jurisprudência exemplos interessantes de aplicação das máximas:

– Em discussão sobre a concessão de assistência judiciária à pessoa jurídica dedicada à atividade musical, afirma-se no acórdão que “segundo as máximas da experiência, colhidas do que ordinariamente acontece, salvo hipóteses excepcionais, a atividade artístico-musical não garante sequer a sobrevivência do artista. Nestes casos, a presunção de patrimônio e de lucro, conferida genericamente às pessoas jurídicas, se inverte”.⁶³

– Em discussão a respeito da condição de rurícola relativamente à cônjuge de rurícola, o tribunal, considerando que a usualidade do trabalho familiar na região, aplica a regra segundo a qual “mulher de rurícola rurícola é” e defere benefícios previdenciários vinculados a tal condição: “Há de se reconhecer comprovada a condição de rurícola mulher de lavrador, conforme prova documental constante dos autos. As máximas da experiência demonstram, mulher de rurícola rurícola é”.⁶⁴

– Em discussão a respeito da culpa em acidente de trânsito, à falta de outras provas, decidiu-se por responsabilizar o motorista que, na condução do veículo, derrapara numa curva; o tribunal utilizou-se da máxima segundo a qual “todo aquele que derrapa numa curva dirige de maneira imprudente”: “Acidente de veículo. Derrapagem. Culpa. Recurso Especial. Reconhecido no acórdão que o acidente do qual resultou a lesão do autor decorreu da derrapagem do veículo, o que significa ter o motorista perdido o seu controle, impõe-se a conclusão de que houve culpa na produção do resultado. Qualificação jurídica

dos fatos que pode ser feita no recurso especial. Recurso conhecido e provido em parte.”⁶⁵

Nesse particular, convém assinalar que **as máximas de experiência, segundo Stein, carecem de certeza lógica**, tendo vigência na medida em que novos casos não evidenciem que a formulação da regra até então empregada era equivocada. Tampouco a máxima da experiência pode ser confundida com o chamado juízo plural. Na verdade, apenas quando uma pluralidade pode ser pensada em termos de uma regra com validade geral, é que surge uma máxima da experiência. Daí serem atemporais.

Nesse contexto, **sempre é possível afastar-se uma máxima da experiência, oferecendo prova em sentido contrário**. Tomando-se como exemplo a decisão sobre assistência judiciária à pessoa jurídica dedicada à atividade musical, seria possível demonstrar que, naquele caso, a máxima não se aplicaria, porquanto a sociedade auferia grandes lucros. Assim, “a pesquisa deve renunciar a qualquer automatismo, pois a força explicativa da regra, sobretudo quando o fato associado ao *factum probandum* consiste num comportamento humano, não permite fundar, sem incertezas, uma conclusão concernente ao evento, bem podendo as variantes presentes na espécie de fato concreta excluir a aplicabilidade da regra, ou contraditarem justamente a regra hipotetizada. Disso deriva a necessidade de o juiz (...) sopesar as máximas de experiência antes de escolher aquela que será posta como premissa maior do silogismo indiciário, superando racionalmente a dificuldade de verificar se a variabilidade oferecida pela nova experiência concreta admite assimilar o novo caso aos precedentes”.⁶⁶ Dito de outra forma, “as regras da experiência e a probabilidade só têm alcance em sede de apreciação da prova, *i. e.*, contribuindo para a convicção do juiz. (...). A regra da experiência tem um papel idêntico ao de uma testemunha”.⁶⁷

Assim, considerando que **sempre e necessariamente incide na formação do juízo de fato uma máxima da experiência, impõe-se ao julgador mencioná-la e indicá-la, na fundamentação**, a fim de que as partes possam sobre ela debater, submetendo-a ao contraditório. É o que sustentou com precisão Montero Aroca: “Essas máximas não podem estar codificadas,

63 Ag. nº 70003945581, Rel.ª Des.ª Mara Larsen Cechi, 9ª Câ. Civ.

64 REsp. nº 210.935/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, 6ª Turma do STJ.

65 REsp. nº 236.458/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., 4ª Turma do STJ.

66 SCAPINI, Nevio. *La prova per indizi...*, p. 249.

67 MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000, p. 48.

mas devem constar na motivação da sentença, pois só assim poderá excluir-se a discricionariedade, e poderá controlar-se pelos recursos a razoabilidade da declaração dos fatos provados.”⁶⁸ De fato, “não basta mencionar que para proferir a decisão foram empregadas regras de julgamento. É necessário, também, que o juiz indique qual a regra de julgamento utilizada no caso concreto. Somente assim será possível confirmar a exatidão ou não da decisão”.⁶⁹

Portanto, impõe-se enunciação expressa da máxima (ou máximas) da experiência empregada pela decisão judicial, a fim de balizar o contraditório e garantir maior racionalidade ao juízo de fato quanto a esse aspecto nuclear.

3.6. Conflito entre provas: penal, tributário e cível

Questão extremamente delicada diz respeito ao *conflito entre provas*, ou ao conflito entre máximas da experiência e indícios.⁷⁰ Como resolver a questão? Quais são os critérios objetivos que os sujeitos processuais poderão empregar, afastando eventual decisão arbitrária?

O dilema não é infrequente, especialmente quando a prova é eminentemente testemunhal. Com efeito, “os tribunais têm experimentado, especialmente nos processos-crimes, **grandes provas da falibilidade dos conhecimentos que obtemos pelos nossos sentidos**. Muitas testemunhas têm deposto convenientemente e levado à evidência a existência de um crime, e, contudo, não haver ele sido praticado, ou não o foi pelo indivíduo a quem o imputaram”.⁷¹ De outra parte, não há, ao menos expressamente, uma solução unívoca, razão pela qual já se sugeriu que a matéria fosse deixada à discricção do juiz.⁷²

Não parece de todo adequada, contudo, uma solução discricionária. Com efeito, em matéria penal e tributária, a questão não oferece maior dificuldade: no processo penal, a solução sempre há de ser a absolvição do réu; no processo tributário, a solução há de ser a anulação do lançamento. Mas,

68 AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 3ª ed. Madrid: Civitas, p. 427.

69 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova*..., p. 349.

70 NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. *Teoria das provas*..., p. 586.

71 *Id.*, p. 586.

72 NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. *Teoria das provas*..., p. 587. Segundo o autor, em se tratando de presunções simples, havendo colisão, “tem unicamente lugar o prudente arbítrio do julgador”. Esta seria a posição de Pereira e Souza e Lobão.

em demandas cíveis, o problema se agudiza, porque aí basta uma preponderância de provas, como se viu.

Na verdade, existem *três correntes* a respeito do conflito de provas no âmbito do processo civil:

a) *A demanda deve ser julgada improcedente* – Para essa corrente, devem aplicar-se as regras sobre ônus da prova: se competia ao autor fornecer a prova, e esta resultou contraditória, deve o demandante (ou aquele a quem a regra do *onus probandi* encarregava, conforme o caso) arcar com o resultado. Ou seja, o problema do conflito de provas não difere da ausência de provas; esta equivale àquela. Contudo, a bem ver, tal tese é falha, porquanto simplesmente *privilegia a prova favorável ao réu*, ao menos como regra. Frise-se que esta orientação encontra forte apoio jurisprudencial.⁷³

b) *Aplicam-se as máximas da experiência* – Para essa corrente, descabe privilegiar a prova produzida pelo autor ou réu, aplicando-se a doutrina das máximas da experiência. Nesse caso, dever-se-ia optar por um juízo de verossimilhança, acolhendo-se a versão mais próxima ao *id quod plerumque accidit*.⁷⁴

c) *Devem ser adotadas “medidas de melhor prover” para dirimir a dúvida, seja mediante anulação da decisão, seja mediante con-*

73 Ap. Civ. nº 70003271384, Rel. Jorge André Pereira Gailhard, 11ª Câmara. Civ. do TJRS: “Responsabilidade Civil. Acidente de trânsito. Ação de Ressarcimento de Danos. Colisão em cruzamento com semáforo entre viatura da Brigada Militar e motocicleta. A prova contraditória implica a improcedência da ação. (...) O ônus da prova era do autor (art. 333, I, do CPC). Apelação desprovida. Sentença confirmada em reexame necessário”; Ap. Civ. nº 598331668, Rel. João Pedro Pires Freire, 18ª Câmara. Civ. do TJRS: “Usucapião. Prova contraditória, que gera perplexidade, impõe a improcedência da ação. Apelação improvida”; Ap. Civ. nº 02.004016-9, Rel. Des. José Volpato de Souza, 1ª Câmara. Civ. do TJSC: “APELAÇÃO CÍVEL (...) ENTRECHOQUE DE PROVAS – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO (...) Ocorrendo entrechoque entre as provas produzidas pelas partes, quantitativamente de igual força, sem que se possa optar, segura e fundamentadamente, por qualquer uma das versões conflitantes, *deve prevalecer aquela produzida pelo réu*”; Ap. Civ. nº 2003.001.11772, Rel.ª Des.ª Marilene Melo Alves, 16ª Câmara Cível do TJRJ: “COLISÃO DE VEÍCULOS. VERSÕES CONFLITANTES. PROVA INDICIÁRIA E EXTRAÍDA DA EXPERIÊNCIA COMUM DO JULGADOR. DANO MATERIAL. DANO MORAL. (...) Testemunhos conflitantes. Análise da prova indiciária. Tráfego pela contramão de direção. Apuração da culpa. Danos materiais e morais comprovados. Provedimento do recurso.”

74 Ap. Civ. nº 195136148, Rel. Juiz Leonello Paludo, 7ª Câmara. Civ. do TARS.

versão do julgamento em diligência – Esta orientação parte do princípio de que a jurisdição não é coisa das partes, “negócio em família”, na felicíssima expressão de Dinamarco. Sendo um dos escopos da jurisdição pacificar *com justiça*, o juiz deve determinar a produção *ex officio* da prova faltante. Naturalmente, supõe-se a possibilidade de aperfeiçoamento da prova. Caso a dúvida seja insuperável, ter-se-á de optar por uma das alternativas anteriores.⁷⁵

A nosso ver, a última é a solução mais acertada. Caso, porém, não seja possível a colmatação da dúvida, parece-nos que o processo civil reclama a segunda solução, ou seja, a adoção dos juízos de verossimilhança, pois se mostra equivocado equiparar “conflito de prova” com inexistência de prova, outorgando especial valoração à prova produzida por uma das partes, *in casu*, o réu.

Veja-se, nesse ponto, a hipótese levantada por Carrata: “Pense-se, por exemplo, na hipótese em que *duas testemunhas*, sobre o mesmo acidente de trânsito, refiram *coisas diferentes sobre a sua dinâmica*: o primeiro, que se encontrava a 50 metros do lugar, nas proximidades do acontecimento, conta que Tício, curvando à direita, não sinalizou; o segundo, que se encontrava a 20 metros, deixando o lugar do acidente depois de algum tempo, refere que Tício sinalizara curva à direita. Ora, as contradições emergentes do que um e outro contam podem ser resolvidas de maneira diversa, con-

75 REsp. nº 345.436/SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, 3ª Turma do STJ: “Processo Civil. Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição por perplexidade diante dos fatos. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão *pro judicato*. (...) Provimento do recurso para que o tribunal de justiça prossiga no julgamento da apelação. Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas.” Ap.Cív. nº 2003.001.04030, Rel. Galdino Siqueira, 15ª Câmara Cív. do TJRJ: “Acidente do trabalho. *Vários laudos conflitantes, não permitindo o julgamento seguro da ação*, impondo-se a anulação de ofício da sentença para que possa ser realizado laudo que forneça a certeza da doença, da incapacidade e do nexa causal, para que se proceda um julgamento seguro. Anulação da sentença em reexame necessário.”