

PONTIFÍCA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

**JÚLIO CÉSAR BECKER PIRES**

**DA AVALIAÇÃO DA PROVA CÍVEL**

PORTO ALEGRE

2006

JÚLIO CÉSAR BECKER PIRES

**DA AVALIAÇÃO DA PROVA CÍVEL**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a obtenção para o curso de Mestrado em Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob orientação do Professor José Maria Rosa Tesheiner.

PORTO ALEGRE

2006

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P667d Pires, Júlio César Becker  
Da avaliação da prova cível / Júlio César Becker Pires. – Porto Alegre, 2006.  
131 f.

Dissertação (Mestrado) – Fac. de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.  
Orientador: Prof. José Maria Rosa Tesheiner.

1. Direito Civil. 2. Convencimento Judicial. 3. Provas (Direito).  
4. Avaliação da Prova Cível. 5. Fundação da Valoração da Prova.  
I. Tesheiner, José Maria Rosa. II. Título.

CDU 341.464

Bibliotecária Responsável  
Iara Breda de Azeredo  
CRB 10/1379

JÚLIO CÉSAR BECKER PIRES

**DA AVALIAÇÃO DA PROVA CÍVEL**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a obtenção para o curso de Mestrado em Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Porto Alegre, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2006.

---

Orientador Professor José Maria Rosa Tesheiner

---

  

---

À Andréia.

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo examinar alguns aspectos da motivação judicial e a forma como se dá a valoração da prova apresentada no processo cível. Assim, dá-se ênfase – após incursão preliminar nas noções propedêuticas sobre o convencimento judicial e os sistemas de avaliação da provas – à valoração da prova em si, especialmente às técnicas de formação do convencimento no direito comparado e aos instrumentos processuais brasileiros disponíveis e a conseqüente comparação entre pontos que poderão um dia formar elementos unitários e comuns entre o direito nacional e o direito estrangeiro. Procura-se destacar, também, sob o aspecto da valoração da prova, as questões do ônus da prova e as regras de experiência, com vistas a mostrar como estão relacionadas umbilicalmente com a forma do juiz avaliar a prova formada e a admitida nos autos. Por fim, também se destaca o estudo sobre casos concretos na jurisprudencial nacional, com análise de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, sobre a prova cível e a sua forma de valoração, considerando os obstáculos criados pela jurisprudência dos tribunais constitucionais, para admissão dos recursos interpostos para àquelas Cortes, sob pretexto corrente de proibição de análise de questões de fato, onde se busca apresentar as situações concretas em que, afastadas as questões de fato, adentra-se nas questões da reavaliação da prova, para efeito de conhecimento dos recursos.

**Palavras-chave:** Convencimento Judicial. Avaliação da Prova Cível. Fundamentação da Valoração da Prova.

## ABSTRACT

The objective from this present study was to examine some aspects of judicial motivation and how the evidence is valued when presented in the civil law. It was given emphasis – after going over some notions about judicial persuasion and systems of evidence evaluation – to evidence valuation in itself, especially the techniques on how to build compared law persuasion and the available Brazilian processual instruments and the following comparison between topics which might one day join together the international and the national law over some common elements. We also sought to highlight, under the aspect of evidence valuation, the questions of onus probandi and experience rules, aiming to show how they are deeply related to the manner by which a judge evaluates the evidence that is compiled and allowed into the files of legal documents. Finally, we also pointed out the study of concrete cases in the national jurisprudence, analysing rulings from “Superior Tribunal de Justiça” and “Supremo Tribunal Federal” on civil evidence and its way of valuation, taking in consideration the obstacles created by the jurisprudence from constitutional courts in allowing appeals interposed at those under the current excuse of forbidding the analysis of questions of fact, in which we looked for presenting concrete situations that move away the questions of fact and lead to the questions of revaluation of evidence to the effect of gaining knowledge about appeals.

**Keywords:** Judicial Persuasion. Civil Evidence Evaluation. Reasoning of Evidence Valuation.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2</b>	<b>NOÇÕES PROPEDEUTICAS SOBRE O CONVENCIMENTO JUDICIAL E A VALORAÇÃO DA PROVA</b> .....	9
2.1	CONCEITO DE PROVA .....	9
2.2	O PROBLEMA DA BUSCA DA VERDADE .....	11
2.3	O CONVENCIMENTO JUDICIAL MOTIVADO .....	19
2.4	A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL .....	26
2.5	CONCEITO E OBJETO DA VALORAÇÃO DAS PROVAS .....	37
2.6	OS GRANDES SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS .....	39
<b>3</b>	<b>DA AVALIAÇÃO DA PROVA CÍVEL</b> .....	49
3.1	VALORAÇÃO DA PROVA .....	49
3.2	JUÍZOS LIMITATIVOS DA PROVA .....	51
<b>3.2.1</b>	<b>Admissibilidade da prova</b> .....	52
<b>3.3.2</b>	<b>Influência dos participantes no convencimento judicial</b> .....	57
3.3	DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E VALORAÇÃO DA PROVA .....	63
<b>3.3.1</b>	<b>Distribuição do ônus da prova</b> .....	63
<b>3.3.2</b>	<b>Distinção entre a distribuição do ônus da prova e a valoração da prova</b> .....	67
3.4	REGRAS DE EXPERIÊNCIA E VALORAÇÃO DA PROVA .....	71
3.5	TÉCNICAS PARA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DIANTE DO LIMITADO MATERIAL PROBATÓRIO NO DIREITO COMPARADO .....	74
3.6	INSTRUMENTOS DOGMÁTICO-PROCESSUAIS BRASILEIROS PARA VALORAÇÃO DA PROVA .....	86
3.7	ELEMENTOS PARA UM CONTROLE POSSÍVEL .....	89
3.8	AVALIAÇÃO E REEXAME DA PROVA NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO .....	99
<b>4</b>	<b>CONCLUSÕES</b> .....	122
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	125

## 1 INTRODUÇÃO

A temática da avaliação da prova cível constitui verdadeiro centro gravitacional da teoria geral da prova no processo civil brasileiro, em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que acabou por avançar na eficácia do direito fundamental, ao elevar os princípios processuais ao patamar constitucional.

Trata-se de tema pertinente na medida em que seu enfoque, como ponto de partida, referente à fundamentação obrigatória das decisões judiciais – em que pese já anteriormente disposto no Código de Processo Civil – passa, hoje, por normatização constitucional e engloba dogmática própria do estado democrático de direito.

Assim, o processo civil precisa ser influenciado pelo avanço apontado, principalmente na seara do direito constitucional.

A elaboração da convicção do magistrado, a forma de sentir e avaliar a prova apresentada pelos participantes do processo e a exteriorização dessa avaliação, através da obrigatória fundamentação da decisão, tornaram-se importantes instrumentos constitucionais de combate ao arbítrio do juízo.

Não foram poucas as vezes, na lida diária com a jurisdição, que se perguntou mais enfaticamente qual “caminho” o julgador tomou para chegar à decisão, inclusive para a certeza e legitimidade da decisão no momento de exercer o direito de ver reformada a decisão, mediante recurso à esfera superior.

Contudo, nem sempre o caminho racional desenvolvido pelo julgador fica suficientemente claro para a parte jurisdicionada. E pior, algumas vezes não há suficiente fundamentação ou a fundamentação é falha ou incoerente com os fatos, o que pode levar irremediavelmente ao arbítrio judicial.

Importa ressaltar que não se trata de buscar formas de engessar a alma ou limitar a convicção do julgador, na sua missão soberana de julgar, e sim de buscar mecanismos convincentes para estudar a forma como se processa na mente do julgador, o processo de investigação e a pesagem do material probatório apresentado, pois é fator de avanço e solidificação sistemática, uma vez que afasta o já há muito ultrapassado critério dogmático da íntima convicção judicial.

No desenrolar do presente estudo, causou surpresa ao autor, não só a escassa doutrina sobre o assunto, como também, salvo honrosas exceções, a falta de artigos nacionais que trouxessem soluções sérias para o estudo.

Então, fez-se necessário um estudo comparativo com o direito estrangeiro, em especial com países que utilizam o sistema da *common law*, para buscar a técnica jurídica da valoração da prova, desencadeada naquele sistema, como proposta a ser adaptada ao sistema processual pátrio, objetivando limitar a subjetividade da avaliação da prova pelo julgador.

Assim, pode-se afirmar que o propósito da presente investigação é buscar, na doutrina nacional e estrangeira, conceitos sobre o problema da verdade, que se busca com o processo e a prova produzida sobre o convencimento judicial motivado, e a garantia constitucional à motivação judicial como fonte de direito fundamental e balizador do estado democrático de direito; também, o objetivo da valoração da prova e os grandes sistemas de avaliação das provas desenvolvidos por séculos de aplicação do direito, bem como distinguir as limitações impostas na valoração da prova, sua aplicação junto às regras de experiência e ônus da prova, pincelando elementos para um controle possível e sua irradiação para a jurisprudência do Pretório Excelso e Superior Tribunal de Justiça, como forma de distinguir e ajudar a evitar o arbítrio na sentença.

## 2 NOÇÕES PROPEDEUTICAS SOBRE O CONVENCIMENTO JUDICIAL E A VALORAÇÃO DA PROVA

### 2.1 CONCEITO DE PROVA

A pretensão deduzida pelo autor na petição inicial e a defesa do réu apresentada na contestação, podem estar assentadas em fatos e em normas jurídicas ou somente em fatos ou, ainda, somente em normas jurídicas.

Se as questões suscitadas pelas partes forem exclusivamente de direito (v.g., interpretação da lei, aplicação de súmulas, princípios gerais de direito), caberá ao juiz resolvê-las logo após a fase postulatória, sem maiores delongas.

Diversamente, se as questões discutidas nos autos estiverem escoradas em fatos (isto é, acontecimentos da vida de que decorrem consequências jurídicas), poderá ser necessário demonstrar-lhes a existência, quando negada.

Tem-se, pois, que as questões de direito não exigem demonstração, porque o juiz tem o dever de conhecê-las (*iura novit cúria*). Quanto às questões de fato, poderá haver necessidade de demonstrá-las, porque o juiz, para decidir, terá de buscar a verdade (ou, ao menos, a verossimilhança, como quer parte da doutrina).

A demonstração dos fatos (ou melhor, das alegações sobre os fatos) é que se dá o nome de prova.

O vocábulo “prova” é proveniente do Latim *probatio*, com o significado de verificação, exame, inspeção.

De acordo com a Caldas Aulete<sup>1</sup>, “prova” quer dizer aquilo que mostra a verdade de uma proposição ou a realidade de um fato.

Na linguagem jurídica, o termo é empregado como sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo) – é a chamada prova judiciária. Assim, é possível estudar a prova sob dois aspectos diversos: o objetivo e o subjetivo.

Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo.

Nesse sentido, é clássica a definição de Mittermayer de que "prova é o complexo dos motivos produtores da certeza".<sup>2</sup>

Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo. É claro que a convicção sobre a verdade de um fato pode variar de pessoa para pessoa.

Assim, por exemplo, o advogado poderá comentar com seu cliente que os fatos por ele alegados foram provados nos autos ou, então, que as provas fornecidas pelo cliente não foram suficientes para o fim pretendido.

Essa apreciação é, porém, subjetiva e poderá não coincidir com a do magistrado, de modo que, em rigor técnico, só se pode dizer que um fato foi demonstrado nos autos quando o juiz formar convicção sobre sua existência.

A convicção do juiz (de primeiro grau) poderá não coincidir com a do órgão julgador colegiado (tribunal), de modo que, em última análise, dizer que um fato foi provado no processo é afirmar que sua existência foi reconhecida pela última instância, com competência para julgar matéria fática.

---

<sup>1</sup> AULETE, Caldas. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Lisboa: Bertrand, 1985. p. 719.

<sup>2</sup> MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1909. p. 75.

Assim sendo, para formar sua convicção, deverá o juiz valer-se dos elementos constantes dos autos, não podendo servir-se de provas obtidas fora do processo. Isso porque o juiz não é um investigador, um "buscador de pruebas" como diz expressamente Sentis Melendo.<sup>3</sup>

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

A intuição e o bom senso, por sua vez, exercem relevante papel na atuação do juiz, mas não bastam para fundamentar seu convencimento. Assim, deve o juiz, a par do bom senso e da intuição, levar em consideração os preceitos legais e a doutrina jurídica, indicando, na sentença, os motivos que determinaram seu convencimento.

A motivação da sentença constitui garantia dos jurisdicionados inscrita na Constituição Federal (art. 93, IX) e no Código de Processo Civil (arts. 165 e 458).

Daí não se conclua, porém, esteja o juiz adstrito a critérios rígidos e inflexíveis na apreciação do material probatório.

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

## 2.2 O PROBLEMA DA BUSCA DA VERDADE

Prova, segundo Moacir Amaral dos Santos, é o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade. Para o autor "é o meio utilizado para persuadir o espírito de

---

<sup>3</sup> MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea, 1978. p. 18.

uma verdade. A verdade não existe no espírito sem a sua percepção. Os recursos de que se utiliza a inteligência, para a percepção da verdade, constituem a prova"<sup>4</sup>.

Dessa forma, se o que se busca é a verdade, cumpre, desde logo, precisar no que ela consiste, para que se possa escolher os meios para encontrá-la.

Contudo, é importante enfatizar que o conceito de prova, bem ou mal, sempre esteve associado, teleologicamente, à idéia de busca da “verdade” acerca dos fatos que envolvem determinado litígio. Poder-se-ia dizer, como outrora, que provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. A simplicidade do conceito chega a ser sedutora, mas não atende à pretensão central do presente estudo, que é reduzir ao máximo as margens para a subjetividade pura e simples, evitando eventuais arbitrariedades do convencimento judicial.

Ao produzir determinada prova, o que se pretende é conduzir ao espírito do julgador o conhecimento da "verdade" acerca dos fatos relevantes para a solução de determinado conflito de interesses. Entretanto, isso somente virá a ocorrer se, através de seus próprios sentidos, o juiz puder estabelecer contato entre a sua percepção e o meio através do qual a prova se manifestar. Segundo Carnelutti “esse algo que o juiz percebe com os próprios sentidos pode ser o próprio fato que se deve provar ou um fato distinto”<sup>5</sup>.

Dessa forma Carnelutti estabelece a distinção entre aquilo que chama de *prova direta* e *prova indireta*: a primeira, que o juiz pode perceber mediante o contato direto entre os seus próprios sentidos e a realidade fática, através, por exemplo, de uma inspeção judicial; a segunda, aquela que não lhe é dada a perceber diretamente, em razão de se tratar de fato jurídico transeunte e passado, tendo que chegar ao seu conhecimento através de outro fato, do qual possa deduzir a ocorrência do primeiro.

Importante, pois, ter em mente que os fatos são acontecimentos que, no instante imediatamente posterior à sua ocorrência, deixam de existir. Restam, então, apenas dados, comprovações, registros da sua ocorrência, os quais irão formar, na maioria das vezes, toda a prova possível de ser produzida, ou seja, aquilo que chega ao conhecimento do juiz não

---

<sup>4</sup> SANTOS, Moacir Amaral dos. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 2.

<sup>5</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova cível*. 5. ed. São Paulo: Bookseller, 2002. p. 82.

é o fato em si, mas um registro do seu acontecimento, que se apresenta, quase sempre, contaminado por deformações oriundas dos sentidos, dos valores e de processos psíquicos daqueles que com ele têm contato.

Essa perspectiva de busca pela chamada verdade *substancial* ou *genuína* perdurou até meados do século XVIII, quando surge um novo paradigma sob a influência das idéias iluministas. Desde então, houve uma alteração de foco, de forma que a relevância passou do *objeto do conhecimento* (paradigma do objeto) para o *sujeito cognoscente* (paradigma do sujeito). A partir daí, passou-se a entender que os objetos só existem porque o sujeito pode conhecê-los. Tal perspectiva fez Carnelutti declarar: “a minha estrada, começada com atribuir ao processo a busca pela verdade, conduziu à substituição da verdade pela certeza”.<sup>6</sup>

Necessário distinguir, nesse contexto, o que é uma *verdade* e o que é uma *certeza*. Pode-se dizer, num plano exclusivamente teórico e com relativa precisão, que a verdade é a conformidade (correspondência) entre a noção idealizada e aquilo que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos; a certeza, por sua vez, é o estado que toma conta do espírito, quando este acredita estar de posse da verdade.

Então, a alteração de paradigma proclamada por Carnelutti decorreu da constatação de que o conhecimento da *verdade genuína* é tarefa inalcançável pelo conhecimento humano. Contudo, parece que a solução indicada é insatisfatória, pois quando se conclui que a verdade genuína não está ao alcance do conhecimento humano, não há como aceitar que qualquer sujeito afirme estar de posse dela (certeza). Nas palavras de Marinoni e Arenhart

a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se este objeto está no passado, porque não se pode mais recuperar o que já passou; de outra banda, também a idéia de certeza somente pode ser concebida no nível subjetivo específico, sendo que este conceito pode variar de pessoa para pessoa – o que demonstra a relatividade desta noção.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> CARNELUTTI, 2002, p. 58.

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 5. t. 1. p. 44.

A prova, contudo, não oferece ao juiz o conhecimento da verdade e, tampouco, a posse da certeza, mas tão somente lhe fornece subsídios para identificar qual a versão sobre os fatos que mais *provavelmente* corresponde àquilo que efetivamente ocorreu. Cândido Dinamarco, então, conclui que

em todos os campos do exercício do poder [...] a exigência da certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau da probabilidade exigida, inversamente os limites toleráveis dos riscos.<sup>8</sup> [grifo nosso]

A apreciação da prova, na tarefa de estabelecer o suporte fático de uma decisão judicial, é a forma pela qual se permite ao juiz aferir a *verossimilhança* das alegações trazidas pelas partes, de forma que lhe seja possível realizar um juízo de probabilidade acerca da correspondência entre as alegações e aquilo que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos. No entanto, desde já é importante perceber que, em termos jurídico-processuais, um alto grau de verossimilhança tem o valor de verdade. Afinal, é isso que pode ser exigido da prova.

Como se vê, o conhecimento humano não permite ir além de um juízo de verossimilhança, calcado na probabilidade sobre a efetiva ocorrência dos fatos afirmados. A verossimilhança se forma a partir da noção de experiência, isto é, o juiz afere a ilação lógica entre aquilo que é alegado e aquilo que normalmente acontece, avaliando se os elementos trazidos pelas partes permitem ao homem médio acreditar na ocorrência do fato. A verdade aceita pelo julgador, no momento da formação do seu convencimento, é ou deve ser aquela que mais provavelmente corresponde aos acontecimentos do mundo dos fatos. Não se pode exigir do conhecimento humano mais do que isso, pois, segundo Marinoni e Arenhart “mesmo as provas não têm a aptidão para conduzir seguramente à verdade sobre o fato ocorrido”.<sup>9</sup>

Pode-se afirmar, então, que a melhor solução para o dilema, a atender as necessidades do processo civil moderno, pode ser extraída da lição de Jürgen Habermas, para quem a "verdade" não se descobre, mas se constrói através da argumentação. A verdade sobre

<sup>8</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 291.

<sup>9</sup> MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 44.

um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos do processo.

A perspectiva atual da verdade, não encontra-se mais no objeto, nem mesmo no sujeito, mas naquilo que os sujeitos produzem a partir de certos elementos comuns (linguagem). Agora, o sujeito deve interagir com os demais sujeitos, a fim de atingir um consenso sobre o que possa significar conhecer o objeto e dominar o objeto; não é mais a subjetividade que importa, mas sim a intersubjetividade.<sup>10</sup>

A adoção da teoria desenvolvida por Habermas, conduz a uma visualização do processo civil intensificada com a participação dialética das partes na busca pelo consenso, pois segundo a lição do professor da Escola de Frankfurt, a verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso.

De acordo com as premissas estabelecidas, torna-se claro que, em sua concepção moderna, isto é, frente à aceitação das limitações inerentes à ciência processual e ao próprio conhecimento humano – prova é todo o meio, desenvolvido dentro dos parâmetros do Direito, capaz de oferecer ao juiz subsídios probabilísticos suficientes para justificar racionalmente a sua decisão, de modo a gerar sua aceitação lógica pelas partes.

Dessa tentativa de conceituação pode-se visualizar diversos elementos que ganham especial relevo, na busca por um efetivo exercício de controle sobre a formação do convencimento judicial, pois ao entender a verdade como um conceito dialético, não há como deixar de dar ao instituto do *contraditório* uma visão renovada, capaz de lhe oferecer máxima amplitude; da mesma forma, entendendo a prova como instrumento apto a oferecer elementos para que o juiz justifique racionalmente sua decisão, necessariamente há que se oferecer, à garantia de *motivação das decisões judiciais*, um espectro de abrangência ainda mais amplo.

Pois bem, identificados os elementos essenciais que devem compor qualquer tentativa de conceituação da prova dentro do processo civil moderno, demonstrando a sujeição do resultado da atividade probatória a um certo grau de incerteza, volta-se a analisar a razão pela qual o ideal de *verdade* – concebido puramente como a *correspondência* entre a noção idealizada e a realidade – deve ser dissociado da definição de prova, se o objetivo é minimizar a subjetividade na aplicação do Direito.

---

<sup>10</sup> MARINONI; ARENHART, 2000, v. 5, t. 1, p. 51.

Durante o século XX, inúmeros foram os estudiosos a se debruçar sobre o estudo das chamadas *Teorias da Verdade*. Pode-se dizer que a teoria que obteve maior prestígio e aceitação foi a chamada *Teoria da Correspondência*. Para seus adeptos, grosso modo, uma determinada afirmação é verdadeira quando está de acordo (corresponde) à realidade ocorrida no mundo dos fatos.

Trazendo tal discussão para o âmbito do presente estudo, uma vez aceita a afirmação de que a prova é suficiente para alcançar ao julgador a "verdade" sobre os fatos, ela deve ser capaz de alcançar ao julgador, também, a certeza, absolutamente indene de dúvidas, acerca da correspondência entre a noção idealizada e a realidade ocorrida.

Dessa forma, sempre que uma determinada versão sobre um acontecimento é idealizada, ela sofre uma série de deformações – muitas vezes incondicionadas – que a afastam significativamente daquilo que poderia corresponder à realidade. Quando, por exemplo, uma testemunha vai a juízo depor sobre um determinado fato, esse fato será relatado segundo seus critérios pessoais de percepção, os quais, inevitavelmente, estarão contaminados por uma gama enorme de valores, conceitos e sentidos por ela armazenados ao longo da vida, o que, certamente, deformará o seu conteúdo. Nas palavras de Enrico Altavilla “a realidade tem sempre, portanto, um valor subjetivo, e por conseguinte, relativo, porque é uma projeção do mundo exterior que chega ao nosso eu, deformado por nossos sentidos e por todos os processos psíquicos.”<sup>11</sup>

#### Para Marinoni e Arenhart

a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que assistiram ao mesmo, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta. Sempre há uma interpretação formulada sobre tal fato – ou sobre a prova direta dele derivada – que altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. Mais do que isso, o julgador (ou o historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma.<sup>12</sup>

Ao considerar, então, que a prova se presta para alcançar ao julgador a verdade acerca dos fatos ocorridos, não há como escapar da conclusão de que a *teoria da*

<sup>11</sup> ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia giudiziaria*. 3. ed. Torino: Torinese, 1927. v. 2. p. 506.

<sup>12</sup> MARINONI; ARENHART, 2000, v. 5, t. 1, p. 51.

*correspondência* é insuficiente para identificar a sua função dentro do processo civil. Isso porque a verdade não poderá ser alcançada tão-somente quando for possível comprovar essa correspondência entre a versão idealizada e a realidade, já que esta quase sempre sofrerá deformações diante dos processos psíquicos do ser humano.

Já na *Teoria da Coerência*, a verdade poderia ser alcançada através da idealização de uma versão em que os enunciados que a formam não apresentem contradições entre si. O caráter procedimental dessa teoria, evidentemente, fornece maiores subsídios para o exercício de um controle objetivo sobre a correção das premissas fáticas que sustentam uma determinada decisão judicial, partindo da identificação de eventuais contradições, isto é, a "verdade" poderia ser alcançada sempre que uma determinada versão não apresentar qualquer ponto de colisão (contradição) entre seus enunciados.

Em termos jurídico-processuais a *Teoria da Coerência* poderia gozar de maior aplicabilidade, por fornecer maiores subsídios para a aferição da verdade, dado seu caráter nitidamente procedimental. Quer-se dizer, em termos conceituais, que a definição de verdade se mostra mais consistente à luz da *teoria da correspondência*, mas em termos práticos – diante da necessidade de trazê-la para dentro do processo, mediante a análise da prova, a qual, por sua vez, será sempre suscetível a deformações – é necessário que se identifique a "verdade" através de um juízo de verossimilhança, conforme antes enfatizado, e, nesse sentido, a *teoria da coerência* fornece maiores elementos. Pouco adiantaria aceitar que a verdade seja alcançada através da correspondência entre uma idealização e a realidade, se, processualmente, não se dispõe de critérios objetivos para estabelecer em que situações seria possível aferir esta correspondência.

No entanto, mesmo para respeitadas *coerencialistas*, essa teoria também não é suficiente para que a realidade (verdade genuína) seja recomposta; sua eleição deriva da condição de ser a teoria que torna viável a *melhor aproximação possível* com a realidade, o que encontra perfeita consonância com o conceito moderno de prova, destacado no tópico anterior.

À luz da *Teoria da Coerência*, para que a verdade pudesse ser alcançada, seria necessária a aferição simultânea de uma *coerência ótima* com uma *base de dados perfeita*<sup>13</sup>, o

---

<sup>13</sup> RESCHER, Nicolas. *Verdad como coherencia ideal: teorías de la verdad em el siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 500.

que, trazendo para a realidade do processo civil moderno, enquanto fenômeno cultural e atividade humana, é inalcançável. Contudo, a análise de uma versão idealizada, mediante a tentativa de identificação de pontos contraditórios entre seus enunciados, pode trazer maior proveito quando a intenção é exercer controle sobre a correção das premissas adotadas pela sentença.

Nicholas Rescher, no artigo *Verdad como Coherencia Ideal*, chega à frustrante – mas inafastável – conclusão de que, mesmo à luz da *Teoria da Coerência*, o conhecimento humano não é capaz de garantir algo mais do que a *melhor aproximação possível* entre uma idealização e a realidade.

Nuestro "conocimiento" en tales casos no es más que nuestra mejor aproximación a la verdad de las cosas. Ya que no podemos ocupar el punto de vista del ojo de Dios, sólo tenemos acceso a los hechos del mundo a través de una investigación (potencialmente errada) de la realidad. [...]

En la vida real, siempre por debajo de lo ideal, la verdad supuesta queda ciertamente separada de la verdad indubitable por una brecha evidencial. Pero, dada una criteriología adecuada de la verdad, esta brecha se cierra en circunstancias ideales. El requisito de continuidad refleja el hecho de que la investigación persigue la verdad, el que la empresa científica tiene como objetivo y aspiración final alcanzar la verdad genuina.

El hecho de que lo que consigamos en nuestra práctica del coherentismo científico no sea verdad genuina, sino únicamente nuestra mejor aproximación a ella, refleja la circunstancia de que debemos afanarnos en la búsqueda del conocimiento rodeados de las ásperas realidades y complejidades de un mundo imperfecto. Hemos de ser conscientes siempre de la brecha entre lo real y lo ideal; también cuando debatimos la verdad de nuestras tesis científicas.<sup>14</sup>

Importante destacar que o conhecimento humano tem seus limites e não se pode exigir que ele seja capaz de recompor a *verdade genuína* (substancial), mediante a análise dos *atos probatórios* que lhe são perceptíveis, por se apresentam deformados pelos processos psíquicos daqueles que com ele têm contato, neste rol se incluindo o julgador. No processo civil moderno, a função da prova é levar ao conhecimento do juiz subsídios suficientes para que a formação do convencimento judicial, acerca das premissas que irão formar o suporte fático do *decisum*, alcance a *melhor aproximação possível* com a realidade ocorrida no mundo dos fatos, fornecendo às partes subsídios que delimitem a atividade dialética.

<sup>14</sup> RESCHER, 1997, p. 501.

Essa *melhor aproximação possível* é a única "verdade" ao alcance do conhecimento humano, razão pela qual não há que se falar em coexistência de duas verdades – conforme comumente se usa: verdade material e verdade processual – o que existe é uma única verdade, a que está ao alcance do nosso conhecimento. A verdade genuína ou ontológica não passa de mera idealização, que poderá ser sempre deformada pelos processos psíquicos do ser humano. Tal idealização, no entanto, não é sensível ou inteligível, o que a afasta por completo do mundo jurídico.

A aplicação do direito não pode ficar eternamente sujeita à busca de uma "verdade" que se mostra inalcançável ao conhecimento humano. A verdade (mundo redondo) de hoje, não é a verdade (mundo plano) de ontem, razão pela qual toda e qualquer decisão judicial deve estar conformada com o nível de desenvolvimento do conhecimento de seu tempo, relativizando-se ante a evolução do saber.

Em suma, a prova não conduz o julgador ao conhecimento da verdade, pois é objetivo inalcançável; a sua função, dentro do processo civil moderno, é formar o convencimento daquele a quem incumbe a aplicação do direito, assegurando-lhe estar de posse do conhecimento dos fatos jurídicos valorizados pelas normas, a ponto de que atinja a *melhor aproximação possível* com aquilo que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos.

### 2.3 O CONVENCIMENTO JUDICIAL MOTIVADO

A presente dissertação, como referido desde suas primeiras linhas, se propõe a questionar a liberdade de que dispõe o juiz para formar seu convencimento e valoração da prova, bem como a aptidão dos mecanismos constitucionais e processuais existentes para limitá-la. Essa atividade, a partir da qual o julgador forma sua convicção, uma vez visualizada como um “fenômeno de pura consciência, que se exaure sob o pano íntimo e imperscrutável da mera subjetividade”, como sugeria Massimo Nobile<sup>15</sup> – pode permitir que o jurisdicionado seja afetado ao arbítrio.

---

<sup>15</sup> NOBILI, Máximo. *Il principio del libelo convincimento del giudice*. Milão: Giuffrè, 1974. p. 6.

Por outro lado, restringir demasiadamente o campo de discricionariedade da atividade judicial poderia representar um indesejado retrocesso na evolução do direito processual e, especificamente, nos sistemas de avaliação da prova. Eis, então, o dilema: restringir a liberdade significaria um retrocesso; aumentá-la, significaria abrir as portas para o arbítrio. Encontrar o ponto ideal, em que a indispensável liberdade conferida ao juiz não se torne pernicioso ao processo, é a árdua tarefa a ser enfrentada pela Ciência do Direito, sob pena de que a falta dessa percepção fenomênica a condene ao destino de Ícaro.

A tentativa de restringir adequadamente a liberdade de que dispõe o juiz para formar seu convencimento não visa a retirar da magistratura a sua independência, mas, pelo contrário, legitimar suas decisões e reforçar sua autoridade, valendo lembrar a precisa advertência de Juan Luís Pagés<sup>16</sup> de que “não existem controles em prejuízo da independência, mas independência devido a esses controles”. Esse registro assume crucial importância para o tema ora examinado, haja vista que a possibilidade de um controle efetivo sobre a atividade judicial, além de elevar a condição democrática do processo, inspira no cidadão maior confiança no aparelho judiciário<sup>17</sup>.

O ponto central, para que se exerça um possível controle sobre a formação do convencimento judicial, reside na construção da moldura fática da decisão, ainda que, na atividade de aplicação do direito, o juízo sobre os fatos não possa ser completamente isolado do chamado juízo de direito<sup>18</sup>. É na pesquisa da "verdade" – vista como fim último da instrução probatória – que há de se concentrar o combate a possíveis arbitrariedades.

Uma decisão judicial, para que possa vir a ser tida como legítima, deve ser prolatada após a correta e adequada instrução do processo, através do qual se tenha procurado

---

<sup>16</sup> PAGÉS, 1989 apud MATA-MOUROS, Maria d Fátima. *A fundamentação da decisão como discurso legitimador do Poder Judicial*. [2003]. Disponível em: <<http://www.terravista.pt>>. Acesso em: 20 nov. 2005.

<sup>17</sup> Aliás, o próprio Poder Judiciário tem, sistematicamente, dado exemplo na pertinência do controle da motivação judicial. Para tanto, basta citar julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relator Desembargador Araken de Assis, que anulou sentença que fundamentou “o capítulo relativo ao mérito adotando as razões já expedidas por uma das partes”, justificando que “a motivação per relationem somente se mostra admissível, em certos casos, quando a remissão é feita aos fundamentos de outro ato judiciário” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70006828552*, da Quarta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 10 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 27 jun. 2006.

<sup>18</sup> Ver KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Forense, 2005.

alcançar a *melhor aproximação possível* entre versão consagrada pelo *decisum* e aquilo que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos. Como não se pode exigir da atividade judicial mais do que essa *aproximação*, a atuação do julgador torna-se, até certo ponto, discricionária e potencialmente sujeita a equívocos próprios do ser humano. Desse contexto, sobressai a importância da Constituição como norma destinada a estabelecer as garantias do cidadão que limitam o poder estatal.

O primeiro limitador da atividade judicial é o princípio constitucional do *devido processo legal*, tanto no que diz respeito à obediência ao *procedimento* – para possibilitar uma indispensável *previsibilidade* acerca da decisão que será proferida –, como no que diz respeito à garantia das partes ao *contraditório* – visto como a faculdade assegurada às partes de influenciar efetivamente na formação do convencimento do juiz.

Não obstante a observância do procedimento, a legitimação de uma decisão judicial ainda dependerá da adequada exposição de seus motivos. O dever de motivação é o outro grande limitador imposto pela Constituição à discricionariedade judicial, permitindo que não apenas as partes, como a sociedade em geral, verifiquem a correção dos argumentos utilizados pelo juiz como fundamentos de sua decisão.

A Constituição, assim, impõe limites ao julgador, exigindo que, antes de decidir, avalie de forma efetiva as razões deduzidas pelas partes e, ao decidir, exponha os motivos que o levaram a tal decisão. Então, para que decida, pressupõe-se que o juiz tenha formado sua convicção acerca dos fatos que envolvem a lide e, assim, possa aplicar o direito ao caso concreto. Entretanto, esse fenômeno que leva o julgador da ignorância à certeza se desenvolve, irremediavelmente, nos impenetráveis contornos da alma humana, de forma que se torna extremamente penosa a atividade de impedir a ocorrência de eventuais deformações que possam vir a se transformar em arbítrio.

Não raro, o histórico dos fatos, que resulta da apreciação da prova, é deformado por processos psíquicos incondicionados do ser humano, decorrentes, muitas vezes, da formação ideológica ou da inserção social, política e econômica daquele a quem a lei incumbe a tarefa de julgar. E não apenas os fatos. O processo de julgamento dificilmente começa com a premissa da qual a conclusão é subsequente retirada. O ato de julgar, na

grande maioria das vezes, começa com uma conclusão – mais ou menos vaga – formada, para que, somente após, se busquem as premissas que a fundamentem.

Essa situação, embora o desconforto causado na doutrina<sup>19</sup>, foi reconhecida expressamente pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, quando disse que “ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-lo”<sup>20</sup>. Tal afirmação, vinda de um integrante da cúpula do Poder Judiciário, só reforça a constatação acerca da extrema dificuldade existente na pretensão de exercer um controle objetivo sobre o processo de formação do convencimento judicial, pois, não apenas os fatos, como os próprios fundamentos da decisão podem ser deformados pelo juiz, segundo seus critérios de percepção pessoal, o que leva até mesmo a questionar se realmente se vive sob o império das leis e não dos homens.

Ainda que escassa, é qualificada a doutrina a tratar do problema do controle da formação do convencimento judicial. No que diz respeito aos autores estrangeiros, os estudos mais significativos tendem a enfrentar o problema sob o prisma da *argumentação jurídica*, tentando verificar a correção dos enunciados que formam uma decisão, como meio de legitimar a convicção alcançada. Não há como deixar de atribuir valor às reflexões de Theodor Viehweg (Teoria Tópica), Chaim Perelman (Nova Retórica), Stephen Toulmin (Teoria da Argumentação) e Robert Alexy (Discurso Racional), às quais cumpre fazer breve referência.

A Teoria Tópica de Viehweg<sup>21</sup> fornece elementos para a verificação da correção argumentativa, partindo de pontos de vista de aceitação generalizada (sentido comum). Os *topos*, nesse contexto, seriam os fios condutores do pensamento, aptos a permitir a construção de um tecido de silogismos curtos e logicamente dedutíveis, para, a partir deles, estabelecer uma conclusão final. Com o passar do tempo, entretanto, percebeu-se a impossibilidade da simples utilização de métodos dedutivos para aferir a correção da argumentação jurídica, já que a tópica se limita a fornecer uma porção de premissas (tópicos),

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 254.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 111787*, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 16 de abril de 1991. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2006.

<sup>21</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

sem, no entanto, estabelecer qualquer critério de hierarquia entre elas, o que lhes retira, significativamente, sua aplicabilidade para a finalidade pretendida<sup>22</sup>.

O polonês Chäim Perelman, durante a ocupação nazista, pretendeu estabelecer uma nova teoria da argumentação, partindo da eliminação de todo e qualquer juízo de valor, pois considerava que recairiam fora do campo racional. O que interessa para Perelman é a estrutura da argumentação e a sua lógica, pouco importando os aspectos psicológicos envolvidos. Dessa forma, sendo verdadeiras as premissas adotadas, a conclusão, necessariamente, também o será.

Perelman considera que uma argumentação válida para um *auditório particular* é apenas persuasiva, enquanto a que for válida para um *auditório universal* será efetivamente convincente. A argumentação, assim, é vista como um processo destinado à obtenção de um resultado: conseguir a adesão do *auditório universal* através da linguagem. Considera-se, pois, que a grande dificuldade da teoria de Perelman é ter como pressuposto para a obtenção de uma conclusão, a aceitabilidade das premissas e, como já ensinava Aristóteles “o papel da lógica formal é fazer com que a conclusão seja solidária com as premissas, mas o da lógica jurídica é mostrar a aceitabilidade das premissas”.<sup>23</sup>

Em contraposição a essas teorias, Stephen Toulmin sustenta que a correção de um argumento não é questão que dependa exclusivamente da *forma* das premissas adotadas e da sua conclusão, mas, antes de tudo, é questão de *procedimento*, de maneira que a correção de um argumento deve ser aferida de acordo com os critérios estabelecidos.

Toulmin, assim, passa a analisar o argumento a partir dos elementos que o compõe, verificando a função e a intensidade de cada um deles, relacionando-os entre si. Essa teoria rechaça a tentativa de utilizar para o raciocínio jurídico o esquema exclusivamente silogístico – como antes era pretendido – sustentando que a argumentação é um fenômeno que depende, essencialmente, da interação humana. Para Toulmin, em síntese, argumentar significa o esforço de dar suporte a uma pretensão através de boas razões<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> ATIENZA, Manoel. *As razões do direito*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2004. p. 45-58.

<sup>23</sup> Ibid., p. 59.

<sup>24</sup> Ibid., p. 93-115.

Robert Alexy, por sua vez, veio a desenvolver uma teoria profundamente influenciada por Jürgen Habermas – porém não destinada somente a distinguir os bons dos maus argumentos, mas a promover uma análise intrínseca e estrutural dos argumentos. Essa teoria pode ser caracterizada como uma "teoria do procedimento", pois um enunciado somente pode ser considerado verdadeiro se resultar de um procedimento pré-estabelecido. Alexy, assim, pretendeu oferecer uma solução para o chamado "dilema de Münchhausen", que surge quando se pretende fundamentar uma proposição por meio de outra proposição e, então, ou se estabelece uma cadeia circular tendente ao infinito, ou, em determinado momento, a fundamentação é substituída por uma decisão arbitrária. A saída oferecida por Alexy é estabelecer exigências para a atividade de fundamentação, isto é, regras de discussão racional cujo cumprimento garanta que o resultado seja também racional. Para os fins a que se propõe o presente estudo, mostra-se desnecessário um maior aprofundamento da *Teoria do Discurso Racional*, contudo vale dizer que o fato de um enunciado ser resultado do procedimento determinado não significa, de forma alguma, que ele seja totalmente correto. Por essa razão, ainda que traga importantes elementos, a teoria de Alexy também é insuficiente para estabelecer formas de controle sobre a formação do convencimento judicial.<sup>25</sup>

É certo que não se pode mais conceber o juiz como "a boca da lei", na célebre expressão de Montesquieu, de forma que não há como pretender encontrar na letra dos enunciados legislativos a solução para todo e qualquer litígio. O Direito há de ser visto, essencialmente, como um conjunto harmônico de normas jurídicas, em que as várias significações verbais que as formam fornecem mais do que uma única solução a ser aceita como correta. As normas – como ensina Kelsen, na sua clássica obra *Teoria Pura do Direito* – constituem apenas a moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, de forma que, ao optar entre uma das alternativas oferecidas, o juiz não estaria agindo discricionariamente, mas dentro do âmbito de liberdade que o Direito lhe confere.

Entretanto, nem todo o esforço do brilhante professor da Universidade de Viena em enaltecer a segurança fornecida pelo positivismo foi suficiente para afastar por completo o risco do arbítrio, pois a aplicação da norma, inevitavelmente, dependerá sempre de um intermediário humano – o juiz – que irá decidir segundo sua compreensão pessoal.

---

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

Outra contribuição para o combate ao arbítrio judicial veio, no final da década de 60, com Ronald Dworkin<sup>26</sup> que, pela primeira vez, rechaçou a discricionariedade judicial como até então vinha sendo aceita pelos positivistas. Dworkin demonstra que o espaço de discricionariedade deixado pelas normas não é tão largo, pois a sua aplicação deve ser pautada por vetores axiológicos previamente estabelecidos, que não se confundem com os próprios valores, mas apresentam-se como elementos estruturantes do sistema jurídico. Pretendeu o jurista densificar o ambiente decisório, a partir de *princípios* que teriam a missão de restringir a liberdade do juiz, no julgamento dos chamados "casos difíceis", e impor determinado sentido para suas decisões, a partir dos valores eleitos pela sociedade.

Assim, Dworkin faz a seguinte analogia para explicar a participação dos princípios na aplicação do Direito: um sargento recebe uma ordem para eleger, entre seus homens, os cinco mais experientes para a realização de uma tarefa. Não há como negar que o comando confere certa discricionariedade ao militar (tal qual uma norma aberta), entretanto essa liberdade está limitada pelo critério da experiência, o que torna o seu espaço de manobra delimitado e não-discricionário. Com isso, Dworkin quer dizer que o juiz deve decidir conforme a direção indicada pelos princípios que o orientem, da mesma forma que se encontra quando deve aplicar uma regra.

A conclusão a que se pode chegar é de que a aplicação do direito não se dará, na grande maioria dos casos, pelo simples enunciar de uma regra ou de uma fórmula jurídica. O evoluir da sociedade moderna reivindica um sistema muito mais dinâmico e atento às peculiaridades do caso concreto, o que se retrata pela cada vez mais freqüente positivação de conceitos jurídicos abertos e indeterminados. Contudo, a aplicação da norma não pode se dar de forma completamente aleatória e, por isso, arbitrária. São os princípios, na condição de balizadores e elementos estruturantes do sistema jurídico, que irão legitimar a aplicação do Direito quando a norma conceder ao seu intérprete maior campo de discricionariedade.

Parece, todavia, que esse ideal de balizar a formação do convencimento judicial, relativo à eleição e aplicação das normas através dos princípios, não encontra adequado paralelo no que diz respeito à apreciação da prova. Merece destaque, nesse sentido, a contribuição de Danilo Knijnik para a criação de *standards* jurídicos, originários do valor de probabilidade, em que se fundam as inferências probatórias destinados à crítica e ao controle

---

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978. p. 197.

do convencimento judicial “capazes de evitar que a discricionariedade judicial, agudizada neste delicado setor da experiência processual, se viesse a traduzir em arbítrio”.<sup>27</sup>

#### 2.4 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL

Não seria exagero dizer que o todo o direito processual ordinário, não é mais do que a concretização – no plano infraconstitucional – do princípio constitucional do *devido processo legal*. É ele o princípio processual fundamental sobre o qual todos os outros se sustentam<sup>28</sup>.

Embora sua presença estivesse presente nas raízes dos sistemas constitucionais anteriores, foi apenas com a promulgação da Constituição de 1988 que o ordenamento jurídico pátrio passou a dispor de norma expressa a albergar a garantia ao devido processo legal no âmbito constitucional. Não se trata, todavia, de inovação do constituinte brasileiro. O *due process of law*, desde o século XIV, encontra previsão no direito anglo-saxão, sendo que, inicialmente, limitava-se à garantia processual e, com o passar do tempo, transformou-se em garantia do próprio direito, com o mais amplo espectro de conteúdo e alcance.

Para os fins a que se propõe o presente estudo, é válida uma brevíssima retrospectiva histórica, a fim de possibilitar uma melhor compreensão da extensão desse fenômeno, já que, nas palavras de Siqueira Castro, o devido processo legal, ao lado do princípio da isonomia, representou “o principal instrumento de argumentação de que lançou mão a doutrina e a jurisprudência no vibrante processo de transformação do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América”.<sup>29</sup>

A cláusula do devido processo legal teve sua origem na expressão *law of the land*, que surgiu pela primeira vez entre os britânicos, no ano de 1215, com a *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra. A expressão *due process of law* somente veio a ser

<sup>27</sup> KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001. p. 17.

<sup>28</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 28.

<sup>29</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 32.

expressamente utilizada, no ano de 1354, pelo Estatuto de Eduardo III, denominado de *Statute of Westminster of the Liberties of London*, que embora fosse um instrumento de acentuado e deliberado reacionarismo, continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, que até hoje provoca a admiração dos estudiosos do Direito Constitucional<sup>30</sup>.

Posteriormente, já fortemente influenciada pela interpretação extensiva que lhe vinha sendo dada, especialmente por Coke e Blackstone, a cláusula chega às colônias da América do Norte “não só como garantia de legalidade, mas ainda como garantia de justiça, vinculante para todos os poderes do Estado”<sup>31</sup>. Inaugura-se, assim, o período de maior interesse para a compreensão da evolução e da abrangência do instituto.

Até o final do século XIX, predominava a perspectiva do *devido processo legal* como mero instrumento de garantia à regularidade do processo. Através dele estavam assegurados o direito à ampla defesa, ao contraditório, à produção de provas, etc.; ou seja, questões de natureza eminentemente processuais. A doutrina convencionou denominar esta fase de *procedural due process of law*.

A partir de então, isto é, término do século XIX e início do século XX, os Estados Unidos passaram a vivenciar sua fase de hipervalorização dos ideais do liberalismo econômico. A Suprema Corte norte-americana, contaminada pelo espírito do *lassaiz-faire*, passou a empregar uma interpretação extremamente extensiva à cláusula, através da qual se autolegitimava a interferir na atuação legislativa, para declarar a inconstitucionalidade das normas que considerasse atentatórias aos princípios liberais, notadamente o direito de propriedade.

Então, no período que sucedeu a grande depressão de 1929, em meio à política intervencionista de Roosevelt, veio a ser estabelecida uma terceira perspectiva, em que passou a ser duramente questionada a atuação da Suprema Corte, no tocante à utilização de cláusulas abertas (especialmente o *due process of law*), para a imposição de suas opiniões em detrimento daquelas valorizadas no plano legislativo. Percebeu-se que a ausência de controle sobre a atividade do Judiciário poderia ser tão antidemocrática quanto à ausência de controle sobre a atividade do Legislativo.

---

<sup>30</sup> NERY JÚNIOR, 1996, p. 29-30.

<sup>31</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973. p. 26.

Entre nós, ergueram-se vozes influentes como a de Pontes de Miranda, para sustentar que a interpretação extensiva que vinha sendo adotada pela Suprema Corte americana era, em verdade, uma *falsificação raciocinante*.

Em meio a essas críticas houve a transferência do eixo central de aplicação do devido processo legal, para que fosse restringido significativamente o seu espectro de abrangência. A partir de então, passou-se a autorizar sua invocação apenas com o objetivo de conferir proteção aos direitos *fundamentais* do cidadão.

Essa é, portanto, a atual perspectiva de compreensão da abrangência da cláusula do *due process of law*, inclusive no Direito Constitucional brasileiro, isto é, muito mais do que uma mera garantia à regularidade do processo, para ser também um instrumento de controle acerca da razoabilidade das leis editadas pelo Poder Legislativo, no que diz com a sua interferência na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo. É o que a doutrina convencionou chamar de *substantive due process of law*, enfatizando que “a cláusula não mais se limita à determinação processual de direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado”.<sup>32</sup>

É fundamental essa compreensão acerca da extensão da garantia para a sua correta aplicação como norma-princípio; no entanto, para o presente estudo, não basta analisar a aptidão da cláusula para fornecer subsídios ao Judiciário para que proteja o cidadão contra possíveis "arbitrariedades legislativas". Importa analisar, acima de tudo, a sua aplicabilidade com instrumento de controle contra possíveis decisões judiciais arbitrárias, o que obriga a analisar a cláusula, obviamente que em sua matriz constitucional, mas relacionando-a com suas interfaces no processo civil moderno. Não se quer, com isso, retroceder no estudo desse fenômeno, abordando-o com a perspectiva limitada do *procedural due process of law*, mas – de forma consentânea à sua atualidade – como verdadeiro instrumento de legitimação das decisões judiciais, o que impende enfrentá-lo sob perspectiva extremamente aproximada às idéias de Niklas Luhmann.<sup>33</sup>

O estudo de Luhmann assume importância fundamental para autorizar a pesquisa e o desenvolvimento de sistemas de controle objetivo, sobre a formação do

<sup>32</sup> GRINOVER, 1973, p. 36.

<sup>33</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980. p. 74.

convencimento judicial, a partir das normas processuais existentes, pois, embora não se trate de um processualista, sua abordagem é extremamente conclusiva ao estabelecer que o “procedimento é mais do que seqüência fixa de ações determinadas: é um sistema social que desempenha uma função específica de legitimar as decisões judiciais a partir de sua aceitação social”.<sup>34</sup>

Para tanto, acredita que essa legitimação deriva da *previsibilidade* a respeito do conteúdo da decisão a ser proferida, e essa previsibilidade somente se tornará possível através da definição prévia dos procedimentos a serem observados, enquanto “sistemas de ação, através dos quais os endereçados das decisões aprendem a aceitar uma decisão que vai ocorrer, antes de sua ocorrência concreta”.<sup>35</sup>

A reforçar este raciocínio está a lição de Cândido Dinamarco, para quem a “previsão legal, obtida via procedimento, abstrai a surpresa no decorrer dos atos processuais, evitando a possibilidade de atuação arbitrária”<sup>36</sup>. Dessa forma, o princípio constitucional do devido processo legal, ao lado do dever de motivação das decisões judiciais, assume especial relevância para o exercício de controle sobre a formação do convencimento judicial, permitindo que as partes não apenas o influenciem, como também possam aferir a sua correção lógico-estrutural.

O procedimento, ensina Luhmann, “não justifica a decisão, mas fundamenta uma presunção de exatidão de seu conteúdo”<sup>37</sup>. Dessa forma, toda a decisão judicial que vier a ser proferida sem a observância do procedimento estabelecido por lei, além de ferir uma garantia constitucional do jurisdicionado, irá retirar a legitimidade que, em princípio, lhe é inerente por força da outorga constitucional.

Nesse contexto de observância ao procedimento, como pressuposto para a necessária previsibilidade da decisão a ser proferida, merece especial atenção a garantia ao contraditório. O procedimento, evidentemente, não se esgota com a observância do contraditório, mas, certamente, é ele o seu ponto nevrálgico.

---

<sup>34</sup> LUHMANN, 1980, p. 74.

<sup>35</sup> Ibid., p. 77.

<sup>36</sup> DINAMARCO, 2003, p. 153.

<sup>37</sup> LUHMANN, op. cit., p. 78.

A *participação* das partes no processo, sob a forma do contraditório, não é um fim em si mesmo, seu valor é o valor das garantias que tutela. Todo o procedimento, em si, é forma, mas a sua observância é que garante o direito substancial das partes. É o procedimento que irá conferir legitimidade às decisões judiciais e o contraditório, como seu elemento central, é que irá, se não garantir, ao menos permitir a prolação de uma decisão potencialmente justa; torna-se importante, portanto, dimensioná-lo à luz do que até aqui foi exposto.

Vê-se que o fim último da atividade de instrução probatória é a busca pela verdade possível, que somente poderia ser alcançada pela correspondência entre a versão idealizada e aquilo que efetivamente veio a ocorrer no mundo dos fatos; entretanto, do conhecimento humano não é lícito exigir mais do que a *melhor aproximação possível*, já que a "verdade genuína" não passa de mera idealização. Com o passar dos anos e a evolução da exegese empregada à garantia ao contraditório, foi possível perceber, em um primeiro momento, que “a investigação da verdade não é resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes.” O contraditório, então, era tido como “o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade”<sup>38</sup>.

A evolução do instituto se deu em meio à necessidade de um maior ativismo judicial e à crescente ânsia pela efetividade do processo. Com o afastamento da disponibilidade das partes sobre os fatos que envolvem determinado litígio e o fortalecimento da tendência publicista do processo civil, o contraditório deixou de ser o único método para a investigação da verdade, pois “a experiência desmentiu a crença na eficiência do trabalho desenvolvido somente pelos participantes do processo.”<sup>39</sup>

Pode-se dizer, assim, que a atual concepção da garantia do contraditório não mais se limita ao ponto de vista formal, isto é, à mera oportunização para o exercício de alguma forma de manifestação. Vai muito mais além. Falar em contraditório, hoje, é falar na possibilidade efetiva que as partes têm de influenciar a formação do convencimento judicial. Nas palavras precisas e sempre atentas aos valores constitucionais do professor Álvaro de Oliveira

---

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, n. 5, p. 7-20, 1998. p. 13.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 13.

a faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples "objeto" de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição<sup>40</sup>.

A garantia ao contraditório ultrapassa, hoje, a esfera exclusivamente procedimental para tornar-se uma condição de validade dos atos processuais, incluindo-se a própria sentença. Não basta, portanto, que as partes possam simplesmente apresentar suas razões, é necessário que tenham a efetiva possibilidade de influenciar na formação do convencimento judicial. A produção da prova, nesse contexto, passa a ser o momento central do processo, no que diz com a sua aptidão para a busca da “verdade” e a sua importância para a prestação jurisdicional pleiteada.

Embora esteja afastada a idéia de disponibilidade das partes sobre os fatos que envolvem a lide, oriunda do brocardo latino *da mihi factum dabo tibi ius*, o ativismo judicial encontra seu limite no contraditório. A decisão não pode ser uma surpresa para os litigantes. Não pode o juiz decidir a causa a partir de um ponto de vista que as partes não tenham se apercebido. É, pois, dever do órgão jurisdicional atuar da forma mais transparente possível, notadamente no momento da instrução probatória, para que se dê conhecimento acerca “de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito de influenciar a decisão judicial.”<sup>41</sup>

Se o devido processo legal e, mais especificamente, o contraditório, representa um importante instrumento de que fazem uso os litigantes para, ao menos em parte, afastar o arbítrio da atuação estatal, igualmente fundamental, nesse sentido, é a garantia assegurada pela Constituição de que as decisões judiciais venham a ser devidamente motivadas.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, 1998, p. 14.

<sup>41</sup> Ibid., p. 15.

Embora fosse visto, por alguns autores, como uma decorrência do Estado de Direito ou, até mesmo, do Direito de Ação, foi apenas com a Constituição de 1988 que o dever de motivação das decisões judiciais alcançou o *status* de garantia constitucional; até então, no ordenamento pátrio, encontrava previsão apenas em sede infraconstitucional, mais especificamente no Código de Processo Civil.

Assim, o dever de motivação teve sua origem, ainda no século XVI, em Portugal, vindo a se tornar um traço comum nas demais codificações européias apenas entre os séculos XIX e XX. No Brasil, o instituto nasceu sob forte influência lusitana, sendo que sua primeira aparição remete ao Código Filipino (Ordenação do Livro III, Título LXVI, § 7). Tal disposição veio a servir de inspiração para o artigo 232 do Regulamento n° 737 de 1850 e, a seguir, passou a integrar grande parte dos diplomas processuais estaduais, bem como o próprio Código de Processo Civil de 1939 (artigos 118 e 280).

O Código de Processo Civil de 1973 veio a alargar ainda mais o dever de motivação das decisões judiciais, classificando-o como requisito essencial da sentença (artigo 458), determinando expressamente a sua observância no momento de avaliação das provas (artigo 131) e, até mesmo, quando da prolação de decisões interlocutórias, ainda que, neste caso, autorizando a sua exposição de forma concisa (artigo 165). Nas palavras de Barbosa Moreira “a conjugação desses dispositivos não deixa margem a qualquer dúvida sobre a adoção categórica e irrestrita do princípio da obrigatoriedade da motivação”<sup>42</sup>.

Uma questão de extrema dificuldade é precisar qual seria a principal justificativa para que a exigência do dever de motivar viesse a integrar a quase totalidade dos ordenamentos jurídicos atuais. É certo, no entanto, que a sua concepção traz consigo a idéia de garantia e a tentativa de racionalizar ao máximo a atividade jurisdicional.

Parece claro que há uma indiscutível *dimensão política* enraizada na adoção do dever de motivação das decisões judiciais, no sentido de limitar o poder do órgão julgante, inibindo a prática de eventuais arbitrariedades e permitindo que a sociedade exerça um controle efetivo a respeito da correção lógica e jurídica dos fundamentos utilizados como razão de decidir. Eis aqui o ponto central a ensejar a análise das repercussões advindas da

---

<sup>42</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação da decisão judicial como garantia inerente ao estado de direito. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 74-93. p. 86.

transformação do dever de motivação, enquanto direito dos litigantes, até assumir o *status* de garantia constitucional.

Dessa forma, enquanto o dever de motivação permanecia limitado à esfera da legislação infraconstitucional, sua *ratio* restringia-se a questões de ordem eminentemente processuais, isto é, tinha o condão de permitir que os litigantes tomassem conhecimento das razões pelas quais o órgão julgante decidiu desta ou daquela forma. Sua previsão estava visceralmente ligada à atividade das partes, permitindo que exercessem o chamado *controle endoprocessual*, isto é, que verificassem se o julgador observou corretamente seus argumentos, se houve a correta valoração da prova trazida aos autos ou se a decisão não incidiu em violação à lei.

Ao ser erguido ao *status* de garantia constitucional, o dever de motivação assumiu um espectro de muito maior abrangência. Bastaria, para tanto, lembrar que as normas são disposições meramente declaratórias, enquanto as garantias são disposições assecuratórias, isto é, disposições que, em defesa dos direitos, limitam o poder, na célebre lição de Rui Barbosa.

Pretendeu, assim, o legislador constituinte consagrar expressamente o dever de motivação das decisões judiciais como garantia de todos os cidadãos, ainda que, mesmo antes de 1988, sempre pudesse ser vista como corolário do Estado de Direito. A Constituição veio a afirmar que, a partir de então, a correção das razões de decidir não diz respeito apenas às partes envolvidas em determinado litígio que se pretende resolver. Sempre que uma decisão judicial deixa de observar os argumentos dos litigantes (expendidos em meio ao contraditório) ou deixa de promover a correta valoração da prova existente nos autos, a jurisdição está ameaçada.

A partir da Constituição Federal de 1988, o controle das decisões judiciais deixou de ser apenas *endoprocessual*, passando a permitir um controle *extraprocessual*, através do qual toda a sociedade, e não apenas as partes e seus advogados, podem examinar a correção do julgado, pois o arbítrio ameaça potencialmente a todos.

Taruffo já dizia, antes da promulgação da atual Carta da República, que

o pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla da controlabilidade das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle endoprocessual que se precisa assegurar: visa-se, ainda, e sobretudo, "a tornar possível um controle 'generalizado' e 'difuso' sobre o modo como o juiz administra a justiça"; e "isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida no seu complexo, seja como opinião do quisquis populo". A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um "privilégio" dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formular juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório<sup>43</sup>.

Assim, não se pode mais visualizar o dever de motivação com objetivo restrito à possibilidade de impugnação do *decisum* e à delimitação da coisa julgada. A Constituição de 1988 veio alargar significativamente seu aspecto de abrangência, para permitir que o controle sobre a atividade jurisdicional seja exercido por toda a sociedade – eis que potencialmente sujeita ao arbítrio – e não apenas pelas partes. É o dever de motivação como “espressione del principio della partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia”<sup>44</sup>, nas palavras de Michelle Taruffo.

Conforme visto no capítulo anterior, não se pode exigir do conhecimento humano – e não se pode, portanto, exigir do juiz – que alcance sempre a verdade sobre os fatos que envolvem um determinado conflito de interesses; mas, por outro lado, é dever do julgador – visto neste capítulo – submeter todas as provas e argumentos trazidos pelas partes ao contraditório, permitindo que influenciem efetivamente a formação do convencimento judicial. É por esta limitação insuperável da natureza humana que se exige a mais ampla exposição dos motivos que conduziram o órgão judicante a decidir como decidiu. É esta a “verdade” que se pode exigir do julgador, a verdade da sua convicção. Na expressão de Jean Louiz Berge, “a legitimidade da justiça tem este preço”<sup>45</sup>.

Então, qualquer país que se julgue democrático não pode conceber que a prestação da tutela jurisdicional seja exercida de forma incontrolável, enquanto exercício de uma autoridade absoluta. A legitimidade de uma decisão deriva da correção de seus fundamentos fáticos e jurídicos, razão pela qual há quem sustente que não apenas as partes

<sup>43</sup> TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 409.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 408.

<sup>45</sup> MATA-MOUROS, [2003].

têm o ônus de convencer o juiz, como este também tem o dever de convencer as partes e o cidadão em geral acerca da correção do seu julgado. É apenas mediante o exercício de um controle efetivo sobre os motivos que conduziram o julgador a decidir como decidiu, que será possível conceber uma indispensável participação popular na administração da Justiça.

Conclui-se, portanto, que a legitimidade de uma decisão judicial deriva da correta exposição dos motivos que conduziram o raciocínio do juiz. A tendência legislativa cada vez mais forte pela adoção de conceitos jurídicos indeterminados, acentua a necessidade de motivação das decisões judiciais, pois quanto maior for o grau de discricionariedade do julgador, maior será a necessidade de exposição dos motivos, sob pena de se tornar uma garantia *ilusória e meramente ritualística* a ceder espaço ao arbítrio.

A exposição dos motivos de uma decisão judicial é o que permite à sociedade aferir sua correção, tanto na exposição dos fatos quanto na eleição das normas incidentes ao caso concreto. Isso porque somente mediante a análise da motivação é possível exercer um controle efetivo sobre formação do convencimento judicial, verificando se houve a correta valoração da prova existente nos autos, para que, a partir dela, o direito possa vir a ser aplicado.

Como decorrência lógica, é possível dizer que a correta e adequada valoração da prova é requisito para a legalidade do *decisum* – pois a análise do fato e da norma são indissociáveis no momento de aplicar o direito – de forma que o dever de motivação das decisões judiciais, previsto em sede constitucional, não é garantia a uma *mera motivação*, mas a uma *motivação adequada e atenta* àquilo que resultou da atividade das partes e do próprio juiz ao longo do trâmite processual, sob pena de violação à lei e à Constituição.

Portanto, a motivação das decisões judiciais e da investigação sobre a situação fática por meio da avaliação das provas, acaba por não expressar apenas uma garantia processual, uma vez que o juiz deve expor de que maneira e com quais critérios valorou as provas constantes nos autos, justificando, inclusive, o porquê de ter acolhido determinadas provas que embasaram sua decisão e ter rejeitado as demais.

Visualizada a motivação apenas sob este aspecto, dir-se-á que a liberdade do juiz na valoração das provas encontra um limite intrínseco que, sobretudo, procura justificar a adoção de uma particular razão de decidir.

A motivação tem um significado mais amplo do que servir apenas como limite intrínseco a liberdade do juiz na valoração das provas.

A valoração probatória deverá contemplar, por inteiro, o chamado direito das partes à prova. E é justamente na exteriorização dos motivos que formam o convencimento do juiz que se encontra a garantia das partes em ver o aludido direito à prova efetivamente concretizado.

Assim, o direito à prova, do qual o direito de defesa é uma das suas principais manifestações, não se configura apenas como um direito a deduzir provas, mas também como um direito das partes de influenciar na decisão do juiz.

Contudo, levar em conta todas as provas trazidas pelas partes não significa que o juiz deva considerar eficazes todos os elementos trazidos ao processo. Adverte Taruffo que o juiz não deve fundar sua decisão somente naquilo que foi dito e deduzido pelas partes, porque isso ofenderia a sua autonomia, e que também não deve motivar sobre todas as alegações e argumentações das partes, pois isto significa um ônus excessivo e inútil.

A motivação deve exprimir não somente a valoração das provas, mas a completa avaliação destas. Isso significa que não basta uma motivação implícita, decorrente, p. ex., da avaliação feita apenas das provas trazidas por uma das partes, nas quais o juiz baseará sua decisão, entendendo-se que a prova contrária não foi avaliada implicitamente, eis que não formou a convicção do juiz.

A racionalização na valoração das provas somente ocorrerá se a análise das provas for realizada de forma completa, ou seja, a avaliação deve recair sobre todas as provas produzidas pelas partes, para que a livre convicção sobre os fatos seja coerente com o princípio do contraditório.

Quanto à valoração das provas inadmissíveis, é por meio da motivação da sentença que se torna viável apurar a utilização das mesmas pelo juiz, constatando-se a relevância causal da transgressão à proibição probatória.

Igualmente, a motivação revela se houve participação dos interessados em todos os atos de admissão, produção e crítica da prova, ou se houve inobservância da garantia do

contraditório. Enfim, a motivação sobre o juízo de fato exerce um papel justificativo sobre a fase da valoração das provas, a qual, por sua vez, deverá contemplar em sua plenitude, o direito das partes à prova.

## 2.5 CONCEITO E OBJETO DA VALORAÇÃO DAS PROVAS

Por meio dos elementos probatórios, as partes buscam obter o convencimento do Magistrado sobre a existência ou não de determinada alegação. Nesse sentido, dispendem energias tendentes a consagrar o convencimento judicial sobre suas posições no processo; omissão quanto à produção de determinada prova pode representar o fracasso da pretensão. O Magistrado deve se ater aos fatos controvertidos e constantes dos autos, pois *id quod no est in acts non est in mundo* (o que não está nos autos não existe), pelo que a participação das partes na produção dessas provas assume relevante papel.

Nessa primeira fase, o procedimento probatório é dinâmico; o Magistrado e as partes convergem esforços para produzir prova destinada a alcançar a veracidade ou não das alegações constantes do processo, necessárias a conferir o convencimento capaz de autorizar a satisfação da pretensão de cada um dos litigantes. Por seu turno, o julgador pretende alcançar o convencimento sobre os fatos alegados, objetivando, ainda, obter subsídios para fundamentar apropriadamente seu pronunciamento, que, como visto, deverá ser motivado. Não existe avaliação mais aprofundada sobre o conteúdo e conclusões que podem ser alcançadas, mas sim um contato superficial do manancial probatório, o qual será calcado a partir dos elementos trazidos pelos integrantes da relação processual.

O procedimento probatório não se encerra, pois, com a produção das provas, as quais destinam-se a obter o convencimento judicial sobre determinada alegação e, para tanto, o Magistrado necessita, num primeiro momento, produzi-la adequadamente para, posteriormente, avaliá-la criteriosamente e cientificamente, visando a alcançar a correta tutela jurisdicional. Essa tarefa não é fácil, depende de conhecimentos jurídicos e metajurídicos, de uma adequada colocação dos fatos no processo, de cuidados tendentes a evitar precipitação ou preconceito quanto aos fatos trazidos aos autos.

Nesse sentido, parece válida a crítica de parte da doutrina que não aceita que a valoração se faça exclusivamente pela utilização de um critério eminentemente lógico. A valoração visa à reconstrução dos fatos da conduta humana, sendo necessário, portanto, valer-se de todos os componentes nela presentes para autorizar a mais adequada recomposição dos fatos controvertidos.

Nessa segunda etapa, pois, configura-se a avaliação ou valoração da prova consistente na "operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido"<sup>46</sup> ou "o processo intelectual destinado a estabelecer a verdade produzida pelas provas"<sup>47</sup>.

A valoração, enquanto processo intelectual, é desenvolvida exclusivamente pelo Juiz, na qualidade de destinatário final da prova. Sua participação conta com o auxílio das partes que irão interpretar as provas, para alicerçar as respectivas teses e conceder subsídios para a fundamentação da prestação jurisdicional pelo Magistrado.

Entretanto, a valoração não deve, pelo sistema legal pátrio, ser realizada sem critérios, a partir das meras impressões pessoais do Magistrado. Deve ser calcada – formalmente – por pressupostos, notadamente os que disciplinam a produção e validade das provas trazidas aos autos, dentro do que se denominou princípio do devido processo legal.

O art. 131 do CPC, nesse particular, concede as balizas que devem nortear o Julgador. Trata-se de regra que se afasta de sistemas extremados, onde se confere, ou uma liberdade excessiva para valorar a prova segundo critérios próprios do Julgador, ou impossibilidade de interpretação alguma, vez que esta tarefa é desincumbida pelo próprio ordenamento legal.

Nosso ordenamento afastou-se, assim, do sistema da livre convicção que autoriza interpretar-se a prova segundo sugere exclusivamente a consciência do Magistrado, que não só desfruta de poderes para recusar a prestação jurisdicional, como ainda distanciou também do sistema das provas legais ou positivas, por meio do qual elas sofrem verdadeiro tarifamento legal, o qual exclui a possibilidade de valoração pelo Magistrado.

---

<sup>46</sup> ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia, 1976. t. 1. p. 296.

<sup>47</sup> SANTOS, 1983, p. 391.

O Legislador, desse modo, optou por sistema misto (persuasão racional) que guarda pontos de apoio nos outros dois sistemas acima mencionados. O Juiz, apesar de apreciar as provas, livremente, não irá prestar a tutela jurisdicional a partir de suas impressões pessoais, mas sim mediante regras jurídicas, regras da lógica, regras de experiência, que devem ser devidamente expostas e aclaradas em respeito aos fundamentos acima expostos.

O processo é calcado em afirmações das partes; os fatos são colocados para enquadramento em determinada norma legal. A finalidade da prova, por esse motivo, converge para o convencimento do Magistrado. Entretanto, as finalidades da prova e sua valoração são distintas: enquanto a primeira visa a obter o convencimento e a certeza, o objetivo da valoração é constatar se a prova cumpriu ou não sua finalidade; a valoração espelha o resultado da prova, consagrando se ela atendeu ou não sua finalidade de convencimento.

Cumprido destacar que o processo intelectual deve se adequar à finalidade da atividade jurisdicional, a qual tem início, meio e fim e, se possível, de modo rápido, pois o grau de sua efetividade encontra-se diretamente ligado ao tempo necessário até que o direito violado seja plenamente reestabelecido.

A partir da necessidade de se conferir rapidez ao processo, a valoração não deve ser livre, nem tampouco incidir sobre fatos que não guardam relação com a controvérsia instaurada (art. 128 do CPC). A valoração deve se cingir aos fatos trazidos pelos litigantes e nas provas sobre eles feitas no processo.

## 2.6 OS GRANDES SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS

Em que pese ter-se anteriormente pincelado a matéria, cumpre fazer uma breve introdução ao presente item.

Pois bem, recolhido todo o material probatório, não produzem os atos de aquisição probatória efeitos imediatos, mas têm sua eficácia postergada para o momento da valoração. É na sentença que o juiz analisará o conjunto probatório que dará base a uma

convicção acerca das alegações das partes, muito embora possa haver uma valoração sumária sobre alguma prova produzida nos casos que justifiquem uma tutela de urgência.

Quando se fala em direito à prova pelas partes, deve-se entender que esse direito não se exaure quando da produção das provas pelos litigantes. Tal direito também deverá estar presente no momento da avaliação da prova pelo juiz e, em que pese ser o sistema da persuasão racional o adotado pelo nosso Código de Processo Civil, não significa que só ao julgador caiba a palavra final. Isso porque, num processo de estrutura contraditória, é inegável que o julgador encontra-se vinculado à atividade probatória desenvolvida pelas partes, pelo dever de apreciar, efetivamente, todo o material introduzido no processo.

E é no momento da valoração da prova que se pode averiguar se o procedimento probatório, calcado na efetividade do direito à prova pelas partes, teve influência no accertamento dos fatos. Segundo Taruffo<sup>48</sup>, o direito das partes de influenciar na decisão judicial, com base nas provas por elas produzidas, seria ilusório se não fosse assegurada a garantia da apreciação das provas pelo juiz na decisão.

Feita essa observação, cumpre destacar os três sistemas costumeiramente elencados como critérios de valoração das provas: o sistema da prova legal, o sistema do livre convencimento e o sistema da persuasão racional.

#### - Sistema da Prova Legal

Antes, porém, de analisar-se o sistema da prova tarifada, é preciso esclarecer que o primeiro sistema de valoração das provas foi aquele em que o juiz cabia valorá-las de acordo com as disposições e regras estabelecidas pela doutrina, e não pela lei. Taruffo fez bem esta diferenciação entre o valor da prova pré-estabelecido, num primeiro momento, pela doutrina e, posteriormente, pela lei. Somente nesse segundo momento se poderia falar rigorosamente de sistema da prova legal.

---

<sup>48</sup> TARUFFO, 1975.

A aparição do sistema da "prova legal", no séc. XIII, teve por objetivo racionalizar a atividade de valoração da prova, com a nítida intenção de eliminar as provas irracionais fundadas no princípio do juízo de Deus. Procurava também reduzir a zero o arbítrio do juiz. Por isso a prova legal do direito comum é muito mais o fruto de elaboração doutrinária dos juristas medievais que objeto de normatividade.

Dessa forma, não é a lei escrita, mas a cultura judiciária a fonte primária e essencial do fenômeno da "prova legal". O mais importante é que esse sistema procurava sistematizar a racionalidade geral da época em que sobreveio este fenômeno. E essa racionalidade funcional na valoração das provas consistia justamente em excluir o arbítrio subjetivo de um juiz, que era objeto de um amplo e difuso fenômeno de desconfiança social.

Passado esse primeiro momento e com o surgimento das codificações, verifica-se uma mutação na natureza da prova legal: ela deixa de ser um fenômeno doutrinário e cultural e passa a ser um fenômeno normativo. As regras sobre a valoração das provas passam a ser formuladas pelos legisladores.

A prova, segundo o sistema das ordálias ou juízos de Deus, era vista como um benefício para o réu, que demonstraria sua inocência se conseguisse triunfar diante de certas provas, como p. ex., caminhar sobre brasas ardentes. Submetia-se o pretense culpado a uma prova, sobre a falsa crença de que a divindade eterna intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica, deixaria demonstrado se o réu era ou não culpado.

Outra importante transformação ocorreu com relação ao valor atribuído a cada prova. No direito comum atribuiu-se um valor quantitativo pré-determinado, fixado em frações; cabia ao juiz, uma vez recolhido o material probatório, fazer um cálculo, devendo levar em conta as provas positivas e negativas referentes ao fato probando.

Já no sistema da prova legal dos códigos, não se conhecia mais as gradações ou frações em cada prova. A técnica, agora, era mais rígida e formalista – determinado tipo de prova produzia resultados vinculantes e incontestáveis.

Assim, a prova legal dos códigos produzia uma verdade total, sendo, de certa forma, destrutiva, pois se existissem outros elementos de prova em sentido contrário o seu valor

vinha reduzido a zero. A prova legal deixava de ter um sentido racional, que a explicava em sua origem, para ter um sentido de eficácia das provas.

Dessa forma, cada prova possuía um valor inalterável, previamente estabelecido pela lei, não sendo lícito ao juiz valorar as provas segundo critérios pessoais e subjetivos de conhecimento, de modo diverso daquele que lhe tem sido determinado pela lei, embora sua convicção pessoal sobre aquilo que fora provado nos autos indique que a prova produzida não retrata a verdade.

Nesse sistema, havia uma enorme quantidade de regras legais declarando inidôneos os depoimentos de determinadas pessoas. Inclusive, alega-se que Código do Processo Civil conteria sequelas do sistema legal, uma vez que ele apresenta, por exemplo, restrições quanto ao depoimento de menores e das pessoas que a lei considera suspeitas ou impedidas. Porém, não parece correto ligar tais restrições com o sistema de prova legal. Com o atual sistema de valoração probatória denominado de persuasão racional, o juiz está livre de qualquer valor pré-estabelecido legalmente, com relação às provas obtidas. As restrições acima citadas referem-se ao momento da produção da prova, o que limita a busca de uma correspondência entre a convicção formada e a realidade dos fatos, e não ao momento da valoração. A prova dita legal, ou tarifada, tem relevância quando a atividade probatória encontra-se na sua última fase, eis que não permite ao julgador fugir dos parâmetros valorativos estabelecidos em lei.

No processo civil de hoje já não se pode dizer que ao juiz cabe valorar mais uma prova em detrimento de outra. Há, sim, uma relativa liberdade do julgador no momento de valorar a prova, devendo sempre, por imposição constitucional e racional, motivar de que forma valorou as provas produzidas.

Por definição, a prova legal constrange o juiz a empregar somente os critérios legais, e somente a valorar a prova conforme a previsão genérica e abstrata contida na lei, não sendo possível, portanto, que ele utilize critérios diversos que poderiam aproximar a sua convicção da realidade dos fatos. Em vista disso, o sistema de prova legal é essencialmente irracional, eis que racionalidade implica saber em qual medida a valoração das provas se aproxima da realidade dos fatos.

Assim, um sistema racional de valoração das provas pressupõe o direito das partes em servir o juiz de todas as provas de que dispõem e que possam servir para justificar a decisão sobre a situação fática. O sistema da prova tarifada está em conflito com o direito das partes à prova e ao subsequente direito à valoração das mesmas.

Constatada a irracionalidade desse sistema, a evolução dos ordenamentos processuais modernos é unívoco, na direção da superação e do repúdio ao valor vinculante estabelecido pelo sistema das provas legais.

#### - Sistema do Livre Convencimento

No processo civil contemporâneo vige o entendimento de que a valoração das provas constitui uma atividade do sujeito ao qual a lei incumbe a tarefa de decidir, explicitando, inclusive, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Após a produção probatória, portanto, tem o julgador o dever de valorá-las. No sistema da prova legal essa fase da valoração inexistia, uma vez que o juiz não era livre para avaliar o material probatório trazido a júízo, mas, sim, estava sujeito à hierarquia valorativa das provas pré-estabelecidas em lei. O juiz não valorava, apenas constatava a existência da prova e qual o valor que a lei atribuía a mesma.

Então, o sistema do livre convencimento surgiu para ocupar o outro extremo. Oposto ao sistema da prova legal, o livre convencimento propugna pela soberania do juiz na formação de sua convicção a respeito dos fatos da causa.

Nesse sistema, a valoração da prova é feita única e exclusivamente de acordo com a consciência do julgador, o qual poderá decidir pela impressão recolhida por meio do processo, ainda que essa impressão não fosse para ele próprio racional. Isso porque não há qualquer limitação quanto aos meios de prova de que o juiz se possa valer, e nem restrições especiais quanto à origem ou qualidade de certas provas.

Enquanto o sistema da prova legal tinha como pressuposto a existência de regras que estabeleciam, de forma genérica e abstráia, o valor de cada prova, o sistema do livre convencimento pressupõe a inexistência de tais regras. A eficácia de cada prova é estabelecida caso por caso, segundo critérios não determinados e discriminados pela lei, mas fundamentados essencialmente na razão.

Num primeiro momento, imagina-se que a passagem do sistema da prova legal para o sistema do livre convencimento significou também a passagem de uma forma de racionalidade para outra forma de racionalidade diversa. Justificava-se isso dizendo que o livre convencimento trouxe um tipo de racionalidade negativa, no sentido de que ele não está vinculado à existência de regras pré-estabelecidas para a valoração das provas.

Trata-se de uma falsa percepção, uma vez que a prova legal era irracional por caracterizar-se como um sistema em que ao juiz não era permitido o exercício da crítica do material probatório, a fim de atingir um convencimento sobre as alegações sustentadas pelas partes. Portanto, não houve passagem de uma racionalidade a outra, porque o próprio sistema do livre convencimento é irracional. Taruffo comenta que a falta de racionalidade no sistema da liberdade de convencimento resulta mesmo de um aspecto negativo. Em outras palavras, no livre convencimento não há um conjunto de critérios racionais elaborados para a valoração das provas; e, essa inexistência abre caminho ao subjetivismo, à discricionariedade incontrolável. Em consequência, a valoração probatória resta afastada da racionalidade ou do senso comum.<sup>49</sup>

Ainda segundo Taruffo, o livre convencimento não implica, de fato, nem na teoria nem na prática, o emprego de critérios racionais para a valoração das provas. Ao contrário, o emprego que se faz de tal princípio abre caminho ao arbítrio subjetivo do juiz.<sup>50</sup>

Corolário desse sistema, segundo João de Castro Mendes, é a dispensa de motivação da decisão sobre a prova, uma vez que as provas teriam uma base intuitiva e irracionalista, e por conseguinte, indemonstrável.<sup>51</sup>

A argumentação de que o sistema do livre convencimento, por não ter o juiz, nesse sistema, limites na busca de uma convicção que justifique a decisão a ser tomada, seria

---

<sup>49</sup> TARUFFO, 1975.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid.

mais apto para descobrir que a verdade é falha. Primeiro porque a verdade não é para o processo civil um fim em si, mais um meio para atingir outros fins, entre os quais a paz social. Segundo porque a íntima convicção, por sua própria natureza, não passível de ser exteriorizada, afrontaria o princípio da publicidade e da garantia da motivação das decisões judiciais. Outrossim, a decisão por íntima convicção é, nos seus fundamentos, forçosamente secreta, carecendo de valor convincente, tanto para as partes como para a sociedade.

Ambas as alternativas – o sistema da prova legal e o sistema do livre convencimento – revelam uma concepção fortemente redutiva e substancialmente cética dos métodos aplicáveis ao fenômeno probatório. O primeiro sistema privilegia a inexistência da convicção judicial na valoração da prova; e, o segundo, privilegia o subjetivismo excessivo.

Busca-se, enfim, um sistema que privilegie a racionalidade no momento da valoração das provas. Significa, segundo Taruffo, que o julgador deve procurar conseguir um acerto tendencialmente verdadeiro sobre os fatos da causa.<sup>52</sup>

Exige-se do juiz, junto ao sistema do livre convencimento na apreciação da prova, uma fundamentação, na decisão, das razões que o levaram a atribuir a uma prova determinado valor e não outro. Compreende-se que a publicidade e a motivação das decisões judiciais constituem duas garantias imprescindíveis e inerentes à administração da atividade jurisdicional e, igualmente, à atividade probatória. Dessa forma, se a prova tem por finalidade atingir a formação da convicção do juiz, funcionando esta como condição para a decisão, deve-se entender que a atividade probatória tem como destinatário não só o juiz, mas a sociedade como um todo. E isso fica claro diante do dever, para o juiz, de fundamentar todas as decisões proferidas, indicando os motivos que lhe formaram o convencimento na livre apreciação das provas.

Deve-se considerar, portanto, que nos ordenamentos processuais modernos a livre valoração das provas não significa apenas uma exclusão do sistema da prova legal, ou a exclusão do livre convencimento absoluto, mas, sim, uma valoração racional, motivada e determinada com base em critérios objetivos e verificáveis. A racionalidade na valoração da prova está justamente na possibilidade de controlabilidade do livre convencimento do juiz. E isso é possível quando num sistema a motivação das decisões judiciais é significado de

---

<sup>52</sup> TARUFFO, 1975.

garantia, obrigando o juiz a justificar as próprias escolhas, adotadas para valorar as provas. Por isso, dentre os sistemas, o da persuasão racional é o que melhor traduz a racionalidade na atividade de valoração das provas.

#### - Sistema da Persuasão Racional

Do que acima ficou assentado, é fácil constatar que o atual Código de Processo Civil não seguiu o sistema da livre convicção, mas, sim, o da persuasão racional, segundo o qual o juiz, para formar seu convencimento, deve escorar-se em regras jurídicas e máximas de experiência e não em suas impressões pessoais.

Segundo Ovídio Baptista da Silva<sup>53</sup>, o sistema da persuasão racional impõe certas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial; impõe ao juiz a observância de regras lógicas e das máximas da experiência comum.

A crítica feita a essa separação entre o livre convencimento e o sistema da persuasão racional é no sentido de que entre ambos não há nada que possa diferenciá-los, uma vez que a valoração da prova ou é legal ou é livre. Ou seja, um sistema ou é de prova livre, ou seja, livremente avaliada, ou é de prova tarifada. Volta-se, como se percebe, ao cetismo e ao apego dos extremos.

Porém, o que diferencia o sistema da persuasão racional do sistema do livre convencimento é o dever de motivar, existente no primeiro e não no segundo. Isso significa que a lei exige, como controle ao princípio do livre convencimento do juiz, que o julgador fundamente racionalmente a valoração efetiva sobre os meios de prova, sendo indispensável para verificar a racionalidade em tal atividade.

No sistema da persuasão racional, o juiz tem o dever de fundamentar a decisão tomada, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos

---

<sup>53</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987. v. 1.

fatos nos quais baseara a sua decisão. Além do mais, pela motivação se torna possível controlar o raciocínio do julgador na valoração das provas, pois a racionalidade de importante atividade está em não poder o juiz, ao analisar a prova, afastar-se das regras de experiência e da lógica.

Cumpram-lhe indicar, na decisão, os elementos da prova com que firmou sua convicção, de tal modo que a conclusão decisional guarde coerência lógica com a prova constante dos autos; tal exigência limita a completa liberdade que o sistema do livre convencimento lhe daria.

A motivação configura-se portanto, como o núcleo do sistema da persuasão racional, diferenciando-o do sistema do livre convencimento.

Em decorrência desse *plus*, correto o entendimento de que o Código de Processo Civil, em seu artigo 131 seguiu o sistema da persuasão racional, uma vez que a motivação, garantia constitucional que é, assume um papel de racionalização das provas, não afasta nem mesmo pela discricionariedade insista nesta atividade apreciativa.

Costuma a doutrina referir-se ao princípio da livre convicção tomando-o por seu significado literal, o que pode levar a equívocos, eis que a livre convicção, a que a lei atribuiu ao juiz para valorar as provas, não é absoluta. Não basta dizer que a livre convicção é a livre apreciação juridicamente limitada da prova, para justificar uma atividade racional na valoração do material probatório. Outrossim, é insuficiente ligar ao princípio do livre convencimento o critério de valoração das provas baseadas em um processo crítico-racional, auxiliado por regras lógicas e de ensinamentos da experiência.

Assim, o que faz a livre convicção do julgador ser racional não é somente a existência de parâmetros ditados pela lógica, pela psicologia, pelas regras de experiência comum, ou pelas regras jurídicas. De nada adiantariam tais regras se o convencimento não fosse transparente, não pudesse ser exteriorizado, justificado perante as partes e a sociedade. Somente a garantia da motivação é que faz um sistema ser racional no momento da avaliação das provas. E existindo a garantia da motivação, o sistema deixa de ser o do livre convencimento para dar lugar ao sistema da persuasão racional.

O livre convencimento, por si só, não pressupõe uma liberdade racionalizada. Ao contrário, pressupõe uma liberdade absoluta; e o fato de o Código de Processo Civil estabelecer que o juiz é livre na valoração das provas não indica que o sistema adotado seja o do livre convencimento, uma vez que este tende a obscurecer o elemento racional do processo de avaliação, exaltando o fenômeno psicológico (convencimento).

Na livre convicção, o juiz está autorizado a decidir de acordo com suas impressões pessoais. E mais, não basta que o julgador forme sua convicção com base nas provas dos autos, respeitando as normas legais. Para assegurar efetivamente estes parâmetros e tornar a valoração da prova uma atividade racional, é necessário que o sistema imponha o dever de motivar as decisões tomadas.

A prova, de fato, possui este ângulo subjetivo, significando a convicção que o juiz obtém no momento de valorá-la. No sistema do livre convencimento, o magistrado aprecia o valor dos elementos probatórios através de um processo crítico-racional, auxiliado por regras lógicas, regras da experiência comum, e regras jurídicas.

São esses critérios que o diferenciam do sistema da prova legal. Porém, no sistema da persuasão racional, além dos parâmetros acima, que podem ou não estar presentes no momento da valoração das provas se o sistema for o do livre convencimento, o juiz jamais deverá deixar de demonstrar os critérios que utilizou para valorar a prova, pois o que identifica esse sistema é o dever de motivar as decisões judiciais. Além do que, a motivação, e somente por meio dela, possibilita visualizar se o direito à prova, entendido como o direito das partes de influenciar no acerto judicial dos fatos por meio de todas as provas relevantes de que dispõem, foi efetivamente respeitado pelo juiz na fase de valoração das provas.

### 3 DA AVALIAÇÃO DA PROVA CÍVEL

#### 3.1 VALORAÇÃO DA PROVA

A valoração da prova não é tema novo no estudo do processo, pelo contrário, há uma longa história cujas fases não estão inteiramente superadas, pois subsistem em nosso ordenamento institutos que ainda as refletem.

Basicamente, pode-se distinguir duas fases bastante claras no processo de evolução da valoração da prova no direito: a primeira fase, dita, de valoração aleatória; e a Segunda que chama-se de fase judicial.

Na primeira fase as provas estavam adstritas a uma álea. Essa álea podia se manifestar por uma crença no julgamento de uma divindade ou mesmo nas regras de combate.

Neves e Castro, talvez o primeiro estudioso do processo a sistematizar um estudo concentrado da teoria das provas, apontava, nessa categoria, as ordálias e, mesmo, o duelo judiciário.

Nas ordálias, um determinado procedimento era imposto às partes e se constituía como prova absoluta, que era seguida rigorosamente pelo julgador. Entre outras, havia a da água fervente (quem tirasse um objeto do fundo de um caldeirão e não estivesse com queimaduras até o terceiro dia era o vencedor), da água fria (quem conseguisse atravessar um rio mais vezes era o vencedor) e a do ferro em brasa (quem conseguisse dar nove passos com um ferro em brasa sem se queimar era o vencedor).

No caso do duelo judiciário a questão era remetida ao combate. O vencedor tinha a prova de "veracidade" ao seu favor, sendo, assim, julgado vencedor do litígio.

Na segunda fase, a avaliação das provas deixou de ser cometida a um evento qualquer (álea) e passou a ser procedido pelo próprio julgador.

Assim sendo, de início o julgador se limitava a tarifar as provas de modo que o quociente final determinasse quem tinha mais provas a seu favor. Oriundo do direito canônico, esse modo de valoração ainda está impregnado em alguns dispositivos do nosso direito, em que há determinação de um meio especial de prova, e, portanto, mais importante, do ponto de vista probatório, que outros, como, por exemplo, a prova de transferência de propriedade imóvel por documento público.

Em um segundo momento, deixou de haver o tarifamento, atribuindo-se ao Juiz a plenitude de avaliação sem qualquer necessidade de demonstração de seu raciocínio. Nesse momento em que a doutrina atribui a denominação de fase da "íntima convicção" a decisão era puramente arbitrária. Esse tipo de julgamento era adotado por uma das mais cruéis e corruptas instituições já criadas pelo homem: a Santa Inquisição.

Essa forma de avaliação ainda informa em nossos dias o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, onde não há exigência de demonstração dos modos de avaliação das provas pelos jurados.

Do temperamento dos dois modelos surgiu o sistema adotado no ordenamento processual brasileiro e que está conformado no art. 131 do Código de Processo Civil Brasileiro. Esse sistema se estrutura em função da exigência de motivação e racionalidade, na apreciação da prova no curso do processo.

Dizer, então, que o Juiz deve apreciar as provas e expor seus motivos de forma racional significa determinar que o Juiz construa uma argumentação que *defenda* o seu ponto de vista, tanto em relação às partes quanto aos demais atores do processo, como também perante a própria sociedade.

A decisão judicial, portanto, nunca é mais que uma argumentação; e essa argumentação somente pode ser entendida como correta e aceitável à medida que o raciocínio que a produziu possa ser testado.

### 3.2 JUÍZOS LIMITATIVOS DA PROVA

Pertence às partes a iniciativa de enunciar os fatos e de produzir as provas de suas alegações. Ao juiz cabe atribuir-lhes o valor que merecerem, daí decidindo sobre a procedência ou improcedência do pedido. Por mais complexa que seja a norma jurídica a ser aplicada ou a situação de fato, não pode o juiz declinar da jurisdição. O juiz deve avaliar as provas e julgar a ação procedente ou improcedente, aplicando o direito ao caso concreto.

E como referido anteriormente, na avaliação das provas, é possível imaginar três sistemas que podem orientar a conclusão do juiz: o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional.

Desses sistemas, deter-se-á no moderno sistema da persuasão racional que, ao mesmo tempo em que mantém a liberdade de apreciação, vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos, obrigando, também, o magistrado a fundamentar sua decisão de modo a se poder aferir o desenvolvimento de seu raciocínio e as razões de seu convencimento. O sistema da persuasão racional está consagrado no art. 131 do Código: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".<sup>54</sup>

Como se vê, em primeiro lugar, dá a lei a liberdade de apreciação, ou seja, as provas não têm valor pré-determinado nem peso legal. Cada circunstância de fato será apreciada no contexto das demais provas e pode valer mais ou menos, segundo o entendimento não pré-ordenado do juiz. Em segundo lugar, porém, limita a lei esse convencimento e a apreciação aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, segundo o princípio *id quod non est in actis non est in mundus* (o que não está nos autos não existe). Consagra-se, aí, o princípio da verdade formal, ou seja, o juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real).

---

<sup>54</sup> BRASIL. *Código de processo civil*. 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2005.

Justifica-se, essa limitação, primeiro porque a verdade real, a certeza objetiva, é sempre sujeita à interpretação individual e depois porque a verdade real, ainda que mereça ser perseguida como ideal, se não está nos autos, não foi submetida ao contraditório e conhecimento das partes, causando-lhes surpresa e podendo ser instrumento de arbítrio. Se o juiz tem conhecimento pessoal dos fatos, em princípio está impedido de julgar ou, se não estiver impedido, porque o conhecimento é geral e não interessado, deverá providenciar, com os poderes que tem (art. 130) de complementar a prova apresentada pelas partes, para que a prova seja trazida a juízo e submetida ao crivo do contraditório. O juiz civil não é inerte, mas não é também inquisitivo a ponto de substituir a atividade probatória das partes, diferentemente do juiz penal, que tem maiores poderes inquisitivos na busca da verdade real, em virtude dos interesses envolvidos no processo criminal.

Finalmente, completa o sistema da persuasão racional, e daí o seu nome, o dever de fundamentar a decisão, apresentando as razões do convencimento. A obrigação de fundamentar permite às partes aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório, constante dos autos, e também que os motivos levam logicamente à conclusão. Essa garantia não só assegura o exame cuidadoso dos autos, mas também permite que, em grau de recurso, se faça o eventual reexame, em face de novos argumentos apresentados.

Mas, para falar-se na correta valoração da prova, é mister que inicialmente se faça a distinção entre juízos próprios de admissão da prova e de valoração da prova, como meio de antever os limites do material probatório a ser utilizado e a maneira como os participantes do processo – em especial o magistrado – influenciam objetiva e subjetivamente na legitimação da função jurisdicional de motivação da sentença, como forma precípua de evitar o arbítrio judicial.

### **3.2.1 Admissibilidade da prova**

A atividade probatória está voltada ao conhecimento dos fatos pelo juiz, mas também tem a finalidade de fixar os fatos no processo (no próprio universo social), cumprindo sua função legitimadora das decisões judiciais.

Assim, o procedimento probatório desenvolve-se em diversas etapas. Na primeira, a postulatória, as partes pedem a produção de determinadas provas. O juiz, nesse momento, exerce verdadeiro juízo de admissibilidade em relação às provas, determinando a produção daquelas que considerar relevantes.

Antônio Magalhães Gomes Filho esclarece que

a *admissibilidade* da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos.<sup>55</sup>

O exercício desse poder, sem dúvida, representa um limite à atividade probatória e, por tal razão, merece ser investigado. Em linhas gerais, o juízo de admissibilidade manifesta-se de forma escalonada, tal como um filtro constituído por três planos distintos, que eliminam as provas *impuras*, deixando passar apenas aquelas que realmente interessam para a solução do litígio.

A dimensão mais ampla dessa *filtragem* inicial é aquela que investiga as provas sob a ótica da *licitude*. Ou seja, em um primeiro momento, o julgador estabelece se a prova pretendida pelas partes é lícita ou não.

Superada essa primeira fase, o juiz irá investigar se a prova preenche o requisito da *adequação* – em outras palavras, se a prova é adequada para evidenciar o fato alegado pela parte.

Por fim, ultrapassados os planos da licitude e da adequação, a prova ainda vai ser submetida ao crivo da *pertinência* – entendida esta como o necessário liame entre a prova e o objeto do litígio propriamente dito.

Cada uma dessas dimensões, por assim dizer, representam verdadeiros limites ao direito das partes à prova. O juiz – verdadeiro destinatário do material probatório – exerce o

---

<sup>55</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997. p. 95.

juízo de admissibilidade, de modo a restringir a prova a ser produzida no processo; limita a prova antes mesmo de ela entrar nos autos. E esse poder, sem dúvida, merece ser investigado.

Como limites legais, pode-se dizer que é a lei que estabelece os parâmetros segundo os quais se irá julgar sobre a eventual ilicitude de uma prova pretendida pela parte. Por certo, cumpre fazer aqui a devida distinção entre prova *lícita* e *prova legal*. A primeira é aquela que está de acordo com o ordenamento jurídico. A segunda, tradicionalmente, refere-se ao sistema de avaliação probatória que estabelecia, com anterioridade, o valor probante dos meios probatórios.

A regra geral, portanto, é a de que são admissíveis todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no ordenamento jurídico (provas atípicas) como hábeis a demonstrar a verdade dos fatos nos quais se funda a ação ou a defesa.<sup>56</sup>

O sistema da prova legal levava ao extremo o formalismo da prova; buscava sua quantificação absoluta e seu ápice ocorreu na Idade Média, onde os doutrinadores da escolástica estabeleciam os critérios de valoração.

Sobre a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica, a doutrina tradicionalmente tem oscilado entre duas concepções bastante opostas.

A primeira considera como prevalente o interesse da Justiça no sentido de descobrir a verdade. Assim, a eventual ilicitude na obtenção da prova não afasta seu valor como elemento útil para influenciar o convencimento do julgador. A prova seria admitida possibilitando-se a punição do infrator pela infração de direito material cometida.

A segunda concepção, contudo, parte do pressuposto de que o Direito não pode prestigiar comportamento antijurídico – nem consentir que se beneficie aquele que desrespeitou preceito legal, com prejuízo alheio. Dessa forma, o juiz afastará a prova ilegitimamente obtida, deixando de considerá-la para a formação de seu convencimento.

---

<sup>56</sup> Art. 332 do CPC. BRASIL, 1973.

Parte da doutrina, contudo, propõe uma posição intermediária, segundo a qual seria mais sensato conceder ao juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos.

Aplicando o princípio a proporcionalidade, o órgão judicial decidiria qual dos interesses em conflito deveria sacrificar, levando em consideração as circunstâncias envolventes do caso concreto, tais como sua gravidade, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, ou mesmo o vulto do dano causado.<sup>57</sup>

Nesse contexto, apesar dos termos taxativos do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal vigente,<sup>58</sup> a tendência mais moderna da doutrina orienta-se no sentido de relativizar tal dispositivo, atenuando sua aplicação principalmente nos casos em que o interesse de manter a licitude das provas contrarie interesse de maior relevância como, por exemplo, o de não condenar um inocente. António Magalhães Gomes Filho assim aborda a matéria:

[...] são semelhantes considerações a respeito da ponderação de interesses que autorizam a admissão da prova ilícita *pro reo*: no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é *superior*.<sup>59</sup>

Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, sustenta que não se pode atribuir absoluta correspondência entre o ilícito material e a inadmissibilidade processual. Para a autora, a ponte, a passagem entre os dois conceitos deverá ocorrer em uma perspectiva constitucional, uma vez que a inconstitucionalidade da prova se subsume em dois momentos: o da ilicitude material e o da ilegitimidade processual.

<sup>57</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 84, p. 144-155, out./dez. 1996. p. 146.

<sup>58</sup> Art. 5º, LVI da Carta Magna: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2005.

<sup>59</sup> GOMES FILHO, 1997, p. 106.

Assim, a medida e o limite da prova ilícita devem ser estabelecidos sempre com vistas à Constituição. Se a colheita da prova importar em infringência a um direito ou a um princípio de caráter constitucional, a prova deverá ser afastada, ainda que com isso, vez ou outra, se corra o risco da impunidade do culpado. Mas na medida em que a prova colhida contra a lei infringir lei ordinária, de caráter civil, penal ou administrativo, poderá ser utilizado quer o princípio da proporcionalidade, quer o princípio do *male captum bene retentum*, punindo-se o responsável pelo ato ilícito cometido.<sup>60</sup>

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que a teoria norte-americana da "frutos da árvore envenenada" (*fruits of the poisoned tree*) não tem aplicação absoluta no Direito Brasileiro, sendo admissível, em alguns casos, a prova obtida de forma ilícita como elemento de influência para o convencimento judicial.

Já os limites verticais seriam aqueles impostos pelo julgador ao selecionar a matéria a ser provada – o objeto da prova. Ou seja, de todo o conflito de interesses levado ao seu exame, o julgador pode estabelecer limites à investigação probatória, como no caso em que fixa os pontos controvertidos no processo.<sup>61</sup>

Os limites sobre a matéria da investigação probatória também podem ser fixados pelas eventuais fontes de prova – como o exemplo da testemunha, que não é obrigada a depor sobre fatos que lhe acarretem grave dano, ou ao seu cônjuge e parentes (art. 406, I, do CPC).

Limitações incidentes sobre o *objeto* da prova são bastante frequentes no sistema anglo-americano, podendo ser citados os exemplos: das regras sobre *competência*, que afastam os depoimentos de crianças e doentes mentais por não serem confiáveis; da *hearsay rule*, que impede o testemunho daqueles que tiveram conhecimento dos fatos apenas por *ouvir dizer*; ou da proibição de regras sobre antecedentes do acusado – que poderiam influenciar os jurados a condenar o réu por fatos diversos daqueles efetivamente constantes na acusação.

Sabe-se que os limites da lide, em razão dos princípios da demanda e do dispositivo, são estabelecidos pelas partes, na ação e na defesa, respectivamente. No entanto,

<sup>60</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas. In: \_\_\_\_\_. *O processo e sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 161-184. p. 177.

<sup>61</sup> Art. 451 do CPC: “Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova”. BRASIL, 1973.

cada vez mais se reconhece ao juiz iniciativa probatória, bem como o poder de determinar as provas necessárias à instrução do processo.<sup>62</sup>

Igualmente não será admitida prova de fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, ou admitidos como incontroversos<sup>63</sup>.

Já nos limites horizontais – ou longitudinais – o julgador acaba impondo, resumizando a cognição através da limitação dos meios de prova a serem utilizados pelas partes. Isso pode ocorrer quando ele rejeita meios inadequados para a prova que se quer fazer.

### **3.3.2 Influência dos participantes no convencimento judicial**

Esse é o momento, dentro do processo, em que, concluída a instrução, o julgador avalia o contexto probatório, orientando seu convencimento no sentido da ação ou da defesa, mediante a aplicação do direito objetivo.

Nesse caso, em regra, o juiz se depara com duas ordens de limitação: as de ordem sistemática e as de ordem subjetiva (suas e dos outros personagens atuantes – colaboradores – na cena judiciária).

Sobre a limitação sistemática, conforme antes salientado, a doutrina costuma distinguir três sistemas clássicos pelos quais se procede a valorização do material fático recolhido através das provas produzidas no processo.

Relembrando, os sistemas que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais são: o *da prova legal*, no qual a lei estabelece rigorosamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; o da valoração *secundum conscientiam*, em que a lei deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; e o sistema da *persuasão racional*, em que o juiz forma seu convencimento livremente, porém limitado por critérios de racionalidade lógica e científica.

---

<sup>62</sup> Art. 130 do CPC. BRASIL, 1973.

<sup>63</sup> Art. 334, I, II e III do CPC. Ibid.

De considerar que em todos os sistemas, o que está em jogo é a liberdade do órgão julgador para valorizar as provas e formar seu convencimento, estabelecendo, assim, verdadeira dialética entre a lei e o poder judicial.

Passando, pois, diretamente ao que interessa, pode-se concluir que a evolução dos sistemas de valorização da prova chegou à necessidade de solução do problema de controle da livre apreciação da prova – ou, como menciona Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, do conflito entre liberdade do órgão judicial e direito de cidadania processual, habitual na contraposição entre formalismo e informalismo.<sup>64</sup>

O sistema da persuasão racional da prova surge como uma etapa posterior à tese do livre convencimento e, embora admita a liberdade judicial na avaliação probatória, impõe ao juiz a observância de regras lógicas e das máximas de experiência comum.

A distinção fundamental entre os dois sistemas reside no fato de que, na persuasão racional, o órgão judicial tem

o dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara sua decisão. Cumpre-lhe indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua convicção, de tal modo que a conclusão sentenciada guarde coerência lógica com a prova constante dos autos".<sup>65</sup>

Como bem ressalta Ovídio Baptista, supracitado, a opção legislativa por um ou outro sistema está diretamente vinculado à maior ou menor confiança que a sociedade tenha em seus juízes, bem como na credibilidade da instituição do Poder Judiciário.

Essa circunstância igualmente foi percebida por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, quando refere que

no fundo, a livre apreciação da prova encontra-se intimamente ligada à valorização do próprio juiz e de seus julgamentos, o que conduz a uma insuprimível dialética entre lei e juiz, incapaz de ser resolvida em termos abstratos e cuja solução só pode

---

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 161.

<sup>65</sup> BAPTISTA DA SILVA, 1987, v. 1, p. 287.

ser encaminhada levando-se em conta concretos parâmetros históricos, social e econômicos.<sup>66</sup>

O sistema da persuasão racional pressupõe a existência de julgadores bem preparados, altamente capazes e moralmente qualificados – devidamente integrados e conscientes de seu papel junto à sociedade.

Então, para que se faça justiça, não basta que se tenha o direito, que se saiba pedir o direito e que exista alguém disposto a dar o direito – é preciso que este alguém saiba o que está fazendo.

Como limite subjetivo, pode-se afirmar que o processo, cada vez mais, afasta-se de sua concepção liberal, na qual era entendido como coisa das partes, e aproxima-se da noção mais atual, em que é visto como de natureza pública, representando verdadeira garantia de cidadania, devidamente protegido por disposições de natureza constitucional.

Nessa nova visão, o processo realiza-se sob forma de colaboração entre seus participantes, haja vista a finalidade complexa, que a todos interessa e atinge, constituída pelo escopo de alcançar a justiça, a atuação do direito objetivo e a pacificação social.

A colaboração de cada participante do processo, portanto, realiza-se de formas diferenciadas. Contudo, em todos os momentos, pode ser identificado o esforço comum de humanização, de democratização e de eficiência do processo.

No desempenho de suas atividades, as partes, através dos respectivos advogados; o Juiz de Direito e o Ministério Público (quando atua), influenciam – em maior ou menor medida – para que seja prolatada a sentença final. Pode-se, pois, interpretar tal fenômeno de forma que, com sua ação, os participantes do processo acabem restringindo a prova, seja na sua produção, seja no seu exame.

Entre os deveres do juiz, está o de assumir meios probatórios, nos limites dos fatos alegados pelas partes. Ao avaliar o contexto probatório, contudo, o juiz invariavelmente ficará diante de um quadro de provas no qual poderão ser identificadas as seguintes situações:

---

<sup>66</sup> OLIVEIRA, 1997, p. 161.

a) existe prova – e esta se orienta, de forma inequívoca, em direção ao posicionamento de uma das partes;

b) existe prova – mas esta não tem orientação definida, inclinando-se ora num, ora noutro sentido; ou

c) não existe prova – ocasião em que deverá usar as regras de julgamento do ônus da prova, eis que vedado o *non liquet*.

Nas duas últimas hipóteses, o juiz, com sua ação, cria um caminho, seja optando entre uma das duas linhas probatórias, seja aplicando as regras do ônus da prova, caso em que penalizará uma das partes por não ter provado o que lhe cabia.

A questão que deve ser resolvida é justamente sobre o critério da opção judicial. Como controlar o juiz para que suas decisões dentro do processo sejam jurídicas e não apenas fruto do puro arbítrio ou da *onipotência* judicial?<sup>67</sup>

Na verdade, os limites subjetivos – e o poder criador do juiz em especial – estão para os limites sistemáticos como a espécie para o gênero. Estes, no entanto, encontram-se previstos no ordenamento jurídico, sendo estabelecidos de forma abstrata. Os limites subjetivos, por sua vez, situam-se na extremidade final do processo, sendo concretizados pela atuação efetiva de seus agentes.

Esse enfoque, portanto, ganha relevância no momento em que se percebe que o juiz não exerce, propriamente, uma atividade criadora – até porque ele não pode ir além do material constante nos autos. No entanto, uma mesma questão pode levar a diversas decisões – todas jurídicas – dependendo do juiz que examina os autos.

Kelsen (1976), no capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito, conclui que a interpretação do direito divide-se em dois momentos: o primeiro, de natureza cognosciva, em que o aplicador determina as diversas hipóteses possíveis, através das quais o direito se revela; o segundo, de natureza volitiva, em que o intérprete escolhe uma das possibilidades existente na moldura do direito a aplicar, criando o direito para a espécie examinada (cria a norma individual).

---

<sup>67</sup> OLIVEIRA, 1997, p. 162.

Para o autor "A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito".<sup>68</sup>

O primeiro momento seria jurídico; o segundo estaria dentro da política jurídica, regido por normas metajurídicas como a moral a justiça, os juízos de valor social. Assim como o legislador, por ato de vontade, cria a lei geral, o juiz, ao interpretá-la em face do caso concreto – também por ato volitivo – cria lei individual, por interpretação autêntica.

A questão fica mais interessante quando se constata que o mesmo fenômeno ocorre no momento em que o juiz *interpreta* (talvez fosse melhor dizer *aprecia*) não o direito objetivo, mas o contexto probatório constante nos autos. Diante dos caminhos possíveis a serem seguidos, o juiz opta, escolhe, decide por um deles. Com isso ele cria a versão definitiva dos fatos, excluindo todas as demais.

O juiz não cria fatos. De igual forma, a decisão judicial não estabelece a verdade absoluta sobre a matéria discutida. Trata-se, apenas, da verdade possível, não só diante da atuação dos demais participantes do feito, mas também das próprias circunstâncias particulares do julgador, formada por seus valores, princípios e íntimas convicções.

O controle de tais decisões, por certo que é possível. Usualmente é realizado através das regras do bom senso, da lógica, das leis naturais, da experiência e da razoabilidade, sendo que o próprio art. 335 do CPC faz referência às "regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial"<sup>69</sup>. A prática demonstra, contudo, que às vezes isso é muito pouco.

Já o *Parquet*, nas causas em que intervém como fiscal da lei, sempre elabora um joeiramento prévio em relação ao contexto probatório, elaborando um projeto de sentença que, muitas vezes, ajuda o julgador na solução da causa. O parecer, a promoção final do Ministério Público representa, assim, uma certa limitação à prova produzida.

O Promotor de Justiça também não cria fatos. No entanto, elabora ele uma valorização prévia das vertentes probatórias, que pode ser decisiva para a elaboração, pelo juiz,

---

<sup>68</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976. p. 470.

<sup>69</sup> BRASIL, 1973.

da decisão final. Por certo, essa influência ainda depende de fatores anímicos, extraprocessuais mas nem por isso menos importantes.

O promotor atua baseado em suas próprias convicções, inserido em maior ou menor grau em suas circunstâncias sociais; seu posicionamento perante o contexto das provas igualmente será restritivo, excluindo algumas versões, enfatizando outras tantas; sua verdade é igualmente parcial.

Importante ressaltar que o Promotor de Justiça goza de relativa liberdade probatória, tendo em vista a natureza pública dos direitos envolvidos. Assim, poderá ele juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências que considerar necessárias ao descobrimento da verdade.

Na defesa das partes, os advogados não inventam fatos, mas versões próprias que, de certa forma, representam restrições relativas à matéria a ser provada durante o processo. De igual maneira, criam interpretações, ressaltam argumentos, estabelecem linhas de raciocínio que podem influenciar o julgador em seu veredito final. Interferem, com isso, no juízo valorativo do conjunto probatório.

Além disso, em razão dos princípios do dispositivo (concernente à liberdade para influir na prova, durante o curso do processo) e da demanda (relativo à propositura da ação), são os advogados que realizam a filtragem inicial dos fatos a serem discutidos no processo, bem como das provas com as quais pretendem evidenciar a veracidade de seus argumentos. Essa limitação incide, sem dúvida, já na fase postulatória, sendo, inclusive, anterior ao juízo de admissibilidade feito pelo juiz da causa.

Sobre o princípio do dispositivo, digno de nota é o seguinte elogio feito por Alois Troller:

Constitui um dos mais belos direitos do cidadão livre que, tendo-se tornado litigiosa a sua questão, não precise mendigar do juiz a sua graça, como o escravo se dedica ao seu senhor no castelo, mas perante ele se defenda, em oposição a seu adversário, e para isso possa constituir um advogado. - O juiz não deve estar aí como um administrador secreto, mas como o homem a quem cabe a honra de decidir sobre relações jurídicas tornadas litigiosas entre cidadãos livres.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> TROLLER, 1986 citado por OLIVEIRA, 1997, p. 142.

Assim pode-se concluir que a admissão e a valoração das provas no processo obedece a um método bem determinado, formado por um amplo conjunto de regras, cuja função é garantir não apenas os direitos das partes, mas a própria legitimação da função jurisdicional.

Tais regras constituem, na verdade, um *catálogo de exceções*<sup>71</sup> que impõem limitações em dois momentos distintos: *como juízo de admissibilidade*, onde os parâmetros referem-se ao objeto da prova, aos meios probatórios, bem como aos procedimentos empregados nas operações referentes à colheita do material probatório; e *como juízo de valoração* quando os participantes do processo influenciam o convencimento judicial, principalmente levando-se em conta o moderno *caráter de colaboração* do processo.

### 3.3 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E VALORAÇÃO DA PROVA

#### 3.3.1 Distribuição do ônus da prova

Já se falou na necessidade da prova para a busca da verdade no processo. Contudo, não existe dever jurídico de provar, mas simplesmente ônus de fazê-lo. Entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio.

Como se vê, no ônus, há a idéia de carga, e não de obrigação ou dever. Em outras palavras, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir; mas se não o fizer nem por isso será automaticamente prejudicada, já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes (CPC, art. 131).

Antes do exame do ônus da prova, importa registrar que as partes têm o ônus da alegação dos fatos, que servem de base para os seus pedidos (pedido de procedência, pedido de improcedência).

---

<sup>71</sup> VERDE, Giovanni. Prova legale e formalismo. *Il Foro Italiano*, Roma, pt. V, col. 465-474, 1990.

Assim, sob a égide do princípio dispositivo, o juiz não deve tomar em consideração fatos não alegados pelas partes. Às partes incumbe, pois, a alegação dos fatos e das circunstâncias que os envolvam, não cabendo ao juiz, em princípio, investigá-los ou complementá-los. Essa orientação comporta certo temperamento, em se tratando de direitos indisponíveis e, sobretudo, nas causas envolvendo interesses de menores.

Tem-se, pois, que o ônus da prova é precedido pelo ônus da alegação<sup>72</sup>, isto é, não se cuidará de provar o que não foi alegado.

No que respeita à prova dos fatos, há forte tendência no sentido de conferir ao juiz maior soma de poderes para que ele tome iniciativas neste campo, como também há forte tendência no sentido de reformulação do princípio dispositivo e fortalecimento dos poderes do juiz.

Quanto às alegações das partes, toca-lhes, em princípio, o ônus de prová-las. Entretanto, o problema do ônus da prova não se resolve com afirmações simplistas como “o ônus da prova incumbe a quem alega” ou “cabe às partes e não ao juiz a iniciativa de provar os fatos do processo”.

Para melhor compreensão, impende registrar que o ônus da prova é precedido do ônus da alegação, ou seja, antes de resolver a questão do ônus da prova, deve o juiz fixar os pontos controvertidos, isto é, verificar se os fatos foram alegados pelas partes e impugnados pelo adversário. Aliás, Emilio Betti, com propriedade, ressalta que a divisão do ônus da prova acompanha a divisão do ônus da afirmação.<sup>73</sup>

Fixados os pontos controvertidos, surge o problema da repartição do ônus da prova, que, a rigor passa pelo interesse do autor em demonstrar o fundamento do pedido e pelo interesse do réu, o fundamento da defesa.

Dessa formula dissente Carnelutti<sup>74</sup>, cuja concepção pode ser assim resumida: enquanto o interesse em afirmar é unilateral (cada parte tem interesse em afirmar só os fatos que

---

<sup>72</sup> Na lição de ROSENBERG, às partes incube não só o ônus de provar os fatos necessários para a decisão, mas também o ônus de introduzi-los no processo, mediante afirmações ou alegações.

ROSENBERG, Leo. *La carga della prueba*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1956. p. 39.

<sup>73</sup> BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

<sup>74</sup> CARNELUTTI, 2002.

constituem a base de sua pretensão ou defesa), o interesse em provar é bilateral (uma parte quer provar a existência do fato e a outra, a inexistência). Diante disso, conclui que o critério para determinação do ônus da prova reside no interesse da afirmação, o que se harmoniza com o conteúdo da lide e corresponde a uma regra de experiência, porque, quase sempre, as partes procuram munir-se dos meios necessários para provar os fatos que lhe interessam.

Importante, também, a contribuição de Chiovenda<sup>75</sup> ao pôr em relevo que, para ser respeitado, o princípio da igualdade das partes no processo, o ônus de afirmar e de provar se distribui entre elas, de modo que cada qual tem o encargo de provar os fatos que pretende ver considerados pelo juiz.

Assim, em regra, incube ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu a dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos. Entretanto, adverte Chiovenda<sup>76</sup>, enquanto o autor não provar os fatos que afirma, o réu não tem necessidade de provar coisa alguma: *actore non probante, reus absolvitur*.

O Código de Processo Civil, perfilhando a doutrina de Chiovenda e de Betti, supra-referenciados, estabeleceu, no art. 333, as regras sobre o ônus da prova:

O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...].<sup>77</sup>

Dessa forma, entende-se por fato constitutivo o acontecimento da vida que serve de fundamento ao pedido do autor. Fato impeditivo é o que obsta as conseqüências jurídicas objetivadas pelo autor (ex: incapacidade civil). Fato modificativo é o que opera alteração na relação jurídica (ex: ocupação inicial do imóvel a título de comodato que, depois, se converte em locação). Fato extintivo é o que acarreta o fim da relação jurídica (ex: o pagamento da dívida).

<sup>75</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> BRASIL, 1973.

As regras retromencionadas mostram-se suficientes para resolver grande número de casos, mas se revelam inadequadas em hipótese mais complexas como aquelas em que ocorre desdobramento de fatos.

Até agora, houve preocupação com o chamado ônus subjetivo da prova, isto é, a demonstração dos fatos constitutivos incumbe ao autor e ao réu, a dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos (CPC, art. 333). Há, por conseguinte, preocupação em saber a quem incube o ônus da prova.

Encerrada a instrução e devendo o juiz proferir sentença, diminui de importância a questão de saber se as provas foram, ou não, produzidas pela parte a quem competia o respectivo ônus. O que importa, agora, é que o julgador forme sua convicção com base no contingente probatório, e, para fazê-lo, tomará ele em consideração todos os fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (CPC, art. 131).

Como se vê, há dois aspectos do ônus da prova, bem claros e definidos: a) o ônus subjetivo – a quem incube provar; b) o ônus objetivo – encerrada a prova, irrelevante é indagar se houve estrita observância das regras que regem o ônus subjetivo da prova, pois o juiz, destinatário dela, julgará a causa levando em consideração todos os elementos constantes dos autos.

Nesse sentido, Rosenberg afirma que

no procedimento regido pelo princípio dispositivo, não interessa que precisamente a parte que suporta o ônus da prova a tenha produzido, porque o magistrado deve ter em conta o conteúdo total dos debates; assim, a criação das bases para a convicção judicial não é coisa exclusiva de quem suporta a carga da prova; o que interessa é unicamente o comprovado e não que o comprovou<sup>78</sup>.

A tendência atual é atribuir importância às regras sobre o ônus da prova somente na hipótese de ausência ou insuficiência da prova produzida. É que, havendo nos autos elementos probatórios suficientes, não há razão para o juiz preocupar-se com a questão do ônus da prova, isto é, se tais elementos foram carreados ao processo pela parte a quem tocava o ônus de fazê-lo.

---

<sup>78</sup> ROSENBERG, 1956, p. 222.

Em verdade, no momento da produção da prova, o juiz não se preocupa com a questão do respectivo ônus, isto é, não diz a quem incumbe a demonstração das alegações, tema que só será objeto de indagação por ocasião do julgamento.

Cabe registrar, também, que modernamente se confere ao juiz papel relevante na produção da prova, o que reduz cada vez mais a importância da discussão sobre o respectivo ônus.

Deve-se atentar que a recente inovação introduzida no art. 331 do CPC poderá modificar um pouco esse quadro. Com efeito, estatui sobredito artigo, em seu parágrafo segundo: “Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”<sup>79</sup>

De qualquer modo, provado o fato pelo autor, pelo réu ou por iniciativa do juiz, nenhum interesse haverá na discussão do ônus da prova (ônus subjetivo da prova) como ficou anteriormente exposto.

### **3.3.2 Distinção entre a distribuição do ônus da prova e a valoração da prova**

A questão da valoração da prova encontra-se umbilicalmente ligada à distribuição do ônus da prova no processo, razão pela qual muitas vezes confunde-se valoração com distribuição do ônus da prova.

A matéria pertinente à divisão do ônus da prova, como visto, limita-se à determinação do que deve ser provado pelas partes no processo e a quem deve ser imputada a falta de tal prova, caso ao final da instrução não fiquem esclarecidas as alegações feitas pelas partes.

---

<sup>79</sup> BRASIL, 1973.

A valoração da prova influi, porém, na questão da distribuição do ônus da prova, ao apontar o quanto de prova é necessário para que se demonstre a existência dos fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

Para ilustrar a questão, bem como para ressaltar sua importância, tanto teórica quanto prática, utilizar-se-á a discussão ocorrida no julgamento de apelação no 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. A questão remetia-se à Lei nº. 8.245/91, especificamente ao seu artigo 51, que trata do direito de renovação do contrato de locação comercial. Os três incisos do referido artigo determinam os requisitos para a constituição do direito à renovação do contrato:

a) que o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

b) que o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; e, por fim,

c) que o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. A constituição do direito à renovação da locação comercial, nesses termos, exige que esses três requisitos fáticos ocorram concomitantemente.

Os dois primeiros requisitos não implicam grandes perquirições a respeito de prova. A prova documental do contrato a ser renovado costuma ser suficiente para demonstração desses requisitos legais.

O mesmo, no entanto, não ocorre com o terceiro requisito — tempo de exploração do comércio — gerando campo fértil para divergência jurisprudencial, a respeito do que seria uma prova suficiente para demonstração da continuidade na atividade comercial.

Em sede de Embargos Infringentes, o Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo analisou a questão da prova relativa ao terceiro requisito da ação renovatória, tendo em vista a divergência suscitada pelo Desembargador Gildo dos Santos, contrário à possibilidade de se provar o exercício do comércio por intermédio, tão-somente, de prova testemunhal.

Segundo o Desembargador Gildo dos Santos, o fato constitutivo tempo de exercício do comércio só poderia ser provado mediante provas documentais, tais como recibos de impostos relativos àquele exercício ou um alvará de licença para localização e funcionamento, sendo insuficiente apenas a prova testemunhal<sup>80</sup>.

O Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, no entanto, entendeu que a prova testemunhal produzida representava o *quantum* suficiente para o cumprimento do ônus da prova do fato constitutivo do direito pleiteado pelo autor.<sup>81</sup>

Nesse caso, percebe-se que o *quantum* de prova necessário para que o juiz proceda à relação inferencial entre a prova produzida e os fatos ocorridos, gera controvérsias diversas daquelas próprias à distribuição do ônus da prova.

Resumidamente, tem-se a seguinte situação: ou o magistrado entende estar suficientemente munido de elementos probatórios para julgar ou, entendendo insuficiente a instrução probatória, decide com base na regra de julgamento determinada no artigo 333 do Código de Processo Civil.

As técnicas de valoração da prova, portanto, acabam por representar mecanismos que, em alguma medida, aproximam-se da almejada justiça, distante da frieza do critério previsto no artigo 333 do Código de Processo Civil.

É, pois, muito cômoda a posição do magistrado que, diante de pouco conteúdo probatório, fundamenta sua decisão com base tão-somente na regra de distribuição do ônus da prova. Os poderes instrutórios conferidos ao juiz servem, justamente, para evitar que a decisão se pautem no critério estanque, ao invés de levar em conta a valoração do conteúdo probatório. Se o autor trouxe alguma prova ao processo, mesmo que insuficiente para afastar qualquer possibilidade de que os fatos não ocorreram como o alegado, não se pode reduzir sua atividade instrutória ao nada, resignando-se o julgador a aplicar o artigo 333 do Código de Processo Civil. Como alerta Salvatore Patti:

---

<sup>80</sup> Sobre o assunto, cf. SANTOS, Gildo dos. *Locação e despejo*: comentários à Lei 8.245/91. 2. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 171.

<sup>81</sup> Acórdão publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 657, p. 124, 1998.

[...] evitando-se de determinar modificações de situações jurídicas com base em alegações não certas, corre-se o risco de negar a tutela do direito, não obstante a subsistência de relevante probabilidade que a «razão» esteja efetivamente com a parte que agiu, mas não conseguiu esgotar o convencimento do juiz.<sup>82</sup>

O direito à adequada tutela exige do magistrado perspicácia e insistência para alcançar a realidade afirmada pelas partes, utilizando-se de todo e qualquer elemento capaz de fornecer cognição, limitando as possibilidades da frustrante decisão de simplesmente imputar a sucumbência a uma das partes, com base na distribuição do ônus da prova.<sup>83</sup>

Diante da insuficiência probatória, a atitude de resignar-se à aplicação do artigo 333 reflete ideologia que valoriza a manutenção do *status quo*, limitando-se as possibilidades de alteração da realidade, conforme o preciso magistério do Professor Marinoni:

A necessidade de distribuir o ônus da prova decorre do princípio de que o juiz, mesmo em caso de dúvida resultante de carência de prova, não pode deixar de dar solução à causa. Se o juiz tem o dever de sentenciar, solucionando o mérito, alguém tem que pagar pela carência de prova que o impede de ter um juízo perfeito sobre o conflito de interesses. O Código de Processo Civil fixou a regra de que o autor deve provar o que alega, criando um processo que não toma em consideração as particularidades do direito material para a distribuição do ônus da prova. O processo de conhecimento é um procedimento neutro (e assim injusto), insensível às necessidades do direito material, também porque não permite ao juiz inverter o ônus da prova de acordo com a situação concreta que lhe é trazida.<sup>84</sup>

Na falta de um instrumental legal mais arrojado, seguindo a crítica do Professor Marinoni, é necessário buscar, no direito processual civil brasileiro e no direito comparado, algumas técnicas de valoração da prova, tendentes a superar o simples critério de distribuição da sucumbência diante da falta de elementos probatórios.

<sup>82</sup> PATTI, Salvatore. *Prove: disposizioni generali*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1987. p. 158.

<sup>83</sup> Nem mesmo a nova visão processual do ônus da prova no Brasil, chamada de “**distribuição dinâmica da prova**”, de inspiração do doutrinador argentino Jorge W. Peyrano, é suficiente para respostas convincentes em determinados casos levados ao magistrado.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p.31.

### 3.4 REGRAS DE EXPERIÊNCIA E VALORAÇÃO DA PROVA

As máximas de experiência, referidas no artigo 335 do Código de Processo Civil, constituem premissa que se coloca na relação entre fato e direito, sendo de grande importância para a valoração da prova no Processo Civil.

Para uma maior compreensão do tema, parte-se da definição de máximas de experiência fornecida por Friedrich Stein:

são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, provenientes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação tenham induzido e que, para além destes casos, pretendem ter valor para outros novos<sup>85</sup>.

Como se vê, Stein ressalta que as máximas de experiência não podem referir-se a acontecimentos individuais, mas constituem premissas do raciocínio que se dão entre fato e direito na valoração da prova.

A formação de uma máxima de experiência tem como ponto de partida fatos cotidianos, que acontecem reiteradamente. Sua constituição como máxima, porém, só ocorre a partir da abstração desses mesmos fatos particulares. Nesse sentido, segundo Barbosa Moreira, as máximas de experiência

[...] refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro.<sup>86</sup>

As máximas de experiência possuem especial relevância na valoração da prova, vez que por intermédio dessas o magistrado utiliza toda a sua carga de conhecimentos pressupostos para avaliar as provas produzidas pelas partes no processo, possibilitando decidir se cada parte cumpriu ou não com seu ônus probatório, mediante valoração de todo o manancial probatório existente nos autos, ao final da instrução.

<sup>85</sup> STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Ramón Areces, 1990. p. 22.

<sup>86</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 74, n. 261, p. 13-19, jan./mar. 1978. p. 13.

Sendo verificadas e consolidadas em um determinado contexto (temporal, espacial), as regras de experiência abrem espaço para a utilização de juízos de verossimilhança e, sobretudo, de probabilidade na determinação de quem deve sucumbir diante da ausência de provas suficientes a embasar uma decisão final no processo.

Para além de avaliar as provas que efetivamente refletem os fatos alegados pelas partes, as máximas de experiência também se revertem em importante instrumental, para valorar os indícios provenientes de provas que não se referem diretamente aos fatos alegados pelas partes, mas a outros fatos que indicam a relevante probabilidade da real ocorrência, ou da não ocorrência, dos fatos alegados e, eventualmente, não comprovados durante a instrução processual.

Dessa forma, a redação do artigo 335 do Código de Processo Civil parece determinar uma ordem hierárquica, na qual a lei assume a frente para, em sua ausência, possibilitar a utilização das máximas de experiências na valoração das provas. Eis o enunciado do dispositivo: "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"<sup>87</sup>.

A ordem hierárquica que exige em um primeiro momento a aplicação da lei, para, apenas subsidiariamente, possibilitar a utilização das máximas de experiência, contudo, merece críticas, devendo ser mitigada, por diversas razões.

Sabe-se que o silogismo puro entre fato e regra jurídica representa postura epistemológica superada. Ao avaliar um fato e sua pertinência a uma regra, quer queira, quer não, o magistrado utiliza-se de máximas de experiências, até mesmo porque não pode despojar-se delas.<sup>88</sup>

A experiência do magistrado influi na averiguação dos fatos e na interpretação do direito que — sobretudo diante da insuperável vagueza e ambigüidade da linguagem — exige, em maior ou menor grau, considerações axiológicas. O que seria supostamente vedado pelo dispositivo, seria a fundamentação de uma decisão com base em máximas de experiência contrárias à lei.

---

<sup>87</sup> BRASIL, 1973.

<sup>88</sup> Barbosa Moreira ironiza: "[...] constituiria, aliás, absurdo patente exigir do juiz que, ao exercer suas funções judicantes, se despojasse de todas as noções por ele apreendidas como homem, ao longo da vida, sob condições análogas às dos restantes membros da comunidade" MOREIRA, 1978, p. 13.

A distância entre a regra jurídica e a realidade, bem como os imperativos de justiça cobrados do Processo, tem subvertido o que seria uma limitada posição hierárquica das máximas de experiência, na valoração da prova no processo. Tal tendência pode ser percebida em diversos julgados, que se utilizam das máximas de experiência diretamente como critério maior para valoração da prova no processo, superando as limitações do direito posto.

Exemplo eloqüente dessa tendência pode ser verificado na jurisprudência relativa às indenizações por danos extrapatrimoniais, nomeadamente aquelas nas quais pleiteiam-se indenizações por dano moral.

Segundo entendimento pacificado nos diversos Tribunais dos Estados e, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça, nas ações para reparação de dano moral não se exige do autor a prova do dano moral, limitando-se o ônus probatório à demonstração do fato propulsor do dano que, seguindo máximas de experiência, seria suficiente para causar os danos alegados.

Dentre tantos julgados que poderiam ser citados, essa corrente teórica é pormenorizadamente esclarecida em recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que trata da indenização por dano moral nas hipóteses de serviço de turismo (pacote turístico) prestado com deficiência.

Destaca-se, no voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, a seguinte fundamentação:

Impende ainda registrar algumas circunstâncias fáticas assentadas pelas instâncias ordinárias, a saber: a) o pacote turístico foi adquirido junto à ré; b) os autores foram obrigados a completar a viagem de ônibus, no trecho Campinas-São Paulo, não obstante tivessem pago o transporte aéreo; c) houve atraso na chegada ao destino final; d) os familiares dos autores, que estavam no aeroporto, não foram avisados a respeito do atraso [...]. A prova do dano moral se satisfaz, na espécie, com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum. Não há negar, no caso, o desconforto, o aborrecimento, o incômodo e os transtornos causados pela demora imprevista, pelo excessivo atraso na conclusão da viagem, pela substituição injustificada do transporte aéreo pelo terrestre e pela omissão da empresa de turismo nas providências, sequer diligenciando em avisar os parentes que haviam ido ao aeroporto para receber os ora recorrentes, segundo reconhecido nas instâncias ordinárias<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 304.738/SP*, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diário de Justiça da União, 13 de agosto de 2001, p. 167. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2006.

Ao analisar o voto do Ministro Relator, pode-se perceber a opção de utilizar as máximas de experiência para valoração da prova, de modo a afastar a simples aplicação da regra de distribuição do ônus da prova, segundo a qual, não tendo os autores comprovado o *dano moral*, requisito legal para que se constitua o direito à indenização, já que não se pode indenizar danos hipotéticos, a sorte do processo deveria imputar aos autores a sucumbência pela não comprovação de um dos requisitos do fato constitutivo.

Da mesma forma, deve-se diferenciar as máximas de experiência genéricas das máximas de experiência técnicas, previstas no artigo 335. Estas últimas referem-se não à observação dos fatos, mas a conceitos técnicos popularizados de tal maneira que passam a formar conhecimento comum, v.g., que uma gestação costuma durar nove meses.

De qualquer maneira, as máximas de experiência configuram apenas um dos mecanismos que o magistrado pode utilizar para valorar a prova produzida pelas partes de maneira a evitar a simples incidência da regra de julgamento sobre o ônus da prova.

### 3.5 TÉCNICAS PARA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DIANTE DO LIMITADO MATERIAL PROBATÓRIO NO DIREITO COMPARADO

A tendência de se evitar uma decisão no processo com base na simples aplicação da regra de julgamento do ônus da prova é percebida de maneira nítida no direito comparado.

Segundo Salvatore Patti:

[...] a regra sobre ônus da prova apresenta sob este ângulo um caráter estático, proveniente de razões históricas, e constitui um instrumento de resolução das controvérsias incapaz de garantir \_ na maior parte das vezes \_ um resultado justo. Compreende-se, então, porque em outros ordenamentos jurídicos, sobretudo nos ordenamentos escandinavos, prevalece, também em nível legislativo, a tendência de restringir a aplicação da regra sobre ônus da prova e sobretudo eliminar os aspectos subjetivos do convencimento do juiz<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> PATTI, 1987, p. 158.

O que fazer, por exemplo, quando o autor deve provar um fato constitutivo cujo suporte fático seja formado por elementos de grande complexidade e dificuldade de prova?<sup>91</sup>

Caso este autor produza prova suficiente para a conclusão de que existe 75% de chances de que o fato alegado tenha ocorrido, é justo imputar-lhe a sucumbência pelos 25% de ausência de prova (ou de cognição do juiz), sendo que o réu não produziu qualquer prova?

A experiência demonstra que, em inúmeras situações, percebem-se, durante o processo, fortes indícios da existência do direito material alegado pelo autor, convivendo, entretanto, com uma grande dificuldade de provar os elementos mínimos de um suporte fático complexo.

Então, o processo não deve perseguir *qualquer* decisão, mas uma decisão que reflita uma adequada tutela de direitos. A decisão com base na regra de julgamento do artigo 333 do Código de Processo Civil reflete, tão-somente, uma pré-fixação de riscos, sem qualquer compromisso com o caso em questão.

Nesse sentido, diversas técnicas têm sido desenvolvidas na Suécia, Alemanha, Itália, muitas vezes com forte influência do direito anglo-saxão por força da teoria das *evidences*, visando fornecer ao magistrado critérios para valoração das provas que sejam capazes de, a um só tempo, limitar o uso das regras sobre distribuição do ônus da prova e evitar o arbítrio desmedido na valoração.

Para tanto, parte-se de uma constatação, já referida nos capítulos anteriores: os meios de prova nunca conseguem refletir a realidade em sua complexidade fenomênica, representando, necessariamente, reduções lógicas formalizadas ao longo do processo.

Os meios de prova, no máximo, permitem a realização de uma relação inferencial entre o que foi provado e os fatos alegados pelas partes; nunca uma relação exauriente entre a alegação e os fatos efetivamente ocorridos.

---

<sup>91</sup> A expressão "fato complexo" significa "suporte fático complexo". Conforme explicação de Taruffo, são os casos nos quais o suporte fático necessário para a incidência de uma regra não se limita a um evento simples e específico, determinado no tempo e no espaço. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 126.

Importa ressaltar que essa relação inferencial entre fato provado e fato ocorrido não alcança o resultado de que o fato provado é igual ao fato ocorrido, mesmo porque o fato ocorrido possui uma complexidade semântica que nunca consegue ser reproduzida no processo.

Assim, o resultado – fato provado igual a fato ocorrido – pressupõe o mito da verdade. A assertiva pressupõe a necessidade lógica de que a única possível e necessária consequência do fato provado é o fato ocorrido. Se fato provado dificilmente equivale ao fato ocorrido em toda a sua amplitude, o que se tem entre o fato provado e o fato ocorrido é uma relação de probabilidade.

Esse é o entendimento de Taruffo, ao verificar a existência de dois critérios diversos utilizados pela Corte de *Cassazione* Italiana, para promover a relação entre fato conhecido e fato ignorado:

[...] para generalizar-se, na jurisprudência da Corte de Cassação, uma resposta ao problema de qual deve ser a relação entre o «fato conhecido e o fato ignorado» do qual fala o artigo 2727 c.c [...] No passado, e em épocas ainda recentes, a Corte de Cassação oscilou entre dois critérios muito diferentes: segundo um critério, esta relação teria a característica da certeza dedutiva e da necessidade lógica que se tem quando um fato se configura como a única possível e necessária consequência de um outro fato. Segundo outro critério, pode ser suficiente que entre os dois fatos possa instaurar-se uma relação de mera probabilidade, ou seja, que um destes apareça como provável, tomando por base outro, segundo uma inferência não dedutiva, certa e necessária, mas razoável e provável, fundada sobre o *id quod plerumque accidit*.<sup>92</sup>

Informa Taruffo, ainda, que o segundo critério veio a prevalecer, tendo por fundamento uma adequada percepção lógica e epistemológica, fundada na utilização das máximas de experiência, como mecanismos propulsores do salto entre o fato conhecido (provado) e o fato que se deveria provar.

Reconhece-se, assim, um insuperável raciocínio probabilístico no raciocínio do magistrado, ao avaliar as provas produzidas, perquirindo pela ocorrência dos fatos alegados pelas partes.

---

<sup>92</sup> TARUFFO, 1992. p. 291.

Vê-se, pois, que a análise de referido raciocínio, bem como o desenvolvimento de técnicas capazes de instrumentalizar o magistrado para valorar a prova, como ponto de partida e não como ponto de chegada, não se pode limitar ao estudo jurídico.

O desenvolvimento de técnicas para valoração da prova exige a interdisciplinaridade; e é preciso reconhecer que, quando o juiz toma contato com uma prova, passa a existir uma relação epistemológica entre sujeito cognoscente e objeto a ser conhecido. Os termos dessa relação, suas técnicas, suas possibilidades, contudo, não se encontram no direito, mas na teoria do conhecimento.

Da mesma forma, a matemática, a sociologia, a física, podem auxiliar o juiz na árdua tarefa da valoração da prova, vez que estas dissecam a realidade, expondo-a em outras perspectivas nem sempre comuns ao processo judicial.

Quando um magistrado se depara com a necessidade de valorar uma prova, a premissa maior da atividade cognitiva sempre será a carga cultural, a experiência de vida, deste magistrado. Caso essa prova possa ser avaliada sobre outras perspectivas, ampliam-se as premissas e, ao mesmo tempo, limita-se a subjetividade nessa avaliação.

### **A tecnologia da probabilidade quantitativa para valoração da prova**

A tecnologia da probabilidade quantitativa, mais do que reconhecer a relação inferencial entre a prova produzida no processo e a realidade alegada pelas partes, pretende racionalizar e quantificar o nível de pertinência entre a prova produzida e os fatos alegados, de modo a ampliar as possibilidades de solução dos litígios, evitando-se o desnecessário recurso das regras de julgamento de distribuição do ônus da prova.

Se a realidade em toda sua complexidade nunca é reproduzida nos autos, por outro lado, o nível de incerteza, segundo os pensadores da chamada tradicional *evidence school*, pode ser racionalizado e quantificado. Nesse sentido, diz-se que a probabilidade,

utilizada para valoração da prova, é "[...] a medida de incerteza de um fenômeno do qual não se possa predicar nem a falsidade (ou inexistência), nem a verdade absoluta (ou existência)".<sup>93</sup>

Dentre as diversas teorias que procuraram racionalizar a valoração da probabilidade entre os fatos provados e os fatos alegados, destaca-se a teoria de Bayes.

A teoria bayesiana encontra fundamento na construção teórica da probabilidade desenvolvida no século XVII por meio dos estudos de Pascal, tendo alcançado seu ápice nos idos de 1970, como critério para valoração da prova, influenciando decisivamente a *law of evidence* do direito anglo-saxão.<sup>94</sup>

Assim, a teoria de Bayes é classificada como espécie de probabilidade subjetiva quantitativa, já que procura uma medida (quantitativa) de convencimento racional sobre um evento, mediante um cálculo que leva em conta:

- a) o grau subjetivo de adesão a uma hipótese (*personal degree of belief*), de um *factfinder*;
- b) o grau de probabilidade que esta hipótese alcança, levando em conta a frequência relativa dos eventos da classe da qual o fato a ser conhecido faz parte.

Para tanto, a teoria de Bayes utiliza-se da seguinte fórmula:

$$P(X/E) = \frac{P(E \text{ e } X)}{P(E)} = \frac{P(E/X) \cdot P(X)}{P(E) \cdot P(E/\text{não } X)} = \frac{P(E/X) \cdot P(X)}{P(E)} \quad (14)$$

Essa seria a fórmula mais simples da teoria de Bayes, explicada por Elena Catalano:

O teorema de Bayes, aqui expresso em sua forma mais simples, afirma que a probabilidade  $P(X/E)$  de um evento  $X$ , dado um evento  $E$ , pode ser determinada em função da frequência estatística  $P(E/X)$  com a qual dado  $X$ , se verifica  $E$ . No processo penal  $X$  representa o tema de prova, identificado, simplificando, na culpa do acusado e o elemento de prova existente, enquanto

<sup>93</sup> TARUFFO, 1992, p. 168.

<sup>94</sup> Ibid., p. 167.

$P(X)$  representa a prior subjective probability atribuída a um júri ideal sobre a culpa do acusado, com base no material probatório imquantifiable, qual seja, a prova da pregressa inimizade entre o imputado e a vítima do homicídio. A fórmula descreve a medida na qual a consciência de um novo elemento de prova deve influenciar a valoração por parte do juiz do fato da probabilidade de culpa do acusado, sobre o assunto da perfeita racionalidade do factfinder e da absoluta atendibilidade dos elementos de prova produzido<sup>95</sup>.

Chiara Besso Marcheis descreve um rumoroso caso, consagrado como exemplo de utilização da teoria da probabilidade quantitativa:

Uma senhora que se dirigia para sua casa em uma estrada de Los Angeles foi assaltada e derrubada. A vítima declarou lembrar ter visto uma jovem branca, com os cabelos loiros presos com um rabo de cavalo, correr e sair em um automóvel amarelo guiado por um jovem negro com barba e bigode. Poucos dias mais tarde, um agente que investigava o caso prendeu um casal com base nestas descrições. Durante o processo, a acusação chamou um expert em estatística na tentativa de demonstra que, partindo do fato que a ladra era uma moça branca com os cabelos loiros presos com rabo de cavalo que havia deixado o local em um automóvel amarelo guiado por um negro com barba e bigode, havia uma probabilidade considerável que os acusados fossem os culpados vez que correspondiam a pouco usual descrição. Foram individualizadas seis características relevantes (automóvel amarelo, homem com bigode, moça com cabelo preso através de um rabo de cavalo, moça com cabelos loiros, homem com barba, casal de um negro com uma loira no automóvel) e os valores das probabilidades singulares foram multiplicados mediante a product rufe (que estabelece que a ocorrência de um número de eventos entre eles independentes é igual ao produto da probabilidade individual de cada evento ocorrido). Chegou-se a um resultado segundo o qual havia uma possibilidade sobre doze milhões que um casal selecionado pudesse possuir todas estas características. A acusação concluiu que havia uma possibilidade sobre doze milhões que os imputados fossem inocentes. Sobre estas bases a Corte de Los Angeles condenou o casal Collins.<sup>96</sup>

A teoria de Bayes, como mecanismo para valoração da prova, é vista por alguns autores como uma desumanização da justiça, o que é reconhecido em algumas Cortes Supremas de Estados norte-americanos.

Outras críticas ressaltam desde a falibilidade do formalismo matemático até limitações intrínsecas à teoria, como:

a) a escala de valores de 0 a 1 para a probabilidade do evento, onde a probabilidade 0, contudo, não pode ser considerada como falsidade da hipótese;

<sup>95</sup> CATALANO, Elena Maria. Prova indiziaria, probalistic evidence e modelli matematici di valutazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Cedam, a. 51, n. 2, p. 519, abr./jun. 1996.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 523.

b) o fato de o cálculo partir de determinada prova específica para chegar à hipótese, sem levar em consideração outras provas presentes no processo;

c) a fórmula matemática pressupõe, como elemento do cálculo, um jurado ideal.

O teorema de Bayes, apesar ser um método de cálculo e não uma teoria de valoração da prova, mesmo considerando as diversas críticas reconhecidas em autorizada doutrina, representa uma das mais importantes tentativas de utilização de mecanismos matemáticos para a valoração da prova.<sup>97</sup>

Outras teorias procuraram superar as críticas feitas à teoria de Bayes, utilizando-se, contudo, da maior parte de seus pressupostos, como a teoria de Ekelöf, Halldén e Edman, pautada no grau de probabilidade em que os elementos de prova disponíveis confirmam ou rejeitam a hipótese de fato perquirida, de forma a determinar "a medida segundo a qual a hipótese pode ser considerada verdadeira."<sup>98</sup>

Por tentar promover uma relação entre os diversos elementos da prova em face da hipótese alegada, o traço distintivo dessa teoria encontra-se na retirada dos elementos subjetivos no cálculo das probabilidades, razão pela qual é classificada como probabilidade objetiva quantitativa.

A teoria de Ekelöf, Halldén e Edman substitui elementos de cálculo subjetivos presentes na teoria de Bayes, tais como o jurado ideal e a *prior probabilities* a ele atribuída, pelas chamadas *base rate informations*, relativas à probabilidade objetiva da ocorrência de determinados fatos.

Deve-se ressaltar, ainda, seguindo Taruffo, que a citada teoria objetiva da probabilidade se utiliza dos mesmos fundamentos de cálculo da teoria de Bayes, procurando superar, basicamente, duas críticas:

---

<sup>97</sup> CATALANO, 1996, p. 521.

<sup>98</sup> TARUFFO, 1992, p. 185.

a) a desconsideração ou subvaloração, na teoria de Bayes, dos outros elementos de prova presentes que não aqueles utilizados no cálculo de probabilidades;

b) a superação de "valores probabilísticos" subjetivos nas fórmulas de cálculo.

A grande dificuldade na aplicação das teorias quantitativas de probabilidades encontra-se na determinação dos valores probabilísticos presentes em suas fórmulas, seja a *prior probabilities*, seja a *base rate informations*, vez que estes não são dificilmente determináveis na grande maioria dos casos em que se pretende traçar uma relação entre a prova produzida e a hipótese de fato que se pretende afirmar ou infirmar.

A *contrario sensu*, nos casos em que é possível determinar estes valores probabilísticos, mediante dados estatísticos pré-existentes (tais como aqueles relativos aos acidentes de trânsito), referidas teorias podem representar não apenas um mecanismo para valoração da prova, mas verdadeiro meio de prova, caso seja produzido pela parte interessada e seja utilizado pelo magistrado na formação de sua convicção.

### **A tecnologia da probabilidade lógica para valoração da prova**

Dentre as tentativas de racionalizar a relação inferencial entre a prova produzida e o fato alegado, ao lado da probabilidade quantitativa, figura a probabilidade lógica, ou baconiana, como um dos mecanismos mais utilizados pelo direito comparado para valoração da prova, sobretudo na *Common Law*.

A probabilidade lógica ou baconiana tem como expoentes Jeremy Bentham, Wigmore, e sobretudo, Jonathan Cohen, que seria o principal teórico da chamada *new evidence scholarship*.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> CATALANO, 1996, p. 517.

Jonathan Cohen parte do pressuposto de que a relação entre a prova produzida e o fato afirmado se dá mediante um juízo de probabilidade, sendo difícil, porém, uma quantificação em dados estatísticos matemáticos.<sup>100</sup>

Para superar as destacadas limitações dos juízos matemáticos no processo, propõe-se a determinação do grau inferencial entre a prova produzida e a alegação mediante um procedimento lógico de eliminação (*method of eliminative reasoning*). Segundo essa técnica, com sucessivas tentativas de destruição da relação entre prova produzida e alegação, alcançar-se-ia a solidez do conhecimento sobre os fatos no processo.

Explica Elena Maria Catalano:

[...] o filósofo inglês Cohen, no estigmatizar o impróprio uso processual das 'mathematical tools', contrapõe ao tradicional esquema matemático e pascaliano de probabilidade, referido no modelo bayesiano, um inédito conceito 'baconiano' de 'non mathematical inductive probability, correlato não ao grau de frequência estatística entre indício e tema de prova, ligado àquelas abstratas classes de fatos, mas um procedimento lógico de eliminação (*method of eliminative reasoning*) análogo ao experimento científico que trabalha através da verificação das várias inferências alternativas possíveis, no caso concreto, partindo-se do indício por meio da progressiva eliminação das hipóteses desmentidas dos fatos hipotetizados, visando determinar a probabilidade baconiana de qualquer inferência possível<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> Cabe salientar que Cohen não descarta a possibilidade da utilização da probabilidade matemática, conforme exemplo citado em sua obra *The Probable and the provable*, citado por Chiara Besso Marcheis: "Ele supõe que A seja acusado de ter assassinado B, e que a prova contra A seja constituída de uma carta encontrada na casa de B. Esta carta, não assinada, foi escrita com uma máquina que teria algumas características comuns com a máquina de A. Mais precisamente, um expert verificou a presença de três características (independentes entre elas na máquina que escreveu a carta), características estas são presentes na máquina de A. A probabilidade matemática aponta para uma possibilidade sobre doze milhões que duas máquinas de escrever, apresentassem todas as três peculiaridades. Para chegar a esta conclusão, de uma probabilidade de 0,999,999) que A tenha escrito a carta seriam necessários dois pressupostos: a) passar da proposição geral relativa às máquinas de escrever à proposição particular relativa ao fato que a máquina sobre a qual a carta foi escrita é aquela que A possuía; para cumprir esta passagem é necessário provar que não existem circunstâncias relevantes diferenciadoras entre a máquina possuída por A e aquela que foi objeto de perícia pelo expert, e o que conta neste estágio de averigação da prova não é a apenas uma alta probabilidade matemática de tal conexão em geral, mas também a prova de que tal probabilidade é relevante no caso particular; b) Isto alcança maior relevância para a ulterior passagem da prova de que a carta foi escrita com a máquina de A, para a prova de que foi o próprio A (e não outro) que a escreveu". MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, a. 45, n. 2, p. 1119, abr. 1991.

<sup>101</sup> CATALANO, 1996, p. 519

Os exercícios de determinação da falibilidade da relação inferencial tomariam por base, ao invés de dados estatísticos, as máximas de experiência e as presunções *hominis* (*common sense presumptions*).<sup>102</sup>

Ao utilizar os mecanismos familiares ao jurista adicionados à tecnologia própria à teoria geral da prova, para firmar a probabilidade na valoração, substituindo a frieza matemática por sólidas bases epistemológicas, a teoria de Cohen tem sido absorvida não só pelos países que adotam o sistema da *common law*, mas também pelos países que adotam o sistema da *civil law*.

A possibilidade de utilização da tecnologia baconiana para valoração da prova é esclarecida em exemplo utilizado por Cohen, citado por Chiara Besso Marcheis:

Uma pessoa é requerida em ação para ressarcimento dos danos provenientes do inadimplemento de um contrato cujo objeto era a construção de um edifício. E incontroverso que nenhum edifício foi construído e que o autor, se o contrato fosse cumprido, teria ganho uma certa soma em dinheiro.

E, contudo, controversa a efetiva conclusão do contrato. O autor demonstra que tal contrato foi ofertado e que em diversas ocasiões o réu demonstrou efetivo interesse pelo negócio. Esta prova deveria fornecer uma probabilidade inicial que teria o réu aceitado a proposta, tomando por base a generalização segundo a qual, normalmente, se um contrato é ofertado a uma pessoa e esta exprime um ativo interesse em várias ocasiões, é presumível que posteriormente venha a aceitar.

A defesa pauta-se no fato de que o autor não trouxe prova documental da aceitação. A insistência em tal prova documental é entendida como uma circunstância desfavorável a esta generalização. Sobre este ponto, o autor reforça sua tese provando que uma considerável soma de dinheiro foi entregue ao réu.

O réu, por sua vez, prova que o autor lhe devia tal soma por outro motivo. O autor oferece outra prova de que o réu teria procurado material de construção como se pretendesse construir o edifício. O réu replica, provando que teve necessidade de utilizar tal material para a construção de outro edifício.

Se nenhum outro fato é levado ao juízo, o autor não teria conseguido provar sua tese na balança da probabilidade, já que a generalização inicial não teria sido suficiente diante dos fatos contrários demonstrados pelo réu.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> TARUFFO, 1992, p. 202.

<sup>103</sup> MARCHEIS, 1991, p. 1119.

## A tecnologia das constelações de indícios para valoração da prova

A tecnologia das constelações de indícios para valoração da prova surgiu, também, diante da necessidade do desenvolvimento de técnicas que permitam a relação inferencial entre fatos provados e fatos hipotetizados pelas alegações das partes.

Assim, ao invés de utilizar-se da probabilidade quantitativa ou lógica, a tecnologia das constelações de indícios se dá mediante o estabelecimento de premissas estabelecidas a priori que, quando provadas, determinariam a relação inferencial com o fato alegado hipotetizado.

A constelação de indícios é algo maior do que o simples indício, vez que conforma um conjunto de indícios sobre determinado fato. Sua funcionalidade ocorreria quando, jurisprudencialmente, fosse pacificado o entendimento de que, mesmo que não seja provado o suporte fático completo para incidência da regra, sendo provados os fatos presentes na constelação de indícios, a parte teria cumprido com seu ônus.<sup>104</sup>

A tecnologia da constelação de indícios, nesse sentido, guardaria certa semelhança com as presunções *hominis*, diferenciando-se destas, vez que não se referem a um só fato, mas a um conjunto de fatos, referentes a uma *fattispecie* determinada.

Frise-se que tal constelação de indícios sempre teria como referência uma determinada *fattispecie* e esta nunca seria estagnada, estando sempre sujeita à consolidação de novas experiências.

Exemplo da utilização da tecnologia da constelação de indícios encontra-se na jurisprudência italiana, amparada na legislação a respeito da defesa de paridade entre homens e mulheres no trabalho.

---

<sup>104</sup> TARUFFO, 1992, p. 733.

A partir de dados estatísticos, constatou-se na Itália que determinadas políticas salariais, de progressão em carreira, por exemplo, representavam elementos que presumiam a existência de comportamentos discriminatórios.

Segundo o magistério de Taruffo, a tecnologia da constelação de indícios promoveria uma modificação judicial do ônus da prova:

[...] trata-se de uma modificação judicial do ônus da prova porque é o juiz, no momento que considera suficiente que uma parte produza um esquema indiciário típico, sem produzir a verdadeira prova do fato, que reverte sobre a outra parte o ônus de provar o contrário<sup>105</sup>.

Então, a tecnologia da constelação de indícios poderia ser perfeitamente utilizada no direito brasileiro, como mecanismo para valoração da prova em diversos casos, nos quais, estatisticamente, reconhecem-se os fatos que normalmente antecedem determinados litígios.

Nos conflitos envolvendo direitos do consumidor (Lei nº 8.078/90), por exemplo, poder-se-ia utilizar a tecnologia das constelações de indícios para valoração da prova.

Pode-se citar, por exemplo, aquelas demandas que reproduzem inúmeras denúncias anteriormente feitas junto aos Procons, demonstrando a reiterada prática de atos abusivos pelos fornecedores aos consumidores. Nesses casos, o número de reclamações (ponto abstrato) junto a outros fatores (pontos concretos) poderia fornecer ao julgador uma constelação de indícios, voltada para valoração da prova no processo.

### **A tecnologia da *anscheinsbeweis*, verossimilhança e valoração da prova**

No processo civil alemão a questão da valoração da prova também tem sido tratada mediante juízos de verossimilhança, pela técnica da *Anscheinsbeweis*. Apesar de não encontrar respaldo em nenhum texto legal, a *Anscheinsbeweis* é amplamente enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência, no entendimento de que, em determinados casos típicos, para

---

<sup>105</sup> TARUFFO, 1975, p. 738.

uma valoração suficiente da prova, bastaria à parte alegar o fato e a tipicidade da situação, vez que, parecendo a alegação verossímil ao juiz, este concluiria pela suficiência da prova.

Explica Taruffo:

Trata-se de uma noção, criada pela jurisprudência e inexistente no direito escrito, mas amplamente analisada pela doutrina, que cataloga hipóteses, especialmente freqüentes nos casos de prova do nexo causal e da responsabilidade para fins de reparação dos danos, mas também presente em outros setores, nos quais se admite que uma parte prove apenas a aparência ou a verossimilhança do fato, deixando para a outra parte o ônus de provar que o fato não se verificou<sup>106</sup>.

Deve-se ressaltar que a *Anscheinsbeweis* não induz, propriamente, a uma inversão do ônus da prova, limitando-se a diminuir o *quantum* de prova necessário a ser comprovado pela parte beneficiada, mantendo-se o mesmo ônus da prova para a outra parte.

A diferença entre a *Anscheinsbeweis* e a valoração da prova mediante a técnica da constelação de indícios, encontra-se nos diferentes pontos de partida da relação inferencial. Enquanto a primeira é fundada na verossimilhança das afirmações do autor, a segunda fundamenta-se na existência de provas efetivas de indícios, determinados anteriormente por estudos estatísticos, cabendo ressaltar que o juízo de verossimilhança não guarda qualquer relação com juízos de probabilidade.

### 3.6 INSTRUMENTOS DOGMÁTICO-PROCESSUAIS BRASILEIROS PARA VALORAÇÃO DA PROVA

Para além dos princípios existentes em nosso sistema processual, já esclarecidos nos pontos precedentes, podem as partes e o julgador procurar métodos mais sofisticados para a valoração da prova.

Sendo assim, reitera-se: resolver o problema da ausência de provas simplesmente com a aplicação da regra pré-determinada de distribuição do ônus da prova, representa solução distante do objetivo de uma adequada tutela de direitos, que deve ser

<sup>106</sup> TARUFFO, 1975, p. 740.

buscada por meio do processo. A repartição do ônus da prova, prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, não traz qualquer preocupação com o direito material discutido no processo o que, por si só, já induz a ocorrência de situações injustas.

Os exames de probabilidade também podem ser utilizados como meios de prova, embora não estejam previstos entre as espécies de prova pericial, determinada no artigo 420 do Código de Processo Civil.

Sobre o assunto, deve-se lembrar que o Direito Processual Civil brasileiro adota a enumeração não taxativa dos meios de prova, o que se depreende do artigo 332 do Código de Processo Civil: "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".<sup>107</sup>

Assim, apesar do antigo Código Civil Brasileiro enumerar determinados meios de prova no artigo 136 (a confissão, os atos processados em juízo, os documentos públicos ou particulares, as testemunhas, as presunções, os exames e vistoria e o arbitramento), este rol não era considerado exaustivo, em razão de uma necessária interpretação conjugada desse dispositivo com o artigo 322 do Código de Processo Civil.

Infelizmente, o novo Código Civil (Lei nº 10.406/ 2002) reproduz o artigo 136 em seu artigo 212, cambulhando (aqui, desnecessariamente) o direito processual e o direito material e abrindo porta para discussões absolutamente superadas.

Quanto a uma possível desumanização do processo, pela utilização de cálculos de probabilidade para esclarecimentos dos fatos na instrução processual, vale ressaltar que o laudo pericial de probabilidade seria apenas mais um dos meios de prova a ser cotejado com outros pelo magistrado.

Parece prudente a advertência feita por Patti: "é preferível uma regra que favorece o passado, a manutenção da situação existente, ou uma regra que, eventualmente, com

---

<sup>107</sup> BRASIL, 1973.

o auxílio do cálculo matemático ou estatístico — se prende a uma (mínima) prevalência de verossimilhança?"<sup>108</sup>.

Assim sendo, as demais técnicas de valoração da prova, expostas nos itens precedentes, podem ser perfeitamente aplicadas no direito processual brasileiro, salvo a existência de expressa regra restritiva, tal como o artigo 230 do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que determina: "As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal".

Inegável o esforço no direito comparado para o desenvolvimento de técnicas aptas a valorar a prova, sem limitar-se à subjetividade do magistrado, e o direito brasileiro não pode ficar alijado dessa tendência. Deve-se, antes, conhecer essas técnicas de valoração da prova já desenvolvidas, a fim de se refletir sobre a possibilidade de sua adoção.

Também se pode perceber uma aproximação entre as construções existentes no sistema da *common law* e no sistema da *civil law*, reconhecendo a expressiva superioridade técnica do direito anglo-saxão, no que tange à valoração da prova. Recentemente, no direito americano, foram positivadas as federais *rules of evidence*, com o objetivo de assegurar critérios para a valoração da prova baseada nas *evidences*.

De acordo com Denti, reconhece-se o maior esforço teórico no direito norte-americano para a criação de mecanismos de valoração da prova, em relação às doutrinas italianas. Para este autor, contudo, as razões desta disparidade não estariam ligadas propriamente ao direito positivo, mas às razões culturais, e até religiosas. Explica Denti:

[...] nos Estados Unidos a pergunta e a procura pelos fatos se desenvolvem de maneira muito mais profunda que na Itália. [...] A diferença não está tanto nas normas jurídicas quanto em sua aplicação prática... Ousarei dizer que se trata de uma diferença de mentalidade, influenciada em larga medida por questões religiosas. No protestantismo, o senso de tutela da intimidade da pessoa é muito menos vivo que no europeu latino-católico<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> PATTI, 1987, p. 165.

<sup>109</sup> DENTI, Vittorio. Armonizzazione e diritto alta prova. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giufrê, a. 48, p. 673-681, set. 1994.

Trata-se, portanto, de um campo vasto a ser explorado no direito brasileiro, sobretudo diante do chamado paradigma da efetividade do processo, já que atualmente, quando muito, o tema da prova é limitado à distribuição do ônus da prova.

### 3.7 ELEMENTOS PARA UM CONTROLE POSSÍVEL

Como antes salientado, a reflexão de Danilo Knijnik é extremamente consistente e atenta às experiências do direito comparado, de onde importa seus modelos de constatação que, sem dúvida alguma, se mostram aptos a conferir um maior grau de racionalidade para o exame da prova. No entanto, ao contrário do que possa parecer, em um primeiro momento, a sua proposta não pretende "engessar" a formação do conhecimento judicial, mediante um prévio tarifamento da prova. Sua reflexão, pelo contrário, valoriza outros critérios além da mera *quantidade* de prova existente, como, por exemplo, a *credibilidade* da prova (v.g. *evidence beyond a reasonable doubt*), a sua *suficiência* (v.g. mínima atividade probatória) ou *insuficiência* (v.g. *défaut de motifs*), entre outros.

Parece, no entanto, que o desenvolvimento desses modelos de constatação não consegue superar a dramática barreira existente nessa seara, qual seja, a limitação do exercício de controle sobre a formação do convencimento judicial por meio do mero juízo de renovação, isto é, a substituição da convicção alcançada pelo juiz, por aquela que será alcançada pelo tribunal (instância superior), através da via recursal.

Não há como deixar de concluir que, mesmo com a adoção dos modelos de constatação ou *standards* jurídicos, propostos pelo jurista gaúcho, inevitavelmente existirá o risco de que os mesmos venham a ser aplicados de forma equivocada pelo juiz da causa e a correção desse equívoco, necessariamente, dependerá de um novo exame junto à instância superior. Dessa forma, salvo melhor juízo, o sistema proposto também não resolve por completo o problema.

Todas essas considerações levam a questionar-se a utilidade dos mecanismos até hoje propostos pela doutrina, como forma de controlar a formação do convencimento judicial. Um aspecto, no entanto, resta indubitado,

o juiz não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão<sup>110</sup>.

Resta investigar, então, se dentro do nosso sistema processual – sempre examinado à luz das suas interfaces com a norma constitucional – existem formas de minimizar a subjetividade do julgamento.

É inegável que o constitucionalismo moderno – notadamente no que diz respeito às suas irradiações sobre o direito processual ordinário – vem desenvolvendo importantes mecanismos de combate ao arbítrio judicial. A experiência constitucional brasileira vive, nesse contexto, um momento especialmente rico, uma vez que a Carta atual veio a ser promulgada em período de significativa transição sócio-política, quando o país deixou para trás um regime ditatorial, dando um importante passo para a constituição de um sistema democrático.

A Constituição, no entanto, tem sua eficácia condicionada a atos de vontade humana – aquilo que Hesse chamou de "vontade de Constituição" – de forma que a sua simples promulgação não tem o condão de conformar adequada e satisfatoriamente a relação entre o Estado e seus administrados. No entanto, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem.

Para que se possa visualizar mecanismos de adequada restrição à liberdade judicial, antes de tudo é preciso que exista a disposição de orientar a atuação humana, concedendo máxima efetividade aos comandos emanados da Lei Fundamental. A interpretação de toda e qualquer norma processual há de ser feita a partir da Constituição e do reconhecimento do Direito como um sistema hierarquizado de normas. A interpretação sistemática, nesse contexto, é aquela que se realiza em consonância com esta rede hierarquizada, que tem como elemento central a Constituição, permeada por princípios,

---

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 7.

normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto. Assim, ao se aplicar uma norma, está-se aplicando o sistema inteiro.

Disso decorre a necessária interpretação das normas constitucionais, à luz do *princípio da máxima efetividade* (ou *princípio da eficiência* ou, ainda, *princípio da interpretação efetiva*), de forma a lhes atribuir a maior efetividade possível, dentro de todas as interpretações que poderiam ser dadas, conforme a lição de Canotilho:

a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese de actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).<sup>111</sup>

A aplicação do Direito é uma atividade humana e, como tal, sujeita aos acertos e desacertos do homem. Não há como fugir dessa realidade; não há como se pretender atar essa atividade por meio de fórmulas ou mecanismos pré-concebidos, aptos a sempre lhe conferir a exatidão desejada. O que se pode e deve fazer é examinar os enunciados jurídico-processuais, segundo as normas da Constituição e estas, por sua vez, à luz do princípio da máxima efetividade.

Desse modo, para que se possa limitar adequadamente a liberdade judicial, há de ser concedida, às garantias constitucionais ao *devido processo legal* e à *motivação das decisões judiciais*, a maior efetividade possível, dentro dos limites estabelecidos pelo nosso ordenamento jurídico-processual. Há mecanismos processuais, pouco utilizados na prática, que podem oferecer aos jurisdicionados a segurança necessária para que a indispensável liberdade concedida aos juízes seja reduzida a patamares plenamente aceitáveis.

Como se viu, no capítulo anterior, a cláusula do *due process of law* representa uma importante garantia para, inicialmente, certificar a razoabilidade das leis editadas pelo Estado. No que diz respeito ao controle sobre a atividade judicial, sua importância advém da garantia de que seja obedecido o *procedimento* previamente estabelecido, como também para assegurar aos litigantes em geral a possibilidade de influenciar efetivamente na formação do

---

<sup>111</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1187.

convencimento judicial, através do *contraditório*, destacando que – na esteira de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira – “a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto, é ela mesma o exercício de um direito fundamenta”.<sup>112</sup>

A Constituição, assim, consagra dois valores essenciais para a existência de um processo justo: **previsibilidade** e **participação**. A opção do constituinte, vale dizer, encontra conforto nas precisas palavras de Canotilho: “a democratização do exercício do poder através da participação pressupõe que esta participação se traduza, mediante a sua canalização através de "procedimentos justos", numa influência qualitativa no resultado das decisões”<sup>113</sup>.

E como conferir a esses dois valores (previsibilidade e participação) a maior efetividade possível dentro do atual ordenamento jurídico-processual de que se dispõe, garantindo que o jurisdicionado não fique sujeito ao arbítrio judicial? Oportuno traçar, aqui, alguns exemplos.

O processo, como se viu, rege-se pelo princípio da inércia: é o autor que irá impulsionar a atividade judicial com o ajuizamento da demanda, nela fixando o objeto litigioso. Ao réu, por sua vez, através da contestação, caberá dimensionar sua resistência à pretensão deduzida em juízo. Passado esse primeiro momento de angularização da relação processual – excetuando-se os casos de ausência dos requisitos necessários ao regular desenvolvimento da lide, que importe na extinção do feito sem julgamento de mérito (CPC, art. 267), e as situações em que se mostre necessária a emenda da petição inicial (CPC, art. 284) – incumbirá ao juiz o seu primeiro ato significativo de jurisdição: fixar os pontos controvertidos e indicar as provas a serem produzidas.

Durante algum tempo, a doutrina divergiu acerca da obrigatoriedade da audiência preliminar, prevista pelo artigo 331 do Código de Processo Civil, da qual o juiz faz uso para tentar conduzir as partes a uma possível conciliação. Não obtendo êxito nessa tentativa – dispõe o parágrafo 2º, acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994,

---

<sup>112</sup> OLIVEIRA, 2004, p. 10.

<sup>113</sup> CANOTILHO, 1998, p. 936.

ao mencionado artigo 331 – "o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas".<sup>114</sup>

Com a edição da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, que acrescentou mais um parágrafo (o terceiro) ao artigo 331 do CPC, a discussão acerca da obrigatoriedade da audiência preliminar perdeu sua razão de ser. O referido enunciado autoriza o juiz a examinar a probabilidade de que venha a ser obtida a conciliação, antes de decidir sobre a oportunidade da audiência. Contudo, ainda que não seja obrigatória a tentativa de conciliação e ainda que se trate de direitos indisponíveis (os quais não admitem conciliação), parece uma providência extremamente adequada à designação de audiência, senão pela possibilidade da conciliação em si, pela fixação dos pontos controvertidos, pelo exame das questões processuais e pela determinação das provas a serem produzidas. A fixação dos pontos controvertidos é providência de extrema importância para a transparência da atividade judicial, notadamente no que diz respeito aos valores da previsibilidade e da participação, antes destacados.

Com a fixação dos pontos controvertidos, *contrario sensu*, o juiz estará identificando aqueles pontos tidos por incontroversos, ou aceitos por ambas as partes. O juiz, então, agindo com o ativismo que lhe é hodiernamente exigido, indicará os pontos que, embora não alegados ou concordes, a seu ver, se mostrem necessários à produção de prova para a solução da lide.

Dessa forma, as partes terão uma espécie de *mapeamento inicial* sobre os caminhos que irá tomar a formação do convencimento do juiz, identificando, com precisão, aqueles aspectos que serão valorizados pelo juiz para aplicar o Direito ao caso concreto, indicando qual “direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito de influenciar a decisão judicial”<sup>115</sup> – nas palavras já mencionadas de Álvaro de Oliveira – evitando surpresas na decisão.

Seguindo ainda a orientação do parágrafo 2º, do artigo 331, do Código de Processo Civil, fixados os pontos controvertidos, o juiz indicará as provas a serem produzidas. Considera-se que este é o momento adequado não apenas para indicar as provas, como

---

<sup>114</sup> BRASIL, 1973.

<sup>115</sup> OLIVEIRA, 2004, p. 15.

também para distribuir os ônus probatórios. Se o objetivo é garantir às partes previsibilidade e participação, nada mais adequado do que dar à regra processual esse alcance.

O nosso ordenamento jurídico, cada vez mais, vem relativizando a distribuição dos ônus probatórios como, originariamente, é estabelecida pelo código processual, artigo 333 e respectivos incisos. A inversão do ônus da prova é providência altamente salutar para a otimização da instrução probatória e para que esta atinja o seu fim desejado: fornecer a *melhor aproximação possível* entre a versão que será consagrada pela sentença e aquilo que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos.

A doutrina, no entanto, vem mostrando-se dividida acerca do *momento* em que deverá ocorrer essa fixação do ônus probatório: se quando do recebimento da inicial, no saneamento do processo ou na sentença de mérito. Vê-se que a solução da questão novamente depende da consideração dos valores da *previsibilidade* e da *participação*. Se o objetivo do legislador é impedir que ocorram surpresas para as partes quando da prolação da sentença, bem como que as mesmas tenham a garantia de influenciar efetivamente na formação do convencimento judicial, não há como deixar de se filiar à corrente que sustenta ser a fase de saneamento do processo a mais adequada para que haja a fixação do ônus probatório.

Nesse contexto, o momento ideal será durante a realização da audiência preliminar, seja porque, ao receber a inicial, o juiz ainda não tem condições de identificar a controvérsia que será estabelecida, por desconhecer o conteúdo da contestação do réu; seja porque, na sentença, as partes já não terão mais como produzir qualquer prova para se desincumbir do ônus que lhe for atribuído, o que, vale dizer, viola frontalmente a garantia constitucional ao contraditório.

Então, conforme Marinoni e Arenhart

se a parte tem o direito de adequadamente participar do processo, ela evidentemente não pode ter uma sentença que lhe é contrária formada em virtude da sua inércia, quando originariamente, de acordo com a regra comum do ônus da prova, a prova não seria da sua incumbência. Se a parte tem o direito básico e fundamental de participar do processo, sendo apenas

corolário disto o direito à prova, ela tem o direito de produzir a prova que passa a ser da sua incumbência, e influirá na decisão do juiz.<sup>116</sup>

Assim, uma vez fixados os pontos controvertidos, distribuídos os ônus probatórios e produzidas as provas pelas partes, caberá ao juiz examinar se dispõe de elementos suficientes para solucionar a lide. Existindo alguma questão obscura ou entendendo que seja necessária a produção de novas provas, acerca de alguma questão ainda não esclarecida e que considere importante para o julgamento do feito, basta que o juiz defina qual questão está dependendo de comprovação, através de despacho fundamentado, especificando a quem incumbe o ônus da sua produção. Nas palavras de Cândido Dinamarco

a regra do diálogo, inerente à garantia constitucional do contraditório, em sua feição moderna, integra o chamado ativismo judiciário e exige que o juiz esclareça as partes sobre os rumos da instrução, conclamando-as a complementar as provas, a fim de que o objeto do litígio seja fixado.<sup>117</sup>

É imperioso considerar, ainda, que tanto a fixação dos pontos controvertidos, como a distribuição do ônus da prova – seja oralmente durante a audiência preliminar, seja através de despacho por escrito – indicará claramente os caminhos pelos quais se formará o convencimento do juiz e, o que também é muito importante, será materializada através de uma decisão interlocutória que, como tal, enseja a interposição de recurso (Agravo de Instrumento).

Com isso, se permite que a instância superior exerça um imediato controle sobre os rumos que tomará o processo e que conduzirão à formação do convencimento judicial. Se esta providência não supera, de uma vez por todas, a barreira identificada por Danilo Knijnik, ao menos reduz significativamente a sua dramaticidade, afinal a instância superior estará exercendo controle durante o processo de formação do convencimento, de forma concomitante e não posterior.

Não há como deixar de concordar que o simples juízo de renovação (substituição da formação do convencimento do juiz pelo convencimento do Tribunal) não satisfaz a necessidade do controle. O aspecto principal dessa insatisfação é a impossibilidade

---

<sup>116</sup> MARINONI; ARENHART, 2000, p. 197.

<sup>117</sup> DINAMARCO, 2003, p. 249.

de que as partes produzam novas provas ou exponham novos argumentos após a formação da convicção do juiz.

Por outro lado, a providência de expressamente fixar os pontos controvertidos e distribuir os ônus probatórios, durante a audiência preliminar, possibilitando o imediato exame da matéria pela instância superior, via Agravo de Instrumento, reduz significativamente essa dificuldade, permitindo uma interação muito mais abrangente entre as partes e o órgão judicante (juiz e tribunal).

Esse acervo de providências indicadas encontra expressa previsão no Código de Processo Civil e não são mais do que a interpretação da cláusula do *devido processo legal*, da forma que lhe dá maior efetividade, assegurando que sejam atingidos os fins a ela inerentes, na medida em que, nas palavras de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, "o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado."<sup>118</sup>

Do mesmo modo, deve ser concedido ao dever de motivação das decisões judiciais, enquanto garantia constitucional, a interpretação mais efetiva possível, conforme a lição de Canotilho antes lembrada. Dessa forma, quando a Constituição assegura que serão fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (artigo 93, IX), está a Carta a garantir não apenas o acesso da sociedade a uma "mera motivação", mas a uma motivação adequada e atenta às provas que foram produzidas nos autos. O que se busca é resguardar o valor da *transparência* do agir estatal, de forma que seja permitido ao povo em geral o exercício de sua soberania.

Assim, conforme ensina Calamandrei,

A fundamentação das sentenças – ensina Calamandrei – é certamente uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como um esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão. Nesse caso, se a conclusão estiver errada, poder-se-á descobrir facilmente, através da fundamentação, em que etapa do seu caminho o juiz perdeu o rumo<sup>119</sup>

<sup>118</sup> OLIVEIRA, 2004, p. 139.

<sup>119</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fortes, 2000. p. 175.

Para isso, não pode o juiz ocultar, através de falsos silogismos ou afirmações imprecisas, os motivos que o levaram a decidir como decidiu. A sentença deve reproduzir fielmente o raciocínio desenvolvido até que seja alcançada a convicção judicial e, no momento em que esse raciocínio se distanciar da prova existente nos autos, apegando-se a elementos externos ao processo (ideológicos, políticos, sociais, econômicos, etc.), estará a decisão incorrendo em erro.

Sempre que o itinerário lógico exposto pelo juiz não corresponder ao resultado da atividade das partes e do órgão julgante, durante o tramitar do processo, notadamente durante a instrução probatória, e sugerir que a formação do convencimento judicial se deu com base em elementos subjetivos ou estranhos ao processo, o controle poderá ser exercido através dos Embargos de Declaração (CPC, art. 535, II), em razão da omissão dos motivos ou da ausência de correspondência entre esses motivos e os elementos existentes nos autos.

Dessa forma, novamente o controle sobre a formação do convencimento judicial não dependerá, exclusivamente, do mero "juízo de renovação", tendo em vista que os Embargos de Declaração exigem a prolação de uma nova decisão, que não substitui a decisão anterior, a qual estaria a incidir no vício da omissão, mas a ela se integra, aperfeiçoando-a; é que a doutrina convencionou chamar de *caráter integrativo* dos Embargos de Declaração.

É certo, no entanto, que a prática forense mostra o grande desconforto dos juízes em acolher embargos declaratórios, para reconhecer o vício de sua própria decisão. O que se pode ver, quase sempre, é a enorme utilização de precedentes, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, que autorizam o juiz a não enfrentar todas as questões postas nos autos e todos os argumentos trazidos pelas partes, mas apenas aqueles que entender necessários para o julgamento da lide. Com isso, o STJ está a excepcionar a regra constitucional de motivação das decisões judiciais, quando assim não o fez o legislador constituinte ou, pelo menos, reduzindo a efetividade de um dispositivo constitucional, quando a lição da melhor doutrina (Canotilho) é exatamente em sentido contrário. O juiz deve, sim, enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes, motivando expressamente suas razões, sempre que entender por bem afastar um argumento trazido pelas partes ou desconsiderar um fato sobre o qual exista prova nos autos. Somente assim estará assegurado o direito fundamental da parte à participação no processo e cumprido pelo juiz o seu dever de motivar adequadamente as decisões.

A afirmação não é pacífica na doutrina. Cabe registrar posição contrária esposada por José Maria Rosa Tesheiner, contrapondo artigo de Ada Pellegrini Grinover, que sustenta na incompletude do enfrentamento de todos os argumentos trazidos pelas partes a insatisfação na pouca explicitação de motivos por juízes e tribunais – verdadeira escamoteação dos juízos de valor – sem que os tribunais superiores controlem, efetivamente, o raciocínio judicial, afora casos extremos.

A crítica não comove Tesheiner, que após chamar atenção para a existência do abismo a separar, no Brasil, uma legislação idealista da crua realidade sobre que deva incidir, critica a nossa realidade forense:

Os advogados não se envergonham de sustentar qualquer baboseira e de recorrer qualquer sentença, afogando os tribunais com montanhas de recursos, destinados tão-só a tumultuar os processos e a protelar a decisão final. Fossem os tribunais, em cada caso, dar paciente resposta a cada decisão levantada, fossem examinar com seriedade cada defesa argüida, em que, por vezes, não acreditam os próprios causídicos que as argüem, não haveria jamais tribunais e juízes que bastassem. Será mal confirmar a sentença “por seus próprios e jurídicos fundamentos” quando não se encontra na apelação nenhum argumento sério? Merece resposta quem levanta questões levianas? Em muitos casos, simples referência ao dispositivo legal aplicado às testemunhas, cuja versão se acolheu, é o quanto basta. É preciso que se compreenda que o importante é a decisão justa, e não a fundamentação, que não raro mais esconde do que revela. É necessário que se compreenda que o advogado precisa convencer o juiz, mas que o juiz não pode pretender convencer a parte vencida. Por fim, a fundamentação da sentença não pode deixar de guardar proporção com a importância do caso submetido a julgamento.<sup>120</sup>

A discordância de Tesheiner acima transcrita é válida, em que pese concordar-se parcialmente com a afirmação. É que a obtenção de uma decisão justa nem sempre se encontra exclusivamente nos juízos de 1º grau ou nos tribunais estaduais ou regionais. A experiência forense comum é o maior exemplo. A jurisprudência é recheada de casos de reforma completa da sentença pelos tribunais ou tribunais de recursos constitucionais, alterando na totalidade o entendimento exposto pelo juízo singular ou pelos tribunais inferiores, mesmo em questões singelas, o que se leva a concluir na falibilidade das jurisdições locais ou regionais. Daí se nota que a crítica ao grande número de recursos não procede, pois, fazendo o raciocínio inverso à crítica de Tesheiner, nem sempre aquilo que o causídico acredita ao argüir no processo como correto e sério, acaba por prevalecer no final.

<sup>120</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 53.

Parece que a questão é maior do que simplesmente acreditar na afirmação sustentada em juízo ou na sua seriedade. Tudo cede frente ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

O que de fato interessa é da possibilidade, sim, de separar o joio do trigo, da afirmação com potencial possibilidade para prevalecer ao final daquela inútil e sem força judicial, para daí resultar na fundamentação de todos os argumentos remanescentes e sua apreciação mais exaustiva, mesmo as mais singelas, e cotejá-las com a legislação e com a prova judicial.

### 3.8 AVALIAÇÃO E REEXAME DA PROVA NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Quando se pensa na relação entre a prova e os tribunais não é possível esquecer da questão da impossibilidade do seu reexame por ocasião dos recursos especial e extraordinário.

Nessa linha, cabe lembrar a importância da prova para a formação da convicção judicial e, diante disso, do valor da imediatidade entre o juiz e a sua produção para uma prestação jurisdicional de maior qualidade. A imediatidade é privilégio do juiz de primeiro grau, embora isso não constitua obstáculo para a reapreciação dos julgados pelos tribunais, mediante recurso de apelação, pois esses podem reexaminar a prova para formar a sua própria convicção sobre os fatos. Os tribunais, ainda que destituídos do benefício da imediatidade, estão autorizados a rejulgar a matéria de fato.

Os recursos especial e extraordinário, entretanto, não viabilizam novo exame da causa, nos moldes do recurso de apelação. Tais recursos têm âmbito restrito, permitindo apenas o reexame da solução que pode ter afrontado a lei federal (Recurso Especial - art. 105, III, CF/88) ou a Constituição Federal (Recurso Extraordinário-art. 102, III, CF/88).

Bem por isso, dizem as Súmulas 279 do STF e 7 do STJ<sup>121</sup> que os referidos recursos não permitem o reexame de prova. Ocorre que a doutrina e os tribunais têm tido dificuldades em precisar esse conceito.

Assim, o conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos<sup>122</sup>. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas.

Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. Faz-se, pois, necessário distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento, iv) do objeto da convicção, v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções, ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório<sup>123</sup>.

Note-se que o que se veda, mediante a proibição do reexame de provas, é a possibilidade de analisar se o tribunal recorrido apreciou adequadamente a prova para formar a sua convicção sobre os fatos. Assim, por exemplo, é proibido voltar a analisar as provas que convenceram o tribunal de origem sobre a presença de culpa.

Obviamente, o problema do reexame da prova não possui relação com a falta de motivação nem com a qualificação jurídica dos fatos.

---

<sup>121</sup> STF, Súmula 279: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". STJ, Súmula 7: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 279*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

<sup>122</sup> "STF RE - Acórdão que, pelo exame das provas, concluiu ser inexata a versão dada aos fatos pelo recorrente - Inexistência de questão federal relativa à eficácia, em tese, de determinado meio de prova, mas tão somente de apreciação da força de convicção delas concretamente, no caso examinado. Reexame inadmissível em recurso extraordinário. Agravo regimental não provido" BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 69756*, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 26 de abril de 1977. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

<sup>123</sup> MARINONI, 2004.

A ausência de motivação constitui, por si só, violação do Código de Processo Civil e da Constituição Federal, pouco importando o conteúdo da decisão que deixou de ser motivada. Uma decisão que, além de não motivada, violou critério jurídico ao estabelecer uma presunção, por exemplo, é, antes de tudo, violadora do dever de motivar. A motivação, por ser necessária à aferição do uso adequado da prova, configura razão suficiente para a impugnação da decisão.

Por outro lado, a qualificação jurídica do fato é posterior ao exame da relação entre a prova e o fato e, assim, parte da premissa de que o fato está provado. Por isso, como é pouco mais que evidente, nada tem a ver com a valoração da prova e com a perfeição da formação da convicção sobre a matéria de fato<sup>124</sup>. A qualificação jurídica de um ato ou de uma manifestação de vontade acontece quando a discussão recai somente sobre sua qualidade jurídica. Se a controvérsia diz respeito à qualificação de uma manifestação de vontade por instrumento público, é claro que sequer se chega perto de reexame de prova, pois aí não importa nem mesmo saber sobre a utilização da prova ou a formação da convicção sobre o fato, mas somente sobre a sua qualificação jurídica, vale dizer, se essa manifestação constitui reversão de doação, doação condicional ou doação *mortis causa*, por exemplo<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> STF - Mandato - Questão de direito. Se o acórdão reconheceu a existência evidente dum mandato, negado pela instância local e atribui-lhe os efeitos de lei, decidiu então sobre a qualificação jurídica do ato, o que é questão de direito, e não de fato. [...]. Não menos improcedente é a arguição de discrepância com a Súmula 279. Com efeito, foi preocupação louvável do eminente relator do acórdão embargado afastar de vez e por antecipação, a insinuação de que pudesse tratar-se de reexame de matéria de fato. Nessa linha de raciocínio, enfatizou S. Exa.: 'Quando se considerasse que o embasamento da demanda se tivesse feito com vista ao vício da simulação, e seu reconhecimento emergisse, por inteiro, da prova, a toda evidência descaberia o apelo para a apuração da sua existência ou não, nos termos da Súmula 279. Todavia, antes de apreciá-la e quiçá para aceitá-la, partiu o acórdão, considerando os instrumentos procuratórios transcritos na escritura, que não constituíam eles mandato e pelas razões antes referidas.' Vê-se, de trecho tão elucidativo, que não cuidou o venerando aresto impugnado de proceder a reavaliação da prova, senão de dar nova qualificação jurídica ao ato controverso. E, ao fazê-lo, o r. acórdão deparou-se com aquilo que o honrado Ministro Luiz Gallotti denominou de erro conspícuo na qualificação do ato jurídico. Entendeu a douta Turma julgadora, que os instrumentos procuratórios revestiam todos os requisitos legais, habilitando o mandatário à prática dos atos neles consignados. Qualificado o ato jurídico como mandato, deram-se-lhe os efeitos que estavam a reclamar a melhor solução da causa. Isto, obviamente, não importou reexame da matéria de fato, razão por que inexistente a suposta divergência jurisprudencial" (STF - RTJ 74/144). Sublinhe-se que os julgados do STF, referidos neste item, foram proferidos antes da criação do STJ e, portanto, antes da existência do recurso especial. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 74, p. 114.

<sup>125</sup> Nessa linha, vale frisar lição do Ministro Athos Gusmão Carneiro: 'Todavia, a qualificação jurídica de uma manifestação de vontade é *quaestio iuris* que, em tese, pode ser objeto de recurso extraordinário-especial. Em processo de que somos relator, discute-se se determinada manifestação de vontade, por público instrumento, constitui 'reversão' de doação, ou doação condicional, ou doação *mortis causa*, ou manifestação de última vontade. A qualificação jurídica do ato de vontade determinará qual a lei incidente e, pois sua eficácia" CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: \_\_\_\_\_. *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 103-125. p. 117.

De acordo com o art. 366 do CPC, quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta. Embora esse artigo fale de prova, o instrumento público aí exigido é dito da "substância do ato". Na verdade, trata-se do chamado documento substancial, que não se presta a provar, mas sim a constituir o direito.

Diante disso, se uma decisão dispensa o instrumento público diante de ato cuja existência dele depende, há evidente violação de lei federal, apta a ser corrigida mediante recurso especial. A alegação recursal de inexistência desse documento não enseja simples reexame de prova, mas sim a análise da existência do próprio ato.

Como é sabido, o mandado de segurança não admite o uso de prova diferente da documental. Assim, caso se afirme, em sede de recurso especial, que uma decisão admitiu o uso de prova diversa da documental no mandado de segurança, há inquestionável alegação de violação de lei federal, sendo equivocado pensar em pretensão de simples reexame de prova.

Nesse caso, existe apenas a aferição do valor da prova que fundou o julgamento do recorrido, e não o reexame da prova para a verificação da procedência da convicção fática<sup>126</sup>.

Além disso, o procedimento monitório requer a chamada prova escrita. O CPC alude apenas a "prova escrita sem eficácia de título executivo" (art. 1.102-a), sem dar

---

<sup>126</sup> Nessa linha, a seguinte decisão do STJ: "[...] 1. Conotação processual. O art. 1.º da Lei 1.533/51, a cujo teor o mandado de segurança protegerá 'direito líquido e certo', não é uma senha que abre as portas do recurso especial; o único efeito dessa regra é o de que o 'direito' que dependa de dilação probatória está excluído no âmbito do writ. 2. Recurso especial. Para os efeitos do recurso especial, o artigo 1.º da Lei 1.533, de 1951, só é invocável: a) se, havendo prova documental pré-constituída, o juiz ou o tribunal entender incabível o mandado de segurança; b) se, havendo necessidade da dilação probatória, o juiz ou o tribunal decidir o mérito do mandado de segurança, à base de elementos insuficientes. Recurso especial não conhecido" Mas, o STJ também tem decidido em sentido diverso: Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de não se conhecer da insurgência especial quando a alegada violação do art. 1.º da Lei 1.533/51 está consubstanciada na demonstração de direito líquido e certo a amparar mandamus, pois, para a verificação de sua existência, é imperativo o reexame de provas demonstrativas do alegado, vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula desta Corte [...]". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 507922/SC*, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 28 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

qualquer outro indicativo desse conceito, deixando de precisar o conceito de prova escrita ou de apontar as provas que mereceriam o qualificativo de "escrita".

De modo que não raro há a discussão a respeito de se a prova oferecida pelo autor da ação monitoria realmente constitui "prova escrita". Aqui não importa, como é evidente, definir tal conceito, mas apenas evidenciar que ele pode ser discutido no caso concreto.

Então, nessa discussão não se questiona se o juiz se convenceu adequadamente sobre os fatos, mas sim se o juiz poderia ter julgado com base em determinada prova - afirmada não merecedora do qualificativo de "escrita"<sup>127</sup>.

Nesse sentido, o que se coloca no recurso especial diz respeito à natureza da prova sobre a qual a decisão se apoiou. O enfrentamento da natureza da prova utilizada em concreto, não pode ser confundido com a análise da convicção fática que a partir dela se formou.

O art. 273 do CPC fala em convicção de verossimilhança, conceito sobre o qual há sérias dúvidas na doutrina e nos tribunais, especialmente porque se pretende tratar desse conceito apenas em uma perspectiva processual, esquecendo-se da obviedade de que toda convicção incide sobre um objeto, o qual, nesse caso, pertence ao plano do direito material.

Portanto, pouco importa concluir que não se pode analisar, mediante recurso especial, a idoneidade da convicção de verossimilhança, pois ninguém discute que a convicção fática não pode ser reavaliada. O que realmente importa é saber se os critérios

---

<sup>127</sup> STJ - [...] 2. O art. 1.102 a, do CPC, dispõe que: [...] 3. A ação monitoria tem base em prova escrita sem eficácia de título executivo. Tal prova consiste em documento que, mesmo não provando diretamente o fato constitutivo do direito, possibilite ao juiz presumir a existência do direito alegado. Em regra, a incidência da aludida norma legal há de se limitar aos casos em que a prova escrita da dívida comprove, de forma indiscutível, a existência da obrigação de entregar ou pagar, que é estabelecida pela vontade do devedor. A obrigação deve ser extraída de documento escrito, esteja expressamente nele a manifestação da vontade, ou deduzida dele por um juízo da experiência. 4. A lei, ao não distinguir e exigir apenas a prova escrita, autoriza a utilização de qualquer documento, passível de impulsionar a ação monitoria, cuja validade, no entanto, estaria presa à eficácia do mesmo... (sic) 10. Recurso não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 423131/SP*, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 2 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

jurídicos de formação da convicção de verossimilhança foram utilizados de maneira adequada, quando é imprescindível cogitar a respeito do objeto material da tutela antecipada<sup>128</sup>.

Isso significa que a análise da convicção de verossimilhança requer, como antecedente lógico, a descoberta dos diferentes pressupostos das várias tutelas antecipatórias – ditas tutelas de urgência quando vistas somente em perspectiva processual. Tais tutelas têm diferentes pressupostos conforme sejam inibitória, de remoção do ilícito, de ressarcimento na forma específica e do adimplemento na forma específica, por exemplo<sup>129</sup>. Dessa forma, a compreensão do conceito de convicção de verossimilhança depende da natureza da tutela antecipatória requerida, pois a convicção de verossimilhança, como acontece também com a convicção de verdade, não pode ser compreendida fora do caso concreto.

A tutela antecipatória pode ser preventiva ou repressiva e, nesse último caso, ter por objeto um ato contrário ao direito, um dano, um inadimplemento total ou um cumprimento imperfeito da obrigação. Não é preciso dizer que os pressupostos de cada uma dessas tutelas são completamente distintos.

Quando se alega, no recurso especial, que o tribunal recorrido deixou de, devidamente, analisar os pressupostos da tutela antecipatória não se cogita acerca de inadequada formação da convicção fática, mas sim de indevida consideração do direito material. Oportuno lembrar que a tutela antecipatória pode ter como pressuposto (por exemplo): i) a probabilidade de vir a ser praticado ato contrário ao direito (tutela antecipatória inibitória); ii) a probabilidade de vir a acontecer dano (tutela antecipatória inibitória); iii) a probabilidade de ter ocorrido ato contrário ao direito (tutela antecipatória

---

<sup>128</sup>. Porém, afirma-se, simplesmente, que os conceitos de prova inequívoca e de verossimilhança não podem suscitar o especial em razão da Súmula n. 7: "[...] 2. Inviável o pronunciamento da Corte acerca do aceito de decisão concessiva de tutela antecipatória, não prosperando a argumentação atinente ao malferimento do art. 273 do CPC, porquanto os conceitos de 'prova inequívoca', 'verossimilhança', etc, estão intrinsecamente ligados ao conjunto fático dos autos, incidindo a censura do verbete da súmula 07/STJ. 3. Recurso especial não conhecido" (STJ, 6.a T., Rei. Min. Fernando Gonçalves, REsp 463106/RS, DJ de 24.02.2003). De qualquer forma, embora tratando de questão diversa, está correia a decisão do STJ que reformou acórdão que havia questionado a possibilidade da concessão da tutela antecipada em determinada espécie de ação: "(•••) Esta Corte vem reiterando o entendimento no sentido da possibilidade de se conceder a tutela antecipada em qualquer ação de conhecimento, seja declaratória, constitutiva ou mandamental, desde que presentes os requisitos e pressupostos legais. Verificados estes, na instância ordinária no momento da concessão, o aresto recorrido culminou por afrontar o art. 273 do CPC ao reformá-la. Recurso provido". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 473072/MG*, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 25 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

<sup>129</sup> Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

de remoção do ilícito), além do; iv) fundado receio de dano que deve se juntar à probabilidade de ter ocorrido inadimplemento total ou cumprimento imperfeito (tutela antecipatória do adimplemento na forma específica)<sup>130</sup>.

Assim, se o Ministério Público requer, em ação civil pública, a apreensão liminar de produtos ilicitamente expostos à venda, e a decisão recorrida deixa de conceder a tutela antecipatória, sob a alegação de inexistência de probabilidade de dano, há evidente violação do direito material, pois pressuposto dessa tutela antetória é a probabilidade da exposição à venda constituir ilícito – ato contrário ao direito – e não a probabilidade de vir a ocorrer dano<sup>131</sup>.

Pior que isso é a desconsideração da convicção suficiente para a concessão da tutela antecipatória. O art. 273 do CPC, referido anteriormente, afirma expressamente que para a concessão dessa tutela basta a convicção de verossimilhança.

Não obstante, são freqüentes as decisões que não admitem a antecipação da tutela sob o argumento de inexistência de convicção de verossimilhança, sem qualquer alusão e justificativa acerca das razões que levaram a tal conclusão. Quando isso ocorre pode inexistir apenas uma ilegítima despreocupação em relação ao objeto da convicção, mas muitas vezes a exigência de uma convicção está além da verossimilhança, chegando perto a de verdade – necessária apenas para a procedência do pedido.

Acontece que o juiz, diante de requerimento de antecipação da tutela, não está autorizado a exigir uma convicção mais aprofundada que a estabelecida no art. 273. O respeito à convicção fixada como suficiente pelo legislador é uma garantia do jurisdicionado, que tem direito a obter a antecipação da tutela, no caso em que demonstra perigo, quando há "verossimilhança preponderante", isto é, quando o seu direito é mais verossímil que o do réu.

É claro que há ilegalidade quando o juiz expressamente afirma que é necessário convicção de verdade, pois há aí flagrante violação do ditado legislativo que lhe obriga a contentar-se com a verossimilhança. Mas, na generalidade dos casos de desconsideração da convicção de verossimilhança, o juiz supõe que essa convicção não está presente. Isso porque

---

<sup>130</sup> Ver MARINONI, 2004.

<sup>131</sup> Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

desconhece o significado dessa modalidade de convicção, especialmente porque está acostumado a raciocinar a partir da convicção de verdade.

A convicção de verossimilhança se expressa mediante a idéia de ligação preponderante. Isso quer dizer que, no caso de perigo, o juiz deve analisar se o direito do autor é mais provável que o do réu, ou seja, se a preponderância pende para o lado da parte autora. Em caso positivo, apenas poderá deixar de conceder a tutela na hipótese em que a sua concessão puder acarretar risco de prejuízo irreversível ao direito que, no caso concreto, tiver valor maior que aquele que o autor pretende ver imediatamente tutelado. Se o juiz deixar de conceder a tutela, mas dessa forma não raciocinar e motivar a sua decisão, terá violado o art. 273 do CPC.

Perceba-se que a aferição de tal violação não requer o reexame das provas, e portanto é cabível em sede de recurso especial. Não há como confundir reexame de prova para a formação da convicção com desconsideração da suficiência da "verossimilhança preponderante". No entanto, alguém menos avisado poderia argumentar que para a constatação da verossimilhança preponderante é preciso examinar as provas. Contudo, aqui se está tratando da hipótese em que o juiz nega ou não compreende que a verossimilhança preponderante é suficiente – violando o art. 273 – e não concluindo que é possível reexaminar se as provas produzidas fizeram surgir convicção de verossimilhança.

De lado a hipótese em que a convicção de verossimilhança é estabelecida na lei, existem situações de direito material que permitem ao juiz reduzir as exigências de prova, obviamente que justificando. Isso acontece, quando a situação específica de direito material, para ser bem tratada, naturalmente requer a redução das exigências de prova. Nessas situações, o direito material não se compatibiliza com a convicção de verdade; a dificuldade de o autor provar o seu direito torna racional a admissão de uma convicção que não seja da mesma intensidade daquela, usualmente exigida, para a procedência do pedido.

Assim, por exemplo, nos casos de lesões pré-natais, em que não é possível exigir do autor a prova capaz de levar à convicção de verdade de que um acidente automobilístico foi o responsável pelo dano à saúde do recém-nascido. Do mesmo modo, na hipótese em que não se pode provar, de maneira a formar convicção de verdade, que a atividade da empresa ré é diretamente responsável pelo dano ambiental.

Agora não importa saber se a redução do módulo de prova é justificável nessas situações. O que interessa, nesse momento, é evidenciar que o juiz, ao reduzir o módulo da prova – evidentemente justificando – pode violar a norma que impõe ao autor o ônus da prova. Na mesma perspectiva, quando a situação concreta permitir a conclusão de que não se pode solicitar algo mais do autor, a decisão violará a regra do ônus da prova, ao deixar de reduzir as exigências de prova.

Por isso, o recurso especial pode tratar da questão da redução do módulo de prova, sem que se possa pensar que o seu enfrentamento possa significar reexame de prova. No recurso especial é possível discutir se a decisão poderia, ou não, ter reduzido a convicção usualmente necessária para a procedência do pedido.

A possibilidade de discussão, em sede de recurso especial ou extraordinário, de questões relativas ao ônus da prova e à valoração da prova, é tema de especial relevância e dificuldade, sobretudo ante a difícil diferenciação entre questões de fato e questões de direito.

Os recursos especial e extraordinário não são voltados para rediscutir os fatos ou à correção da justiça no caso concreto; trata-se de recursos excepcionais.

No que diz respeito às questões relativas à prova, um dos principais óbices à admissibilidade desses recursos, encontra-se na súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça, cuja redação é a seguinte: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"<sup>132</sup> (Súmula nº 07 do STJ, DJ. 21.05.90). Não se pode dizer, contudo, que todas as questões relativas à valoração da prova ou à distribuição do ônus da prova não podem ser discutidas em sede de recurso especial ou extraordinário.

A despeito da dificuldade de se precisar o que são questões de fato e o que são questões de direito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem apontado alguns critérios seguros, no que diz respeito à admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, para tratar de assuntos referentes à valoração da prova e à distribuição do ônus da prova.

No que tange à valoração da prova, o Superior Tribunal de Justiça já distinguiu o reexame de provas da valoração dos pontos fixados pelas instâncias ordinárias como premissa para

---

<sup>132</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 fev. 2006.

decisão. Nesse sentido, todas as circunstâncias de fato que conduzem à quantificação do dano moral, por exemplo, poderiam ser revisitadas pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que destacadas no acórdão impugnado, não se confundindo como uma nova valoração da prova propriamente dita<sup>133</sup>.

Por maior razão, é reconhecida a possibilidade da discussão perante as cortes superiores, da correta aplicação das regras e princípios probatórios<sup>134</sup>, bem como da valoração e admissão da prova segundo o direito posto. Tome-se, por exemplo, a grande discussão no Supremo Tribunal Federal a respeito da admissibilidade da prova ilícita<sup>135</sup>.

Do mesmo modo, existem diversos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça admitindo o recurso que tenha por tema infração às regras de distribuição do ônus da prova, seja pela incorreta qualificação dos fatos como constitutivo, modificativo, extintivo ou impeditivo<sup>136</sup>, seja pela inversão do ônus da prova fora das hipóteses legais<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> Em acórdão relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, destaca-se essa diferenciação: "[...] Impende ainda registrar algumas circunstâncias fáticas assentadas pelas instâncias ordinárias, a saber: a) o pacote turístico foi adquirido junto à ré; b) os autores foram obrigados a completar a viagem de ônibus, no trecho Campinas-São Paulo, não obstante tivessem pago o transporte aéreo; c) houve atraso na chegada ao destino final; d) os familiares dos autores, que estavam no aeroporto, não foram avisados a respeito do atraso. Feito o registro, e assinalando que não se trata aqui de reexame de fatos e provas, mas apenas de valoração dos pontos fixados pelas instâncias ordinárias tenho que o recurso merece prosperar, para deferir a reparação" BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 304.738/SP*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 13 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

<sup>134</sup> "A corte não pode reexaminar a prova produzida, a teor da súmula nº 07, sendo certo, como alinhado em precedente da Corte, que a valoração da prova 'pressupõe contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório, como ocorre, verbi gratia, em relação à qualificação jurídica de um documento. Daí a afirmação de que somente o erro de direito quanto ao valor da prova dá azo ao conhecimento do recurso especial sob tal ótica". BRASIL, 1990.

<sup>135</sup> Sobre o assunto, cf. RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 2. ed. São Paulo: Síntese, 1999.

<sup>136</sup> Destaque-se, por exemplo, a seguinte análise encontrada em acórdão relatado pelo Min. Aldir Passarinho Junior: "A exceção fica por conta do art. 333, II, do CPC, porém, também aí, não procede o recurso, eis que não houve inversão do ônus da prova. Se a empresa ré, por seu gerente, prestou declarações a uma revista, sobre o produto da concorrente, que não restaram confirmadas, ela é civilmente responsável. O que deseja a ré é que a autora é quem tenha de provar que as declarações do preposto dela própria, ré, é que não são verdadeiras. Isso é errado. Se la, ré, fez afirmações, ela tem de provar a sua veracidade, o que não fez, daí a correta condenação, como estabelecido no aresto a quo". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial nº 336.099/SP*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 11 de março de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006. Conferir também, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 62.097/SP*, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 15 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

<sup>137</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 240.440/SP*, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 8 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

Então, a admissibilidade de tais recursos, nesses termos, está sujeita à limitação do tema recursal à infração das regras probatórias. A discussão sobre os fatos deve-se limitar ao conteúdo indicado no acórdão e nas peças recursais, sendo vedada uma nova apreciação das provas.

O art. 6.º, VIII, do CDC admite a inversão do ônus da prova em duas situações: i) no caso de verossimilhança da alegação; e, ii) na hipótese de hipossuficiência.

A decisão respeitante à verossimilhança da alegação somente é possível por ocasião da sentença. Nessa ocasião, tratando-se de relação de consumo, o juiz deve julgar procedente o pedido quando a alegação do autor for verossímil. Em tal caso, fala-se que o juiz deve inverter o ônus da prova. Entretanto, a força das palavras não é capaz de eliminar a realidade, uma vez que a constatação de verossimilhança é que permite o julgamento de procedência, até porque é irracional pensar em inverter o ônus da prova quando a instrução já acabou. De qualquer forma, é de inversão do ônus da prova que se fala ao concluir que a alegação é verossímil.

No outro caso, de hipossuficiência, deve-se entender que hipossuficiente é aquele que, diante do caso concreto, possui grande dificuldade de produzir a prova, assim justificando a inversão do ônus da sua produção, que, por isso mesmo, evidentemente, deve ser feita na audiência preliminar para dar à parte – que em princípio não está gravada com o ônus – a oportunidade de produzi-la.

Embora tais possibilidades tenham sido estabelecidas no CDC, são aplicáveis a todas as situações de direito material que tenham as mesmas peculiaridades do direito do consumidor. Mas, pretende-se aqui apenas demonstrar que a decisão que trata da inversão do ônus da prova pode ser objeto de recurso especial.

Não se diga, como já fez o STJ, que

o indeferimento do pedido de inversão do ônus da prova na origem, por não se tratar de hipossuficiência, mas, também, pela impossibilidade de se aferir da razoabilidade da verossimilhança das alegações do consumidor, conceito de índole fático-probatório, atrai a censura da súmula 7 do STJ, impedindo o conhecimento do especial, manejado sob o fundamento de maltrato ao art. 6.º, VIII do CDC.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 474.359/RJ*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 4 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

Convém, pois, lembrar que os critérios da hipossuficiência e da verossimilhança da alegação são autônomos, o que significa que, para a inversão do ônus da prova, ambos não precisam estar presentes. O juiz, para decidir sobre a hipossuficiência, deve considerar apenas a dificuldade de produção de prova. Portanto, a decisão a respeito de hipossuficiência não pode impedir o especial sob o argumento de impossibilidade de reexame de prova. Além disso, como dito no item anterior, não há como confundir exame de prova, para a formação da convicção de verossimilhança, com redução das exigências de prova para a procedência do pedido ou para a inversão do ônus da prova na sentença.

Dessa forma, decidir sobre a inversão do ônus da prova requer a consideração do direito material e das circunstâncias do caso concreto, ao passo que a formação da convicção nada mais é que a análise da prova e dos demais argumentos. Inverter o ônus da prova não está sequer perto de formar a convicção com base nas provas. Assim, o recurso especial pode afirmar que a decisão que tratou do ônus da prova violou a lei, o que evidentemente não requer o reexame das provas<sup>139</sup>.

O juiz, antes de valorar as provas, deve estar certo de que as mesmas são idôneas para formar o seu convencimento. Prova idônea, nesse sentido, é a que passou pelo teste de credibilidade e, para o juiz decidir sobre a credibilidade de uma prova, deve enfrentar

---

<sup>139</sup> "1. A inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao 'critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (art. 6.º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da 'facilitação da defesa' do direitos do consumidor." (REsp 122505/SP, da minha relatoria, DJ de 24.08.1998). [...]

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (STJ, 3.ª T., Rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, REsp 332869/RJ, DJ de 02.09.2002).

"STF. Fraude contra credores. Ação pauliana para anular atos de transmissão gratuita de bens (art. 106 do CC). Ônus da prova da insolvência ou solvência do devedor alienante; a este é que cabe provar, para elidir a ação, haver continuado solvente a despeito dos atos translativos impugnados. Recurso extraordinário conhecido e provido.

O v. Acórdão recorrido, prolatado em grau de embargos, louvando-se na doutrina do r. julgado da apelação, assentou que a embargante, ora recorrente, não fizera prova da insolvência e da fraude contra a credora. Não se cuida aqui do reexame de provas senão apenas da prevalência da tese de que cabe à autora da ação pauliana fazer a prova da insolvência dos devedores, decorrente do ato de liberalidade feito em favor de uma filha, ou se tal prova compete ao credor impugnante da liberalidade. E embora essa tese seja controvertida na doutrina e na jurisprudência, o Colendo Supremo Tribunal em dois recentes julgamentos, pelo menos como os indicados pela recorrente, propugnou pela que transfere ao réu da pauliana o ônus da prova de que, a despeito da liberalidade ou alienação, continuou solvente e apto para responder por outras dívidas anteriores em favor do credor" (STF - RTJ 75/659). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 75, p. 659.

certos critérios, mais precisamente, determinadas regras de experiência; são, pois, as regras de experiência que devem guiar a aferição da credibilidade da prova.

Assim, quando essa aferição for explícita, seja em razão de contradita da testemunha, seja em virtude de alguma circunstância a ter exigido, o juiz deve precisar a solidez da regra de experiência utilizada, justificando a sua aplicação no caso concreto. No caso em que tal aferição não tiver sido explicitada e não houver violação ao dever de motivação, ainda assim será possível dizer que a prova, diante de sua evidente inidoneidade, não poderia ter sido valorada para formar a convicção judicial.

Em qualquer uma dessas hipóteses, não há como negar a possibilidade de se discutir eventual violação do direito à prova, em razão de incorreta aferição da sua credibilidade. Não ocorrerá, nessas situações, reexame de prova, mas sim a verificação de se a prova poderia ter sido valorada.

Analisar se uma prova poderia provar não é o mesmo que examinar a convicção que a decisão recorrida formou a partir das provas valoradas. Em tais circunstâncias, o recurso ficará limitado à análise de uma regra de experiência, ou seja, de uma regra de juízo, pois a análise da credibilidade da prova não poderá ser feita quando, para se determinar a sua própria credibilidade, houver a necessidade de reexame de provas, como pode ocorrer diante da contradita.

Por outro lado, não é possível esquecer o papel das regras de experiência na formação das presunções. As presunções são formadas a partir dos indícios, ou melhor, das provas indiciárias, mas sempre com base em regras de experiência – comuns ou técnicas.

Nos recursos especial e extraordinário certamente não é possível reexaminar a prova indiciária e a convicção, respeitante ao fato indiciário - também dito indício. Contudo, para chegar à presunção, o juiz raciocina ancorado em regras de experiência. É possível que o juiz aplique regra de experiência comum já totalmente desacreditada por outra regra de experiência comum ou que confronte com regra de experiência técnica ou, ainda, que considere regra de experiência técnica sabidamente não mais aceita pela comunidade científica.

Nessas situações, quando o uso da regra de experiência, por parte do juiz, não exigiu a produção de prova, nada pode impedir o questionamento da sua utilização. Note-se que, nessa hipótese, a regra de experiência não foi pensada com base em prova nenhuma, mas apenas permitiu ao juiz raciocinar, a partir de uma prova indiciária e de um indício, para fixar a presunção. Aí não há qualquer discussão sobre a prova indiciária, mas apenas impugnação da idoneidade da regra de experiência e por mera consequência, da presunção. Mas, a discussão da presunção em tal perspectiva obviamente não requer o reexame de prova. Perceba-se que não há nem mesmo reexame da presunção, enquanto elemento de formação da convicção, mas somente indagação a respeito da regra de experiência que conduziu o raciocínio judicial até a presunção.

Nessa linha, o recurso especial – ou extraordinário – pode discutir se a adoção de uma regra de experiência violou a lei ou a Constituição Federal<sup>140</sup>.

De acordo com o art. 402 do CPC, "qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando: i) - houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova; [...]"<sup>141</sup>. A alusão a "começo" de prova traz implicitamente a idéia de que a sua apresentação não é capaz de liberar o autor do ônus da prova. Isso, aliás, também decorre claramente da circunstância de que a sua utilização é elemento que confere ao autor a oportunidade do uso da prova testemunhal, e isso quando emanou da parte contrária.

Nesse sentido, tal prova somente pode ser entendida como aquela que, apesar de não ser suficiente para o cumprimento do ônus da prova, autoriza que a tentativa de convencimento judicial também seja feita por intermédio da prova testemunhal.

Pois bem, caso a decisão recorrida enfrente a questão do conceito de prova por escrito, admitindo-a ou não, o recurso especial pode ser admitido para a sua discussão. Note-

---

<sup>140</sup> "STJ - Recurso Especial - Erro sobre critérios de apreciação da prova - Matéria de direito - Cabimento do recurso. O erro sobre critérios de apreciação da prova ou errada aplicação de regras de experiência são matérias de direito, e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial" (STJ, 5.a T., Rei. Min. Edson Vidigal, REsp 46186-3/DF;/?7 725/531). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 46186/DF*, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 4 de dezembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

<sup>141</sup> BRASIL, 1973.

se, porém, que o mesmo não ocorre quando não se discutiu o conceito de prova por escrito, mas essa foi valorada juntamente com a prova testemunhal<sup>142</sup>.

Segundo o art. 400, II, do CPC, o juiz deve indeferir a inquirição de testemunhas sobre fatos que, só por documento ou por exame pericial, puderem ser provados. No primeiro grupo (documento) estão incluídas as hipóteses dos arts. 366<sup>143</sup> e 401<sup>144</sup> do CPC. No segundo, estão os fatos que exigem prova pericial. No caso em que um fato não pode ser demonstrado por meio de documento ou de testemunha, mas somente mediante análise técnica, a prova pericial não pode ser dispensada.

Porém, o que importa, como é intuitivo, é sublinhar que a decisão que analisou se um fato apenas poderia ser objeto de prova documental ou pericial pode ser objeto de recurso especial. Nesse caso, evidentemente, não há necessidade de reexame de prova ou de re-elaboração da convicção, mas apenas a verificação de que a decisão, ao exigir prova documental ou pericial, não violou o CPC.

Diz o art. 436 do CPC que "o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos"<sup>145</sup>. Lembre-se, contudo, que quando a prova pericial não for suficiente para esclarecer o fato, o juiz deve pedir esclarecimentos (art. 437) e, se for necessário, determinar o que se chama de "segunda perícia" para corrigir a primeira (art. 438 e ss.).

---

<sup>142</sup> STF - Execução para cobrança de cheque não pago pelo Banco sacado em consequência de contra-ordem. Defesa do emitente-executado alegando descumprimento, pelo exequente, do negócio subjacente. Falta de começo de prova por escrito do invocado contrato. Impossibilidade de comprová-lo por prova testemunhal. Recurso extraordinário conhecido e provido. [...] Para comprovar esse contrato, cujo valor ultrapassa Cr\$ 100.000,00, o executado fez inquirir testemunhas e apresentou documentos, que foram considerados pela decisão recorrida como começo de prova por escrito para os efeitos dos arts. 401 e 402. I, do CPC. Entretanto, o acórdão incorreu em erro na qualificação legal dessa prova, visto que nenhum dos documentos foi produzido ou emanou do embargado..." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 91, p. 674.

<sup>143</sup> Art. 366 do CPC: "Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta". Essa norma, como já dito, não se refere a uma prova, mas sim a um requisito para a validade do ato. BRASIL, 1973.

<sup>144</sup> O contrato cujo valor supera o décuplo do maior salário mínimo vigente no país no momento em que foi celebrado não pode ter a sua existência demonstrada mediante prova exclusivamente testemunhal. Ver também os arts. 402 e 403 do CPC.

<sup>145</sup> BRASIL, 1973.

Como a prova pericial é uma prova técnica e, assim, mais "objetiva" do que a testemunhal, o seu poder de convencimento também é mais forte. Portanto, a liberdade do juiz de formar a sua convicção com base em outras provas, quando produzida a prova pericial, está condicionada à explicação da razão pela qual a perícia não foi suficiente para esclarecer os fatos ou os motivos pelos quais os esclarecimentos solicitados ao perito, assim como a "segunda perícia", não puderam suprir as suas imperfeições.

Embora a necessidade de motivação seja algo que deva acompanhar toda e qualquer decisão, a sua ausência, na situação em que o resultado da perícia é desconsiderado, implica negação dos direitos à motivação e à prova e em violação ao art. 336 que, ao dizer que o juiz não está adstrito à prova pericial, implicitamente afirma que a decisão pode deixar o resultado dessa prova de lado somente em hipóteses excepcionais.

Cabe ressaltar que o chamado critério da coerência lógica possui muita importância para o controle da motivação da decisão. Para esse critério importam os elementos lógicos da decisão, especialmente os relacionados à não-contradição e à coerência inferencial<sup>146</sup>.

Assim sendo, não é possível que uma decisão aceite um mesmo fato como verdadeiro e falso, confira determinada qualidade – de verdadeiro ou de falso – a fatos que são contrários ou contraditórios, ou empregue regras de inferência incompatíveis. Quando um mesmo fato é considerado em um momento verdadeiro e em outro falso, ou quando feitos inconciliáveis são admitidos como verdadeiros ou falsos, a decisão certamente padece de vício de ausência de lógica. O mesmo ocorre quando a decisão emprega, em um mesmo contexto, regras de experiência excludentes.

Nessas situações, o controle da decisão pode ser feito não apenas em grau de apelação, pois a aceitação da ausência de coerência lógica não exige re-elaboração da convicção ou simples reexame da prova, mas apenas a análise dos elementos narrativos componentes da decisão.

A coerência lógica é interna à decisão, defluindo da adequação da motivação ao passo que, muitas vezes, a decisão deixa de se relacionar de modo pertinente com a prova, seja por não considerar um fato provado, seja por admitir um fato não provado. Nesse caso há o que se chama de ausência de congruência entre a decisão e os fatos provados.

---

<sup>146</sup> TARUFFO, 1992, p. 294.

Em tais hipóteses, também não há pretensão de formação de nova convicção sobre as provas. Existe apenas afirmação de que a decisão deixou de tomar em conta uma prova – ou um fato provado – ou considerou um fato não provado. Tanto a decisão que ignora uma prova – ou um fato provado – quanto a que admite um fato que não foi provado, são completamente estranhas ao material probatório e, por conseqüência, violadoras do Código de Processo Civil e da Constituição Federal<sup>147</sup>.

A prova equivocadamente compreendida ou conceituada em abstrato não se confunde com a prova que, por ter sido mal valorada, conduziu a uma convicção distorcida. Quando se diz que houve erro na compreensão da prova em abstrato não se afirma que a sua valoração foi mal feita e, assim, não se deseja uma re-elaboração da convicção judicial.

Note-se que a valoração da prova implica a relação entre a prova – abstratamente considerada de forma perfeita – e o fato, ao passo que a compreensão da prova em abstrato supõe o conhecimento do conteúdo e do significado da prova, enquanto instrumento para a demonstração de um fato.

---

<sup>147</sup> Cabe ressaltar, aqui, que o STF vem afirmando que a violação da norma constitucional, para autorizar o extraordinário, deve ser direta e frontal: "STF. Recurso Extraordinário. Violação à norma constitucional. Alegação que demanda o prévio exame de normas ordinárias. Inviabilidade, uma vez que a alegada afronta deve ser direta e frontal Ementa oficial: A violação de norma constitucional capaz de viabilizar o acesso do recurso a esta sede extraordinária há de ser direta e frontal e não aquela que demandaria o prévio exame das normas ordinárias" BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental nº 216262-3/PE*, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 17 de agosto de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006. STF - Constitucional - Recurso extraordinário - Alegação de ofensa à CF, art. 5.º, II, XXXV, XXXVI, LIV e LV. I. Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. II. Decisão contrária ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5.º, XXXV). III. A verificação, no caso concreto, da existência, ou não, do direito adquirido, situa-se no campo infraconstitucional. IV. Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5.º, LIV e LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais, E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. V. Agravo não provido BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 154158 AgRg/SP*, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 20 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006. "STF - [...] Alegação de ofensa ao art. 5.º, XXXV, LIV e LV, bem assim ao art. 93, IX, todos da Constituição da República [...] Hipótese configuradora, quando muito, de ofensa reflexa ao texto constitucional [...]. A alegação de ofensa ao texto constitucional, cuja invocação reclame exame prévio e necessário da legislação comum (ordinária e complementar), mesmo que se trate de matéria eleitoral, não viabiliza o trânsito do recurso extraordinário, eis que a verificação de desrespeito à Constituição federal dependerá, sempre, da análise do Código Eleitoral, da Lei de Inelegibilidade e de outros diplomas legislativos equivalentes. Precedentes" BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 469699/MA*, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 30 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

Havendo erro na compreensão do conteúdo e do significado da prova, dizendo a decisão, por exemplo, que o documento afirma algo que não está dito nas próprias palavras nele contidas, há admissão de uma prova inexistente nos autos.

É cediço que a afirmação de prova ilícita não requer o reexame da prova, pois está longe de propor apenas a formação de uma nova convicção. Pretende-se, nesse caso, analisar se a prova constitui instrumento lícito para servir à demonstração dos fatos.

Diante do art. 5.º, LVI, da Constituição Federal, que pontua que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", as decisões que enfrentam a questão da licitude das provas podem ser levadas ao STF por meio de recurso extraordinário.

Tanto a decisão que admitiu a prova sem conceituá-la como ilícita, quanto a que admitiu a prova ilícita, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, como ainda a que não admitiu a prova por considerá-la ilícita, podem ser objeto de recurso extraordinário ao STF.

O art. 334 do CPC diz que

não dependem de prova os fatos:

- i) notórios;
- ii) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
- iii) admitidos, no processo, como incontroversos; e
- iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.<sup>148</sup>

O autor está dispensado de provar esses fatos e, por consequência, o juiz não necessita formar convicção sobre eles enquanto fatos individuais, devendo considerá-los provados quando da valoração do conjunto probatório, isto é, das demais provas e argumentos de convicção.

A notoriedade é uma qualidade do fato que é conhecido no momento e no lugar em que a decisão é proferida. Quando for necessário produzir prova sobre a notoriedade – nunca sobre o fato em si, pois o art. 334,1, afirma que o fato, admitido como notório, não precisa ser provado – obviamente não há como pensar em rediscutir a convicção a respeito da notoriedade. Porém, mesmo que a definição de notoriedade não tenha exigido prova, mas seja fundada na convicção do juiz devidamente motivada, tal questão não pode ser levada ao STJ, pois implicaria renovação da formação da convicção sobre a notoriedade do fato.

---

<sup>148</sup> BRASIL, 1973.

Isso significa que o recurso especial apenas pode discutir a notoriedade no caso em que a decisão considerou um fato olhando para outro, isto é, considerou um fato no lugar do outro, para concluir a respeito da notoriedade. Perceba-se que, nesse caso, embora não tenha sido necessária a produção de prova sobre a notoriedade, não houve simples compreensão de uma prova em prova em abstrato ou mera qualificação jurídica de um fato reputado existente, mas sim abstrato da natureza ou dos contornos do próprio fato, afirmado como notório. A notoriedade, em outras palavras, é uma qualidade que diz sobre a natureza de um fato, e não sobre a sua expressão jurídica, como quando se discute sobre uma manifestação de vontade.

É sabido nos direitos disponíveis que a confissão gera a dispensa de prova e a presunção de veracidade – quase que absoluta – sobre o fato confessado. A dispensa de prova não elimina a possibilidade da convicção se formar em sentido contrário ao da confissão. Não há racionalidade em aceitar um fato – ainda que confessado – que é logicamente inexplicável por intermédio das regras de experiência ou que colide frontalmente com outros fatos também aceitos como verdadeiros.

De qualquer forma, a questão dos efeitos da confissão pode ser posta no recurso especial. O STF já decidiu, há muito tempo, que tal questão não tem o veto da Súmula 279, pois não exige o reexame de prova<sup>149</sup>. Porém, a situação não é tão simples, uma vez que

---

<sup>149</sup> STF - Confissão extrajudicial feita por escrito tem a mesma eficácia probatória da judicial. Inteligência do art. 353 do CPC. Valor vinculante do juiz, por se tratar de prova legal. Provado o fato, cumpria ao réu provar o fato impeditivo ou extintivo do direito do autor art 333 I e II do CPC. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação nos termos da sentença de primeiro grau. [...]  
O v. Acórdão recorrido, entretanto, reformando a sentença, julgou improcedente a ação porque, além da confissão do réu, nenhuma outra prova apresentou o autor. Negou, assim, o v. Acórdão recorrido valor à confissão escrita de dívida, cuja autenticidade não era impugnada, ou cuja validade, como manifestação de vontade, não era contestada por qualquer vício legal. [...]  
Defiro o recurso. A questão, ao que me parece, não tem o veto da Súmula 279, porquanto não se cuida aqui de reexame de prova. O cerne do litígio está no silogismo temático do ônus probatório, como se infere das perspectivas antagônicas em que se colocaram as decisões nas duas instâncias ordinárias. É razoável a posição defendida pelo recorrente com o aval da sentença de primeiro grau; se havia confissão formalizada (art. 353 do CPC) que o réu se propôs enfaticamente neutralizar, a ele passou, integral, o encargo elidente (art. 333, II do CPC). A razão de julgar do acórdão, com inversão de tais regras leva, em princípio, a considerar ocorrente motivação para a abertura da instância extraordinária de forma a se facultar o norte qualificado do Pretório Excelso. [...]  
Assim não podia o v. Acórdão recorrido negar efeito à confissão extrajudicial plena consubstanciada no documento de f. 48, não impugnado. [...]  
O autor provou, pela confissão válida, o seu crédito, e o réu não conseguiu ilidir a confissão ou demonstrar a sua invalidade. O v. Acórdão recorrido, portanto, negou vigência aos arts. 333 e 353 do CPC". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 82.001/SP*, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 5 de setembro de 1975. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

requer a distinção entre a decisão que negou efeito à confissão, que a ela deu efeito pleno, desconsiderando os outros argumentos de prova, e a decisão que valorou a confissão como um dos elementos integrantes da formação da convicção.

Todas essas decisões podem ser objeto de recurso especial, embora devam ser devidamente compreendidas. A decisão que nega efeito à confissão, assim como a que lhe confere eficácia plena, trata do efeito da prova em abstrato, e não da prova como elemento gerador da convicção. Porém, em relação à decisão que atribuiu efeito à confissão, valorando-a juntamente com os demais elementos probatórios, é preciso ter mais cuidado. Se o vencido afirmou que a confissão tem eficácia plena, e assim não pode ser enfraquecida pelos demais argumentos de prova, o recurso especial pode ser admitido para que se decida a respeito do valor abstrato da confissão. Entretanto, se nunca se cogitou sobre a eficácia plena da confissão, não cabe pretender reelaborar a convicção que se formou a partir dela, sob pena de o STJ incidir em reexame de prova.

De acordo com o art. 302 do CPC<sup>150</sup>, o réu deve

manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

- i) se não for admissível, a seu respeito, a confissão;
- ii) se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;
- iii) se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Diante disso, se a decisão, para presumir – ou não – um fato como verdadeiro, trata da admissibilidade da confissão em relação a ele ou da necessidade de a petição inicial estar acompanhada de instrumento público, o recurso especial pode enfrentar uma questão ou outra, alegando violação dos arts. 302, I ou II e 334, III.

Por outro lado, o art. 302, III, evidencia que, para que um fato possa ser considerado não-contestado, não é suficiente apenas a não-contestação, sendo preciso verificar se outras alegações, contidas na contestação ou mesmo na reconvenção, não significam, mesmo que implicitamente, a sua negação. Se o réu deixa de contestar um fato de forma específica, o efeito da não contestação – ou seja, a admissão do fato como verdadeiro –

---

<sup>150</sup> BRASIL, 1973.

somente se produzirá se as demais alegações da defesa não forem tomadas como negação do fato que não foi contestado de maneira individualizada.

Por isso, para que um fato não-contestado possa ser presumido verdadeiro, é necessário analisar a defesa globalmente, verificando se é possível concluir, a partir do conjunto das alegações do réu, que o fato que não foi contestado de forma específica foi aceito como verdadeiro.

Em último lugar, diz o art. 334, no seu inciso IV, que os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade não dependem de prova. Nesse caso, a prova ou a análise fática não tem qualquer importância, pois o juiz é vinculado pelas conclusões hipotéticas da lei. Diante dessa modalidade de presunção – dita absoluta – a prova é inútil, pouco importando a sua intenção, ainda que voltada a demonstrar que a presunção parte de um silogismo falso<sup>151</sup>. Nessa situação, toda prova ou contraprova é destituída de relevância, uma vez que o suporte fático do silogismo, embora tenha sido importante para a sua fixação como hipótese normativa, não possui qualquer significado no caso concreto.

Oportuno esclarecer que, caracterizado o fato do qual decorre a presunção absoluta, não há como se pretender fazer prova que diga respeito à idoneidade da relação entre esse fato e a presunção. E que tal relação, como dito, é fixada por lei com caráter absoluto. De modo que a decisão que, a partir de um fato incontroverso, discute sobre a existência de uma presunção absoluta, trata obviamente de questão de direito, estando longe de poder encontrar obstáculo na impossibilidade de reexame de prova.

O STJ tem admitido a revisão dos valores das condenações relativas a danos morais e honorários de advogado, sublinhando que, em tais casos, não incide a Súmula 7.

No que diz respeito aos danos morais, o STJ já advertiu, em julgado relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que a Corte

tem exercido controle sobre os valores fixados pelas instâncias ordinárias, a título de danos morais, para minimizar a discrepância de decisões proferidas pelos diversos tribunais do país, e também nos casos em que o quantum indenizatório se mostra manifestamente irrisório ou exagerado, distanciando-

---

<sup>151</sup> COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 227.

se das finalidades da lei. Na fixação do valor indenizatório, não se está a reexaminar provas ou fatos, mas apenas valorando as circunstâncias fixadas nas instâncias ordinárias, procedimento esse que não encontra vedação no enunciado 7 da Súmula do STJ.<sup>152</sup>

Outro julgado da 4ª Turma, também relatado pelo Ministro Sálvio, assentou:

o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Já espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2.º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração.<sup>153</sup>

Em 2003, a 2ª Turma, relatora a Ministra Eliana Calmon, confirmou essa orientação: “a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de admitir a revisão das circunstâncias fáticas, contornando a vedação da Súmula 07/STJ, quando for irrisória ou absurda a quantificação do dano moral”.<sup>154</sup>

Quanto aos honorários de advogado, a 4ª Turma, relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, concluiu ser “possível conhecer de recurso especial para rever a estipulação de honorários advocatícios em valor irrisório”<sup>155</sup>. Em abril de 2004, a 2ª Turma, em julgado de que foi relator o Ministro João Otávio de Noronha, frisou que esse passou a ser o entendimento da Corte:

<sup>152</sup> STJ, 4º Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp nº 324.130/DF, DJ de 12.08.02. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 324.130/DF*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 12 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

<sup>153</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 183.508/RJ*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 10 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 343.904/PR*, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 de fev. 2006.

<sup>155</sup> STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp nº 209.687/MG, DJ de 23.08.1999. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 209.687/MG*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 23 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

O STJ tem conhecido de recurso especial quando se trata de rever a fixação de verba honorária em valores considerados irrisórios ou excessivos, situações em que a decisão recorrida se afasta do juízo de equidade preconizado na lei processual. A redução dos honorários advocatícios de 10% para, aproximadamente, 1% do valor da condenação, determinada pela Corte Regional com base no frágil e insólito argumento de que, nas ações de desapropriação indireta "o maior trabalho fica a cargo da perícia", traduz inequívoca desqualificação dos árduos trabalhos desenvolvidos pelo profissional de direito. A fixação da verba honorária há de ser feita baseada em critérios que guardem a mínima correspondência com a responsabilidade assumida pelo advogado, sob pena de violação do princípio da justa remuneração do trabalho profissional. Recurso especial conhecido e provido<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup> STJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, REsp nº 264.740/PR, DJ de 24.05.2004. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 264.740/PR*, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 24 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

## 4 CONCLUSÕES

A presente dissertação não tem a pretensão de oferecer uma fórmula pronta e suficientemente apta para resolver o problema do arbítrio das decisões judiciais. Os mais céticos certamente dirão que o processo, enquanto fenômeno cultural e atividade humana, não se presta à busca de soluções de precisão matemática, completamente livres de erro, afinal sempre se dependerá de uma investigação humana, potencialmente equivocada, para a aplicação do direito. O que se busca, contudo, é estimular uma reflexão inadiável sobre essa questão, que põe em cheque o próprio estado democrático de direito: É possível exercer um controle efetivo sobre a formação do convencimento judicial ou se estará eternamente sujeitos ao arbítrio daqueles a quem o Estado incumbe a missão de aplicar o Direito? Essa é a pergunta e é o que realmente importa, porque as respostas são inúmeras.

Por todo o exposto nesse estudo, pode-se concluir que o alvo a ser atingido, com a prova que as partes levam ao julgador, é a melhor aproximação possível com aquilo que ocorreu no mundo dos fatos, ou seja, na impossibilidade de chegar à verdade material, busca-se, num juízo de verossimilhança, a verdade formal.

Ao receber o material probatório produzido e admitido, numa espécie de valoração sumária, o julgador precisará desenvolver seu convencimento através de um processo racional, intelectual, levando em conta sua experiência de vida e cognitiva, aliado com a normatização referente ao caso concreto, para fundamentar sua decisão sobre a prova levada a sua apreciação. Tal fundamentação foi erigida ao *status* de garantia constitucional por força da Constituição Federal, ao determinar no art. 93, inciso IX, que todas as decisões serão fundamentadas sob pena de nulidade.

Por força do art. 131 do Código de Processo Civil, a valoração da prova no direito brasileiro há muito se afastou dos sistemas clássicos e ultrapassados, da tarifação da prova legal e do livre convencimento, para acolher a evolução dos sistemas anteriores, ou seja, o sistema da persuasão racional, onde o magistrado deve observar as regras lógicas e as

máximas da experiência comum, com o dever de fundamentar a decisão tomada e indicar os motivos e as circunstâncias que basearam a sua decisão.

Dessa forma, a prova poderá sofrer limitações quanto a sua admissibilidade por força legal, segundo parâmetros próprios de acolher os meios legais de prova e afastar a prova ilegal, ou por força dos próprios limites do objeto da investigação probatória e dos pontos contraditórios do processo. Poderá o julgador sofrer, também, depois de concluída a instrução probatória, limitação referente à necessidade de fundamentar a decisão e demonstrar o raciocínio intelectual desenvolvido, como também pelos participantes do processo que desenvolverão a fundamentação, material probatório e pedido de acordo com seus próprios interesses em jogo.

Mais detalhadamente, vê-se a confusão que é feita pela doutrina e jurisprudência quanto à valoração da prova, ao ônus da prova e à utilização de máximas de experiência, onde muitas vezes é tentador o julgamento, aportando apenas critérios fundamentados na falta de prova e na utilização das regras da distribuição do ônus probatório, fato muitas vezes equivocado e arbitrário a demonstrar a falta de conhecimento ou a falta de melhor desenvolvimento da questão de avaliação da prova.

Aliás, denota-se melhor trato do assunto nos sistemas estrangeiros, ao utilizarem sistemas que alcançam desde uma análise quantitativa da valoração da prova, passando pela probabilidade lógica e indiciária da valoração, para desaguar nos juízos de verossimilhança, na doutrina e jurisprudência alemã.

O direito brasileiro poderia aplicar os métodos mais sofisticados para a valoração da prova, expostos pela doutrina alienígena, ademais se tratando de uma tendência que aproxima cada vez mais a *common law* da *civil law*.

Alguns avanços jurisprudenciais nesse sentido já foram apontados pela doutrina brasileira, *ex vi* citação de julgado do Superior Tribunal de Justiça por Danilo Knijnik (Recurso Especial nº. 184.156-SP).

Contudo, deve ser salientado que um controle possível dentro do sistema constitucional brasileiro, apresenta elementos que podem restringir a liberdade judicial, tais como buscar a máxima efetividade dos valores da previsibilidade e ampla participação das partes.

Por sua vez, o controle da motivação judicial na avaliação da prova, por inúmeras vezes, foi apreciado pelos tribunais constitucionais, formando verdadeiro rol de questões que dão ensejo à admissibilidade recursal e traçam entendimento quanto à valoração da prova apresentada, apontando vícios que se formam nas decisões judiciais, quando da avaliação do material probatório.

De tudo que foi visto no presente trabalho, quer parecer, a título de conclusão, faltar, ainda, ao sistema jurídico brasileiro, mecanismos mais efetivos para controle do arbítrio do julgador na apreciação da prova cível, igual ao considerado pelo direito comparado, em que pese salientar-se restar dúvida da compatibilidade de algumas tecnologias citadas, na medida em que a atividade judicial, por exemplo, não é exatamente uma atividade matemática ou a propósito de afeição a formulas de probabilidades, mesmo que se reconheça cada vez mais a interdisciplinaridade de ciências no contexto judicial.

Portanto, as conclusões expostas não são mais do que o resultado da reflexão sobre o fenômeno da formação do convencimento judicial. Citando Barbosa Moreira, pode-se dizer que "o tópico a florado é daqueles que exigem do jurista a humildade e a disponibilidade espiritual necessárias para reavaliar atitudes que um longo e arraigado hábito dá a impressão de não comportarem alternativa."<sup>157</sup>

Seria pretensioso, portanto, tentar exaurir a sua análise, que extrapola os próprios limites da Ciência do Direito. O que se pretende, ao fim e ao cabo, é simplesmente estimular uma reflexão necessária, contribuindo com uma exposição menos fragmentada e menos distante da prática forense, mas essencialmente aproximada aos valores constitucionais.

Naturalmente que, amanhã ou depois, novas idéias hão de surgir para confirmar ou desacreditar por completo a presente conclusão, afinal as respostas, além de serem muitas, são inevitavelmente substituídas ante a evolução do conhecimento, e o que fica são as perguntas e a disposição para enfrentá-las, pois felizmente à humanidade não se colocam apenas os problemas os quais é capaz de resolver.

---

<sup>157</sup> MOREIRA, 1978, p. 19.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia giudiziaria*. 3. ed. Torino: Torinese, 1927. v. 2.

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2004.

AULETE, Caldas. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Lisboa: Bertrand, 1985.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987. v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

BRASIL. *Código de processo civil*. 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 dez. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial nº 336.099/SP*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 11 de março de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 183.508/RJ*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 10 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 de fev. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 209.687/MG*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 23 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 240.440/SP*, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 8 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 264.740/PR*, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 24 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 423131/SP*, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 2 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 46186/DF*, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 4 de dezembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 474.359/RJ*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 4 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 473072/MG*, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 25 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 507922/SC*, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 28 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 62.097/SP*, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 15 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 343.904/PR*, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 de fev. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça *Recurso Especial nº 304.738/SP*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 13 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 324.130/DF*, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 12 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Súmula 279*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Súmula 7 de 1990*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 fev. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 469699/MA*, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 30 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental nº 216262-3/PE*, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 17 de agosto de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 69756*, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 26 de abril de 1977. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 111787*, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 16 de abril de 1991. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 154158 AgRg/SP*, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 20 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 82.001/SP*, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 5 de setembro de 1975. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2006

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fortes, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: \_\_\_\_\_. *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 103-125.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova cível*. 5. ed. São Paulo: Bookseller, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATALANO, Elena Maria. Prova indiziaria, probalistic evidence e modelli matematici di valutazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Cedam, a. 51, n. 2, p. 519, abr./jun. 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DENTI, Vittorio. Armonizzazione e diritto alta prova. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giufrê, a. 48, p. 673-681, set. 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia, 1976. t. 1.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas. In: \_\_\_\_\_. *O processo e sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 161-184.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, a. 45, n. 2, p. 1119, abr. 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 5. t. 1.

MATA-MOUROS, Maria d Fátima. *A fundamentação da decisão como discurso legitimador do Poder Judicial*. [2003]. Disponível em: <<http://www.terravista.pt>>. Acesso em: 20 nov. 2005.

MELENDO, Santiago Santis. *La prueba: los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: Ejea, 1978.

MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1909.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 84, p. 144-155, out./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. A motivação da decisão judicial como garantia inerente ao estado de direito. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 74-93.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 74, n. 261, p. 13-19, jan./mar. 1978.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

NOBILI, Máximo. *Il principio del libelo convincimento del giudice*. Milão: Giuffrè, 1974.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, n. 5, p. 7-20, 1998.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PATTI, Salvatore. *Prove: disposizioni generali*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1987.

RESCHER, Nicolas. *Verdad como coherencia ideal: teorías de la verdad em el siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70006828552*, da Quarta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 10 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 27 jun. 2006.

ROSENBERG, Leo. *La carga della prueba*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1956.

SANTOS, Gildo dos. *Locação e despejo: comentários à Lei 8.245/91*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

SANTOS, Moacir Amaral dos. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Ramón Areces, 1990

TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

\_\_\_\_\_. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VERDE, Giovanni. Prova legale e formalismo. *Il Foro Italiano*, Roma, pt. V, col. 465-474, 1990.