



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

CLÍVIA RENATA LOUREIRO CROELHAS

O CONVENCIMENTO JUDICIAL E A VALORAÇÃO PROBATÓRIA

Belém
2013

CLÍVIA RENATA LOUREIRO CROELHAS

O CONVENCIMENTO JUDICIAL E A VALORAÇÃO PROBATÓRIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Professora: Dra. Gisele Fernandes Góes.

Belém

2013

CLÍVIA RENATA LOUREIRO CROELHAS

O CONVENCIMENTO JUDICIAL E A VALORAÇÃO PROBATÓRIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, sob a orientação do Profa. Dra. Gisele Fernandes Góes, como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Aprovado em: _____

Orientador: _____

Profa. Dra. Gisele Fernandes Góes (PPGD/UFPA)

Banca Examinadora:

1.º Avaliador: _____

2.º Avaliador: _____

A todos os meus mestres, que ao dividirem comigo seu conhecimento, invariavelmente tornaram-se meus amigos; e a todos os meus amigos, que ao caminharem ao meu lado, invariavelmente tornaram-se meus mestres.

AGRADECIMENTOS

Essa dissertação representa o produto final de um trabalho que começou no momento da inscrição para a seleção do programa, e desde esse momento várias são as pessoas que me auxiliaram na consecução desse sonho, primeiramente quero agradecer a Deus, que sempre esteve ao meu lado, me mostrando os rumos a serem seguidos e me ajudando nas horas de necessidade, mesmo quando eu relutava em acreditar em sua presença, ele nunca me abandonou.

Quero agradecer meus pais Renato de Souza Croelhas e Maria de Fátima Loureiro Croelhas, pela devoção inigualável à minha felicidade, sendo trabalhando para que eu pudesse ter acesso a melhor educação possível, sendo me aconselhando, me advertindo, e por vezes me empurrando para frente quando eu não tinha mais forças para seguir sozinha; eles parecem nunca cansar ou desistir. Sempre digo a eles que quando perguntados à respeito do que fazem da vida, se responderem: somos pais, não precisam dizer mais nada, pois ambos enaltecem essa missão.

Agradeço ainda as minhas irmãs queridas Clíssia Croelhas e Clissila Croelhas, companheiras inseparáveis, e amigas verdadeiras, partes de mim, que durante esse mestrado sempre estiveram dispostas a auxiliar no que fossem preciso.

A minha orientadora Doutora Gisele Fernandes Góes, professora dedicada, competente e iluminada, que fez de sua profissão um ofício, e que diariamente toca alunos de todas instituições que leciona, sendo mais do que uma professora, mas também uma educadora do direito, agradeço a confiança, o respeito, o tempo e a amizade a mim dedicada.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, a grande maioria eu nunca havia tido a felicidade de ser aluna. Gostaria de lembrar os nomes de Antônio Maués, Rosalina Pinto Moita, Daniela Dias, Pastoral Leal, por meio deles, cumprimentar todos os demais professores.

Aos meus amigos que compõem a singular turma de 2011-2013 do programa de Pós graduação da UFPa, uma verdadeira família: André Bitar, Adalberto Fernandes Sá Júnior, Flávio Mansos, Jonismar Barbosa, Luciana Monteiro, Edvaldo Sales, Karine Câmara, José Rei, Dafne Fernandes, Diego Mascarenhas, Moisés Wanghon, Sandoval Alves, João Daniel Sá, Thaiana Bitti, Ana Carolina Alves, Maria de Nazaré Rocha, Domingos Nonato, Gilce Távora e Paulo Juaci, vocês me tiraram da tristeza e da solidão, e me ajudaram trilhar novamente o caminho do aprimoramento intelectual.

Aos meus amigos de uma vida: Patrícia Feio, Brunno Aranha, Bruna Fernandes, Liany Tadaiesky, Catarina Sicsu, Daniel de Araújo Pinheiro, Beatriz Ferreira dos Reis, Bianca Pio Gabay, Juliana Querubim e José de Anchieta Moreira Filho.

Ao Doutor Professor Henrique Guedes e ao Doutor Tarso Túlio Nogueira, competentes profissionais que me deram a calma e o sossego necessários para terminar essa dissertação.

À Secretaria do Programa, suas funcionárias fazem de tudo para que possamos nos concentrar nos estudos, resolvendo todos os trâmites burocráticos. Liliane, Laira, Gisele, Aline e Vera. Obrigado por todo o serviço sempre solícito.

RESUMO

A presente dissertação objetiva analisar como os juízes caminham no que diz respeito à valoração das provas no processo civil, justamente no que concerne ao convencimento judicial, e como esse convencimento é exposto na motivação dessas decisões. Nesse caminho, preliminarmente investigou-se sobre o instituto da prova, para depois chegar na discussão sobre a mudança paradigmática ocasionada pela influência dos Direitos Fundamentais emanados da Constituição Federal de 1988, no ordenamento jurídico Brasileiro, e assim explanar sobre os modelos de valoração de prova existente, e a capacidade deles em eliminar a discricionariedade judicial, frente a complexidade atual das demandas postas em juízo. Passou-se a procurar auxílio na doutrina comparada de institutos que possam ser transportados para a praxe jurídica pátria, e complementem a argumentação, e a motivação necessárias para que a correta valoração da prova possa dar margem a um convencimento judicial devidamente motivado, o que perfaz o ideal do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Convencimento Judicial. Valoração da Prova. Motivação. Discricionariedade Judicial. Valoração da prova.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze how the judges work with respect evaluates evidence in the civil suit, precisely in regard to judicial conviction, and how this convictions are exposed in decisions motivation. In this way, preliminarily studied a bit about the institute of proof, and then arrive in a discussion about the change of paradigm caused by the influence of Fundamental Rights emanating from Federal Constitution 1988 in the Brazilian law, and so explain about the existents evaluates models of the proofs, and their ability to eliminate judicial discretion, forward the current complexity of the demands put on trial. Started to look for assistance in compared doctrine for institutes that can be transported to the usual national practice, and complement argumentation, and necessary motivation motivates so that the correct standard of proof could give rise to a conviction court properly motivated, which makes the ideal democratic state.

Keywords: Judicial Persuasion. Valuation of Proof. Motivation. Judicial discretion. evidence assessment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA	13
2.1 CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE DA PROVA.	13
2.1.1 Conceito de Prova.....	13
2.1.2 Objeto da Prova	15
2.1.3 Finalidade da Prova	17
2.2 INICIATIVA NA PROPOSIÇÃO DA PROVA	18
2.3 PROCESSO COMO MEIO INIDÔNEO DE ENCONTRAR A VERDADE	24
2.4 LIMITAÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA.....	33
3 O NOVO PARADIGMA DO PROCESSO CIVIL E SUA INFLUÊNCIA NA PROVA.....	38
3.1 NEOPROCESSUALISMO: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A MUDANÇA DO PARADIGMA PROCESSUAL EM VIRTUDE DA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
3.2 NOTAS SOBRE OS MODELOS HISTÓRICOS DE VALORAÇÃO DA PROVA.....	40
3.3 O DEVER DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	47
3.4 A ARGUMENTAÇÃO E O CONVENCIMENTO JUDICIAL.....	54
3.4.1 Viehweg e a redescoberta do método tópico	55
3.4.2. A Nova retórica de Chaïm Perelman	56
3.4.3 A integridade de Ronald Dworkin.	57
3.4.4 A Mudança do paradigma processual e o avanço no estudo da prova.	60
4 CONVENCIMENTO JUDICIAL E A VALORAÇÃO PROBATÓRIA	64
4.1 A INFLUÊNCIA DOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO DO DIREITO COMPARADO NA VALORAÇÃO DAS PROVAS	64
4.1.1 A tese sueca sobre o convencimento judicial	66
4.1.2 Verossimilhança Preponderante	67
4.1.3 A tese de redução do módulo da prova de Gerald Walter	68
4.1.4 Preponderância de evidência (<i>preponderance of evidence</i>).....	69
4.1.5 Mínima atividade probatória	71
4.1.6 Alto grau de Verrosimilhança.....	73
4.1.7 Doutrina do Absurdo	74
4.1.8 Modelos Narrativísticos (congruência da narrativa).....	75
4.1.9 Controle da motivação.....	78
4.1.10 Modelos de probabilidade matemática	81
4.2 A DISCRICIONARIEDADE	81
4.2.1 A existência de discricionariedade Judidicial.....	84
4.2.2 A discricionariedade e a resposta correta	87
4.2 VALORAÇÃO DA PROVA.....	92
4.2.1 A valoração da prova e o ônus da prova.....	95
4.2.2 A valoração da prova e o júzo de admissibilidade da prova.....	99
4.4 POSSIBILIDADE DE CONTROLE DO CONVENCIMENTO DO JUIZ DURANTE A VALORAÇÃO DAS PROVAS	102
5 CONCLUSÃO.....	115

1 INTRODUÇÃO

A temática envolvendo o convencimento judicial é muito ampla, e de grandes repercussões na doutrina, afinal a prolação final é justamente o resultado esperado por todos no processo, assim quando esse convencimento é analisado sob a ótica da valoração das provas, ele se torna, em certa medida, mais passível de controle, sendo esse o cerne da presente dissertação.

A avaliação da prova cível, em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que acabou por avançar na eficácia do direito fundamental à prova, ao elevar esse princípio ao patamar constitucional, é o ponto inicial para se chegar à possibilidade de controle do raciocínio do magistrado ao formar seu convencimento, a partir das provas produzidas no processo.

As respostas aos questionamentos trilhados coube inicialmente estabelecer algumas premissas, que em muito são discutidas na doutrina, como a possibilidade de se obter a verdade por meio do processo judicial, e se somente ela poderia legitimar o convencimento do magistrado.

Justamente com essa preocupação, toma espaço nesse trabalho o novo paradigma processual influenciado pelo Estado Democrático de Direito, e pela Constitucionalização do princípio do devido processo legal, e como ele do contraditório e da ampla defesa, a esse novo paradigma soma-se o neoprocessualismo e a doutrina da colaboração no processo, pois juntas todas essas influências são as responsáveis pela atual feição do Processo Civil Brasileiro.

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.

A argumentação como forma de exteriorização e justificação da sentença, é estudada, mesmo que com pouco representantes, mas o objetivo é demonstrar, de forma, pequena a evolução do instituto e sua utilização também como legitimador da valoração probatória.

Nem sempre o caminho desenvolvido pelo julgador na sentença é exposto de forma suficientemente clara para as partes pior, algumas vezes não há suficiente fundamentação ou a mesma é falha, nesse diapasão merece mencionar que todos esses distúrbios na decisão podem, e irremediavelmente levam à discricionariedade judicial

Importa ressaltar que não se trata de buscar formas para engessar a atuação do julgador, e sim de buscar bases para estudar como se processa a mente do decisor na atividade de valoração da prova, ou seja, busca entender como ocorre essa passagem do material probatório elaborado no processo até o convencimento.

Durante o presente trabalho causou surpresa à escassa doutrina nacional sobre o assunto, reduzida basicamente a artigos e poucas páginas de livros, voltadas a outros temas.

Na tentativa de se desincumbir da missão foi necessário o estudo de modelos de valoração aplicados no direito comparado, em especial com países que utilizam o sistema da *common law*, não na tentativa de que os mesmos sejam de pronto aplicados na prática nacional, e sim que sua análise fomente e influencie na formação de Standards de valoração da prova próprios e adequados ao Brasil, que consigam limitar a subjetividade da avaliação da prova pelo julgador.

Dessa feita, essa dissertação, tenta, auxiliada na doutrina nacional, bem como na estrangeira, enfrentar o problema da verdade como agente capaz de legitimar as decisões judiciais; a motivação como forma de limitar o subjetivismo e o decisionismos durante a valoração da prova; a compreensão de como essa produção probatória influencia no convencimento judicial, sob o enfoque do novo paradigma do direito processual, profundamente modificado pela constitucionalização do direito fundamental a prova e ao devido processo legal, como forma de balizar o estado democrático de direito.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA.

2.1 CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE DA PROVA.

2.1.1 Conceito de Prova

Uma das mais consolidadas premissas do Estado de Direito é a que informa que todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado terá uma ampla e eficaz tutela jurisdicional, por parte do Estado, para poder fruir plenamente desse direito violado ou ameaçado de violação.

Entretanto uma observação não pode deixar de ser feita, o direito nasce dos fatos sociais, e para resolver conflitos fáticos, mas até agora não se têm um método jurídico de reconstrução dos fatos, que se mostre seguro, e por todos seja convalidado, para embasar essas decisões judiciais e garantir a eficácia da tutela.

Em verdade, o mundo dos fatos sempre foi elegantemente afastado do mundo do direito, como se fosse um estudo de segunda categoria, menos importante para a ciência jurídica. No geral, o estudo se limita aos modos e meios por meio dos quais esses fatos serão apresentados na demanda, o que é permitido, proibido e as situações limítrofes, mas com pouca preocupação com o resultado final apurado.

Essa conduta guarda correlação com o individualismo da livre convicção liberal, em que o juiz emanava a lei do caso concreto, e a legitimidade dessas se sustentava no poder que emanava dos juízes, porém não se pode dizer que essa antiga fórmula é suficiente para os ideais do atual Estado Democrático contemporâneo, no qual a legitimidade das decisões se assenta muita mais na fundamentação das mesmas.

Com o desenvolvimento social e a expansão coletiva da noção de justiça, a sociedade se tornou menos indulgente para decisões que não guardem lógica com os fatos, fazendo transparecer que cada vez mais a prova ganha uma importância, a muito devida à mesma, assim a atividade probatória não é apenas um direcionador a formar a íntima convicção do juiz, a ela devem ser atribuídos, objetivos, funções e limites com o fim último de evitar o arbítrio judicial.

A noção de prova está presente em todas as manifestações da vida humana, daí porque existe uma noção ordinária ou comum da prova, e uma mais técnica, que irá ser alterada de

acordo com a atividade ou ciência em que é utilizada¹. No entender de Echandía a prova é: “todo o motivo ou razão aportado ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar ao juiz o conhecimento ou a certeza dos fatos²”.

Para Carnelutti, a prova é a fixação formal do fato controvertido, condicionada por percepções obtidas e deduções extraídas de acordo com o ordenamento jurídico. Valendo-se da experiência acumulada, a lei impõe limites para eliminar erros e evitar atos supérfluos e, assim, cria a antítese entre a verdade verdadeira e a verdade jurídica³.

Marinoni e Arenhart dispõem que: “A ideia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade”⁴, contudo é importante lembrar que o vocábulo prova, juridicamente, assume diferentes significados de acordo com o seu emprego, pois às vezes quer dizer o ato de provar, em outras é substituto de meio de prova, ou seja, seus instrumentos, e ainda pode representar o resultado dos atos e meios de provas que foram produzidos, por esta simples explanação nota-se a importância e a dimensão da prova no processo⁵.

Já Sentis Melando em sua obra *La Prueba*, busca na etimologia da palavra prova auxílio para sua conceituação:

Prueba, como la mayoría de las voces, llega a nuestro idioma procedente do latim (...), vienen de *probus*, que quiere decir bueno, recto, honrado. Así, pues, lo que resulta probado, es bueno, es correto, podríamos decir auténtico; que responde a la realidad. Esta, y no otra, es la verdadera significación del substantivo probado y del verbo probar: verificación o demostración de autenticidad⁶.

Em uma pequena frase, Chiovenda resume o que entende como conceito de prova: “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”⁷.

Marinoni, analisando vários conceitos ofertados para prova, nota que a grande maioria relaciona esta a uma reconstrução dos fatos passados com objetivo de conhecer o que realmente lá ocorreu, ou seja, encontrar a verdade, que serviria ao convencimento do juiz,

¹DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de derecho processual**. 3ª. Ed. Bogotá: Editorial ABC, 1973. V.2, p. 1

²DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de derecho processual**. 3ª. Ed. Bogotá: Editorial ABC, 1973. V.2, p. 8.

³Essa noção de prova foi extraída do livro de Francesco Carnelutti, para aprofundar o tema ver: CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 2ª. Ed. Campinas: Bookseller, 2002, p.48-49.

⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2010. V. 2, p.250.

⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2010. V. 2, p.261.

⁶SANTIS MELENDO, Santiago. **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: Europa America, 1979, p 33.

⁷Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. Ed. Campinas: Bookseller, 2002, V3, p.209.

contudo o autor esclarece que o fenômeno da prova não pode mais ser visto linearmente, pois na atualidade possui um caráter multifacetário, que pode ser apreendido de várias nuances, concluindo que: Escolhido, arbitrariamente, o ponto de vista da decisão judicial – eleito por ser, afinal, o escopo do processo de conhecimento, e o principal aspecto do processualista nesse campo, tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo teórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo, e utilizando a frase atribuída a Michele Taruffo afirma que a prova oferece fundamento para a *escolha racional*⁸.

Impregnada pelo aspecto dialético⁹ do processo e pela argumentação, o professor Marinoni elabora um conceito de prova que acredita se ajustar aos contornos que o direito oferta à mesma, por sua limitação estrutural, e pela liberdade do juiz no momento da valoração da mesma: “prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo¹⁰”.

Ainda que, com algumas divergências autorais, infere-se que o ato de provar, mesmo com a limitação do processo, busca expor os fatos controversos, de forma a obter a maior proximidade possível com a verdade, a ponto de gerar o convencimento judicial, não abandonando o ideal da busca da verdade, mas sabendo que essa deve ser sempre tratada como um agente norteador, pois ainda que utópica, e incapaz de legitimar uma decisão, a procura consciente da verdade dentro da estrutura processual legitima a sentença.

2.1.2 Objeto da Prova

O processualista Francesco Carnelutti teve uma das grandes mudanças em seus pensamentos originários, no que diz respeito ao objeto da prova. Nos primórdios seu entendimento era puramente civilista, as partes afirmam algo como sendo o objeto de suas comprovações, e essas afirmações são os objetos a serem provados: “Quanto à posição de um fato, o juiz, em vez de ter que adaptar-se estritamente a realidade, deve acomodar-se às afirmações das partes¹¹”.

⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2010. V. 2, p.263.

⁹Dialética tem origem na Filosofia e Sociologia, mas que caba se misturando a diversas áreas do conhecimento, na processualística, a dialética está vinculada à garantia constitucional do contraditório, que deve ser exercida durante todo o processo, tanto na pretensão do autor como na defesa do réu, e no momento da prolação da sentença, em Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª.Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 125

¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2010. V. 2, p.263.

¹¹CARNELUTTI, Francesco. **A Prova**. Civil.2ª.Ed. Campinas:Bookseller, 2002,p.33.

Ensina Giacomo P. Augustine em um apêndice à segunda edição de *A Prova Civil* de autoria do retro mencionado processualista, que essa visão limitante do objeto da prova é superada quando do livro *Sistema de Derecho Processual Civil*, volume 1, onde ele coloca como objeto da prova os fatos, ao invés das afirmações, contudo faz uma distinção entre fatos mediatos, que é o fato em si, e os fatos imediatos, que são as afirmações; bem como substitui a terminologia comprovação por verificação, e elenca essa última como função da prova, desvinculando o conceito de prova das limitações do processo civil. A evolução final desse conceito vem com a segunda edição de *Teoria Generale del Diritto*, quando assenta o conceito de prova não mais no processo, e sim sobre o julgamento em geral¹²

Note-se que no apêndice escrito por Giacomo o mesmo afirma que Carnelutti abrangeu fatos como objetos da prova, os dividindo em mediatos e imediatos, nesse contexto extrair-se que o autor convenceu-se que as provas devem recair sobre os fatos mediatos, quem em última análise são as afirmações. Um fato ou ocorreu ou não, ou existe ou não existe, e as afirmações sobre esses fatos é que devem ser provadas.

Sentis Melando dissertando sobre o objeto da proba, comenta sobre aqueles que acreditam que o que se provam são os direitos, fato que ele refuta arduamente, pois entende que o que se provam são as afirmações, no original:

Porque no es raro, y hasta es lo corriente, que se no diga: se prueban hechos. No. Los Hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán se referirse a hechos. La parte – simpre la parte; no el juez – formula afirmaciones; no viene a traerle el juez sus dudas sino su seguridad – real o ficticia – sobre lo que sabe; no viene a pedirle al juez constate, compruebe, verifique(ésta es la expresión exacta) si esas afirmaciones coinciden con la realidad¹³.

Existem os fatos primários, que são os que devem ser afirmados na petição inicial e na defesa, com o propósito para saber a quem assiste a razão na demanda; e os fatos secundários, são aqueles que não tem a capacidade de demonstrar a veracidade das alegações, todavia servem para o juiz de forma indireta se convencer de que elas são verdadeiras. Apenas os fatos primários precisam ser alegados, os secundários podem ser apreciados pelo juiz, mesmo que não tenham sido objeto das afirmações pela parte a quem interessa¹⁴.

A grande parte dos autores considera que esse fato a ser provado não é necessariamente pretérito, pois pode haver divergência sobre um fato presente e um futuro também, não

¹²CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. 2ª. Ed. Campinas: Bookseller, 2002, p.267.

¹³SANTIS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: Europa America, 1979, p 12.

¹⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2010. V. 2, p.264.

esquecendo que podem haver fatos assimilados a estes, como é o caso dos costumes e a lei estrangeira¹⁵.

O objeto da prova apenas alcança fatos pertinentes à demanda, ou seja, as afirmações de fatos, que apesar de fazerem parte do processo, não têm real interesse no deslinde do caso, não são objetos da prova.

Apenas pela argumentação menciona-se que o direito não é objeto de prova, uma vez que o juiz tem o dever de conhecê-lo, apontando como exceção a possibilidade do juiz pedir prova da existência da lei municipal ou estrangeira¹⁶.

Em conclusão, na demanda, a prova recai sobre os fatos controvertidos¹⁷, isso porque se ambas as partes, em suas alegações, fazem afirmações idênticas, estas dificilmente serão objeto de prova.

2.1.3 Finalidade da Prova

No atual estágio de desenvolvimento do processo, não mais é possível afirmar peremptoriamente que a função da prova é encontrar a verdade no processo, ainda existe uma parte minoritária da doutrina que assim entendem, mas são poucos e cada vez com menor repercussão¹⁸.

Essa mudança de entendimento se deve ao fato de que as técnicas processuais de meios de prova são incapazes de trazer a verdade ao processo, filosoficamente falando nem ao menos existe uma verdade, uma vez que a simples alteração da percepção das pessoas a quem é apresentada a prova, já pode modificar essa “verdade”, assim a finalidade do processo é a

¹⁵DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de Derecho Processual**. 3ª. Ed. Bogotá: Editorial AB, 1973. V.2, p. 39-38.

¹⁶Art. 337 do CPC: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

¹⁷ Para os fins dessa dissertação, fato controvertido deve ser entendido como bem explicou o Professor Francesco Carnelutti, em seu livro Prova Civil: “Utilizo a palavra controvertido, para significar facilmente o fato afirmado e não admitido; diferencio portanto o fato controvertido e o fato discutido, que é um fato não somente não admitido, senão que negado: a não admissão é conceito mais amplo que a negação, porque compreende também o silêncio(quando não existam normas positivas que o equiparem à admissão, considerando admitido o fato afirmado a respeito do que a parte contrária cale) e a declaração de não saber. Acaso não exista no uso corrente similar diferença entre os dois vocábulos (controvertido e discutido); mas é conveniente nesse aspecto determinar o seu sentido jurídico, porque por um lado, a frase “afirmado e não admitido” é pouco manejável, e por outra, porque deve ser esclarecido que não a negação senão a simples não admissão do fato é suficiente para que esse deva ser determinado mediante prova”, em CARNELUTTI, Francesco. **A Prova**. Civil.2ª.Ed. Campinas:Bookseller, 2002,p.42.

¹⁸Devis Echandía, em DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de derecho processual**. 3ª. Ed. Bogotá: Editorial AB, 1973. V.2, informa ser esse entendimento minoritário de doutrinadores como Bentham, ricci, Bonier e Claría Ormedo.

busca da verdade possível ao caso, caminho que leva ao convencimento necessário para que o juiz exare sua decisão.

A verdade por muito tempo foi encarada de maneira objetiva, e classificada como verdade formal (verdade encontrada no processo) e verdade material (que seria a verdade real do mundo fático). Essa divisão ainda tinha mais um desdobramento, pois por muito tempo os operadores do direito vertiam a compreensão de que no processo de natureza criminal haveria de se buscar a verdade real, uma vez que o bem jurídico em jogo era a liberdade do ser humano, o que justificaria um esforço das partes do processo no sentido de reconstruir o que de fato ocorreu no passado; já para as decisões nos processos de natureza civil o juiz poderia se contentar com a verdade formal.

Alvaro de Oliveira lembra que tal divisão não têm mais função, uma vez que se admite a impossibilidade de encontrar uma verdade pura, sendo que atualmente a tendência é libertar o juiz do formalismo exacerbado, tanto para a valoração da prova, como na investigação dos fatos, o que em muito facilita o seu convencimento, a partir da verdade possível, que segunda ele é: “própria da condição humana, que ganha no domínio processual a condição de pura verossimilhança”¹⁹.

Assim, as provas são o meio pelo qual as partes comprovam suas afirmações sobre os fatos controvertidos, gerando o convencimento do juiz, não por intermédio da obtenção de uma verdade absoluta, mas de uma possível verdade.

2.2 INICIATIVA NA PROPOSIÇÃO DA PROVA

Um desdobramento lógico sobre a prova é que as partes devem deduzir em juízo todas as provas que desejam produzir para aferição de suas alegações, ou sejam, devem apontar o que desejam ver provado, e os meios para fazê-los. O fato das partes poderem exercer esse direito, dentro dos limites jurídicos, é justamente o exercício do direito à prova, esse que segundo Eduardo Cambi, emana do próprio direito de provocar a atividade jurisdicional²⁰.

Os titulares primordiais da iniciativa da prova são as partes do processo, e aqui não se utiliza partes no sentido vulgar que acomoda apenas autor e réu, e sim no sentido jurídico, que engloba todos os participantes da demanda, os que estão presentes nos atos do mesmo, e os

¹⁹OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-valorativo**. 4ª ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p.222.

²⁰ CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p.19.

que são atingidos pelos efeitos da decisão, aqui estão incluídos, autor, réu, seus litisconsortes, assistentes e auxiliares, bem como o Ministério Público, ainda que na função de *custos legis*.

O juiz é um sujeito do processo, e no moderno cenário processual marcado pelo diálogo das partes, não se deve falar em uma posição superior do mesmo frente aos demais participantes, entretanto ele deve manter a imparcialidade necessária para decidir o feito, mesmo porque o juiz age com base no interesse público para a obtenção de uma sentença justa, devendo conduzir todo o feito com observância do devido processo legal, oportunizando a participação efetiva de todos os sujeitos, bem como fomentando o diálogo no processo.

Em tempos de formalismo exarcebado, o juiz, como não era parte com interesse subjetivo na demanda, não era considerado como detentor do direito de prova, o que alguns autores ainda continuam afirmando, contudo esse fato não se contradiz com a afirmação de que o magistrado é o destinatário da prova, e como tal pode iniciar de ofício a atividade probatória se assim o entender, pode determinar provas não requeridas pelas partes, no momento da fixação do *thema probandum*, ou mesmo pode determinar complementação de provas já realizadas.

Importante ressaltar que o juiz não tem o dever de produzir provas, ou melhor, ao juiz não cabe o ônus probatório, isso porque o ônus de provar não deve ser entendido como uma obrigação, e sim como um encargo imposto à parte, assim uma vez que o sujeito não o desempenhe a contento, ele se coloca em situação de desvantagem perante o direito. O ônus é a faculdade que a parte dispõe para praticar ou deixar de praticar um ato no processo, e se deixa de fazer, está apenas deixando de usufruir a vantagem processual que obteria se o tivesse exercitado. O ônus da prova é uma regra de conduta dirigida à parte, onde se indica quais fatos cada parte deve provar para se colocar em situação de vantagem processual.

Nessa esteira, deve-se explicar sobre os princípios norteadores da atividade jurisdicional e a sua influência na aplicação do ônus da prova, sendo eles o princípio dispositivo e o princípio do inquisitivo. No primeiro, o princípio do dispositivo a atividade jurisdicional depende da provocação das partes, ficando o juiz adstrito aos atos dos litigantes, tanto com relação à iniciativa, quanto na produção das provas; Enquanto que no princípio do inquisitivo o juiz tem plena liberdade de iniciativa, não ficando limitado, nem no momento da instauração do processo, nem no desenvolvimento da demanda.

No Brasil, via de regra, cabe à parte a iniciativa do processo, reflexo do princípio do dispositivo, porém, com relação ao impulso processual para a produção de provas, esse seguirá as regras do princípio inquisitivo, que autoriza uma participação efetiva do magistrado na fase

probatória, sendo esse um dos reflexos mais salutares do aumento dos poderes instrutórios do juiz.

O princípio do dispositivo tem como função garantir a imparcialidade do julgador, mas o aumento dos poderes do juiz não o tornarão parcial, desde que respeitados os limites impostos pela legislação sobre o tema, mesmo porque o juiz unicamente pode decidir pela produção de determinada prova, sem nunca saber qual resultado será obtida com a mesma.

Após a parte requisitar a produção de uma prova, cabe ao juiz tomar a decisão se a mesma deve ocorrer, e ele o faz com base nos critérios de admissibilidade, relevância e pertinência da requisição com a demanda analisada²¹.

A admissibilidade está relacionada à idoneidade ou inidoneidade dos meios aptos à produção das provas dos fatos, sendo um requisito de mera legalidade, atinente às regras que prescrevem as formas pelos quais certos meios de prova podem ser propostos. O professor Cambi ilustra bem os conceitos e diferenças dos três juízos:

O juízo de admissibilidade difere do de relevância, porque a admissibilidade é um requisito de legalidade e constitucionalidade, já que, para ser a prova admitida, deve respeitar a forma e o procedimento previsto na lei, bem como não estar em contraste com nenhum outro valor ou bem assegurado na constituição e nas leis, que impeçam o ingresso da prova em juízo. As regras de admissibilidade, são, pois regras de exclusão ou regras que limitam a possibilidade de se valer de determinados meios de prova. Já o juízo de relevância implica um juízo preliminar de utilidade da prova, isto é, somente as provas que possam contribuir à demonstração do fato jurídico é que podem ser consideradas relevantes. (...) Um fato é pertinente quando guarda relevância com aquilo que está sendo discutido no processo (*res in iudicium deducta*), não sendo estranho a causa²².

Desse modo, à parte cabe fazer as alegações dos fatos que deseja ver provados durante o processo, contudo a lei processual concentra o momento da determinação de tema a ser provado, vetando que as alegações ocorram em qualquer momento, geralmente devem ser fixados os pontos até a audiência de saneamento, excetuando-se os fatos supervenientes.

Nota-se assim que as alegações estão sujeitas à preclusão: “que é o mecanismo pelo qual se dá a extinção de uma posição jurídica processual(direito, faculdade, poder e etc), impedindo a realização do ato em decorrência do decurso do tempo (preclusão temporal) da incompatibilidade com uma atividade já realizada (preclusão lógica), ou pela situação já ter sido praticada (preclusão consumativa)²³”.

²¹ CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p.20.

²² CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p.262/264.

²³ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p.30.

Não se pode negar que a preclusão é um inconveniente quando se pensa no interesse público de que o magistrado decida com o convencimento baseado no máximo de verdade possível, entretanto se assim não fosse, o princípio da celebridade e da economia processual, corolários do devido processo legal, estariam prejudicados.

Tema importante versa sobre a possibilidade de preclusão para o juiz na produção probatória. Como já se disse a iniciativa na produção da prova pode ocorrer de ofício, em verdade, a participação do juiz de modo ativo para seu convencimento não traz imparcialidade do mesmo, e sim legitimidade da decisão.

O artigo 267 do código de processo civil, em seu artigo terceiro afirma que o processo será extinto sem resolução de mérito em caso de carência da ação, ou quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do mesmo, ou ainda quando a demanda for objeto de perempção, litispendência e coisa julgada, devendo o magistrado conhecer tais óbices, no caso matérias de ordem pública, de ofício, em qualquer tempo e grau de juriadição, enquanto não proferida a sentença de mérito.

Note-se que a reflexão sobre o preceito legal encaminha para o raciocínio de que as questões de ordem públicas nunca sofre preclusão, podendo dessa forma serem arguidas pelas partes ou Ministério Público ou terceiro interessado, ou ainda, decretadas pelo juiz “a qualquer tempo ou grau de jurisdição”

Na preclusão *pro judicato*, as questões decididas de forma incidental geram uma impossibilidade de, no futuro, virem a ser rediscutidas ou revistas. Em verdade, é muito difundido na doutrina processual tradicional, e massivamente aceito na jurisprudência pátria, o entendimento de que as questões de ordem pública não precluem²⁴, ou seja, pela importância publicista delas, elas serima questões a serem avaliadas e reavaliadas sempre pelo mesmo juízo, ou por um de grau superior, a qualquer momento, em havendo o prequestionamento delas.

Grande parte da doutrina acredita na inexistência de uma preclusão para o próprio juiz no que concerne a todas as matérias de ordem pública, e o fazem a partir da premissa de que a decisão saneadora, ponto culminante de análise dos requisitos de admissibilidade do processo, não está subjulgada à preclusão *pro judicato*, base legal para a concepção é justamente o §3º do art. 267 do CPC.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual de processo de Conhecimento.5.ed.São Paulo: RT, 2006, p.625.

O Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 345.436-SP²⁵ tratou do tema, marcado pela divergência dos julgadores, o recurso versou sobre a ocorrência da preclusão *pro judicato* no âmbito da provas e da possibilidade da complementação das provas já existentes em segundo grau de jurisdição, mediante a situação de perplexidade que se encontrava o julgador *ad quem*²⁶, sendo a decisão uma amostra do atual entendimento sobre o direito de prova, a ponto de ser entendido por muitos como uma exceção a regra da preclusão *pro judicato*.

Sidney Pereira Júnior, ao analisar o Recurso Especial acima citado, conclui:

Em vista disso, surge um aparente conflito entre o ônus da parte na produção oportuna da prova e o dever poder do magistrado na sua colheita, quando necessário ao deslinde da controvérsia, propiciando a falsa conclusão que também para o juiz se operaria a preclusão, caso não determinasse na fase apropriada (instrutória) a produção dessa prova. Todavia, ensina Bedaque, que a preclusão nesse caso, deve ceder ao valor maior de convencimento motivado do magistrado. Não há como se negar o poder-dever do juiz de determinar a produção de provas em qualquer fase do processo, até mesmo em segundo grau de jurisdição, não se operando a preclusão para essa prerrogativa.

Não se deve pensar, com isso, que o poder probatório do juiz é absoluto, pois ele é limitado pela controvérsia imposta pela parte, pela não necessidade de produção probatória para fatos notórios ou incontrovertidos nos autos, e pela real necessidade da produção provas para o convencimento judicial, sempre com respeito ao princípios constitucional da razoável duração do processo, se caracterizando esse por processo sem dilações indevidas²⁷.

²⁵ Ementa: Processo Civil. Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição por perplexidade diante dos fatos. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão *pro judicato*. Pedido de reconsideração que não renova prazo recursal contra decisão que indeferiu prova pericial contábil. Desnecessidade de dilação probatória. Provimento do recurso para que o tribunal de justiça prossiga no julgamento da apelação. - Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. - Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas. (Resp. 345436 SP 2001/0105326-5). Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgamento:06/03/2002. Órgão Julgador:T3 - TERCEIRA TURMA. Publicação:DJ 13.05.2002 p.208.

²⁶ JÚNIOR, Sidney Pereira. *A preclusão pro judicato na determinação de provas e a "limitação" do poder instrutório do juiz*. Revista de Processo, São Paulo, n. 158, ano 33, abril 2008, p.265.

²⁷ "A aferição da razoabilidade da duração do processo reclama a atenção para a complexidade da causa, para o comportamento das partes e para o comportamento das autoridades judiciais, e ainda para a legislação administrativa e de ordem geral. O direito à duração razoável é sindicável pelo poder judiciário", em: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Volume 1: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p.56.

Todavia, deve-se fazer um adendo a respeito da preclusão *pro judicato*, quando perpetrada sobre matéria de ordem pública. A regra geral é de fácil compreensão, a preclusão existe para manter a segurança jurídica das decisões judiciais, contudo um dilema se apresenta quando essa preclusão ocorre em sede de matérias de importância grande que podem ser arguidas a qualquer momento, e até mesmo aplicadas de ofício, as chamadas matérias de ordem pública.

Por mais que o entendimento da esmagadora jurisprudência seja no sentido de que as matérias de ordem pública não estão sujeitas a preclusão, parte da doutrina já se levanta de maneira contrária à esse entendimento, afirmando que a eficácia preclusiva do juízo de admissibilidade do processo se impõe, visto que a interpretação do §3º do art. 267 do código de processo civil deve ser de que a expressão “a qualquer tempo ou grau de jurisdição” só têm espaço se a questão ainda não tenha sido decidida, pois se ela já foi analisada e devidamente decidida, deve-se respeitar a preclusão. Nesse sentido Fredie Didier afirma que:

Em primeiro lugar, convém precisar a correta interpretação que se deve dar ao enunciado do §3º do art. 267 do CPC. O que ali se permite é o conhecimento, a qualquer tempo, das questões relacionadas à admissibilidade do processo – não há preclusão para a verificação de tais questões, que podem ser conhecidas ex officio, até o trânsito em julgado da decisão final, mesmo pelos tribunais. Não há qualquer referência no texto porém, a inexistência de preclusão em torno de questões já decididas²⁸.

O raciocínio do professor é o correto, a preclusão *pro judicato* atinge as matérias de ordem pública quando as mesmas foram devidamente decididas, e as que apesar de decididas sofreram um impacto por um fato superveniente, podem ser analisadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, pois nesses casos não ocorreu a preclusão, ou seja, elas são julgadas, não porque não há preclusão *pro judicato* em matéria de ordem pública (pois no entendimento desse trabalho as matérias públicas também estão sujeitas a preclusão judicial), e sim porque elas ainda não foram decididas no processo; por uma questão de segurança jurídica processual, não se pode admitir que uma decisão tomada e fundamentada possa ser revista indefinitivamente²⁹.

²⁸DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva.2005, p.86-87.

²⁹ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva.2005, p.87.

2.3 PROCESSO COMO MEIO INIDÔNICO DE ENCONTRAR A VERDADE

A noção de prova evoca a percepção da verdade, de descoberta da veracidade dos fatos narrados, sendo tal entendimento comum à maioria das ciências, entre elas a ciência processual.

O simples ato de fazer alegações e ter que comprovar as mesmas, ou de ter que comprovar alegações contrárias feitas a um direito seu, é inata à vida humana, essa é uma noção comum de prova, que todavia, abarca justamente a complexidade social.

No sentido de prova judicial é possível aferir pelo menos três significados: o primeiro corresponde à ação de provar como disposto no artigo 130 do CPC; no segundo significado o vocábulo prova passa a ser entendido como o instrumento ou meio de prova em si, sentido que se obtém com a leitura do artigo 131 do CPC; e a terceira forma de usar a palavra prova expressa o resultado dos atos ou meios produzidos na atividade probatória para o convencimento judicial.

A definição de prova judicial para Hernando Devis Echandía é: “todo motivo ou razão aportado ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar o juiz ao conhecimento ou a certeza dos fatos”³⁰.

No Judiciário, a prova tem especial importância no resultado da lide, e por consequência na efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, pois ela é o meio disponível para convencer o juiz sobre a necessidade de tutela de direitos lesionados ou ameaçados de lesão.

Carnelutti estabelece a distinção entre aquilo que chama de prova direta e prova indireta: na 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 primeiro³¹.

Mesmo que a classificação seja um tanto quanto apoucada para resolver o problema da fundamentação em matéria de prova, ela clareia e direciona o entendimento do jurista, pois quando se trata de prova direta a fundamentação envolvida na mesma torna-se mais fácil já

³⁰DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de Derecho Processual**. 3ª. Ed. Bogotá: Editorial ABC, 1973. V.2, p. 41.

³¹CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Cível**. 5. ed. São Paulo: Bookseller, 2002. p. 82.

que a acepção foi direta; já no segundo tipo perpassa a exposição de uma corrente de raciocínio que levou a decisão do juiz.

Alessandro Giuliani, citado por Echandía³², classifica os sistemas probatórios em dois modelos: o sistema assimétrico, que objetiva a busca da verdade real e científica fundada em provas que possam ser demonstradas; e o modelo clássico que tende a renunciar o pleno conhecimento do fato.

Pode-se identificar a influência de ambos os modelos no sistema probatório brasileiro, adotando o primeiro modelo, por exemplo, quando admite todos os meios de provas legais para encontrar a verdade dos fatos, e o segundo quando veda a prova exclusivamente testemunhal para demandas que envolvam contratos com o valor excedente de dez vezes o salário mínimo vigente á época.

A procura pela chamada “verdade real” durou até o surgimento do novo paradigma iluminista. 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 aceitar 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 certeza³³”.

Assim pode-se conceituar verdade como sendo a conformidade entre uma noção idealizada de algo que realmente aconteceu no mundo fático, e já a certeza é um estado que o sujeito se encontra quando este acredita estar de posse da verdade.

A prova é utilizada como forma de convencer o juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes ao processo. Nesse diapasão, infere-se que a prova deve ser lida como probabilidade de verdade para a formação do convencimento judicial.

A verdade dos fatos lógica e puramente científica, sem restrições ou limitações, não pode ser alcançada pelo processo judicial, por questões de economia processual, celeridade, e mesmo pelo fato de ser impossível reconstruir na lide um fato que ocorreu no passado, pois o resultado de tais empreitadas nunca representariam a verdade real.

Nessa esteira de pensamento Marinoni, utilizando noções ofertadas por Carnelutti, assevera que:

Voltando os olhos para o estágio atual das demais ciências, a conclusão a que se chega é uma só: a noção de verdade é, hoje, algo meramente utópico e ideal

³²DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de derecho processual**. 3. Ed. Bogotá: Editorial ABC, 1973. V.2.p. 47

³³ CARNELUTTI, Francesco. **A prova Cível**. 5. ed. São Paulo: Bookseller, 2002. p. 58.

(enquanto absoluto). Em essência o que se pretende dizer, na realidade, é que, seja no processo, seja em outros campos científicos, jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde a verdade. Realmente a essência da verdade é intangível (ou ao menos é a certeza da aquisição desta)³⁴

A busca da verdade real é puramente científica e não pode ser atingida pelo sistema processual da prova, que sofre limitações técnicas na sua realização, bem como limitações temporais, uma vez que o juiz não pode delongar em demasia a tomada de decisão judicial, fundado na justificativa que as provas realizadas ainda não trouxeram essa verdade ao processo.

Marinoni, em seu livro dedicado à prova, cita Carnelutti para esclarecer o tema:

Basta um limite mínimo à liberdade de busca do juiz, para que o processo de busca da verdade degenere em processo formal de determinação; em outras palavras: a medida do limite é indiferente para a natureza do processo. A verdade é como água: ou é pura, ou não é verdade³⁵.

O objetivo da prova é a efetivação de um resultado prático favorável a quem tenha razão, produto de uma decisão judicial baseado nos fatos carreados, provados e submetidos ao crivo do contraditório no curso da demanda.

O direito à prova é considerado direito fundamental a provar o alegado, sendo derivado de direitos fundamentais como: o contraditório, o devido processo legal e o acesso à justiça.

Mesmo não estando explícito na Constituição Federal de 1988, o direito a prova é um direito fundamental, conforme extrai-se do que a carta política afirma em seu art. 5º, §2º que: “Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A finalidade da prova para vários autores é a busca da verdade. Depreende Marinoni como função da prova investigar os fatos ocorridos no mundo empírico sob os quais será fixada a regra jurídica abstrata, portanto os fatos, que em última análise são as provas, são necessários para a correta aplicação do direito, e assim merecem cuidado redobrado³⁶.

Grande parte da doutrina elege o princípio da verdade substancial como um dos mais importantes do processo, sustentando que a verdade formal não se aplica a nosso paradigma de

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2010. V. 2, p.254.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2º Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 35.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2º Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.p. 36.

Estado Social, apenas se consegue cumprir o escopo da jurisdição, de atuação concreta da vontade da lei, com a verdade material.

Conquanto tal entendimento não se coaduna com a realidade limitadora do processo, um meio pelo qual nunca se poderá alcançar a verdade de um fato ocorrido, sintetizando muito bem Michele Taruffo dispõe³⁷:

O Jurista não consegue mais estabelecer que coisa seja a verdade dos fatos no processo e a que coisa servem as provas, sem se defrontar com escolhas filosóficas e epistemológicas de ordem mais geral. A expressão ‘verdade material’, e as outras expressões sinônimas transformam-se em etiquetas privadas de significado se não se ligam ao problema geral da verdade. Deste ponto de vista, o problema da verdade dos fatos no processo não é mais do que uma variante específica deste problema mais geral.

Nesse mesmo ritmo, temos uma tendência da doutrina mais atual de permitir ao juiz uma posição ativa na colheita da prova, fundamentado no fato de que o processo é instrumento público, na qual o juiz supre a atividade que era historicamente das partes em busca da verdade provável.

Parte da doutrina advoga que a finalidade da prova é a verdade, no entanto Marinoni vislumbra tal noção como uma utopia, e aponta dois problemas: o primeiro é que a reconstrução de um fato produzido no passado sempre vem acompanhado pela influência subjetiva das pessoas que assistiram; e o segundo é que o ordenamento impõe regras que traçam limites à atividade probatória, tornando inadmissíveis certos meios de prova e condicionando a eficácia das mesmas à adoção de certas formalidades³⁸.

O professor Marinoni sintetiza muito bem em seu livro a impossibilidade de encontrar a verdade, por conta da influência de que reconstrói os fatos:

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 forma³⁹.

Interessante ressaltar que o paradigma do sujeito e do objeto, como centro das preocupações, não mais se prestam a entender a produção da verdade, pois esta só existe

³⁷ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali**. Milano: Giuffrè, 1992. p.5.

³⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2º Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.p. 37

³⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000. v. 5, p.51.

quando se conhece um fato como um todo, o que o fato é, e o que o fato não é, ou seja, só há verdade no todo, e esse todo é inacessível ao homem.

Calamandrei, dissecado na páginas de Marinoni, informa que em processo não se deve falar em verdade, e sim em verossimilhança, apenas aparência de verdade, pois quando se afirma que algo é verdadeiro, isso parte da consciência de quem emitiu essa opinião, e essa pessoa o faz quando atingiu o grau máximo de verossimilhança. Para alcançar esse conceito, Calamandrei utiliza a ideia de ilação lógica do usual, permite que o sujeito reconheça a verossimilhança adotando os critérios de homem médio, ou seja, esse critério ainda é subjetivo e variável segundo o sujeito cognoscente⁴⁰.

Como forma de decisão, Marinoni propõe a distinção entre possibilidade, verossimilhança e probabilidade, sendo tal diferença obtida pela intensidade do contraditório estabelecido na argumentação: a possibilidade é a aparência de verdade captada com base na argumentação unilateral; já a verossimilhança é aparência de verdade, contudo já há existência de um contraditório, porém o mesmo é limitado; e na probabilidade, segundo ele se teria a máxima aproximação da verdade ideal possível para o conhecimento humano.

O mito da verdade só serve para delongar o processo, e o resultado nunca será nada mais do que o juízo de verossimilhança, afirmando que o mito da busca da verdade está em derrocada, não adiantando mais se prender ao conceito de verdade substancial. Marinoni expõe que apenas o conceito de verossimilhança é insuficiente, por ser indeterminado e de fácil confusão com os outros institutos, utilizando o termo certeza do juiz e probabilidade de verdade, para determinar o que deve ser perseguido por meio da prova⁴¹.

Tentando responder ao problema da insuficiência do sujeito e do objeto para encontrar a verdade, Habermas⁴² afirma que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construída com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes, a verdade não se descobre, mas sim se constrói por meio da argumentação, o estudo não foca nem no objeto, nem no sujeito e sim no discurso.

O diálogo passa a ter predominância no sistema, a uma volta da tópica e da retórica aristotélica, assim o que vai predominar é a existência de uma relação intersubjetiva que busca o consenso como forma de permitir o conhecimento, sendo que essa decisão ocorre no mundo ideal, de maneira prévia, fixando os modos de comunicação para o mundo sensível. Essa

⁴⁰CALAMANDRE APUD MARINONI, em MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2º Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.p. 38-39.

⁴¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2º Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.2009,p.40.

⁴²Para explorar mais sobre a Teoria de Habermas sobre a verdade ver: HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia - Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.1, 1997.

dialética está apoiada na linguística e a busca da razão ocorre na argumentação baseada no relacionamento humano.

Para Habermas, os sujeitos que se comunicam pela linguagem apoiam-se necessariamente num consenso que serve de pano de fundo para a ação comunicativa. Ele entende que o modo fundamental das manifestações são as pretensões de validade da comunicação, devendo as mesmas serem presumidas em toda situação de argumentação real, elas visam a universalização da comunicação hipotética, atingindo essas pretensões um nível de validade geral.

Habermas trabalha com a noção de que o procedimento é quem atribui à reconstrução dos fatos a capacidade de gerar a verdade, para ele a busca do conhecimento verdadeiro só se dá por meio da dialética.

A filosofia moderna denomina de Ordem Isonômica, a técnica probatória baseada na dialética e no debate sobre os argumentos de prova, tal teoria tem grande influência em Aristóteles. Assim na visão de Habermas, a construção da verdade, por meio da prova, dar-se-à pela argumentação com a colaboração das várias versões parciais das partes no processo, note-se aqui a importância que o contraditório assume para essa teoria.

Nessa teoria, a legitimação da construção da verdade se estabelece pelo nível da argumentação dialética. O processo passa a ser palco da argumentação, e a verdade é aquilo que o grupo em consenso assim decide, embasado na verossimilhança e no diálogo argumentativo.

Adotar a teoria de Habermas, conduz a uma visualização de um processo civil intensificado pela participação dialética das partes na busca pelo consenso, uma vez que, para o autor, a verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso.

Nesse diapasão, Marinoni expõe o atual papel da linguagem e do consenso na formação da verdade:

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 intersubjetividade⁴³.

⁴³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2000. v. 5, p..51.

Inserido nesse contexto extrai-se que a prova, que não nega as limitações processuais, e humanas para encontrar a verdade, tem que ser vista como tudo aquilo, que obedecendo os ditames do direito, subsidia a formação do convencimento do juiz, que será capaz que fundamentar racionalmente sua decisão a ponto de que as partes a aceitem como resultado lógico de todo o apurado.

Nesse diapasão, não se pode deixar de notar que o princípio constitucional do contraditório se eleva ao ponto de máxima importância para a produção da prova, pois o que legitima a coisa julgada material é a participação efetiva das partes no processo, não a verdade. A impossibilidade de descobrir a essência da verdade não autoriza ao juiz decidir o mérito sem convicção da verdade, devendo o magistrado se esforçar para chegar o mais próximo possível dessa meta inalcançável.

A convicção da verdade está relacionada com a própria impossibilidade da verdade, devendo existir convicção de verossimilhança⁴⁴ na prolação do julgamento. O processo como posto em nosso ordenamento, segundo essa teoria é meio falho para encontrar a verdade, mas apesar disso pode eliminar os conflitos.

O juiz, para formar sua convicção sobre a verdade, pode e deve determinar a prova de ofício, e se for o caso, deve também redistribuir de forma dinâmica o ônus da prova⁴⁵, determinando a produção da prova à parte apta a realizá-la, mas tal possibilidade não exclui a parte da produção, formação e interpretação da prova.

Assim, nota-se que a “verdade” exposta na sentença nem sempre corresponde à “verdade real”, embora deva ser sempre fruto da certeza que o juiz tem acerca da conformidade existente entre a alegação dos fatos e a realidade, uma vez que aguardar pela obtenção de “verdade real” para proceder ao julgamento de uma demanda tornaria o processo inexecutável.

⁴⁴Habermas escolhe o termo Verossimilhança como sendo a situação mais próxima da verdade que se pode obter por meio do processo, sendo esse termo diferente do adotado pelo presente trabalho, que se filia à doutrina de Luiz Guilherme Marinoni que elenca a probabilidade de verdade como o estágio que autoriza o juiz a decidir com convicção de verdade.

⁴⁵A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, ou como outros gostam de chamar teoria das cargas probatórias dinâmicas não tem um local de certo de origem, muitos apontam a Argentina, no final do século XX, como o berço de sua sistematização. Para ela não considera a posição ocupada pela parte e tão pouco a natureza do fato que será objeto da prova a ser produzida, a cerne dessa teoria é a acessibilidade, a facilidade com que a parte pode se desincumbir de realizar aquela prova, para o deslinde mais justo possível do processo. Desse jeito, o magistrado fica responsável por analisar a circunstâncias dos fatos concretos, e decidir qual das partes está mais apta a produzir que prova, e utilizando esse método de conveniência, passa a distribuir o ônus a cada um dos sujeitos processuais, segundo sua capacidade de produzir a prova esperada. E, por conseguinte assumindo o risco de eventual descumprimento do ônus, para saber mais sobre a teoria consultar: PEYRANO, Jorge. **Nuevos delineamientos de las cargas probatorias dinamicas**. 1ª. Ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

Aquilo que chega ao conhecimento do juiz não 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.

Nesse sentido, Sérgio Cotta: “A decisão Judicial não revela a verdade dos fatos, mas apenas impõe, como verdade, certos dados que a decisão toma por pressuposto (chamando-os de verdade, mesmo ciente de que tais dados não necessariamente se confundem com a verdade em essência)⁴⁶.”

Carnelutti atribui a impossibilidade de reconstruir a verdade no processo aos limites impostos pela metodologia dos mesmos, e acredita que a existência ainda que ínfima de limites é o suficiente para não ser possível tal reconstrução, assim:

Aqui me contentarei em insistir na ideia de que basta um limite mínimo à liberdade de busca do juiz, para que o processo de busca da realidade degenera em processo formal de determinação; em outras palavras: a medida do limite é indiferente para a natureza do processo. A verdade é como água, ou é pura ou não é verdade.⁴⁷

Para melhor compreender a relação entre prova e verdade, necessário se faz elucidar que existem duas concepções sobre essa relação, a concepção demonstrativa e a concepção persuasiva⁴⁸, importante ressaltar que essa divisão só existe na doutrina, vez que dificilmente se conseguirá separá-los de forma pura no caso concreto, e mais, elas não são antinômicas, e sim concepções em polaridade assimétrica, por vezes os institutos do direito probatório tendem para uma e, em outros casos, para outra.

Na concepção demonstrativa, a prova tem por finalidade reconstruir o fato no processo, e só depois, e em separado, resolver a questão de direito, ou seja, ela parte da premissa de que o mundo fático é autônomo do mundo do direito, ela pode ser vista nas decisões que atribuem um elevado grau de certeza ao convencimento do juiz, privilegiando a conclusão deste, ao ponto de vista diverso.

Já a concepção persuasiva tem outro ponto de partida, nesse método não se acredita na possibilidade de reconstrução dos fatos como ocorridos no mundo fenomênico, para esse método a prova dos fatos pertence à argumentação, não à demonstração, a prova é persuasão, busca-se uma reconstrução próxima à realidade, mas não a própria realidade, valorizando-se o diálogo das partes na formação da questão do fato, a decisão apesar de provada não pode ser considerada verdadeira.

⁴⁶COTTA APUD MARINONI, em MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. 2º Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009.p. 39.

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. 2ª. Ed. Campinas: Bookseller, 2002, p.52.

⁴⁸MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. 2º Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009.p. 48

O sistema probatório brasileiro não abarca na totalidade nenhum dos dois modelos, nem o demonstrativo, nem o persuasivo, pois, se assim fosse, não haveria permissão legal para que o juiz se afastasse das conclusões periciais. Nosso sistema precisa superar a visão ontológica de verdade, pois só assim aceitaria as reformas profundas que vem ocorrendo e que são capazes de trazer efetividade ao processo civil, tais como a teoria dinâmica do ônus da prova.

O fim da prova não é a busca da verdade e sim do convencimento judicial, e sendo assim deve o juiz ser capaz de determinar no processo que provas precisam ser produzidas, e principalmente, diante da situação em concreto, determinar que parte possui condições de realizar a prova, não ficando adstrito a separação clássica do ônus da prova, onde ao autor cabiam os fatos constitutivos do direito, e ao réu os modificativos, impeditivos e extintivos desse direito.

Há necessidade de um sistema de provas mais conciso, não que se pregue um retorno ao sistema da tarifa legal, mas pelos menos que se instituam bases mais firmes para que o aplicador dos direitos e a as partes tenham as balizas para percorrer durante a instrução.

O sistema pátrio não é totalmente desprovido de organização, de modo que as decisões sobre a atividade probatória sejam permeadas pela discricionariedade judicial, mesmo porque a argumentação das motivações das decisões fazem um certo controle.

Sobre o tema da discricionariedade não há que se falar em uma suposta superioridade do sistema de provas anglo americano, baseado na *discovery*, isso porque no Brasil existe obrigatoriedade da motivação da decisões, onde se expõem os argumentos que levaram à tomada da decisão.

Nesse sentido, vejamos o que disse Karl Kunert:

Um dos mais difundidos clichês sobre o direito probatório comparado é a fórmula segundo a qual o direito probatório anglo americano é um corpo bem organizado de regras à disposição do aplicador, contendo a sabedoria cristalizada por muitas gerações de juizes, para proteger os jurados de dúvidas, incompreensões ou preconceitos; e as partes litigantes, contra a arbitrariedade do juiz; o moderno direito romano-germânico de prova livre não é verdadeiramente um sistema, ou , quando muito, é um sistema no qual a discricção do juiz determina largamente que prova deve ser usada⁴⁹.

A técnica do *discovery* é a prática norte americana do levantamento de evidências preliminares ao julgamento das demandas, um sistema utilizado, pela maioria dos países da *common law*, é um sistema com o escopo de ampla coleta de evidências. A ideia por detrás

⁴⁹KUNERT APUD KNIJNIK, em: KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos civil, penal e tributário**: Forense. 2010, p. 5.

da *discovery* é proporcionar a ambas as partes uma oportunidade igual para conduzir sua própria investigação do caso e dar acesso a cada parte a evidências na posse ou sob controle da outra parte, mas na prática a *discovery* parece encorajar táticas de batalha que nem sempre tem como foco descobrir a verdade, ou a probabilidade de verdade necessária para o convencimento judicial, isso sem considerar que a parte com menores condições financeiras têm menos condições de proceder tais técnicas de descoberta pré-processual, ou seja, o que defende-se aqui é que a simples utilização do sistema de provas norte americano, não é a solução para o sistema probatório.

Quando houve uma superação do modelo tarifado de prova, muitos doutrinadores acreditaram ser o início do subjetivismo nas decisões judiciais⁵⁰, mas isso de forma alguma representa a verdade, uma vez que todas as decisões são resguardadas da arbitrariedade via motivação.

Hodiernamente, tem-se procurado resgatar a noção de que a liberdade de convencimento judicial, sem que se submeta a valorações tarifadas de provas, está sujeita a regras de lógica e a certos postulados jurídicos, no direcionamento de afastar o subjetivismo, demonstrando a argumentação na reconstrução fática, e assim criando mecanismos de vinculação e controle.

Não se deve confundir o convencimento livre com um critério pessoal e íntimo do julgador, trata-se de uma apreciação lógica da prova, baseada em diretrizes e critérios objetivos⁵¹.

2.4 LIMITAÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA.

A fundamentalidade do direito à prova, apesar de não ser explícito, pode ser subsumido do princípio constitucional ao contraditório, e da prerrogativa que tem a parte no processo de utilizar todos os meios de prova admitidos no direito. Dessa forma se impõe ao legislador algumas diretrizes a serem seguidas, justamente para garantir a eficiência da atividade

⁵⁰Echandi afirmou sobre o fato: “Quando a tarifa legal foi substituída pelo sistema de livre convicção, os autores observaram o surgimento de uma ‘tendência a reduzir a atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência, que se exaure sob o pano íntimo e imperscrutável de mera subjetividade”, DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Zavalía, 1974, v1, p.88.

⁵¹Nas palavras de Guash Fernández: “O perigo de incorrer em arbitrariedade está presente na livre apreciação, caso não se dê uma definição baseada em critérios de racionalidade, apelando-se para ‘critérios racionais, de modo que, ainda que não se esteja vinculado por normas jurídicas, se esteja por normas lógicas” FERNÁNDEZ APUD KNIJNIK, em: KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Civil penal e tributário**: Forense. 2010, p. 16).

probatória, que tem como norte a não imposição de obstáculos não razoáveis ou desproporcionais para a realização da prova.

Como já dito acima, o art. 5º, § 2º da Constituição Federal dispõe que direitos e garantias fundamentais não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja signatária. Em vista disto, permite-se agregar outros direitos fundamentais que não estejam explícito sem seu texto. Demais disso, há outros nela implícitos que podem ser tanto internos, intrínsecos ao seu sistema, que são aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, como externos, oriundos de tratados internacionais cujas normas foram incorporadas ao nosso sistema, o direito à prova se enquadra nas duas situações retro mencionadas, é dizer, tanto nos direitos fundamentais de natureza interna quanto externa.

Nesse diapasão, há de se mencionar que a prova é um direito fundamental de caráter instrumental, tendo em vista que objetiva a consecução de uma prestação jurisdicional do Estado. E nesse contexto, a efetividade do direito à prova advém do reconhecimento da garantia para que as partes tenham amplas oportunidades no sentido de demonstrar os fatos que alegam de modo a efetivamente influir no convencimento do órgão jurisdicional.

Eduardo Cambi utilizando-se das palavras de José Roberto dos Santos Bedaque resume: “ O direito à prova deduzido das garantias constitucionais constitui um instrumento processual fundamental ao acesso a ordem jurídica justa e a legitimidade da tutela jurisdicional⁵²”

Para que a parte saia vitoriosa do feito é necessário antes de tudo provar o alegado, pois *alegatio et non probatio, nihil allegare* (alegar sem provar equivale a não alegar), mas as alegações quando provadas vinculam o decisor que deverá julgar *secundum allegata et probata iudex judicare debet* (o juiz deve julgar segundo o que foi alegado e provado).

Nada obstante, é importante não confundir um direito fundamental, com um direito absoluto, pois as partes é assegurado o uso racional dos meios de prova que possam comprovar as alegações, contudo esse direito pode ser mitigado, nos casos em que o interesse público assim o dite, ou existir um direito fundamental, que na situação em concreto apresentada, deva ser o preservado.

Assim, pode-se afirmar que o direito ao manejo das provas relevantes à tutela do bem perseguido pode ser limitado, nos casos em a concessão da tutela seja contrária ao arcabouço jurídico existente, demonstrando não ser a decisão correta no caso concreto, inclusive quando

⁵²BEDAQUE APUD CAMBI, em CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p.20.

a prova vier a ser obtida por meios ilícitos ou moralmente ilegais, bem como violar o sigilo e outras garantias do cidadão, nesses casos, invocar-se-á qual dos valores merece prevalecer, devendo o julgador deferir as provas realmente hábeis e legítimas.

A ampla defesa envolve a prerrogativa da parte impugnar as questões de fato e de direito discutidas no processo, inclusive em grau de recurso. O contraditório assegura a igualdade de tratamento às partes no processo, dando-se as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, enfim, manifestando-se nos autos e podendo praticar os demais atos processuais com paridade de armas, inclusive em relação aos prazos a serem obedecidos.

O contraditório e a ampla defesa são consequências do princípio da igualdade, deste modo, ambos são assegurados a todas as partes. A exigência de defesa técnica é uma revelação da igualdade processual, não basta conferir às partes o contraditório, pois esse direito só será efetivamente exercido quando as partes estão em situação de paridade, sendo que ao juiz cabe o dever de manter essa igualdade de tratamento das partes.

Os inseparáveis princípios do contraditório e da ampla defesa se destinam a todos os âmbitos da jurisdição nacional, penal, civil e administrativo, significando que o processo exige que seus sujeitos tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante seu curso, podendo ainda se manifestar sobre tais acontecimentos. Para demonstrar a veracidade dessas informações, basta lembrar que, proposta uma ação, deve-se citar o réu, para que o mesmo possa oferecer sua defesa. Da mesma forma, se no curso do processo alguma das partes juntar aos autos um documento qualquer, é preciso informar a parte adversa, para que esta, tomando conhecimento da existência do documento, possa se manifestar sobre o seu conteúdo, como de resto sobre as demais provas que forem produzidas por qualquer das partes.

O contraditório num primeiro momento mostra-se como a necessidade de dar conhecimento da lide e dos atos processuais ao contendor, mas durante a evolução da demanda se transforma em uma técnica que assume a faceta de uma ferramenta à disposição das partes para que elas tenham plenas capacidades de se manifestarem com vistas a persuadir o juiz a decidir a seu favor.

De sorte que é deferida aos litigantes a possibilidade de propor ações judiciais e suas respectivas defesas, de produzirem toda uma gama de provas tendentes à demonstração de seu direito e de serem ouvidos em pé de igualdade perante o órgão jurisdicional durante o processo.

Por óbvio que o contraditório e a ampla defesa não desautorizam o juiz a indeferir provas que acreditar que não devam ser produzidas, pois cabe ao dirigente do processo analisar os pedidos e limitar as provas desnecessárias ou impertinente à demanda, uma vez que nesse caso a fundamentabilidade se choca com o princípio de economia processual e da celeridade, sendo que nessa contenda os últimos saem vitoriosos.

A validade da prova depende inarredavelmente de sua submissão à ampla defesa e ao contraditório com oportunidade de defesa pela parte contra quem se impõe, feita perante o julgador e mediante critérios lícitos e paritários, sob pena de nulidade processual.

A Constituição da Espanha, segundo nos informa o autor Joan Picó I Junoy⁵³, expressamente veta normas que impeçam ou tornem muito difícil a realização das provas, ou que façam discriminações prejudiciais, sendo comum o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia entender que a prática de imposição de obstáculos, não razoáveis ou desproporcionais, em matéria de prova, vai de encontro ao Direito Comunitário.

As limitações do direito de provar só se justificam mediante o princípio da proporcionalidade⁵⁴, e a harmonização dos direitos e bens constitucionalmente protegidos. Pode-se falar em uma impossibilidade da renúncia do direito de provar entre as partes, bem como a ineficácia de contratos que limitem esse direito.

O direito constitucional à prova objetiva uma tutela judicial efetiva, e por isso ele não comporta proibições absolutas em um determinado direito.

Em alguns momentos, necessário se faz, mitigar o direito à prova quando confrontado, por exemplo, com o problema do segredo de Estado, ou seja, a realização da atividade probatória depende de documentos que necessitam ficar em sigilo, sob pena de colocar a nação em risco, sendo assim, defende o autor, ser necessária a utilização da ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes, o direito do particular à prova, e o da sociedade em manter o sigilo.

Existem razões que advogam em favor do compartilhamento de um segredo de Estado na atividade probatória de um processo judicial, a primeira alegação é no sentido de que se trata de um dever constitucional de colaboração da administração pública com o Judiciário, ou

⁵³ PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a La Prueba em el Proceso Civil**. Barcelona: J.M Bosch. 1996, p.188.

⁵⁴ Joan Picó I Junoy falou em sua obra sobre a o princípio da proporcionalidade como forma de limitar o direito a prova disse: “El Carácter limitado del derecho a la prueba permite al legislador establecer ciertas restricciones al mismo. Así, puede promulgar leyes que señalen limitaciones probatorias relativas a la no utilización, en un caso concreto, de un determinado medio de prueba, si tales normas resultan justificadas por la necesidad de salvaguardar otro derecho fundamental, un valor constitucional o un bien constitucionalmente protegido. Em cualquier caso, la posibilidad de establecer limitaciones, al referirse a un derecho fundamental, debe concebirse de un modo restrictivo, existiendo en todo momento la existencia de una motivada y razonada proporcionalidad entre dicha limitación y el fin que pretende alcanzarse” em PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a La Prueba em el Proceso Civil**. Barcelona: J.M Bosch. 1996, p.198.

seja, um Poder deve colaborar com o outro na medida do possível; outra alegação cinge ao fato de que tal informação pode ser acessada pelo Poder Legislativo, assim deve prevalecer o entendimento de que, em regra, esses segredos de Estado devem ser acessíveis também ao Poder Judiciário, a não ser que, realizando a ponderação, a balança pese em favor da permanência do segredo fora do Judiciário, Picó I Junoy assevera que isso só deve ocorrer em situações excepcionais, de forma devidamente justificada, pois o direito a prova é considerado fundamental no ordenamento pátrio⁵⁵.

Mesmo antes da Constituição, o direito processual espanhol⁵⁶ não admitia contratos restritivos de direito à prova pelas partes, isso porque matéria de prova é de ordem pública, de natureza indisponível, e dificilmente poderia se coadunar tal prática com o princípio do livre convencimento motivado do juiz, princípio que norteia a instrução processual.

Deve-se fazer uma distinção entre a renúncia do direito de provar, e a renúncia ao conteúdo da prova, ou seja, o exercício do direito processual de provar pode ser renunciado, mas o conteúdo da prova jamais, esse pertence ao juízo, os direitos fundamentais, como é o caso da prova, não são direitos subjetivos, sendo matéria de ordem pública, assim tal renúncia é nula.

Vale ressaltar que o legislador limita esse direito de prova, mas para que tal limitação seja legítima, ela tem que demonstrar no caso concreto ser pautada pela proporcionalidade, para salvaguardar esse bem protegido constitucionalmente, assim as limitações devem ser feitas de modo restritivos, não devendo a prova ser limitada sem que haja o caso concreto assim justifique.

⁵⁵ Exemplo ofertado na obra PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a La Prueba em el Proceso Civil**. Barcelona: J.M Bosch. 1996, p.194.

⁵⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a La Prueba em el Proceso Civil**. Barcelona: J.M Bosch. 1996, p.201

3 O NOVO PARADIGMA DO PROCESSO CIVIL E SUA INFLUÊNCIA NA PROVA

3.1 NEOPROCESSUALISMO: O NEOCONSTITUCIONALISMO⁵⁷ E A MUDANÇA DO PARADIGMA PROCESSUAL EM VIRTUDE DA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Como é sabido, com o fim da segunda guerra mundial, a humanidade, após fazer um balanço sobre as atrocidades ocorridas naquele momento histórico, verificou a necessidade de instituir certos direitos e garantias dos cidadãos contra o Estado, para dessa forma coibir abusos que poderiam ser perpetrados (em repetição ao que se viu antes); e mais do que isso se percebeu a importância da criação de mecanismos de controle das normas constitucionais, ou seja, nesse momento se estabeleceu a premissa de que o conteúdo da constituição deve nortear todo comportamento do Estado de modo vinculante, não devendo mais as normas constitucionais serem vistas como meras aspirações sem efetividade.

Nas palavras de Daniel Sarmiento, até meados do século XX, “prevalencia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições”⁵⁸, assim as normas constitucionais eram vistas como “cartas de intenções”, programas políticos que serviam para orientar o legislador que poderia, ao seu arbítrio, não levá-las em consideração.

Pode-se dizer assim que nesse momento de evolução do direito supera-se o paradigma da validade meramente formal, e se passa a imprimir a necessidade de observância do conteúdo constitucional para se validar a norma, supera-se a fase em que apenas o cumprimento do processo legislativo era o suficiente para que a lei fosse tida como legítima, agora o legislador está adstrito à constituição, não mais se tolerando o império da arbitrariedade legislativa alheia a Carta Magna.

As palavras de Eduardo Cambi sobre essa modificação complementam o raciocínio acima exposto:

^{57c}A palavra Neoconstitucionalismo não é empregada no debate Constitucional Norte-americano, tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito sobretudo formulado na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos” in SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil. Definição e Características dos Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem a JJ Canotilho**. São Paulo: RT; Comibra (pt), 2009, p. 11.

⁵⁸SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, in Leituras complementares de Direito Constitucional. – Teoria da Constituição**. Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodivm, 2007, p.36

A dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica, não se restringindo ao vínculo entre governantes e governados, mas se estendendo para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados, em que, pela manifestação do poder, uma destas pessoas tivesse seus direitos violados ou ameaçados de lesão⁵⁹.

No Brasil, tal modificação veio com a Constituição de 1988, onde foram lançadas as primeiras bases do Estado Democrático de Direito, com isso não se quer dizer que a Constituição não tenha sido feliz na escolha do conteúdo responsável para basilar a consecução de justiça no país, e sim que a complexidade do direito e da sociedade é tão grande, que diariamente as normas legais devem ser apostas a premissas constitucionais para saber se naquele caso concreto, a aplicação da lei não fere os direitos fundamentais⁶⁰ do cidadão.

Assim, gradativamente vai-se desenvolvendo no país a cultura da constitucionalização do direito, podendo vislumbrar-se dois momentos distintos: o constitucionalismo brasileiro da efetividade e o pós-positivismo constitucional. O primeiro momento era um “positivismo de combate”, onde o debate jurídico não abria espaço para a argumentação moral, o foco principal era a norma, e era do próprio texto que o intérprete deveria extrair os efeitos, tendo como um dos objetivos afastar os estudos de direito constitucional da teoria do estado e aproximá-lo do processo, nessa época ainda não se podia falar em um Neoconstitucionalismo⁶¹, mas com certeza foi uma fase importante para o surgimento do mesmo.

⁵⁹CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. in Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira. Nº 17. Ano: 2008.2. Salvador, p. 96.

⁶⁰Não sendo o objetivo do trabalho, se escolhe transcrever uma parte do artigo dos professores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que falam justamente sobre a definição de direitos fundamentais: “Direitos Fundamentais são direitos públicos subjetivos de pessoas, (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”, in DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Características e Definição dos Direitos Fundamentais. Definição e Características dos Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem a JJ Canotilho**. São Paulo: RT; Comibra (pt), 2009, p. 119. Contudo tal conceito ainda se mostra um tanto tímido e deve ser associado ao entendimento do professor José Herval Sampaio Júnior que afirma: “Referimo-nos neste último sentido à forma que os direitos fundamentais possuem até mesmo nas relações particulares, ou seja, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, daí por que atualmente a concretização desses direitos também passa pela compreensão de que todos estamos obrigados a respeitar os direitos fundamentais em quaisquer tipo de relação, respeitando evidentemente a ideia, também assente, de que não há entre os direitos fundamentais quaisquer deles que sejam absolutos, ou seja, não há hierarquia entre os mesmos, logo em cada caso concreto cabe ao operador do direito a par das circunstâncias específicas, fazer valer aquele direito que mais se sobressaia, sem que os demais sejam sacrificados totalmente” in SAMPÁIO JÚNIOR. José Herval. **Direito Fundamental a Igualdade. Definição e Características dos Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem a JJ Canotilho**. São Paulo: RT; Comibra (pt), 2009, p. 324

⁶¹“A relação entre a Constituição e o processo pode ser feita de maneira direta, quando a Lei Fundamental estabelece quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao estabelecer mecanismos formais de controle constitucional. Por outro lado, tal relação pode ser indireta, quando, tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo,

No segundo momento, que é marcado pela chegada no país das teorias pós positivistas com estudiosos como Ronald Dworkin e Robert Alexy, verifica-se a aproximação dos estudos do direito, a moral e a política, a partir de uma perspectiva pós-metafísica, bem como a discussão de importantes temas como a ponderação de interesses, a proporcionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais, bem como uma renovação do estudo hermenêutico, agora guiado pelo giro linguístico na filosofia, que denunciou os equívocos da interpretação positivista baseada na separação cartesiana entre sujeito e objeto, passando a valorizar os princípios constitucionais e as peculiaridades de sua aplicação.⁶²

A Constituição, como demonstrado no tópico anterior, é o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídicas, assumindo um caráter fundamental na construção do neoprocessualismo.

3.2 NOTAS SOBRE OS MODELOS HISTÓRICOS DE VALORAÇÃO DA PROVA

O procedimento probatório tem duas fases, a de produção de provas admitidas pelo direito, e a sua apreciação e avaliação, sendo esta última fase exclusividade do juiz, que na atualidade conta com poucos e não específicos parâmetros valorativos impostos pela lei.

Cada vez menos existe uma observância obrigatória de hierárquica das fontes de provas (testemunha, documental ou pericial), sendo critérios cada vez mais subjetivos.

Na prática, ainda verifica-se que o juiz valora de forma superior um documento oficial, do que a uma testemunha, todavia há de mencionar-se que tal fato advém muito mais de uma cultura judicial de superioridade dos documentos, do que da lei, que deixou o magistrado livre para apreciar todas as provas de forma equânime, mas havendo elementos

os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou uma determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores etc), dá ensejo a que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas e para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto. A efetividade da Constituição encontra, pois, no processo um importante mecanismo de afirmação dos direitos nela reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988 não somente pela sua posição hierárquica, mas pela quantidade e profundidade das matérias que disciplinou, está no centro do ordenamento jurídico, não se podendo compreender o processo, sem, antes, buscar seus fundamentos de validade – formal e material – na Lei Fundamental. A expressão “neo” (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas. Pretende colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e o Processo, para, de forma crítica, construir “dever-seres” que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de se ajustar – sobretudo pela hermenêutica – às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas”, em: CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** in Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira. Nº 17. Ano: 2008.2. Salvador.p.1.

⁶²SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil. **Definição e Características dos Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem a JJ Canotilho**. São Paulo: RT; Comibra, 2009, p. 26

no processo, que conduzam juiz a formar convencimento em sentido contrário, ele poderá considerar o testemunho como de maior grau de convencimento do que a prova documental. A valoração das provas é uma atividade exclusiva do juiz⁶³, esse processo não pode ser uma mera reflexão subjetiva, devendo ser revestida de indicadores objetivos.

A fase processual de valoração da prova é muito complexa, em uma análise criteriosa verifica-se que as provas são as responsáveis pelo convencimento do juiz, concluindo-se então que a procedência da demanda depende, em muito, de como as provas são valoradas.

O professor Devis Hechandia identificou algumas etapas da valoração das provas, das quais se destacam a percepção, a representação ou reconstrução e o raciocínio dedutivo, indutivo ou abduutivo. Primeiramente o juiz entra em contato com os fatos mediante a percepção ou observação, seja diretamente ou de modo indireto. Uma vez percebidos isoladamente os fatos através de seus meios de provas, é indispensável proceder à representação ou reconstrução histórica deles, não separadamente, mas em seu conjunto. Por fim, na terceira fase, exige-se o raciocínio. Importante salientar que essas são etapas interligadas e subsequentes⁶⁴.

A guisa de esclarecimento, a valoração da prova mediante livre convencimento do juiz é ato diverso do juízo de admissibilidade de um meio probatório, em verdade são situações jurídicas distintas, que por vezes são tratadas como sinônimos, o que não deveria ocorrer, pois são momentos diferentes do processo.

Enquanto que o juízo de admissibilidade de uma determinada prova é questão de direito, e ocorre no momento de produção de provas, quando as partes anunciam o que desejam provar e de que forma, já a valoração ocorre após isso quando já foram selecionadas as provas que seram compartilhadas pelas partes no processo, nesse ato é que se passa à avaliação no plano da convicção judicial à luz do livre convencimento. Pode parecer preciosismo, mas definitivamente não é, pois diferenciar os momentos evita a ocorrência de prejulgamento, com base em juízos apriorísticos de que a prova proposta não alcançará os resultados pretendidos.

O presente trabalho falou em livre convencimento, porém esse é apenas um dos modelos de valoração da prova existente, e para que se avance, necessário se faz umas

⁶³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. Buenos Aires. Victor P. de Zavalía, 1973, p 287.

⁶⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. Buenos Aires. Victor P. de Zavalía, 1973, p 290-292.

breves notas sobre os três sistemas mais difundidos de valoração da prova quais sejam: o sistema da prova legal, o sistema da livre convencimento e o sistema da persuasão racional, que adiante serão analisados.

No que concerne primeiro sistema de valoração, a **prova legal**, é aquele em que o juiz valora de acordo com as disposições e regras estabelecidas pela doutrina, e não pela lei. O sistema da prova legal surgiu no século XIII com o objetivo de racionalizar a atividade de valoração da prova, diminuindo a discricionariedade judicial e extirpando as provas irracionais fundadas no princípio do juízo de Deus⁶⁵. Assim, a prova legal do direito comum é muito mais o fruto de elaboração doutrinária dos juristas medievais que objeto de normatividade

Contudo com surgimento das codificações a prova legal deixou de ser um fenômeno doutrinário e cultural e passou a ser um fenômeno normativo. As regras da valoração da prova passam a ser formuladas pelos legisladores, e mudando a denominação comumente utilizada para provas tarifadas.

Outra transformação ocorreu com relação ao valor atribuído a cada prova. No direito comum atribuiu-se um valor quantitativo pré-determinado, fixado em frações, e ao juiz cabia um cálculo ao final, considerando todas as provas amealhadas; Já no segundo momento, o de tarifa legal, não se conhecia mais as gradações ou frações em cada prova, a técnica assume a rigidez da codificação, e o formalismo é vinculante ao resultado da prova produzia.

Nesse sistema cada prova tem um valor inalterável e constante, previamente estabelecido em lei. Segundo o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “contempla minuciosa determinação dos critérios de apreciação da prova e concomitante limitação ou exclusão *a priori* de determinadas provas, a que se subtrai crédito formal perante o magistrado, com vistas a restringir o máximo a liberdade judicial”⁶⁶.

Sistema da prova legal é a ordem processual em que preponderem regras de valoração da prova estabelecidas pela lei em caráter geral e abstrato, e não pelo juiz, em cada caso que julga. O legislador estabelece juízos valorativos ao impor normas que graduam, exaltam, limitam ou excluem a eficácia das variadas fontes ou meios probatórios, isso através de tabelas de valores a serem observadas pelos juízes em geral.

⁶⁵ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2011, p. 287.

⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.156.

Esse sistema de valoração de prova era utilizado no direito medieval, como no direito alemão, e estava muito ligado a superstições, religião. De base supersticiosa eram os ordálios ou juízes de Deus, que vicejaram especialmente entre os antigos germânicos, em que se contava com a resposta divina, realizando-se provas de destreza ou de força (duelos, prova *per pugnam*). Praticava-se o juramento, acreditando-se sinceramente ou não, que fossem métodos legítimos e adequados na busca da verdade⁶⁷.

Nesse sistema o juiz nada avaliava, não podia valorar a prova segundo critérios pessoais e subjetivos de convencimento, era defeso decidir de modo diverso daquele que tivesse sido determinado em lei. Note que esse sistema apenas regularizava a realização das provas, pois de acordo com o resultado obtido já havia uma decisão pré- estabelecida a ser adotada.

Danilo Knijnik afirma que o objetivo da doutrina medieval ao operar à base da prova tarifada era eliminar a arbitrariedade judicial, e ainda implementar uma certa racionalidade nas decisões, o que foi possível também pela influência do método escolástico de raciocinar, que utiliza a dedução e princípios preestabelecidos, marginalizando os fatos. O legislador desejava limitar o exercício da função judicial em razão da noção de que o homem tem uma natureza corrupta, essa preocupação também aliado ao cenário político e econômico da época fazia com que os legisladores acreditassem ser essa a melhor forma de valoração da prova⁶⁸.

O processo civil da atualidade não se vale do sistema da prova legal, concebido assim como conjunto de normas que deixam pouco espaço de manobra para atuação do juiz no caso concreto, e não faz isso apenas por conta do misticismo e da religiosidade que o impregnavam na época medieval, e sim, por uma questão de coerência com o atual paradigma processual, pois mesmo que esse sistema fosse baseado nas premissas da racionalidade, seria insuficiente para a complexidade das demandas atuais, seria uma tarefa hercúlea para os legisladores imaginarem todas as situações que possivelmente pudessem a vir ser demandas em juízo na atualidade.

Em posição diametralmente oposta à da prova legal está o **sistema do convencimento moral ou íntimo**, pelo qual o juiz pode decidir segundo seus próprios impulsos ou impressões pessoais, sem o dever de alinhar fundamentos ou expor seus

⁶⁷POZZA, Pedro Luiz. **Sistemas de apreciação da prova** In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 221.

⁶⁸KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle.** Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001, p.30

motivos. Não nem mesmo um limite que impeça o magistrado de decidir segundo sua própria ciência privada dos fatos, quando tivesse conhecimento deles por circunstâncias alheias aos autos.

No atual Estado de Direito não há espaço para esse modelo. A única exceção, no direito pátrio, onde se adota o convencimento íntimo e não motivado está no artigo 54, inc. LIV da Constituição Federal, é o júri popular, cujos integrantes decidem em segredo e sem motivação alguma, todavia, na sentença judicial que determina as consequências da decisão do júri há motivação deve existir e guardar coerência legal com o que foi reconhecido pelos jurados.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em seu livro *Do formalismo no processo civil* aponta o surgimento do Iluminismo, a renovação do método científico, a superação do sistema feudal, bem como a restauração da noção do Estado, com a unificação da jurisdição na qualidade de atributo da soberania, como fatores externos que influenciaram na modificação do sistema de valoração da prova⁶⁹.

Esse novo sistema se caracterizou pela ideia fundamental da oralidade com as suas consequências: concentração, imediação, imutabilidade do juiz, livre apreciação da prova, contudo o mesmo não tem larga aplicação na forma que prevê uma ilimitada liberdade ao juiz no acolhimento e na apreciação da prova.

O sistema como idealizado não limita quanto aos meios de prova os quais o juiz possa utilizar, e nem restrições especiais quanto à origem ou qualidade de certas provas, sendo-lhe permitido valorar também com base em impressões pessoais.

Apontar o problema desse sistema de valoração é quase uma tautologia, pois o arbítrio do órgão judicial é inerente ao mesmo, gerando a todos os jurisdicionados uma situação de insegurança jurídica frente ao órgão julgador, que segundo esse sistema poderia valorar a prova, até mesmo com base em opiniões pessoais e subjetivas.

Como terceiro modelo tem-se o **Sistema da persuasão racional**, no qual há um livre convencimento judicial que por força da Constituição Federal se impõem um convencimento racional e motivado à luz dos autos, essa é a interpretação do art. 131 do Código de Processo Civil, que institui o livre convencimento segundo o que foi produzido nos autos, em associação com o dispositivo constitucional que exige a motivação das decisões judiciais.

⁶⁹OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-valorativo**. 4ª ed. São Paulo:Saraiva, 2010.p.159.

Ou seja, mesmo que livre o convencimento do juiz deve ser racional e não emocional e ele deve ser um resultado do material colhido nos autos do processo; o juiz tem o dever de expor o convencimento de maneira motivada, bem como a forma que as provas foram valoradas pelo juiz, o que nos leva ao cerne da presente dissertação, sobre quais os limites e formas de valoração dessa prova.

O livre convencimento racional é entendido desse modo porque advém do intelecto racional, e não dos arroubos pessoais e passionais do juiz. É necessários que as provas sejam analisadas no caso concreto, sem uma hierarquia pré-estabelecida e tabelada de valor de prova.

O livre convencimento racional surge como uma etapa posterior à do livre convencimento, pois como já dito antes é um sistema misto, pois, embora admita a liberdade judicial na avaliação probatória, impõe ao juiz a observância de regras lógicas e das máximas da experiência comum. A diferença básica em relação ao sistema do livre convencimento é que, no da 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.

Com motivação é tenta-se controlar se raciocínio do julgador na valoração das provas, se foi racional e guardou parâmetros com o que foi apresentado no processo, ou não passou de convencimento baseado na íntima convicção, este último repudiado por esse sistema de valoração de provas.

O dever de fundamentar a sentença é uma garantia contra o arbítrio que o sistema do livre convencimento poderia gerar. Este sistema foi adotado pelo Brasil.

O convencimento do juiz deve ser formado por elementos concretos vindos dos autos, porque o emprego de outros, estranhos a estes, transgrediria ao menos as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, sendo fator de insegurança para as partes. Mesmo os resultados da inspeção judicial, que consiste no exame de pessoas ou coisas pelo próprio juiz, só poderão ser levados em conta quando regularmente documentada nos autos a diligência.

Assim é a regra do livre convencimento, que provavelmente representa o mais importante entre todos os pilares do direito probatório. Ela tem por premissas a necessidade de julgar segundo as imposições da justiça em cada caso e a consciência da inaptidão do legislador a prever tão minuciosamente todas as situações possíveis, que lhe fosse factível editar tabelas tarifárias indicando o valor probatório de cada fonte ou meio de prova, em

cada situação imaginável. A esperança de que isso pudesse um dia ser feito constituiria uma utopia e um absurdo enorme.

Nesse diapasão importante ressaltar que as máximas de experiência⁷⁰ não estão proibidas pelo ordenamento jurídico, o artigo 335 do CPC⁷¹ diz que o juiz, na busca de conhecimento sobre os fatos relevantes para o julgamento da causa, pode aplicar as regras da experiência comum, ou seja, pode aplicar as observações do que ordinariamente acontece.

As máximas de experiência podem ser descritas como juízos formados calcados na observação do que geralmente acontece, são em regras gerais, não codificadas, construídas com base na experiência, em um determinado local e tempo, relativa a determinado estado de coisas, e representam a experiência da cultura média do homem.

Importante ressaltar que as máximas de experiência não se tratam de exceção ao artigo 131 do código de processo civil, pois as máximas não trazem ao julgamento fontes a serem consideradas no mesmo, e sim raciocínios a serem aplicados pelo julgador.

No momento, da valoração da prova deve-se constatar que o procedimento probatório, calcado na efetividade do direito à prova, teve influência sobre a percepção judicial dos fatos. Quando se fala em direito à prova pelas partes, é preciso frisar que esse direito não se exaure quando da produção das provas pelos litigantes, ele perdura no tempo e 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, sua estrutura também abarca a necessidade de contraditório, tendo o magistrado o dever de efetivamente perpassar em suas conclusões tudo o que foi produzido no processo.

Nesse contexto de motivação e racionalização à liberdade do juiz de valorar a prova de seu convencimento reside o fator que a compatibiliza com os fundamentos da garantia constitucional do princípio do devido processo legal, pilar do Estado democrático de direito.

⁷⁰As regras de experiência são exatamente o que o nome sugere, regras advindas de experiências passadas, Marinoni Sintetiza: “O juiz para formar o seu raciocínio sobre o litígio, vale-se de regras de experiência, ditas comuns e técnicas. Essas regras têm o objetivo de permitir, entre outras coisas, a análise da relação entre indício e o fato essencial. As regras de experiência comum decorrem de generalizações formadas no seio da sociedade, as quais podem ter base em crenças religiosas, regras de moral ou mesmo em leis naturais, lógicas ou científicas. Enquanto isso, as regras de experiência técnica derivam do pensamento técnico e científico sobre uma determinada situação”, em: MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 142.

⁷¹ Artigo 335 do Código de Processo Civil dispõe: “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”

3.3 O DEVER DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

No curso da presente dissertação, já se explanou que a busca de uma verdade pura é algo impossível filosoficamente falando, pois não se pode recriar no presente o que ocorreu no passado, sem a perda da essência do fato, muito menos ainda quando se imagina que tal recriação deveria ocorrer dentro da formatação de um processo judicial, assim Marinoni disserta sobre a mudança de foco da legitimidade da decisão, deixando a procura pela verdade, e passando para a motivação do juiz sobre seu convencimento, o doutrinador arremata assim:

O juiz deve procurar se convencer da verdade dentro das suas próprias limitações e considerando a natureza do direito material discutido e as circunstâncias do caso concreto”, e prossegue: “ Como a verdade processual é sempre relativa – ainda que não se questione necessidade de o juiz tentar se convencer da verdade – e, em alguns casos, basta a chamada verossimilhança preponderante, aflora a necessidade de o juiz dar a legitimidade à sua tarefa, uma vez que a tão descartada “verdade” já está longe de aí ter uma participação que possa satisfazer. É quando aparece a necessidade da motivação ou da justificação judicial da formação da convicção (quanto aos fatos). A motivação, nesse, sentido, é a explicação da convicção e da decisão. Ou melhor; o juiz deve explicar, na sentença, a origem e as razões da sua convicção, demonstrando, ainda, que ela é bastante ou não para a procedência do pedido⁷².

Para abordar o tema da motivação deve-se primeiramente abordar o princípio maior que assegura a obrigação de motivar as decisões judiciais. O devido processo legal é o princípio processual fundamental sobre o qual vários outros se sustentam, 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, até o final do século XIX, predominava a perspectiva do devido processo legal como mero instrumento de garantia à regularidade do processo, assegurando à ampla defesa, o contraditório, à produção de provas, questões de cunho mais processual.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 282.

O código de processo Civil de 1973 veio alargar ainda mais o dever de motivação das decisões judiciais, e em seu artigo 458 enumerou a motivação como um requisito essencial da sentença, determinando ainda, no artigo 131, a observância da motivação no momento de avaliação das provas.

Com o passar do tempo, o princípio do devido processo legal transformou -se em garantia do próprio direito, objetivando inclusive conferir proteção aos direitos fundamentais, atualmente ele é mais do que uma garantia de regularidade do processo, para ser também um instrumento de controle acerca da legislação e sua interferência na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo, bem como possíveis supressões desses direitos pelo poder público ou mesmo por particulares, implementando o que a doutrina convencionou chamar de *substantive due process of law* (devido processo legal substancial)⁷³.

Essa configuração atual do princípio do devido processo legal emana para o judiciário, e como principal consequência está o dever de motivação das decisões judiciais, sendo imprescindível para o exercício de controle sobre a formação do convencimento judicial e, permitindo que as partes influenciem na formação do convencimento, e possam aferir na decisão os motivos que levaram o juiz a decidir de um modo e não de outro, e a congruência da decisão com o que foi debatido no processo.

Nos dias atuais o dever de motivar faz parte da grande maioria dos sistemas processuais do mundo, e buscando o porque desse fenômeno se encontra a possibilidade de racionalizar ao máximo a atividade jurisdicional, através da motivação é possível percorrer o caminho da intelecção do magistrado, desde a proposição da demanda até a sentença.

A participação das partes no processo, sob a forma do contraditório não se limita ao ponto de vista formal, isto é, à mera oportunidade 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. 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.

A decisão não pode ser uma surpresa para os litigantes, não pode o juiz decidir a causa a partir de um ponto de vista não dialogado no processo, há necessidade de tratar a instrução probatória com transparência.

⁷³“Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão substancial do devido processo legal. Um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas”. Em DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2007, v.1, p. 50.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que a motivação deve abranger todos os pronunciamentos judiciais de caráter decisório, vejamos:

O estágio de desenvolvimento civilizatório e político atual, de controle do poder pela sociedade civil, não mais tolera o exercício arbitrário da jurisdição nem admite a possibilidade de ser o processo julgado por critérios arbitrários e irracionais. O Estado Constitucional exige sejam motivados os pronunciamentos dos órgãos do poder judiciário, inclusive as decisões de caráter administrativo, circunscrevendo o arbítrio judicial⁷⁴.

As provas devem recair sobre os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, mas note-se que o fato controvertido deve ser pertinente e relevante, o primeiro é aquele que é essencial para a resolução do litígio, ou esteja em seu entorno, de modo que possa contribuir para o esclarecimento do fato controvertido; já o fato relevante é o fato que demonstrado pode ser útil para convencer o juiz sobre uma alegação, ou mesmo fornecer credibilidade a um conjunto de provas⁷⁵.

A motivação da decisão que indefere, ou defere a produção de prova é imprescindível, devendo inclusive perpassar a capacidade, ou incapacidade da prova pleiteada em provar o fato que se deseja ver elucidado.

A Constituição da Espanha traz um dispositivo específico sobre provas, no qual garante a motivação da denegação da produção de prova quando os mesmos são incontroversos, impertinentes ou relevantes, mas frente a uma denegação sem motivação, o Tribunal Constitucional decidiu, tendo em vista que o direito espanhol trata a prova como direito de defesa, que cabe a parte prejudicada comprovar que o irregular indeferimento lhe retirou, ainda que apenas potencialmente, o direito que evidenciar os fatos a seu favor, porém a decisão ficou inerte em determinar que o juiz de primeiro grau motivasse adequadamente a mesma.

A situação acima narrada não guarda guarida no sistema probatório brasileiro, o juiz deve motivar a decisão interlocutória, e se não o faz o segundo grau não pode suprir tal fato, pode rever a decisão, inclusive por falta de motivação, mas não pode fazer às vezes, ou seja, motivar pelo juiz de primeiro grau. Se a decisão tivesse sido motivada, aí sim, caberia à parte recorrer pleiteando que o indeferimento, mesmo que motivado, foi errado, pois a prova negada teria potencialidade de alterar o convencimento do juiz.⁷⁶

⁷⁴OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Volume 1: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p47.

⁷⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.283.

⁷⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.286-287.

É apenas mediante o exercício de um controle efetivo sobre os motivos que conduziram o julgador a decisão tomada, que será possível conceber uma indispensável participação popular na administração da Justiça.

A legitimidade de uma decisão judicial deriva da correta exposição dos motivos que conduziram o raciocínio do juiz, verificando se houve a correta valoração da prova existente nos autos.

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados faz aumentar a necessidade de motivação das decisões judiciais, pois quanto maior for a possibilidade de haver discricionariedade do julgador, maior será a necessidade de exposição dos motivos, sob pena das decisões estarem eivadas de arbítrio e decisionismo.

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.

Logo, a motivação das decisões judiciais deve abranger a avaliação das provas, 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. Assim, a valoração das provas pelo juiz encontra um limite no dever de motivação, pois o magistrado precisa exteriorizar os motivos que formam o convencimento para efetivar a garantia das partes em ver o aludido direito à prova respeitado.

O artigo 475 do Código de Processo Civil exige que seja feito um relatório na sentença, e nesse o juiz deve expor os fatos controvertidos, as provas admitidas e produzidas, para que se tenha um parâmetro do que ocorreu até o saneamento do processo, cabe ainda a ele expor o conteúdo das provas, pois se não o fizer, será impossível identificar o quanto determinada prova foi importante para o convencimento do juiz, e ao final o quanto importou para a decisão que pôs fim a demanda.

Na verdade externar o conteúdo da prova é importante para que as outras partes do processo vislumbrem o que o magistrado entende sobre as provas que foram produzidas, e quais os rumos que seu raciocínio tomou para chegar a sentença, imagine-se a situação em que uma casa em construção desmoronou gerando prejuízo para os donos do empreendimento, no processo para apurar os responsáveis, a defesa quer demonstrar que um empreiteiro, que faz parte de uma pequena sociedade de fato de empreiteiros civis contratada

para a obra, não é o responsável pelo desmoronamento dessa determinada obra, e para tanto comprovam testemunhalmente que aquela construção nunca foi supervisionada por ele, e sim por um de seus colegas, com isso deseja isentar o mesmo de qualquer culpa no fato, mas o juiz entende que agindo assim esse engenheiro foi desidioso, ele deve na sentença expor que foi essa prova que lhe convenceu sobre a desídia do empreiteiro. Marrinoni arremata o entendimento: “é preciso valorar a prova individualmente e relacioná-las entre si”⁷⁷

Outro erro comum de se verificar nas sentenças proferidas no Brasil é a fundamentação unicamente nas provas que basearam a tese vencedora, ou seja, o juiz perpassa todas as provas que valorou positivamente na formação de seu convencimento, deixando de fora as motivação as razão de não ter se convencido pelas demais provas produzidas. Ora, se fizeram parte do processo devem ser mencionadas e as razões de seu não convencimento devem ser expostas claramente.

Geralmente o juiz faz um recorte para justificar apenas a tese que foi vencedora no seu entender, mas isso não é motivar a decisão, e sim justificar e argumentar juntamente com a parte vencedora, sendo que geralmente a parte que mais necessita da motivação é justamente a que teve sua tese improvida, Marinoni esclarece:

A motivação importa mais para o perdedor não apenas porque é ele que pode recorrer, mas especialmente porque é o perdedor que pode não se conformar com a decisão, e assim ter a necessidade de buscar conforto na justificação judicial. Além disso, não há como esquecer as obviedade de que a motivação também se dirige aos terceiros, isto é, ao público, que tem o direito de conhecer as exatas razões do juiz, além de ser imprescindível para o controle do seu poder⁷⁸

Da mesma forma entende Michele Taruffo, quando ao tratar do significado constitucional do dever de motivação das decisões judiciais, afirma que dentro da perspectiva endoprocessual, portanto, que representa o viés técnico da garantia, as funções primordiais seriam: a) facilitar a impugnação da decisão, quando as partes, conhecendo os motivos que levaram o julgador a decidir de tal maneira, podem formular sua impugnação para o tribunal superior; b) o tribunal ad quem, por sua vez, diante de uma sentença bem fundamenta, pode formular melhor sua decisão, pois, irá ter os fundamentos adotados pela sentença recorrida⁷⁹.

Temos aqui então, uma garantia que visa assegurar o controle do procedimento, quando através da motivação da decisão judicial, é possível averiguar a coerência lógica e racional que levou o juiz a aplicar determinada interpretação da regra legal.

⁷⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.287.

⁷⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.289.

⁷⁹TARUFFO, Michele. **Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione**, In Participação e Processo. GRINOVER, DINAMARCO, WATANABE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 38.

Na atualidade, surge a preocupação em reavivar o caráter problemático e dialético do direito, afastando a lógica apodítica e matemática da solução do litígio, que imperava durante a Idade Moderna. A verdade, ainda que processual, é um objetivo que interessa ao fim último do processo, e, portanto, sua busca constitui tarefa do juiz e das partes. O contraditório surge, neste momento, como instrumento essencial e apto a viabilizar o ambiente de diálogo e cooperação entre as partes, assegurando deveres de conduta entre as partes e o órgão judicial. A boa-fé deve ser observada por todos os envolvidos no diálogo judicial. Somente com a boa-fé pode-se chegar a uma decisão correta⁸⁰.

Note que nesse novo cenário o diálogo das partes que está inserido no processo assume papel de destaque na construção da melhor solução possível para a demanda posta. A resolução da controvérsia não surge da mera subsunção entre fato e norma, o juiz não é mais a *boca da lei*, tão comum ao positivismo jurídico, quando a função do órgão judicial era totalmente restringida a simples aplicação da letra da lei, pois essa era a visão do paradigma da época, que via nessa forma de hermenêutica uma garantia da imparcialidade e controle dos poderes do juiz e do Estado.

No processo de valorar a prova, o juiz deve primeiramente realizar uma valoração individual, ligando uma certa prova a um certo fato, e a capacidade dessa prova em demonstrar o fato; depois o juiz fará a valoração do conjunto probatório, já utilizando as provas valoradas individualmente, as máximas de experiência, as presunções⁸¹ e os indícios probatórios⁸² (que são valorados depois da individual, mas antes do conjunto), a valoração em conjunto é a valoração dos argumentos da convicção.⁸³

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 não significa que o juiz deva considerar eficazes todos os elementos trazidos ao processo, e não apenas o que foi deduzido pelas partes, porque isso ofenderia a sua autonomia.

⁸⁰MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil, Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

⁸¹“A presunção está calcada no conhecimento de um fato secundário, que geralmente é um indício, don qual se pode inferir direta ou indiretamente a existência ou inexistência de um fato principal (constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo), em: CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 361”

⁸²“O indício é um fato conhecido (v.g., sinal, vestígio, rastro, circunstância, comportamento, etc) que indica o fato desconhecido, o qual é a sua causa ou sei efeito. Por exemplo o protesto de um título indica po estado dos negócios do devedor, a ferida em um cadáver, dá as dimensões do punhal que serviu o criminoso etc, em CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p. 361”

⁸³MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.301.

Ao lado da motivação, a publicidade dos atos processuais serve como requisito legitimador da proteção judicial efetiva, mecanismo de controle, pelas partes e pela sociedade, das decisões judiciais. As garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal apenas são eficazes se o processo pode desenvolver-se sob o controle das partes e da sociedade.

O direito processual atual é o direito constitucional aplicado, o que significa que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, mas uma ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social⁸⁴.

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.

Com base no acima explanado se pode notar que o dever de motivação das decisões judiciais, em que pese estar positivado no artigo 93, inciso IX e X da Constituição Federal, também pode ser identificado dentro da garantia do devido processo legal e do direito ao acesso à justiça, identificado também no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º, da mesma carta.

Vale a menção do caráter político que se afere do dever de motivação, por meio dela é possível exercer o controle do órgão judiciário, inibindo a arbitrariedade e permitindo que a sociedade participe e exerça um controle sobre as razões de decidir do magistrado, antes essa vigilância se limitava as partes do processo, mas com o alargamento do caráter processual da motivação, para uma garantia constitucional de todos os cidadãos, o que ocorreu com a Constituição de 1988, sempre que uma decisão for omissa em observar os argumentos dos litigantes, ou mesmo não proceder a esmerada valoração das provas do processo, toda a sociedade está ameaçada com essa arbitrariedade.

Desta feita, é válido salientar que o dever de motivação das decisões judiciais é uma garantia da sociedade frente a possibilidade de arbítrio estatal, perfazendo assim um direito fundamental do cidadão que fornecem legitimidade constitucional ao Estado,

⁸⁴OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-valorativo**. 4ª ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p.78-79.

bem como os elementos para a legitimidade formal e material da ordem jurídica posta.

3.4 A ARGUMENTAÇÃO E O CONVENCIMENTO JUDICIAL

A realidade contemporânea alterou o que se entendia como conceito, função e objeto da prova no processo civil, e tal pode ser verificado a partir de dois fatores: o primeiro, se debruça sobre as mudanças que ocorreram a partir da segunda metade do século XX, com a modificação de vários paradigmas da ciência jurídica, e, por conseguinte, o surgimento de uma nova forma de ciência jurídica; o segundo fator é o atual direcionamento do pensamento lógico no sentido da preservação dos direitos fundamentais⁸⁵.

Vislumbra-se como uma marca dessa ciência jurídica pós segunda metade do século XX, uma abordagem analítico-argumentativa⁸⁶, que passa a ser utilizada por conta da insatisfação com o método anterior do silogismo, com estruturas de sistema fechado e a utilização de premissas, que em tese seriam verdadeiras e levariam a soluções de mesma natureza.

Importante ressaltar que no estágio em que se está não existe uma posição unívoca entre os vários métodos empregados no enfrentamento dos fenômenos jurídicos, existem apenas pontos de convergência frente à heterogeneidade.

Desse modo, o presente trabalho preocupasse com a liberdade de que o magistrado tem para formar seu convencimento e valorar a prova, e ainda com a existência de mecanismos constitucionais e processuais capazes de limitar essa atuação.

Os estudos mais significativos, referente a essa possibilidade de controle dizem respeito a demonstração de uma argumentação jurídica capaz de legitimar as tomadas de decisões, contudo mesmo a argumentação pode ser analisada e absorvida de diferentes formas, pois são várias as doutrinas sobre esse tema.

Com intuito de apresentar algumas bases, mas sem a intenção de aprofundar o assunto, necessário se faz uma breve explanação de alguns autores sobre o fenômeno argumentativo, como Theodor Viehweg (Teoria Tópica), Chäim Pereleman (Nova Retórica), e Ronald Dworkin (Teoria da integridade)

⁸⁵REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 72.

⁸⁶REICHELTL, Luis Alberto. . **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, op. cit p. 73.

3.4.1 Viehweg e a redescoberta do método tópico

Em 1953, Theodor Viehweg publica o livro denominado: *Tópica e Jurisprudência*⁸⁷, e com ela são lançadas novas bases para o pensamento da ciência jurídica, questionando justamente o sistema de premissas, até aquele ponto adotado.

A obra tem por base a distinção de dois métodos científicos: a *Tópica*, oriunda de Aristóteles, onde a premissa do intérprete é o problema proposto para exame, ou seja, se emprega uma rede de pensamento problemático; e o outro método científico, denominado Cartesiano, no qual a partir de uma primeira premissa, necessariamente verdadeira, se constrói uma cadeia de raciocínio dedutivo, em uma corrente sistemática, que ao fim propõe a purificação do direito pela ciência comprovável.

A abordagem ofertada pela perspectiva da *Tópica* ultrapassa um posicionamento meramente teórico, e compreende que negar esse exercício seria limitar o horizonte de investigação do jurista. A função dos *topoi* é servir de discussão para os problemas, sendo o debate a única forma de controlar os argumentos empregados em um processo, e a *tópica* é o privilégio do pensamento criativo frente ao pensamento sistemático.

O autor sofreu algumas críticas principalmente daqueles que não aceitam a tendência desse modelo científico em querer monopolizar a questão da problemática, como se ela fosse um atributo encontrado apenas no seio dessa teoria, para eles o problema da *tópica* permeia todo o pensamento científico, visto que problema é tudo aquilo que não possui de antemão uma resposta clara, desse modo não haveria incompatibilidade da *tópica* com o conceito de sistema jurídico, ao contrário, como para esses críticos, dentre eles Claus Canaris, o sistema de *topoi* é insuficiente para fornecer respostas válidas a todos os questionamentos do direito, nada melhor do que somá-los à possibilidade de um sistema objetivo.

Outro crítica realizada pontua a efetividade e aplicabilidade dos conceitos vagos, afirmando que esse método não permitiria discutir racionalmente questões relacionadas ao conceito de justiça⁸⁸.

Mesmo que se vislumbre a procedência de algumas críticas deve-se ter em mente que a redescoberta da *Tópica* ocorre por conta do contexto histórico de insatisfação com as ferramentas jurídicas existentes à época, o desgaste do positivismo jurídico, e o empobrecimento dos modos de aplicação do direito.

⁸⁷VIEHWEG, Theodor. **Topica Y Jurisprudencia**. Madri: Taurius Ediciones, 1964.

⁸⁸REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 74.

A Tópica consegue fornecer respostas insolúveis à luz da perspectiva metodológica jurídica anterior, assim não se deve ver a implementação desse método científico como capaz de substituir na totalidade o sistema jurídico vigente, se assim ocorresse, o direito não sobreviveria, sendo na verdade uma forma de repensar o sistema a partir de seu conteúdo hermenêutico.

Ao analisar profundamente a teoria nota-se a impossibilidade da simples utilização de métodos dedutivos para aferir a correção da argumentação jurídica, já que a tópica apenas fornece uma porção de premissas (tópicos), contudo, não desenvolve um critério de hierarquia entre elas, o que faz com que a aplicabilidade da teoria não alcance a finalidade pretendida.

Todavia da conjugação dos dois sistemas metodológicos, temos uma via que fornece atenção ao problema do caso individual, com respostas a partir de um todo pensado anteriormente, e a possibilidade que a resposta só surja com um questionamento formulado por um doutrinador, ou seja, sem a limitação de um sistema fechado.

Nesse ambiente a atividade probatória não estaria limitada aos contornos de um ordenamento hermético, podendo também ser demandada de acordo com as nuances do caso concreto.

3.4.2. A Nova retórica de Chaïm Perelman

Esse autor parte das premissas de Viehweg para defender a aplicação da retórica e da dialética na ciência jurídica, pois também analisa que o método cartesiano oferece uma limitação à faculdade de raciocinar juridicamente, e por conseguinte de produzir provas de modo satisfatório a convicção judicial.

Chaïm Perelman faz uma distinção entre raciocínio analítico e dialético, e dentro do raciocínio dialético diferencia as atividades de demonstração e argumentação. Na demonstração basta apresentar uma proposição inicial e em sequência realizar uma dedução, assim será efetuado um sistema axiomático de demonstração; já na argumentação se trata de influenciar por meio do discurso e conseguir a adesão do auditório, pois a argumentação visa a adesão dos espíritos que compõe o auditório, a relação entre orador e auditório.

Essa nova retórica vislumbra duas formas de argumentação: a persuasiva, que pretende valer só para um auditório particular e específico; e a argumentação convincente que em tese deveria obter a adesão de todo ser racional.

Perelman diz também que, no âmbito da retórica, a noção de auditório é peça central, pois o discurso só é eficaz quando direcionado ao público que se pretende persuadir ou

convencer, assim o doutrinador faz também uma diferenciação em três níveis de auditório: o primeiro que é composto por toda humanidade, chamado auditório universal; o segundo formado pelo interlocutor e aquele a quem ele se dirige; e o terceiro formado pelo próprio sujeito enquanto ser que delibera os seus atos. Note que para o autor esses auditórios não são independentes, e sim sucessivos.

É interessante destacar, na obra de Perelman, que existem diferentes pontos de partida para a argumentação: existem os pontos situados no plano real, como os fatos, as verdades, e as presunções; e os situados no plano do preferível, que incorporariam os conceitos de valores, de hierarquia e lugares do preferível, essa distinção é importante, pois Perelman entende que os acordos relacionados ao plano do real não precisam da argumentação, uma vez que são acordos universais.

O doutrinador conclui que existem características indispensáveis para que se possa desenvolver a figura da retórica, deve haver uma estrutura independente do conteúdo material que se deseja convencer o auditório, e uma forma de se expressar diferente do modo usual, para assim assumir uma figura de destaque⁸⁹.

A maior crítica quem faz ao autor é Robert Alexy, pelo fato do mesmo não ter adentrado substancialmente no estudo da estrutura lógica dos argumentos que examina, impossibilitando a sistematização do método, informa que Perelman erra ao afirmar que a passagem de premissas às conclusões, no método argumentativo, ocorre de forma diferente de como ocorre no método dedutivo⁹⁰.

O grande entrave dessa teoria é ter como pressuposto para a obtenção de uma conclusão, a aceitabilidade das premissas, e o grande valor da retórica está em desafiar os limites da racionalidade cartesiana, romper com a perspectiva da lógica que diminuía a possibilidade de investigação e apoucava a atividade probatória.

3.4.3 A integridade de Ronald Dworkin.

Na linha de combate ao arbítrio judicial, o doutrinador Ronald Dworkin foi o que de maneira mais árdua criticou a discricionariedade judicial, e afirmou que a mesma não deve ter local na decisão judicial, com suas teses, o autor consegue demonstrar que o espaço de

⁸⁹Para melhor conhecer os estudos do autor sobre o tema da retórica ver: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucile. **Tratado da argumentação – A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁹⁰REICHEL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p.79.

discrecionalidade que a escola positivista aceita como inevitável, não existe, se a decisão for tomada levando em consideração a integridade do ordenamento jurídico posto, com especial enfoque para os princípios que o norteiam, e mesmo para os chamados “casos difíceis” existe uma resposta correta.

A noção de integridade argumentada por Dworkin vem inovar a doutrina, na tentativa de responder os questionamentos de hermenêutica jurídica, ele trata o direito como um conjunto de normas que deve apresentar soluções a todas as situações postas como conflituosas, mesmo que aparentemente não reguladas pelo ordenamento jurídico.

Dworkin traz uma teoria combatente ao pensamento positivista, colocando os princípios como vetores da decisão judicial. O ponto principal da teoria da integridade de Dworkin é a noção de haver um valor moral no respeito à integridade e à coerência em um sistema jurídico, aponta o professor a necessidade do direito manter uma concepção coerente que reflita os valores da comunidade política. Trata-se da noção de fidelidade a um sistema de princípios, segundo a qual cada cidadão tem a responsabilidade de identificar e se manter fiel ao sistema de princípios e valores da comunidade a qual pertence.

Note que o almejado por Dworkin são julgamentos que compreendam todas as virtudes políticas e que considere o direito como uma integridade, que volta ao passado para obter as bases, mas que julga a partir da realidade contemporânea.

O doutrinador acredita que as leis devem ser interpretadas considerando o conjunto que forneceria a melhor justificativa, no caso da igualdade, a convicção geral é que todos devem ser tratados de modo igual perante a lei, em uma tentativa de resolver o problema da justiça e da equidade, sem estabelecer uma ordem de prioridade, e sim tentando harmonizá-las. Vale a pena mencionar que o autor trabalha a justiça em uma dimensão substantiva e a equidade em uma dimensão procedimental, procurando encontrar o melhor procedimento para decisões políticas⁹¹.

A noção proposta pelo autor lembra a teoria da mutação constitucional, uma vez que estabilidade não pode significar jamais a imutabilidade das normas constitucionais. As constituições são, por assim dizer, organismos vivos, para que uma constituição possua efetividade, que seja observada e cumprida na prática, deve corresponder essencialmente aos fatores reais de poder e, portanto, tem de seguir o ritmo imposto pelas mudanças sociais que eles determinam ao longo do tempo, fazendo, desta forma, prevalecer no mundo dos fatos os valores nela consubstanciados.

⁹¹DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p.215-217.

Como ainda assim tratam-se de leis, ele irá interpretar cada uma delas observando todos os aspectos, para chegar ao melhor resultado possível, apesar de exigir julgamentos políticos, eles não são como os utilizados para as leis comuns, e suas convicções políticas e sobre a justiça não influenciam seu julgamento interpretativo geral, não só pelo que diz a lei, mas também por conta da equidade e da integridade.

Com intuito de elucidar sobre o que se trata a teoria da integridade, Dworkin faz uso da figura elucidativa do “romance em cadeia”, nessa analogia, o Juiz seria o escritor de um romance, porém ele estaria acrescentando capítulos a um livro que já vem sendo elaborado por outros escritores que lhe antecederam, para que a tarefa ocorra a contento, esse juiz tem que ter total conhecimento do que foi escrito antes, e entender o mote principal da peça, ao escrever um novo capítulo, deve tentar manter a coerência ao enredo já desenvolvido por seus antecessores.

Assim, Pela noção do “romance em cadeia”, o magistrado, ao decidir, deve considerar os princípios e valores adotados pelos precedentes judiciais já estabelecidos nos julgamentos que lhe antecederam, buscando decidir de uma forma harmônica com o sistema jurídico vigente e com a sua história⁹².

O juiz deve examinar os precedentes anteriores e encontrar a teoria jurídica capaz de explicar a maioria das soluções adotadas por seus antecessores, de posse desta teoria, ele poderá solucionar o caso que lhe for apresentado, mantendo-se íntegro ao ordenamento jurídico.

Para confirmar sua tese, de que o direito e os conceitos morais não podem ser apartados, Dworkin justifica seu ponto de vista a partir de um método de redução do absurdo (*reductio ad absurdum*), partindo da premissa contrária, ou seja, de que as leis não precisam se manter coerentes e íntegras às escolhas morais, constatando o resultado absurdo de tal consequência, em seu livro ele parte para hipóteses em que o situações absurdas surgiriam desse fato, como uma legislação que permitisse o aborto para mulheres que nascessem em anos pares, mas proibisse o aborto para as que nascessem em anos ímpares, nesse caso tantos os a favor como os contra o aborto repudiariam a lei, concluindo que os cidadãos esperam que a legislação faça opções morais e que se mantenha coerente às opções morais adotadas, as quais, para o bem ou para o mal, devem ser aplicadas a todos os membros da comunidade política⁹³.

⁹² Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p.274-279

⁹³ Dworkin, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p.216-217.

Verificando o caminho percorrido pelas teses típicas de hermenêutica jurídica nota-se que a cada vez mais a aplicação do direito de afasta das regras massificadas e caminha à reivindicar um sistema mais dinâmico e atento às peculiaridades do caso concreto, contudo atento ao fato de que a aplicação da norma não pode se dar de forma 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 possibilidade de encontrar a solução correta para o caso posto, todavia deve-se mencionar que esse ideal capaz de fornecer balizas averiguáveis sobre o convencimento judicial não está tendo avanços comparáveis no estudo do direito probatório.

3.4.4 A Mudança do paradigma processual e o avanço no estudo da prova.

Observando a mudança paradigmática não se pode negar um ganho de qualidade na metodologia argumentativa, quando comparada ao paradigma cartesiano, mas como se trata de uma mudança não apenas teórica, mas também pragmática, existe um esforço no sentido da aplicação da persuasão racional do juiz como escopo da finalidade de instrução processual, o mesmo empenho é realizado em relação às argumentações de proporcionalidade em matéria probatória⁹⁴, todavia não existe um significado efetivamente empregado a essa nova visão paradigmática no momento da realização das provas, e como não há forma para aplicação dessa argumentação na atividade probatória, persiste o método dedutivo, que não consegue alcançar a complexidade para a solução do problema, pois já se comprovou ser insuficiente.

Note-se que os novos meios de prova, como à digital, ou de estudo genético não podem ser atendidos pelo paradigma passado, contudo a argumentação fomenta a discussão das reais razões que levam ao juiz decidir, deixando transparecer inclusive o quanto a bagagem cultural permeia as decisões judiciais, favorecendo um debate processual entre as partes, com igual capacidade de influenciar na decisão sobre a produção de provas.

A finalidade da prova no processo civil, que antes era tratada como exercício de demonstração da verdade dos fatos, passa a ser uma razão construída conjuntamente por todos os sujeitos do processo.

O que se tem hoje é a conciliação de realidades *a priori* inconciliáveis, o pensamento sistêmico (para os pontos onde não paira a dúvida) e a retórica (para superar as dificuldades

⁹⁴ REICHELTL, Luis Alberto. . **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 86.

que seguem da incompletude e obscuridade do sistema jurídico), permitindo inclusive a superação do modelo dedutivo de raciocínio relacionado à prova.

Importante salientar que na atualidade coexiste um sistema temperado, com obediência ao sistema racional analítico, e aos comandos de natureza ética, ou seja, razão e valor se entrelaçam na construção das decisões.

A metodologia contemporânea modificou a repartição das cargas de competência das partes e do juiz na construção do diálogo processual, com grande reflexo no momento da produção da prova, justamente no momento de estreitamento da jurisdição com o princípio democrático, assim as funções de participação e representação não são meras formalidades, as partes têm direito de participar e ver a sua participação influir e ser debatida na decisão, essa obrigatoriedade de representação adequada e de participação funciona como uma limitação a manifestações processuais arbitrárias.

No estado atual do direito, o princípio dispositivo⁹⁵ e o princípio da imparcialidade judicial devem ser harmonizados para sua completa efetivação. Em regra o princípio dispositivo simboliza o monopólio das partes quanto à exposição da questão debatida em juízo e a adstrição do julgador aos limites por elas fixado, entretanto não se pode confundir o momento inicial, onde ocorre a alegação dos fatos jurídicos que sustentam a pretensão *sub judice* e o pedido, com o momento posterior, de andamento interno do processo concernente a demonstrações de cunho probatório.

Assim existe o momento das alegações dos fatos, no qual as partes decidem o objeto do processo e vinculam o juiz ao dever de julgar dentro da realidade trazida aos autos; sendo outro momento o referente à prova das alegações, nesse evento o juiz também participa ativamente não ficando adstrito às iniciativas que anteriormente era exclusivas das partes.

Em razão dos interesses públicos tutelados pelo ordenamento jurídico, o Legislativo pode interferir no princípio dispositivo, criando situações de maior ativismo judicial⁹⁶ na determinação dos contornos pela parte do objeto da demanda, tal prerrogativa não pode ser confundida com uma liberdade total do legislador e do julgador em interferir na modulação da

⁹⁵“Por um longo período histórico, entendeu-se que o Princípio dispositivo destinava exclusivamente à parte a iniciativa do ingresso em juízo, assim como na fixação do objeto do litígio e a prova dos fatos alegados. Daí o aforismo *judex secundum alleata et probata a partibus judicare debet* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pela parte). Todavia elaborações doutrinárias posteriores demonstraram que não se pode confundir o pedido de tutela jurisdicional e a fixação dos contornos do objeto do processo com as atuações de cunho probatório”, em: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Volume 1: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p.64.

⁹⁶O termo ativismo judicial é empregado no trabalho no sentido de que o juiz pode ser ativo no processo buscando provas, marcando tentativas de conciliação, e agindo processualmente de ofício, ou seja, um juiz que empreende esforços para a resolução final da lide sem ultrapassar as barreiras impostas pelas partes na demanda.

intensidade do princípio dispositivo, devendo essa maior intromissão guardar relação com o contexto cultural.

Esse juiz do Estado contemporâneo participa efetivamente no debate travado nos autos, rompendo com o modelo histórico, em busca da efetividade judicial, mas isso não quer dizer que ele seja um juiz parcial.

Correto o entendimento do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira com relação à possibilidade do juiz interferir na atividade probatória, para que tenha subsídios de formação de uma convicção para decidir, não cabendo ao julgador delimitar o problema a ser resolvido, essa é a função das partes no processo, mas o mesmo pode agir de ofício em busca das provas necessárias para o deslinde da lide, e não só isso, o juiz é livre também para fazer a apreciação dessas provas⁹⁷

A necessidade de convivência entre o ato das partes de cumprir o ônus de alegações e contestações, e o dever do juiz faz nascerem dois problemas a serem harmonizados: 1) a liberdade das partes em apontar o objeto jurídico em debate e 2) o dever do juiz de julgar com base no que está filtrado nos autos, ressalvadas as possibilidades previstas em lei.

A garantia do contraditório tem um caráter instrumental, sendo necessária para assegurar os pressupostos de regularidade de desenvolvimento do diálogo entre as partes e o juiz durante o processo. As partes trazem suas manifestações que devem ser analisadas pelo juiz.

O responsável pela sentença é o juiz, mas ele deve prolatar a mesma em acordo com todo trabalho desenvolvido na marcha processual, respeitando os limites e as finalidades impostas pelo ordenamento jurídico, ou seja, a sentença é o produto final de vários atos conectados entre si, sendo a legitimidade da decisão condicionada ao respeito dessa diálogo entre as partes e o juiz.

A consagração constitucional do princípio do contraditório fixou a noção que o princípio democrático tem uma feição processual, e dessa forma se fixou como uma garantia fundamental do processo o direito dos sujeitos processuais de participarem do debate processual.

O indivíduo deve ter condições de manifestar-se no processo afim de preservar a igualdade e o equilíbrio processual, mas note que a manifestação tem que guardar consonância

⁹⁷“Não há dúvida de que o juiz, para melhor formar sua convicção, deve até de ofício determinar a realização de determinadas provas, mas, se apesar de tudo a dúvida permanece, não pode considerar provados os fatos só porque lhe parece justo acolher o pedido inicial, devendo, isso sim, basear-se e, juízos de Verossimilhança, fundados na experiência geral.”, em: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª edição. São Paulo:Saraiva, 2010.

com a finalidade do processo⁹⁸, como exemplo de pertinência pode-se destacar a imprescindibilidade de que as partes falem no curso da demanda, quando na mesma há utilização de prova emprestada de outro processo.

Outro direito é o de instaurar um diálogo entre os sujeitos processuais, pois existe uma estrutura dialética no qual todos contribuem para a resolução do problema, sendo vedado ao magistrado silêncio frente a uma manifestação pertinente. Persiste ainda o direito ao estabelecimento de uma mecânica de colaboração entre os sujeitos processuais para a construção do provimento jurisdicional, sendo isso nada mais do que a cooperação entre as partes para a construção de uma decisão justa, impedindo atitudes protelatórias, coibindo até mesmo atitudes de magistrados que ultrapassam os limites de sua atividade no processo⁹⁹.

E por fim, há de se resguardar ainda o direito de não surpresa das partes, quando da prolação da sentença, deve o julgador encontrar limites para sua decisão, não sendo lícito fundamentar a mesma em um aspecto que não tenha sido analisado pelos integrantes da discussão dos autos.

A antiga estrutura de separação de tarefa entre os sujeitos processuais, fruto do liberalismo, cede espaço a nova ordenação dos poderes, dos deveres e do ônus dos sujeitos processuais, em acordo com a atividade jurisdicional contemporânea, hoje essa ordenação serve apenas como forma de frear o arbítrio estatal, sendo um instrumento de realização dos fins que esse Estado se compromete a cumprir, com respeito a liberdade, a democracia e sempre visando à preservação dos direitos fundamentais¹⁰⁰.

O processo passa a ser ferramenta da justiça, e não mais um fim em si mesmo, mudando a realidade anterior da prova, que trazia incontáveis prejuízos para o convencimento judicial¹⁰¹.

⁹⁸ É necessário fazer a ressalva de que apesar de imprescindíveis contraditório e ampla defesa não são absolutos em nosso sistema jurídico, tanto que é prevista a possibilidade de decisões serem tomadas *inaudita altera pars*.

⁹⁹ REICHEL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p.102-1110.

¹⁰⁰ O estabelecimento de diálogos entre os sujeitos processuais é, antes de tudo, uma decorrência da coexistência de uma pluralidade de vozes que se comunicam nos autos em torno de um problema a ser resolvido, em REICHEL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p.104.

¹⁰¹ Antes o juiz quando analisava as provas o fazia de acordo com uma tabela de valores, ou seja, o legislador atribuía um valor a cada ato de provar, o que se chamava tarifa, o juiz não podia apreciar livremente o peso de cada prova produzido no processo, para explorar melhor o tema em: DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7ª edição. Salvador: JusPODIUM, 2012, v.2, p. 40.

4 CONVENCIMENTO JUDICIAL E A VALORAÇÃO PROBATÓRIA

4.1 A INFLUÊNCIA DOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO DO DIREITO COMPARADO NA VALORAÇÃO DAS PROVAS

Uma vez apresentada uma demanda em juízo, o juiz não pode deixar de julgar alegando obscuridade na lei, ou falta de provas, ou seja, provados ou não os fatos alegados, haverá uma decisão judicial com a finalidade de por termo ao conflito.

Muito já se falou a respeito da impossibilidade de encontrar a verdade dos fatos a partir da reconstrução do passado, pois por melhor que se desincumbam dessa tarefa não há como passar do terreno da probabilidade para o da certeza, pois mesmo na melhor das hipóteses as falhas do tempo incidirão sobre a busca dessa verdade.

Nesse diapasão cresce a necessidade de se analisar os denominados modelos de constatação, “dispor de uma teoria que diga quando, ou sob que condições, os elementos de juízo disponíveis são suficientes para que se repute racional aceitar uma proposição como verdadeira no âmbito do raciocínio decisório.”¹⁰²

No processo penal existe a norma constitucional da presunção de inocência, ou seja, não havendo provas o réu há de ser absolvido, no processo civil não existe uma norma que se traduza dessa forma, não se pode declarar uma demanda improcedente, no primeiro momento que não se verifica a existência de provas suficientes para um convencimento judicial baseado na probabilidade da verdade.

Por conseguinte, toda decisão envolverá um certo grau de probabilidade, assim tudo o que se pode fazer no decorrer da instrução é buscar um certo grau de certeza, de que um ou outro fato são reais. Assim, não é sem razoabilidade que se pretende, de alguma forma, medir esses graus de probabilidade do processo.

Para melhor compreender o funcionamento dos modelos de constatação, também chamados de *standards de comparação*, basta destacar algumas notas atinentes à aplicação dos princípios jurídicos. Via de regra os princípios jurídicos são dotados de um conteúdo mais aberto do que as regras jurídicas. Por isso, enquanto o conflito de regras pode ser posto em termos de uma antinomia, que se resolvem pelo conflito aparente de normas, no caso dos princípios, tem -se, freqüentemente, a ocorrência de polaridades, conflitos ou tensões, que se resolvem mediante juízos de balanceamentos.

¹⁰²BELTRÁN APUD KNIJNIK em KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p. 34.

Os *standards de comparação*¹⁰³, porque voltados para o controle do juízo fático, porque assimilados, operam semelhantemente aos princípios jurídicos, envolvendo, pois, abertura e alta flexibilidade, esses modelos não são estanques e fechados, sob pena de seu próprio perecimento, eles não podem ser aplicados por via do procedimento silogístico de subsunção, eles são maleáveis, completados com base em critérios meta-jurídicos, que apenas se integralizam ao serem aplicados ao caso concreto, e depois do crivo do contraditório.

Sobre a utilização desses modelos de constatação na atividade probatória, é relevante não apenas o resultado da convicção, mas o processo inferencial que levou a aplicação do mesmo, esses modelos são barreiras ao subjetivismo e à arbitrariedade, ou seja, mais uma vez a argumentação é peça central no estudo da prova, pois é através dela que o juiz construirá seu raciocínio. Sobre o assunto:

Então, ou se assume que a argumentação tem um papel fundamental a desempenhar naqueles setores “essenciais da vida humana” em que verdades e premissas universais e “necessariamente” válidas não são praticáveis, ou se relegam essas mesmas experiências vitais da humanidade – dentre elas o direito – ao subjetivismo, à arbitrariedade, à irracionalidade¹⁰⁴.

A análise judicial deve estar atenta para todos os ângulos apresentados no processo, nesse contexto, o diálogo proporcionado pelo princípio do contraditório, passa a ser de fundamental importância, superando a dimensão meramente formal do contraditório, que por muito tempo foi aceita como legítima. A utilização dos modelos de constatação permite que se traga ao debate, regrado e inteligível, critérios decisoriais importantes que, até então, não possuíam um código comum e, que acabavam ficando fora da discussão crítica¹⁰⁵.

O professor Danilo Knijnik aposta nos standards como uma ferramenta procedimental, mas não como o procedimento era compreendido antigamente, como pura forma, ele fala da visão que os modernos doutrinadores chamam de procedimento substancial, onde há diálogo no processo, e acredita que os modelos de constatação são uma forma do direito se autocontrolar:

Essa “visão procedimental”, que, em filosofia, dá lugar à altamente problemática “ética procedimental”, oferece, dentre outras vantagens, o estabelecimento de pontos

¹⁰³“Como se vê, “modelos de constatação” são critérios, pautas objetivas, sujeitas ao controle e a discussão das partes, na constatação de fatos, e auxiliam na evitação de erro ou arbítrio”, em KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p.18.

¹⁰⁴KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**.p. 15.

¹⁰⁵ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. p.17

de encontro entre posições opostas, atenuando o confronto, viabilizando o discurso leal, aberto, franco, ensejando o pluralismo de ideias, convidando à síntese racionalizável. Nesse contexto, os standards podem colaborar na denúncia de desvios lógico -inferenciais, no sentido de indiciar a ocorrência de erros, subjetivismos, arbitrariedades, a partir do exame lógico do “como”, do “por que meios”, do “por que maneira” etc. atingiu-se uma certa convicção. No âmbito jusfilosófico, portanto, esses standards, uma vez que sinalizam uma reação do próprio sistema quanto à sua externa e manifesta falibilidade, estão ligados a uma compreensão autopoietica do direito, ainda que de modo parcial. Na medida em que o próprio processo reconheça a chance de erro na apropriação do fato, esse elemento perturbador (a chance de erro) deve ser incorporado pelo sistema e, por ele, regulado.

O processo de valoração das provas capaz de produzir o convencimento judicial é muito complexo, e os standards jurídicos são um meio de controle dessa atividade. Francisco Rosito resume: “justamente aqui entra em cena os modelos de constatação na formação do juízo de fato, porquanto servem de pauta ou critério para definir se a aceitabilidade dos resultados produzidos pelos meios de prova é suficiente para resultar no convencimento judicial¹⁰⁶”

Nesse contexto várias são as teses a respeito da valoração da prova e do convencimento judicial que se disseminaram nos sistemas jurídicos internacionais, algumas com base na argumentação, outras de cunho matemática, algumas com a utilização de standards de constatação, e outras não, apesar do elenco não poder ser exaurido aqui, urge que se identifique ao menos alguns dos standards jurídicos existentes para o controle lógico da convicção judicial, observadas suas características gerais, pois as mesmas, em alguma porcentagem, exercem influência no direito pátrio.

4.1.1 A tese sueca sobre o convencimento judicial

A tese sueca de convencimento, apesar de sua origem na escandinava, alcançou grande sucesso na Suécia, com Per Olof Ekelöf. Ela está relacionada com a regra do ônus da prova, assentada no ordenamento brasileiro no artigo 333 do Código de Processo Civil, que incumbe ao autor o ônus de demonstrar o fato constitutivo, e ao réu o ônus de demonstrar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do seu direito; e as críticas sofridas por essa prática, pois as mesma expõe que não há racionalidade em julgar contra o autor que demonstrou o que alegou com certo grau de probabilidade, mas não conseguiu convencer o juiz.

¹⁰⁶ ROSITO, Francisco. **Prova e Modelos de Constatação na formação do juízo de fato**. Revista de Processo, São Paulo, n. 157, ano 33, março 2008

A teoria propõe uma restrição a utilização da regra do ônus da prova, quando o juiz pudesse adquirir com as provas produzidas no processo uma convicção de verossimilhança. Em certos casos, o juiz deveria chegar à verossimilhança prevista na lei, enquanto que, em outros, ele mesmo poderia determinar o grau de verossimilhança necessário, considerando as circunstâncias do caso concreto, pois para os adeptos da tese, a inexistência de previsão legal não proibiria o juiz de julgar com base em verossimilhança, se chegasse a conclusão que essa opção serviria melhor a justiça do que a regra do ônus da prova.

O raciocínio judicial deve observar duas fases: na primeira o juiz estabelece o grau de prova suficiente e, na segunda, atribui determinado grau às provas produzidas. Somente quando a prova não alcançar o grau preestabelecido é que o juiz lançará mão da regra do ônus da prova. Marinoni, ao descrever essa tese informa que Salvatori Patti, com base nos estudos do difusor da tese, fala em porcentagem para se alcançar essa verossimilhança, com o índice de 75% como sendo a nota de corte aceitável.¹⁰⁷

Note que essa tese não se preocupa com a valoração da prova em sim, e sim com o convencimento alcançado por essa valoração, pois ela se atém ao fato de que depois de haver a avaliação das provas produzidas, ainda que se tenha obtido apenas a verossimilhança, esse julgamento racional é mais produtivo do que o julgamento com base na regra do ônus da prova.

4.1.2 Verossimilhança Preponderante

Ainda insatisfeita com a ideia de que o julgamento fundado em verossimilhança apenas seria possível nas hipóteses em que a lei, ou o juiz considerando as especificidades de determinada situação de direito material, determinassem um grau de probabilidade suficiente, a doutrina sueca foi mais adiante para concluir que o julgamento poderia fugir da regra do ônus da prova quando existisse um *mínimo* de verossimilhança preponderância da prova, vale dizer, *um grau de 51%*.¹⁰⁸

Assim como a sua precedente seu enfoque é mais no convencimento judicial do que na valoração da prova. Desse modo, se a posição de uma das partes é mais verossímil que a da outra, *ainda que minimamente*, isso seria suficiente para lhe dar razão, na lógica matemática se uma parte demonstrar um grau de 51% a verossimilhança da alegação, isso tornaria a sua

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.89-90

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.90

posição mais próxima da verdade, o que permitiria *um julgamento mais racional do que o possibilitado pela regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada*¹⁰⁹.

Nesse sentido, a doutrina fala em verossimilhança preponderante - na Suécia em *Överviktsprincip* e na Alemanha em *Überwiegensprinzip* - para significar a suficiência de um grau de probabilidade *mínimo*. A ideia de ônus da prova acaba assumindo importância, como uma régua, com um marcador no meio, que indicaria a parte que deveria obter êxito, o ônus da prova constituiria o ponto central dessa régua, e assim o ônus de produzir prova *não pesaria sobre nenhuma das partes*. A parte que conseguisse fazer a régua pender para o seu lado, ainda que a partir de um mínimo de prova, mereceria ganhar a causa, quando então prevaleceria o princípio da verossimilhança preponderante¹¹⁰.

A principal crítica a essa tese diz respeito é que não é possível medir, em termos matemáticos, a graduação de uma prova ou de um conjunto de provas, o que impediria a devida justificação da "verossimilhança preponderante". *É preciso que exista algo externo à prova para justificar a redução da sua exigência*. O professor Marinoni não se convence com a teoria e externa: "Ora, supor que o juiz, *em regra*, deve proferir a sentença com base na verossimilhança que preponderar, *é simplesmente imaginar que o juiz não precisa se convencer para julgar*"¹¹¹

4.1.3 A tese de redução do módulo da prova de Gerald Walter

O processualista alemão que muito contribuiu para o estudo da convicção judicial, expôs três métodos de constatação dos fatos: o modelo da convicção da verdade, o modelo de controle por terceiros e o modelo da verossimilhança, cuja variante mais importante seria o modelo da preponderância¹¹².

O que diferencia sua tese das demais acima apresentadas, é que o autor busca saber se existe um princípio unitário, válido para todos os casos e procedimentos, segundo o qual deveria ser feita a constatação dos fatos, Indaga, em outros termos, se aquilo que chama de "módulo da prova" poderia variar conforme a situação concreta, e acaba por concluir que, quando se determina o "módulo da prova", não há como deixar de levar em conta a matéria

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.90

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.91.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.91.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.91

subjacente ao direito processual, sob pena de os fins do próprio direito material serem desvirtuados, ou ainda de se entrar em choque com outros importantes princípios do direito.¹¹³

A tese de Gerald Walter defende que na adequação e na legitimidade do módulo da prova, não basta considerar os princípios jurídicos, ainda que os mais elevados, mas é também necessário analisar os propósitos que o legislador teve em relação a uma matéria concreta, seja quando a lei os mencione expressamente como fins, ou quando possam ser inferidos a partir das razões da lei ou do procedimento; o módulo da prova dos procedimentos diferenciados tem que responder a esses fatores e, assim, ser variável.

Marinoni, estudando a tese de Walter, afirma que na valoração da prova não há espaço para um modelo unitário representado pela "verdade", que seja aplicável à todas as situações concretas, e que dessa forma o autor se distancia das teses da verossimilhança e da verossimilhança preponderante, conclui, a partir da premissa de que o legislador alemão estabeleceu a necessidade de o juiz se convencer da verdade, que é inadmissível se pensar em reduzir, para todas as situações concretas, o módulo de prova, assim nem o modelo da convicção de verdade, nem o modelo da verossimilhança preponderante (ou ainda o modelo de controle por terceiros), poderiam ser aplicados a todos os casos¹¹⁴.

A redução do módulo da prova deve ser aplicado a casos especiais, diante da natureza do direito material discutido, sendo que às dificuldades de prova não devem ser suportadas pela vítima. Essa tese começa a mudar o centro da preocupação da convicção, para a forma como as provas são valorados, pois se questiona se em todos os casos o modulo será unitário, a verdade, ou se é possível a existência de mais de um módulo, cada um a ser aplicado em uma situação específica.

4.1.4 Preponderância de evidência (*preponderance of evidence*)

A preponderância da evidência é um modelo jurídico ligado a tradição da *common law*, tratada pela doutrina norte-americanos no terreno do *burden of persuasion* (ônus de persuasão). Esse modelo que opera na ceara cível tem como modelo *irmão* o famigerado *standard da evidence beyond a reasonable doubt*, ou seja, a prova acima de toda dúvida razoável, de utilização na área penal.

Em uma demanda cível as partes tem o ônus de provar os elementos de seu pedido por uma preponderância de prova, alguns termos como o *grande peso de prova ou mais provável*

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.92

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.92-93.

do que não são comumente usados na argumentação da parte que deseja ser declarada como possuidora da evidência preponderante, assim garantindo o sucesso de seu pedido.

Já em um julgamento criminal o governo tem de provar os elementos do crime *acima de toda a dúvida razoável*, a ideia por trás desse *standard* criminal é que a sociedade julga ser preferível um culpado ser havido por inocente do que um inocente ser havido por culpado. A primeira aparição dele teria sido num caso de 1798, estando hoje integrado à cláusula do *due process of law*. É importante mencionar que a Suprema Corte dos EUA rejeitou a tese de que haveria apenas uma tênue diferença entre a *reasonable doubt* e a *preponderance of evidence*¹¹⁵, com argumento de que os módulos de prova aplicados a um caso cível e os aplicados em um caso criminal são diferentes com certo grau de separação, vetando-se a utilização do modelo da *evidence beyond a reasonable doubt* em casos não -criminais, ainda que a demanda cível tenha correlação com um delito, por entender que as consequências não são tão sérias quanto as de um processo criminal¹¹⁶.

Existem ainda *standards* agregados, como a *clara e convincente prova*, que está ligado a credibilidade da prova, e não a quantidade de prova oferecida por uma ou outra parte, pois o juiz pode decidir que uma parte, com apenas uma testemunha produziu uma prova mais clara e convincente do que a outra, que apesar de ter apresentado mais meios de prova, falhou em demonstrar que as mesmas fossem críveis.

Não é fácil precisar os limites e o conteúdo desses *standards*, assim a doutrina norte-americana passou a entender que a prova de evidência preponderante não é a ausência da dúvida, e sim quando o juiz, ou o júri, apesar de reconhecer duas opções, reconhece também que a opção escolhida é mais provável do que a rejeitada.

Algumas Cortes rejeitam a possibilidade de que o *standard* seja atingido com base em nada mais do que possibilidades, ou seja, exigindo que haja um verdadeiro convencimento acerca da verdade pela preponderância da prova. Um exemplo dessa corrente de pensamento

¹¹⁵“A verdade é que ninguém ainda descobriu um modo de medir a intensidade daquilo em que o homem acredita”. Então, “num processo judicial, onde existe uma discussão sobre fatos pretéritos, o julgador não tem como obter um conhecimento a respeito do que aconteceu, imune a crítica. A intensidade de sua percepção – o grau pelo qual o julgador está convencido que um determinado fato realmente ocorreu *pode variar*. E sob essa ótica, o critério de prova representa uma tentativa de instruir o julgador com relação ao grau de confiança que nossa sociedade crê que ele deveria utilizar nas suas conclusões factuais para um tipo particular de julgamento. Embora as expressões “preponderância de prova” e “prova acima de dúvida razoável”, sejam imprecisas, elas indicam noções diferentes, concernentes ao grau de confiança que é esperado para que as conclusões factuais do juiz se dêem corretamente. Voto proferido pelo juiz Harlan proferido no Acórdão Winship, onde se verifica que a jurisprudência diferencia os dois modelos de constatação, transcrito em: KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p.33

¹¹⁶ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.22.

doutrinário é dado por Sargent x Massachusetts Accident Co. , segundo o qual: “depois que a prova tiver sido sopesada, a proposição reputa –se provada por uma preponderância de provas se resultar mais provável no sentido de que uma verdadeira crença na sua verdade, decorrente da prova, existe na mente do Tribunal, não obstante algumas dúvidas que possam remanescer¹¹⁷.

Note que para essa parte da doutrina, a correta aplicação do standard da *preponderance of evidence* ocorre com a soma de dois fatores, a escolha feita tem que ter uma probabilidade maior de ter ocorrido daquela forma do que a rejeitada, e as provas carreadas da escolha feita tem que ser suficientes para gerar o convencimento do decisor.

Em linhas gerais, esse standard significa, pelo menos para os juízes que a indicação da existência de uma preponderância de um pouco mais que a metade, sendo objeto de discussão na doutrina se há necessidade de um convencimento efetivo do julgador ou apenas uma preferência objetiva pelo que mais provável se apresentar no processo.

Ao lado desse standard geral, da preponderância da evidência, existem outros módulos para assinalar casos civis considerados socialmente mais graves, como a já citada *prova clara e convincente*, sendo outros exemplos o *clear, convincing and satisfactory*, *clear and unequivocal* e o *clear, cogent and convincing*, de uma forma geral esses *standard* intermediários são de alta probabilidade, a doutrina entende que o standard de prova atribuído ao caso, no mínimo reflete o valor que a sociedade atribui àquela situação específica¹¹⁸.

Danili Knijnik exemplifica com casos específicos como deve ocorrer a utilização desses diferentes modelos de constatação:

A título de exemplo, em demanda indenizatória por acidente de trânsito, deve-se raciocinar com base em uma “*preponderância de provas*” para que se dê por demonstrado o fato “x”; põe este critério guiar-se-ão o juiz e as partes. Já em ação de improbidade, o modelo de constatação é outro, mais rigoroso, exigindo-se uma “*prova clara e convincente*”; e outro deveria ser, portanto, o critério empregado pelo juiz, pelo tribunal e pelas partes na formação do juízo de fato e sua discussão¹¹⁹.

4.1.5 Mínima atividade probatória

¹¹⁷ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.23.

¹¹⁸ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.24.

¹¹⁹ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p.18.

O *standard* da Mínima Atividade Probatória tem sua origem no processo penal, e por meio de construções doutrinárias passou a ser utilizada como um paradigma geral da valoração de prova. Ela representa uma típica ‘doutrina jurisprudencial’ elaborada pelo Tribunal Constitucional da Espanha, totalmente voltada à verificação do convencimento judicial desde uma perspectiva jurídico-objetiva¹²⁰.

Esse modelo de constatação trabalha com o conceito de livre apreciação considerando não se tratar o mesmo de um fechado e inabordável critério pessoal e íntimo do julgador, mas sim uma apreciação lógica da prova, não isenta de pautas ou diretrizes de natureza objetivo, sendo em verdade uma “valoração racional e lógica da prova, com critérios de cientificidade”, donde possível verificar -se a consistência lógica do raciocínio judicial¹²¹.

A mínima atividade probatória deseja apurar um conjunto probatório que tenha em si determinadas características, pois acredita que sem elas a valoração da provas tendem ao subjetivismo e a arbitrariedade, gerando decisões ilegítimas.

O *Standard* se concentra a infraestrutura racional da formação da convicção, realizando um complexo “juízo sobre um juízo”. Diferentemente da preponderância da prova, que ainda é bastante parecida com uma avaliação da prova, porém com critérios, na mínima atividade probatória exige do magistrado um comportamento logicista, objetivista e cientificista, permitindo que os tribunais exerçam com mais facilidade o controle cassacional das decisões ilegítimas, pois eivadas de arbítrio no convencimento judicial.

O cerne desse modelo de constatação gira em torno da existência de uma mínima carga de prova, mas que ela tenha a condições suficientes segundo as normas da experiência. Knijnik analisando o tema conclui que há:

Um ponto de encontro da mínima atividade probatória com os standards da common-law, pois, como tal, dever-se-á entender a prova que “haja eliminado qualquer dúvida racional sobre a culpabilidade do acusado. Prova convincente e prova suficiente aparecem, pois, como conceitos sinônimos¹²².

À vista do que se examinou, nota-se que a mínima atividade probatória, quando aplicada na área cível preconiza a abolição do convencimento judicial baseado em suspeitas,

¹²⁰ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.25

¹²¹ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.25.

¹²² KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.25.

pressentimentos, intuições, convicções pessoais do julgador, enfim toda forma de decisionismo, e pretendente à coibir a ocorrência desses por meio da motivação judicial, pois nela o julgador irá expor como se realizou sua tarefa valorativa¹²³.

Esse modelo, como os demais deixa espaço para ser completado na situação do caso concreto, pois o requisito da suficiência, em que pese o apelo à lógica e às máximas da experiência, é em si mesmo vago, mas a teoria permite localizar no ciclo inferencial da convicção pontos em que defeitos lógico-objetivos podem ser encontrados e, a partir disso, legitimar ou não o convencimento judicial.

4.1.6 Alto grau de Verossimilhança

A doutrina Alemã do alto grau de verossimilhança apresenta uma evolução em comparação com a doutrina da mínima atividade probatória, pois o *standard* alemão está voltado à análise da tomada de decisão que afasta o juiz de um determinado convencimento, e a consistência dos elementos que perfazem essa decisão, dando grande ênfase à aplicação prática do módulo de constatação¹²⁴.

Esse, como os outros módulos de constatação tem aplicação criminal e civil, com o detalhe, como ocorre com seus pares, de que em cada ramo o módulo altera o nível de verossimilhança necessária, notadamente no processo civil, o requisito da suficiência vinha caracterizado como um alto grau de verossimilhança, admitida, assim, a coexistência da dúvida, orientação que prosseguiria até o pós-Guerra. Para os casos penais, a jurisprudência empregava uma cláusula assemelhada, reclamando *un grado de verosimilitud rayano en certeza* (um grau de verossimilhança nos limites ou próximos da certeza). Note que nesse módulo a dúvida do julgador é o que o afasta de determinada alegação, assim quanto maior a dúvida menor o grau de verossimilhança.¹²⁵

Após a Segunda Guerra Mundial fixou-se os novos lineamentos até hoje empregados para o alto grau de verossimilhança, a novidade introduzida é relativa à valoração das dúvidas

¹²³KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.26.

¹²⁴KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.27.

¹²⁵KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.28

(e aqui verifica-se seu alto sentido prático, dando excelente concreção ou mesmo completando às próprias ideias da *evidence beyond a reasonable doubt*).

Nesse ponto é vital fazer uma observação, a mudança ocorrida com esse módulo de constatação, após a guerra, influenciou muito mais sua aplicação na esfera penal, contudo a mesma pode ser traduzida para a seara cível, sendo necessário se diferenciar dúvidas abstratas das dúvidas concretas, as primeiras são aquelas que são creditadas à imperfeição do conhecimento humano, e também, os escrúpulos de um juiz que, estando ele mesmo convencido, estima que outro juiz ou algum terceiro poderia haver chegado a uma conclusão distinta; já as dúvidas concretas são dúvidas ocorridas na situação experimentada no próprio processo, são dúvidas reais, palpáveis.

O convencimento reputar-se-á válido, e legítimo na presença de um alto grau de verossimilhança em que as dúvidas abstratas não afastem o juiz do convencimento, devendo as mesmas serem desprezadas. Assim o julgador em um primeiro momento verifica se a convicção foi atingida, para, logo após, examinar os elementos que dela afastam, ou seja, as dúvidas.

Dentro dessa perspectiva, o standard geral do alto grau de verossimilhança, com exclusão de todas as dúvidas concretas, oferece um valioso critério de verificação lógica, pela sua dimensão prática e, de certa forma, complementar aos modelos até aqui examinados¹²⁶.

4.1.7 Doutrina do Absurdo

Esse modelo de constatação tem uma consistência inegável, e está ligada ao fenômeno cassacional de uma perspectiva negativa, ele indica quando um juiz não poderia dar-se por convencido. Não se trataria propriamente, assim, de um *standard* voltado à conferência do juízo fático, mas uma espécie de instituto destinado à cassação da decisão.

Parte-se da ideia fundamental de que a garantia de acesso ao Poder Judiciário supõe uma análise ponderada e efetiva da prova judiciária. Assim, a desconsideração do material probatório representa uma violação constitucional ao serviço da justiça e, como tal, é uma ofensa à Constituição. É para essa circunstância que se reserva a qualificação técnica de sentença arbitrária ou absurda.¹²⁷

¹²⁶KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.30.

¹²⁷“Nesse sentido, MORELLO invocando manifestações jurisprudenciais, assevera que “la tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial consistentes en

Trata-se, assim, de vícios flagrantes e manifesto na apreciação da prova. O absurdo, pode gerar um vício de valoração material, quando se errou na apreciação da prova; ou e formal, se se infringiram as leis da lógica. A arbitrariedade e o absurdo, assim, seriam um limite imposto ao juiz na valoração das provas¹²⁸.

4.1.8 Modelos Narrativísticos (congruência da narrativa)

Preambularmente, vale mencionar que a maioria dos *standards* têm sua verificação feita com a fundamentação, com o discurso jurídico. Ou seja, a análise de qualquer dos modelos acima citados tem que ser realizado a partir de uma perspectiva linguística, tendo em causa a noção de que o discurso necessita apresentar coerência e coesão ao exteriorizar a convicção judicial.

Logo, não é com surpresa que se assiste o surgimento de *standards* nessa direção, são os chamados modelos narrativísticos, nesses modelos vão ser analisadas as construções das história em toda a sua globalidade, as provas são consideradas à luz da sua capacidade de fundar uma ou outra história apresentada no processo, sempre considerando a inteireza dos fatos.

No processo, identifica-se uma reconstrução nas representações linguísticas que permitem dar conta do agir humano enquanto efetivamente ocorrente no mundo, representações essas que se reduzem a narrações. Nessa esteira, o modelo de constatação tenta auferir por meio da congruência da motivação, o substrato probatório¹²⁹.

razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proc eso, omisión de considerar hechos y pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación”, em KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle.** em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.30.

¹²⁸“Parece evidente a semelhança entre a doutrina da mínima atividade probatória e a da arbitrariedade e do absurdo. Todavia, algumas diferenças podem ser detectadas. É verdade que ambas têm uma vocação típica mente cassacional. Todavia, enquanto o modelo da mínima atividade probatória procura construir um metajuízo puramente lógico, a arbitrariedade e o absurdo avançam no sentido do próprio processo formativo da convicção. Sua atenção volta-se para os desvios que o juiz possa eventualmente cometer na própria valoração. Por isso, ESTRAMPES assevera que, para a última doutrina, “el fundamento del control casacional del razonamiento probatorio hay que encontrarlo en la ‘interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos’, proclamada nel art. 9.3. C.E., de tal forma que la casación (...) además de cumplir la finalidad tradicional de asegurar una aplicación uniforme de la ley penal, deve perseguir, también, un fin de protección contra la arbitrariedad, es decir, la casación no puede dejar de ser un medio de protección jurídica contra la arbitrariedad”, em: KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle.** em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.31.

¹²⁹“O nexo de referência, foi enunciado por NEIL MACCORM ICK. Com efeito, para o tratadista, ‘a coerência do raciocínio é um teste importante a respeito de sua solidez enquanto tal. Trata - se de um teste que não é plenamente satisfeito pela mera consistência, ou seja, pela ausência de auto-contradição’ . Com efeito, “àquilo

A congruência testa a veracidade e a probabilidade das questões de fato que não são passíveis de provas diretas¹³⁰, e o faz por meio da observação imediata, em tese ela seria utilizada para os casos difíceis que tenham pouco material probatório, contudo o *standard* é substancialmente ampliada, quando se soma a premissa de que todos os fatos a serem verificados ocorreram no passado, e assim sendo são insuscetíveis de provas diretas, por essa

que eu digo, pode não faltar consistência interna, não obstante, como um todo, possa não fazer sentido”. Então, o que se deve ter em causa na realização desse teste é, justamente, o “fazer sentido”, o “estar em conjunto”, o ser “coerente”, tanto nas questões de direito, como nas questões de fato, às quais correspondem os conceitos de congruência normativa e congruência narrativa”, em KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**, em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.33.

¹³⁰ “Como é próprio dos juristas norte-americanos, N. MACCORMICK parte de um exemplo do qual induz suas reflexões. Trata-se de Rex v. Smith, no qual o réu (sr. Smith) fora acusado de matar sua esposa, encontrada morta no chuveiro. A acusação ofereceu como prova a circunstância de que o mesmo fato – morte no chuveiro – sucedera com as duas primeiras esposas do réu, também assim falecidas. Aduziu, também, que o Sr. Smith consultara um advogado para certificar-se de que herdaria os bens da vítima. Assim, cinco aspectos poderiam dar-se por conhecidos, tais como: (1) a primeira senhora Smith morreu no chuveiro e Smith estava em casa naquele momento; (2) a segunda senhora Smith morreu no chuveiro e Smith estava em casa naquele momento; (3) a terceira senhora Smith morreu no chuveiro e Smith estava em casa naquele momento; (4) anteriormente à morte da primeira senhora Smith, o Sr. Smith verificou a possibilidade de herdar -lhe os bens. A partir desses fatos conhecidos, MACCORMICK alude a dois outros enunciados, em teses possíveis, e em torno dos quais se polarizara a questão de fato: (5) todas as ‘senhoras Smith’ morreram no chuveiro por um puro e simples acidente e (6) o senhor Smith assassinou, com premeditação, todas as ‘senhoras Smith’ no chuveiro. Pois bem, o autor constata que os enunciados (1 -4) não contradizem nem o enunciado (5), nem o enunciado (6). Isso apenas demonstra uma das premissas da sua teoria, qual seja, a de que a não contradição, por si só, pouco oferece em termos de controle da decisão fática. É preciso introduzir, então, o critério. Ora, o critério ou standard introduzido por N. MACCORMICK afasta-se, já foi visto, da mera não-contradição. Ele observa que, apesar de ambos (5 e 6) serem não - contraditórios com relação aos fatos conhecidos (1 -4), (6) é, todavia, congruente com (1 -4), enquanto que (5) não é congruente com os mesmos (1 -4). Então, cabe perguntar por que (6) foi havido por congruente e (5) não o foi, ou, em outros termos, porque (6) deveria ser a resposta para a questão de fato, e não (5), uma vez que também (5) não contradizia (1 -4). Para responder a essa pergunta, NEIL MAC CORMICK lança mão de uma interessante, embora complexa, distinção. O mundo natural seria explicável segundo princípios ou leis de tipo naturalístico -causal e probabilístico, ao passo que o mundo das vivências e ocorrências humanas seria explicado por “leis ” de tipo racional, intencional e motivacional. Logo, nos fatos que sucedem sem a intervenção do homem, a explicação de que se deve lançar mão é de tipo não motivacional, não intencional, mas causal e probabilística. Então, a probabilidade de se verificarem, conjuntamente, as condições de tipo naturalístico -causal para que três pessoas, sempre relacionadas com uma terceira pessoa constante (Smith, no exemplo), venham a morrer no chuveiro é muito baixa. Agora, a probabilidade de que um agente humano possa intencionalmente determinar a realização destas condições necessárias é alta, e mais alta ainda se existir um motivo para fazê -lo, a ponto de poder legitimamente ser tida como uma certeza para efeitos judiciais. A partir dessa sofisticada lógica de pensamento, NEIL MACCORMICK permite-se concluir que a combinação de (6) com (1 -4) é débil, à luz das correspondentes causas explicativas. Convém, porém, atentar para a seguinte observação: “esta não é uma derivação dedutiva de (6) para (1 -4); trata-se, muito mais, disto: (6) e (1-4) pertencem a um único esquema racional de explicação dos eventos, ao passo que (5) e (1 -4) não pertencem a um mesmo esquema, salvo pressupondo -se fatos ulteriores e hipóteses auxiliares”. Então, “para resumir a congruência narrativa : ela fornece um teste da verdade ou da provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não observados (...) O critério decisivo, ao que se compreende, é o da manutenção das causas explicativas: em Rex -v- Smith, a conclusão factual (6) se impõe sobre a (5) porque, para manter esta última, seria necessário alterar o paradigma explicativo. Dito de outro modo, para assumir que houve três acidentes naturais, ter -se-ia de apelar a eventos altamente improváveis do próprio ponto de vista naturalístico. Já a conclusão factual (6), empregando um esquema explicativo de tipo intencional, não lança mão nem de pressuposições auxiliares, nem de premissas improváveis., em KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.33-35.

lógica a congruência deverá quase sempre ser necessária, levando em consideração a as poucas oportunidades jurídicas de provas diretas, provas que não tentem reconstruir o passado, como é o caso de uma inspeção judicial.

Assim segundo esse *standard* a narração mais congruente é aquela que comportar a mais baixa improbabilidade, ou seja, entre várias opções possíveis a mais provável racionalmente é a correta, que, por isso, outorga credibilidade e justifica a decisão sobre questões de fato do passado, porque é uma condição necessária de inteligibilidade do mundo fenomênico e por que a racionalidade é necessária para tornar inteligível o mundo fenomênico¹³¹.

Vislumbra-se que apesar de focado na questão linguística, o modelo de constatação não perde a proximidade com as variações mundanas, e expressa isso na intrínseca ligação com a racionalidade.

Outro *standard narrativístico* é a probabilidade indutiva, proposta por COHEN, que procura justamente controlar a passagem inferencial de um fato que se conhece, para um fato desconhecido, o primeiro fato conhecido seria: houve um dano na traseira de um automóvel; e o segundo desconhecido seria: o responsável é o dono do automóvel que estava estacionado atrás, e a ligação racional o fato de que: os carros estavam muito próximos e ao sair o motorista de trás acabou por encostar na traseira do automóvel agora avariado. Note que a a racionalidade também representa um grande papel aqui.

O professor Danilo Knijnik oferece em seu artigo um exemplo de Cohen, da aplicação desse *standard* da probabilidade indutiva:

Uma pessoa é condenada a indenizar perdas e danos pelo descumprimento de um contrato de construção de um edifício. Resta claro que nenhum edifício fora construído e que o autor, se o contrato fosse respeitado, teria ganho algum dinheiro. Duvida-se, contudo, se o contrato foi efetivamente concluído. Em apoio à sua tese, o autor demonstra que em sucessivas oportunidades o réu manifestou seu interesse no contrato. Extrai-se uma primeira generalização, segundo a qual, normalmente, se um contrato é proposto a uma pessoa e esta exprime seu interesse em várias ocasiões, é presumível tê-lo aceitado. O réu, porém, assevera que o autor não tem condições de prová-lo documentalmente e, nesse momento, o autor reforça sua posição, provando que uma soma de dinheiro foi dada ao réu. O réu, a seu turno, alega que essa soma de dinheiro foi dada a outro título. Então, o autor ainda prova que o réu procurou materiais de construção, e assim sucessivamente, seguindo -se uma espécie de jogo de probabilidades indutivas, em que toda e qualquer tentativa de generalização é posta em cheque e permanentemente testada pelas possibilidades indutivas em sentido contrário¹³².

¹³¹ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle.** em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.35

¹³² KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle.** em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.36.

Os modelos de constatação narrativísticos estão fortemente apoiados na racionalidade, tanto a congruência, como a probabilidade indutiva, tem como pedra de toque a racionalidade do ser humano, ou seja, o mundo é visto como inteligível, e os eventos nele possíveis devem ser assim entendidos, por ser justamente a única explicação racional, racionalidade essa que contamina o agir humano em sociedade.

Ambos os standards têm a vantagem de permitir um diálogo mais consistente e regrado no campo das generalizações. Eles evitam que o momento delicado do processo decisório, em que o juiz, partindo dos fatos conhecidos, chega ao fato desconhecido fique alijado do contraditório. Isso porque a análise da congruência da decisão. Assim ocorre porque a verificação da congruência da decisão, bem como o exame da probabilidade indutiva necessitam que o interprete identifique a máxima de experiência constante no discurso judicial, o que em muito engrandece o debate jurídico.

Esse controle da narrativa falha em oferecer *quantuns* de valoração de prova, contudo oferecem a possibilidade de um controle lógico a respeito das premissas de que o juiz se utilizou quando de uma ou outra opção.

4.1.9 Controle da motivação

Esse *standard* tem origem na Corte de Cassação Francesa¹³³, e partindo do pressuposto de que essa corte não reexamina os fatos, ela desenvolveu um elenco de *standards* capazes de efetuar um abrangente controle lógico do juízo fático, onde impõe-se ao juiz uma motivação suficiente e coerente, um controle mínimo dos motivos de fato a fim de evitar uma degradação da função judiciária.

O controle da motivação foi criado para funcionar na corte de cassação francesa, portanto se confunde com as limitações desse recurso, sem contudo ser no todo impraticável, a limitação diz respeito, apesar da possibilidade de uma análise dicotômica do juiz de fundo e

¹³³ É a mais alta corte judiciária francesa, correspondendo ao Conselho de Estado na esfera administrativa. É formada por 6 câmaras, sendo 3 cíveis não especializadas, uma câmara social (processos que envolvam direito do trabalho), uma comercial (processos que envolvam direito comercial) e uma criminal. É competente para reapreciar as cassações que venham a ser interpostas, cabendo uma análise meramente de direito, afastando-se qualquer manifestação acerca dos fatos. Comporta-se tal órgão, comparativamente ao nosso modelo, com o Superior Tribunal de Justiça, guardadas as devidas proporções. Isso porque, caso conclua pela adequação jurídica da decisão questionada, a Corte de Cassação confirma-a. Todavia, caso entenda pela violação do direito por parte da jurisdição que lhe antecedeu, ao contrário do STJ, não a pode reformar, limitando-se sua atuação à “quebrá-la” (do francês *casser*) ou desconstituí-la, remetendo o julgamento para uma outra jurisdição de igual nível ao do tribunal cuja sentença foi anulada., em RIGAUX, François. A lei dos juízes – trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 147.

o juiz da cassação, ao resultado permitido ser apenas a cassação da decisão, e não, à sua efetiva reforma¹³⁴.

O standard do Controle da Motivação é dividido internamente em três standards fundamentais: o *défaut de motifs* (falta ou carência de motivos), o *défaut de base légale* (falta de base legal) e a *dénaturation de l'écrit* (deturpação de um escrito). Importante fazer entender que esse é um standard de controle de motivação, ou seja, não é sinônimo de erro de fato¹³⁵, que é falsa percepção dos sentidos, de tal sorte que o juiz supõe a existência de um fato inexistente ou a inexistência de um fato realmente existente.

O standard se refere a erro de valoração ou de interpretação sobre a subsistência ou relevância de um fato, o controle de motivação examina o motivo indicado na decisão e a consistência da conclusão que dele se faz, bem marcando tratar-se de um mecanismo auxiliar para o exame de como se deu a convicção.

Ocorrerá à *Défaut de motifs*, toda vez que esses forem escassos para justificar a decisão tomada, e como a motivação é uma obrigação do julgador, não se desembumbir de fazer a mesma vicia formalmente a decisão, estando a mesma apta a ser cassada pelo trinunal.

Segundo o Professor Danili Kniknij são quatro situações que permitem apontar o vício de uma decisão carente de motivos: A *absence de motifs* (Ausência de Motivos) que caracteriza-se pela falta absoluta de motivos, ou pela existência de uma motivação apenas simulada para manter uma formalidade de motivação, como é o caso de dizer que existe vasta jurisprudência neste sentido, sem explicitação. O segundo é a *Contradiction de motifs* (contradição de motivos): pode-se verificado para cassar a decisão fática contraditória, exigindo a concorrência de concomitante de cinco situações: a) a existência de uma contradição real no juízo de fato, que atinge o próprio pensamento do julgado; b) que a contradição se estabeleça ou entre os próprios motivos da decisão ou entre os motivos e o dispositivo da decisão; c) que essa contradição ocorra no plano dos motivos de fato da decisão; d) que a contradição tenha exercido uma efetiva influência sobre a decisão, capaz de prejudicar a parte que a invoca; e, finalmente, e) que a contradição esteja revelada pela própria decisão. A terceira possibilidade de falha na motivação é o *Motif dubitatif ou*

¹³⁴ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Kniknijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.37.

¹³⁵ O erro de fato supõe fato suscitado e não resolvido, porque o fato não alegado fica superado pela eficácia preclusiva do julgado - *tantum iudicatum quantum disputatum debeat* (artigo 474, do CPC). Em conseqüência, o erro que justifica a rescisória é aquele decorrente da desatenção do julgador quanto à prova, não o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela porquanto a má valoração da prova encerra injustiça, irreparável pela via rescisória", em (REsp 839.499/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2007, DJ 20/09/2007 p. 234).

hypothétique (motivos dubitativos ou hipotéticos): a categoria em apreço assimila os motivos hipotéticos à ausência de motivos. A ideia que preside esse *standard* vincula-se ao ônus da prova: o acolhimento de uma demanda com base em motivos hipotéticos substanciará uma violação ao nível de prova exigido para a procedência da demanda, porque o juiz estaria, em realidade, reconhecendo que o demandante ou o demandado, conforme a questão controvertida, não teriam provado devidamente os pontos em que apoiadas as respectivas pretensões. A quarta possibilidade se chama *Défaut de réponse à conclusion* (falta de enfrentamento de uma questão), que se caracteriza quando um fundamento relevante, validamente posto pelas partes, é deixado de lado pela decisão combatida¹³⁶.

O *Défaut de base légale*, ou seja, a insuficiência de base legal tem lugar quando existem motivos fáticos, mas esses são manifestamente insuficientes ou precários para suportar as conclusões jurídicas que o decisor chegou, viola-se o dever de exposição completa do fato. Esse segundo controle é substancial e, não, meramente formal, implicando a insuficiência em uma verificação dos mérito dos motivos fáticos invocados em face da conclusão jurídica estabelecida.

Existem características que indicam se na decisão ocorreu a insuficiência de base legal: o fato é constatado de maneira incompleta; o juiz se omite de indicar a origem das constatações de fato; o juiz se omite de apreciar o conjunto dos fatos constatados; o juiz se omite de interpretar uma cláusula obscura; o juiz deduz um motivo abstrato e geral em lugar de considerar o fato concreto; o juiz se omite de determinar a realização de uma prova que lhe permitiria resolver a questão de fato; a decisão é ambígua e não se sabe se o juiz resolveu o fato ou o direito; os motivos tornam incerta a base legal da condenação; o motivo eleito é ininteligível; o motivo deriva de pura e simples afirmação; o fato constatado é hipotético ou dubitativo. Como exemplo uma decisão que anula um ato administrativo afirmando que o mesmo é ilegal, mas não expõe do que se trata a ilegalidade.

O terceiro e último *standard* do controle mínimo do fato é dado pela chamada *dénaturation de l'écrit* ou deturpação de um escrito, a deturpação é um erro flagrante na apreciação do sentido de um ato claro, um erro de apreciação e, não, uma falta de apreciação, não se confundindo, assim, com o erro de direito. Para configurá-la, exigem-se, cumulativamente, os seguintes requisitos: que exista um escrito válido; que o escrito seja

¹³⁶ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle.** em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013, p.39.

claro; que a interpretação seja contrária ao escrito; d) que o escrito tenha sido abstraído pela decisão; que não haja um outro motivo capaz de fundamentar a decisão.

A inconveniência da utilização desse método reside no fato de que ele foi desenvolvido para a experiência do tribunal de Cassação francês, ou seja, está mais focada e apontar erros capazes de gerar a cassação, do que indicar a forma correta de fazer a valoração das provas.

4.1.10 Modelos de probabilidade matemática

Esses modelos de constatação, apesar de quase nunca gerarem frutos na aplicação do direito pátrio, são sempre de profícua produção, e tentam explicar com formulas de natureza matemática o diálogo judiciário, são teoremas, fórmulas e demonstrações estatísticas capazes de assegurar o grau de segurança da inferência.

Os modelos matemáticos, para ser analisado corretamente exigem um tempo muito maior do doutrinador, em muito porque os conceitos utilizados são estranhos ao mundo do direito, assim não se pretende percorrer esses vários módulos, apenas noticiá-las.

Existe uma tendência de rejeitar os modelos matemáticos, *prima facie*, mas uma vez é fácil de se entender o porque, pois é condição do ser humano rejeitar o que não conhece e domina, ou seja, a ciência exata aplicada no direito são dois campos de larga tradição juntos, devendo o juiz saber fazer uso de ambos.

Contudo essa rejeição torna-se prontamente relativizada quando se pensa, p. ex, nos testes genéticos com altos percentuais de certeza. Imagine -se, por exemplo, um teste pericial indicando um percentual de 90%, ou seja caberá ao juiz valorar provas com medidas estatísticas.

Assim, observa-se que, sem dúvida, o tempo e, em especial, a evolução das ciências exatas, exigirá uma tomada de partido quanto aos modelos probabilísticos de tipo matemático e um debate mais profundo do tema por parte da classe jurídica. No entanto esse trabalho, apenas têm como objetivo informar que eles existem na doutrina, mas ainda não são aceitos com facilidade da prática forense.

4.2 A DISCRICIONARIEDADE

É fundamental para avançar-se no estudo da discricionariedade entender do que se trata o instituto, pois grande parte das discussões acerca da existência ou não de uma discricionariedade judicial está no próprio conceito adotado sobre o fenômeno. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente¹³⁷.

Diante das lições do administrativista, vemos que a atividade discricionária se origina da existência de mais de uma solução para um determinado caso. Tal percepção já se afigura útil para constatarmos que a discricionariedade não necessariamente estará adstrita aos critérios de conveniência e oportunidade, conceitos intrinsecamente ligados a discricionariedade no campo do direito administrativo.

A atividade de interpretação e aplicação da lei pelo julgador deve afastar-se ao máximo de suas convicções e valores pessoais, o que justifica princípios constitucionais como o do juiz natural, o da inafastabilidade da jurisdição, e a própria imparcialidade como característica fundamental do exercício da atividade jurisdicional.

Apesar do conceito citado anteriormente fazer menção direta apenas ao administrador, a escolha aparente entre múltiplos caminhos a serem seguidos não é fenômeno que se restringe apenas ao campo da Administração Pública.

O que se tem que responder é até onde pode ir o julgador, utilizando seu processo de inteligência, quando a situação exposta não apresentar uma resposta fácil de se obter com base unicamente em regras. Utilizar subsídios fora do processo pode ser considerado um exercício discricionário, ou apenas uma característica da própria função jurisdicional, e, ainda, há o problema da legitimidade da decisão que é exarada de forma discricionária.

Houve um tempo em que assentou-se à noção de que seria possível estabelecer uma clareza e segurança jurídica, por meio de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e todos os atos administrativos, essa foi a época do iluminismo, entretanto tal certeza não mais se afirma no atual paradigma

¹³⁷BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 9.

do direito, não mais se aceita a adoração à lei, animada por um espírito racionalista, que tem como figura central a estrita vinculação do juiz à norma codificada.

Karl Engisch afirma existir um espaço de discricionariedade que não suporta a estreiteza da total vinculação à lei:

Entretanto, no domínio do direito e do seu conhecimento, há uma série de fenómenos que fazem do próprio princípio da investigação da verdade um problema, que fazem com que os limites de um conhecimento puramente científico apareçam aos nossos olhos como uma linha de penumbra ¹³⁸.

Para Karl Engisch, a discricionariedade se encontra na categoria de conceitos tendentes ao afrouxamento da vinculação legal, questiona, contudo o autor se esse poder discricionário significaria o livre parecer pessoal do juiz. O autor leciona ainda tratar-se o tema de um dos conceitos mais cheios de significados e difíceis da teoria do direito, considerando ainda a discricionariedade um ponto fulcral do direito processual.

Procurando o conceito de discricionariedade, Engisch cita a noção de Rudolf Laun para o tema, o mesmo entende que a discricionariedade é conceituada pelo fator indeterminação, normatividade e a influência do ponto de vista daquele que exerce o poder, assim mesmo casos de recorte igual podem ser decididos de forma diferente sem que isso signifique uma violação ao direito¹³⁹.

Em sua cruzada pelo conceito de discricionariedade, Engisch traz ainda a manifestação de Ernerst Forsthoff¹⁴⁰, que diz ser a discricionariedade um espaço de liberdade para a ação e para a resolução, para a escolha entre várias espécies de conduta igualmente possíveis, sendo que o direito positivo não criam qualquer espécie de hierarquia entre as condutas que podem ser escolhidas.

Já para H.J Bruns citado por English:

A faculdade que é conferida ao juiz, de gradar a pena dentro da moldura legal, não significa liberdade de decisão material entre duas soluções justas, mas simplesmente a possibilidade de escolha externa, para encontrar a pena justa¹⁴¹.

Note que Bruns trata não de uma possibilidade fática, e sim de uma possibilidade jurídica, entendendo que esta possibilidade jurídica apenas seja reconhecida para que o agente

¹³⁸ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 205.

¹³⁹ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.207

¹⁴⁰FORSTHOFF APUD ENGISCH, em ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996. p.210.

¹⁴¹BRUNS APUD ENGISCH, em ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.1996. p.217.

administrativo, ou o juiz (situação que interessa ao presente trabalho) habilitado profira a decisão unicamente correta e justa, por isso Bruns trabalha com o termo “possibilidade de escolha externa”.

Engisch, imbuído desse conceito, trabalha a noção de discricionariedade vinculada afirmando que:

Dizer que a discricionariedade vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçada a um escopo e o resultado da decisão que é o único ajustado, em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa consideração de todas as circunstâncias do caso concreto¹⁴².

Contudo para Engisch o autentico poder discricionário pode ser compreendido como sendo aquele:

Atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém (...) isto não porque não é possível excluir um “resto” de insegurança, mesmo através de regras, por mais minuciosas que estas sejam, mas porque se considere ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhando como pessoa consciente de sua responsabilidade, faça valer o seu próprio ponto de vista¹⁴³.

4.2.1 A existência de discricionariedade Judicial

O vocábulo discricionariedade tem a sua origem na palavra latino *discernere* o que significa separar, distinguir ou avaliar. Com o desenvolvimento acadêmico jurídico, compreendeu-se que o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, do que se supunha até então, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que havia entendido os doutrinadores mais tradicionais¹⁴⁴.

O fato de haver uma escolha constitui-se a discricionariedade, isso não é o mesmo que dizer que toda escolha é arbitrária, o que se está dizendo é que toda escolha envolve valoração e balanceamento, ou seja, a decisão advinda de uma escolha contém em seu bojo implicações morais; então não é absurdo entender a necessidade de que a argumentação não fique apenas no campo de uma lógica abstrata, ou seja apenas uma formalidade, sendo necessário conhecer os caminhos que levaram a escolha, seus aspectos práticos, econômicos, sociológicos e etc, tudo quanto influenciou deve ser apontado.

¹⁴² ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p.220.

¹⁴³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1996, p.222.

¹⁴⁴ **CAPPELETTI, Mauro**. Juízes Legisladores? **Tradução Carlos Álvaro de Oliveira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.33.

Justamente, em épocas de Neoconstitucionalismo, frisa Luís Roberto Barroso¹⁴⁵ que a nova interpretação constitucional envolve escolhas pelo juiz, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos jurídicos indeterminados. Não é aceitável o entendimento de que o direito é um conjunto de normas preestabelecidas, claras e objetivas, nas quais o magistrado pode basear a sua decisão de forma neutra.

O que ainda é digno de nota é a crescente complexidade social, que exige cada vez mais, uma velocidade de adaptação da norma. O legislador moderno concede um grau de discricionariedade às concretizações da realidade, para garantir uma decisão mais correta para a causa.

É de se notar, que o presente trabalho advoga que a discricionariedade conferida ao magistrado possui uma área de atuação limitada, assim, a liberdade de convencimento não poderá extrapolar os limites do razoável, do proporcional, do exigível, do adequado, princípios que norteiam o ordenamento jurídico.

Em verdade, a valoração feita pelo juiz para a solução de questões não expostas expressamente no ordenamento jurídico pátrio deve manter relação com as concepções sociais vigentes e dominantes, sendo que seus critérios pessoais não poderão se chocar com o que se considera padrão na sociedade em que se vive, ainda que esse conceito de padrão seja abstrato, o costume e a jurisprudência auxiliam nessas escolhas também.

Novamente utilizando as noções ofertadas por Mauro Cappelletti, entende-se que existe um caráter criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos fundamentais; para ele não se poderia ocultar, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes seria apenas de grau e não de conteúdo, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Por isso, a preocupação da doutrina, para demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções¹⁴⁶.

Em síntese, a sociedade cada vez mais traz ao judiciário demandas complexas, oriundas das interrelações sociais avançadas e mutáveis, sendo impossível ao legislador abarcar com precisão a solução de fato na norma, tornando necessário multiplicar os caminhos e os

¹⁴⁵BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da história. A nova interpretação constitucional e papel dos princípios no direito Brasileiro. In: Luís Roberto Barroso (COORD). **A nova interpretação Constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2003, p.334.

¹⁴⁶ CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.42.

meios de investigação das normas jurídicas, o que deságua, e uma apreciação discricionária do intérprete, a única verdadeiramente capaz de solucionar o caso.

Não se quer dizer com isso que o sistema é todo falho e cheio de arbitrariedade, e sim que uma cota de discricionariedade faz parte da técnica ordinária inerente à função jurisdicional, uma solução normal em face da impossibilidade de tudo que se prevê na letra da norma, por isso o foco não deve ser o de eliminar a discricionariedade, e sim limitá-la via motivação, ou pelos modelos de constatação, enfim o objetivo é lhe impor limites, e afastar, dessa forma, os decisionismos.

Ao estudar a escola positivista do direito, se nota que o modelo por eles imaginado dava conta de que a aplicação perfeita do direito não possui qualquer espaço para discricionariedade, que a aplicação do direito era apenas a subsunção dos fatos a norma, como se o legislador tivesse feito a lei de maneira tão perfeita ao caso, que ao magistrado bastaria ligar os fatos a norma.

Contudo, não se pode ser cego a realidade, e a realidade é que mesmo no império do direito positivo, a prática jurídica estava recheada de arbitrariedade, mas como para os doutrinadores na escola positivista não havia espaço para discricionariedade, ou seja, não havia problemas, não havia também a busca por uma solução.

Atualmente, deve-se admitir que a discricionariedade existe e é proveniente da ampliação dos poderes dos magistrados, permitindo-se, por vezes, que interprete criativamente o dispositivo legal adaptando-o aos casos concretos, devendo, entretanto, fundamentar suas decisões conforme a prescrição Constitucional.

Com os fins do juiz que era apenas a boca da lei, e com a constitucionalização do direito, pois na atualidade o direito toma em consideração a lei à luz da Constituição, isso devido a necessidade de adequar as insuficiências das leis frente a complexidade das demandas, podendo inclusive a lei ser tida por inconstitucional caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais.

É salutar que se repita que discricionariedade judicial não é sinônimo de arbitrariedade, com ato tomado de forma ditatorial. A discricionariedade é, sim, a faculdade inerente ao juiz de criar a norma jurídica adequada ao caso concreto, nas hipóteses em que não há enquadramento legal ajustado para o caso posto à sua apreciação.

Nesse quadro os métodos de interpretação e argumentação jurídicas funcionam como pilares para justificar as decisões do intérprete, e como chegou até elas, motivando de maneira clara o percurso mental que levou o magistrado aquele resultado, descartando assim impulsos pessoais baseado em intuições particulares, o que é deveras indesejável.

Todas as mudanças que o ordenamento jurídico vem enfrentando faz notar a própria concepção de direito foi modificada, pois no positivismo a lei extraía sua validade da autoridade que a proclamava, independentemente de sua correlação com os princípios da justiça, o que hoje não é mais verdade, pois mesmo uma lei válida, pode se tornar inválida se for considerada inconstitucional no caso concreto.

A lei, conforme assinala Luiz Guilherme Marinoni perdeu o seu posto de supremacia, e, hoje, é subordinada à Constituição. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁷ assevera que a decisão judicial exclui a possibilidade de remanescerem outras soluções, todas válidas perante o direito. Daí por que deve ser aceita com cautela a afirmação de que o poder judiciário exerce poder discricionário, ele o faz, somente, segundo a autora, quando não atua no exercício da jurisdição propriamente dita. A seu ver, não há na atividade desempenhada pelo magistrado o papel criador da vontade do agente como ocorre no poder discricionário.

Não obstante a firmeza dos argumentos supramencionados, é indubitosa a existência da discricionariedade judicial. Nos dias atuais, diante da nova hermenêutica constitucional, é indubitável negar o caráter criativo do juiz ao analisar o caso concreto.

É importante mencionar ainda que a discricionariedade, nos moldes advogados por esse trabalho, é algo inato ao sistema jurídico, uma anomalia causada pela impossibilidade do legislador prever todas as possibilidades de solução de conflito e expô-los em forma de lei, contudo ao juiz cabe olhar a situação concreta, a lei, os costumes, os precedentes, a constituição, e assim “enxergar” a resposta correta.

4.2.2 A discricionariedade e a resposta correta

A valoração probatória encontra na discricionariedade um grande impasse, isso porque grande parte da doutrina acredita que a existência dessa margem de liberdade do juiz desencambaria para um verdadeiro exercício de decisionismo, de fato todos os institutos do direito quando mal utilizados podem vir a ser arbitrários, porém essa não é a melhor interpretação do tema, uma vez que se acredita na existência de possíveis parâmetros de controle para a atuação do magistrado, principalmente no que diz respeito as provas, que é o cerne desse trabalho, pois mesmo quando o juiz teve um comportamento ativo durante a instrução processual, determinando provas de ofício, ele ainda está em condições de proferir um decisão imparcial.

¹⁴⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.174.

O tema da discricionariedade sempre é árduo de ser enfrentado, pois ele perpassa o subjetivismo do juiz, e no atual quadro da hermenêutica jurídica, em que à Constituição baliza a aplicação dos direito, virou lugar comum fazer críticas afirmando que uma interpretação baseada em princípios é mais tendente à discricionariedade do que uma interpretação baseada na “norma fria”. Ora, tal percepção errônea não pode prosperar, isso porque nem ao menos leva em consideração que princípios nada mais são do que normas, e que mesmo na época do juiz “boca da lei”, a discricionariedade podia ser encontrada em abundância, permeando as decisões judiciais.

Pensar na interpretação em tempos de constitucionalização do processo¹⁴⁸ não significa abrir mão da segurança jurídica em nome da discricionariedade, mesmo porque o positivismo, que miticamente poderia ser apontado como uma doutrina que dá menor margem à discricionariedade, demonstrou, historicamente, também ser local propício a decisionismos e arbitrariedades.

A noção de discricionariedade é compatível com o Estado Constitucional de Direito. Para Engisch é possível e aceitável, sendo um problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que amplitude tal discricionariedade existe.

A hermenêutica atravessa uma crise desencadeada pelo atual processo de mudança do paradigma positivista, foi superado o esquema sujeito-objeto, que não resistiu à alteração ontológico-linguística, tal viragem, que teve como grandes expoentes Gadamer e Heidegger, deixa de lado os paradigmas metafísicos objetivista e subjetivista¹⁴⁹.

Estudando essa modificação hermenéutica o professor Lênio Luiz Streck identifica dois momentos do positivismo: um denominado positivismo exegetico e outro chamado positivismo normativista. No primeiro momento, positivismo exegetico, o juiz era a “boca da lei”, e uma rigorosa conexão lógica dos signos do código era o suficiente para interpretar a lei. No segundo momento, mais complexo, tem-se o positivismo normativista, que segundo seu entender, admite discricionariedade, decisionismos e protagonismo judicial.

No positivismo normativista, o principal problema é a indeterminação do sentido do direito, e para o professor Lênio, Kelsen é um doutrinador desse segundo momento, que tentou

¹⁴⁸“As relações entre processo e Constituição são relações de recíproca implicação. De um lado, fala-se em teoria processual da Constituição; de outro, em constitucionalização do processo. (...) A primeira constitucionalização do processo concerne o estudo do processo a partir do ângulo das garantias constitucionais. Culmina com a formalização das garantias processuais na Constituição – o que ocorre com a promulgação da Constituição de 1988. (...) A segunda constitucionalização do processo equaciona as relações do processo com a Constituição em outros termos. O processo Civil passa a ser compreendido na perspectiva dos direitos fundamentais”, em: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Volume 1: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p 16-17.

¹⁴⁹ Mais sobre o tema em: STRECK, Lenio. **Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? Novos Estudos Jurídicos** (UNIVALI), v. 15, 2010, p. 158-159.

fortalecer as bases do positivismo, enfraquecido pelos argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito¹⁵⁰.

Kelsen citado por Lenio Streck, afirma que: “a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista”¹⁵¹. Para esse autor esse “desvio” é impossível de ser corrigido.

Assim o Kelsen solidifica a noção de moldura semântica, ou seja, o juiz tem discricionariedade dentro da moldura que é feita pela lei, e apesar da noção de ser tentadora, a prática demonstrou que esse espaço desviado, sem amarras para verificação dos motivos que levam a opção dessa ou de outra solução, é o local em que se aloca a arbitrariedade, desse modo o positivismo acabou enfraquecido por estar permeado da discricionariedade que se propôs a eliminar.

A Hermenêutica, como atualmente praticada, encontra graves problemas, pois existem juristas filiados a antigas teses formalistas que procuram a vontade da lei, o significado contido em seus preceitos; já outros procuram pela “vontade do legislador”, e por vezes, não raramente, acham por bem adotar a vontade do intérprete, colocando em segundo plano o significado da lei, e da própria Constituição, assim, o que começa com o subjetivismo da interpretação dos sentidos, deságua em arbitrariedade interpretativa, justamente porque tais juristas não conseguem acompanhar o novo paradigma hermenêutico.

No Estado Democrático de Direito surge a noção de autonomia do direito, em relação a fatores externos como a política e a economia, que atinge seu auge com a elaboração das Constituições Sociais do pós-guerra, sendo essa autonomia verdadeiro requisito de validade, pois funciona como blindagem contra a interferência desses outros ramos.

Nesse contexto houve um incontestável aumento do poder da jurisdição, assim para a preservação dessa autonomia do direito é preciso que se implementem mecanismos de controle das decisões judiciais, e isso significa encontrar soluções para o problema da discricionariedade na interpretação, o professor Streck afirma: “autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente¹⁵²”.

A resistência deve ocorrer via hermenêutica, que vislumbra na Constituição o limite da interpretação, com a superação do positivismo discricionário, não há mais espaço para a interpretação com variadas respostas, pode até parecer, em um primeiro olhar não

¹⁵⁰A noção exposta nesses dois parágrafos foi muito bem explorada em: STRECK, Lenio. **Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista?**. Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI), v. 15, 2010, p. 160.

¹⁵¹ KELSEN APUD STRECK em: STRECK, Lenio. **Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista?**. Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI), v. 15, 2010, p. 161.

¹⁵² STRECK, Lenio. **Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista?**. Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI), v. 15, 2010, p. 164.

aprofundado, que existam várias possibilidades corretas para uma situação, porém o que existe são várias possibilidades que têm aparência de estar correta, mas dessas apenas uma é a solução correta, que se adéqua ao arcabouço jurídico o que se necessita é expor na fundamentação da decisão a argumentação que levou o magistrado àquela resposta.

Desse modo deve entender que existe uma resposta hermeneuticamente correta para cada situação de direito, não há possibilidade de se encontrar essa resposta unicamente via procedimento, pois não há como primeiramente entender o texto, para apenas posteriormente dar sentido à norma. Essa resposta correta só surge na situação concreta.

O professor Lênio Streck exaure o tema quando discorre:

Negar a possibilidade que possa existir uma resposta correta pode vir a se constituir, sob o ponto de vista da hermenêutica filosófica – em uma profissão de fé no positivismo e, portanto, na discricionariedade judicial, uma vez que o caráter marcadamente não-relativista d hermenêutica é incompatível com a existência de múltiplas respostas. Corre-se o risco de conceder ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), acreditando, ademais, que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras)¹⁵³.

Ou seja, a teoria que afirma existir uma única resposta hermeneuticamente correta, que como já foi dito antes, apenas se encontra na situação em concreto, privilegia o Estado Democrático de Direito, pois espanta a arbitrariedade judicial, sendo um avanço em relação as teorias da argumentação, que são geralmente de natureza procedimental. Essa teoria é o corolário da superação do positivismo (normativista que em verdade é eivado de discricionariedade) pelo neoconstitucionalismo¹⁵⁴, este último baseado em grande parte nas normas principiológicas, muito mais capazes de aparar a realidade que sempre sobrou no positivismo.

A noção de uma única interpretação correta não poderia deixar de remeter a Ronald Dworkin, para quem não existe discricionariedade, quando se analisam todos os prismas do direito, albergado pelas variáveis do caso concreto, por mais difícil que seja pode-se alcançar uma resposta correta.

Dworkin dispõe em seu livro Uma questão de princípios afirma:

¹⁵³STRECK, Lenio. **Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista?**. Novos Estudos Jurídicos (UNIVALD), v. 15, 2010, p. 165.

¹⁵⁴O autor Luiz Guilherme Marinoni explora brilhantemente o tema em seu livro Teoria Greral do Processo, vejamos uma passagem: “Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a sua área de especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais”, em : MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010. V. 1

Devo contestar minha suposição de que em um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente no conteúdo jurídico relevante¹⁵⁵.

Apresentada a noção de discricionariedade, bem como os perigos de sua existência em um ordenamento jurídico, não se pode aceitar que isso impeça que a atividade probatória do juiz se desenvolva no sentido da formação de seu convencimento, seja no que concerne à liberdade judicial de ser ativo no momento da produção de provas, seja no momento da valoração da prova.

Nesse sentido afirmou Carlos Dias: “A prova, mais do que um procedimento – e como se a tem encarado simplesmente desse modo – é, na verdade, um sistemático instrumento de controle, não somente do raciocínio judicial, como também do refreamento de sua arbitrariedade¹⁵⁶”.

Mesmo porque se as partes não trouxeram provas suficientes aos autos para que o juiz formasse seu convencimento ele tem duas condutas possíveis: ser ativo e determinar a produção de provas que entender necessárias para o deslinde da demanda, e que com o que foi carreado nos autos do processo ele pode exarar uma decisão motivada para resolver a lide, por ter alcançado o convencimento baseado na probabilidade de verdade; ou resolver por meio da distribuição do ônus da prova, não parecendo que a segunda opção seja mais adequada do que a primeira.

Ora, se as provas se endereçam ao juiz justamente para a formação de seu convencimento, como afirmar que seria discricionária sua decisão determinando produção de prova para clarear um ponto que em seu entendimento ficou obscuro, e assim se o fizer de forma fundamentada com uma argumentação consistente, não há de se falar em discricionariedade.

O professor Moacyr Amaral explana de maneira simples e muito direta sobre a necessidade de impor limites na liberdade judicial ao formar o convencimento:

Se a verdade pudesse ser resultante das impressões pessoais do julgador, sem atenção aos meios que se apresentam no processo, a justiça seria o arbítrio e o direito a manifestação despótica da vontade do encarregado pelo Estado de distribuí-lo.¹⁵⁷

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p.256.

¹⁵⁶ DIAS APUD KNIJNIK, em: KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p.5.

¹⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. Vol1. 5 ed. São Paulo:Saraiva. 1983. p.7.

Assim, busca-se compreender se o convencimento judicial advindo através da valoração das provas é passível de controle na forma como é concebido o atual sistema constitucional e processual, pois a produção probatória é o cerne do convencimento judicial, sendo ela que levará o raciocínio do magistrado em uma ou outra direção, e se esse momento não for passível de controle as decisões serão nada mais do que um espelho do arbítrio e do decisionismo.

4.2 VALORAÇÃO DA PROVA

O tema da valoração da prova¹⁵⁸ não é novo no estudo do processo, mas com certeza nunca foi um tema incontroverso também, provar, em dado momento histórico do desenvolvimento jurisdicional, já foi a parte mais importante do processo, e a única coisa que realmente importava a uma condenação ou absolvição, portanto, denota-se que uma longa cadeia de fases da valoração da prova foram superadas, justamente por não serem coerentes com o atual modelo de justiça adotado, contudo subsistem no ordenamento alguns resquícios desses modelos antigos, como por exemplo na determinação de um meio especial de prova, que sugere uma prova mais importante que as demais, mesmo antes da mesma ser realizada; e a prova de transferência de propriedade imóvel por documento público.

Como já foi dito anteriormente no processo, o sistema de valoração já foram diversos dos atuais, com a existência da prova legal, e do livre convencimento motivado, mas é possível dividir esses modelos de valoração, de forma mais simples, em apenas duas espécies, a primeira onde a valoração era realmente livre, e a segunda em que a valoração é uma fase judicial.

No primeiro momento as provas eram aleatórias e ligadas as divindades ou mesmo nas regras de combate, como as ordálias e os duelos judiciários. Nas ordálias, uma determinada prova era imposta às partes e se constituía como prova absoluta, que era seguida rigorosamente pelo julgador, entre essas provas a de colocar a mão na água fervente e a de caminhar em ferro em brasa, tudo para auferir se as declarações que davam eram verdadeiras. No caso do duelo judiciário a questão era remetida ao combate, o vencedor tinha a prova de estar com a verdade ao seu lado, sendo, assim, julgado vencedor do litígio.

¹⁵⁸ “Na valoração, desenvolve-se o trabalho intelectual do juiz, através do qual são pesadas e estimadas a prova”, em SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. Vol1. 5 ed. São Paulo:Saraiva. 1983. p.391.

Imaginar isso atualmente é risível, mas não se engane as decisões, mesmo com esses métodos de valoração das provas, tinham legitimidade, pois a sociedade no qual esses métodos foram implementados acreditava que eles eram a verdadeira forma de decidir, a mais justa e adequada, cada época tem a legitimidade das decisões em concordância com o paradigma de justiça que nela prepondera.

No que se poderia denominar o segundo momento, a avaliação das provas passou a ser procedido pelo próprio julgador, no início era limitado a tarifa legal, ou seja, apenas enquadrava a situação apresentada em um valor predeterminado; depois o Juiz tinha total liberdade para tomar suas decisões como lhe aprouvessem, sem ao menos ter que demonstrar o raciocínio por trás da decisão, ou seja, era puramente arbitrário, como exemplo os Tribunais da Santa Inquisição, e hoje em dia o Tribunal do Júri, onde os jurados não tem o dever de motivar suas decisões.

Da conjunção desses modelos surgiu o convencimento motivado, modelo preponderante no ordenamento processual atual, ele funciona com a exigência de motivação e racionalidade, na apreciação da prova no curso do processo. O magistrado deve apreciar as provas e expor seus motivos de forma racional, construindo uma argumentação, e perpassando todas as provas produzidas em juízo, mesmo aquelas que não exerceram convencimento sobre o mesmo, explicando inclusive porque não tiveram o condão de convencer.

Não se pode negar um ganho de qualidade na metodologia argumentativa quando comparada as demais paradigmas, mas como se trata de uma mudança não apenas teórica, mas também prática, existe um esforço no sentido da aplicação da persuasão racional do juiz como escopo da finalidade de instrução processual, o mesmo esforço deve ser realizado em relação ao momento da valoração da prova, contudo não há um efetivo significado empregado a essa aplicação, e como não há forma para aplicação dessa argumentação na atividade probatória persiste o método dedutivo, que não consegue alcançar a complexidade para a solução do problema, pois já se comprovou ser insuficiente.

Note-se que os novos meios de prova, como a digital, ou de estudo genético não podem ser atendidos pelo paradigma passado, contudo a argumentação fomenta a demonstração das reais razões do juiz decidir, demonstrando inclusive o quanto a bagagem cultural influencia nas decisões judiciais, favorecendo um debate processual entre partes com igual capacidade de influenciar a decisão do juiz.

A finalidade da prova no processo civil, que antes era tratada como exercício de demonstração da verdade dos fatos, passa a ser uma razão construída conjuntamente por todos os sujeitos do processo¹⁵⁹.

O que se tem hoje é a conciliação de realidades *a priori* inconciliáveis, o pensamento sistêmico (para os pontos onde não paira a dúvida) e a retórica (para superar as dificuldades que seguem da incompletude e obscuridade do sistema jurídico, permitindo inclusive a superação do modelo dedutivo de raciocínio relacionado à prova)

Importante entender que na atualidade se vive um sistema temperado, com obediência ao sistema racional analítico, e obediência dos comandos de natureza ética, ou seja, razão e valor se entrelaçam na construção das decisões.

A metodologia contemporânea modificou a repartição das cargas de competência das partes e do juiz na construção do diálogo processual, com grande reflexo no momento da produção da prova, justamente no momento de estreitamento da jurisdição com o princípio democrático, assim as funções de participação e representação não são meras formalidades, as partes têm direito de participar e ver a sua participação influir e ser debatida na decisão, essa obrigatoriedade de representação adequada e de participação funciona como uma limitação a manifestações processuais arbitrárias, assim as manifestações tem que ocorrer na forma adequada, resguardando o fim que se destina, e pertinente ao objetivo perseguido no processo.

A dinâmica da conformação do papel do Estado frente a liberdade dos indivíduos, e a obrigatoriedade dessa Estado cumprir seu objetivos influenciaram na modificação na atuação judicial, e as duas áreas de maior modificação dizem respeito justamente ao princípio do dispositivo *versus* a imparcialidade judicial; e o princípio do contraditório como escopo de realização do estado democrático no âmbito processual.

No estado atual do direito, os princípios do dispositivo e da imparcialidade do juiz devem ser harmonizados para sua completa efetivação. Para concretização do princípio do dispositivo em regra vemos o monopólio das partes quanto a disposição da questão debatida em juízo e a adstrição do julgador aos limites por ela fixado.

Contudo não se pode confundir o momento inicial, onde ocorre a alegação dos fatos jurídicos que sustentam a pretensão *sub judice*, com o momento posterior, de andamento interno do processo concernente a demonstrações de cunho probatório. Assim existe o momento das alegações dos fatos, momento em que as partes decidem o objeto do processo e

¹⁵⁹Sobre a finalidade da prova: “ Essa avaliação compreende uma atividade de medir o valor e o preço dos elementos probatórios, e nisso consiste a etapa final e definitiva da prova.”, em SANTIS MELENDO, Santiago. **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: Europa-America, 1979, p. 244.

vinculam o juiz ao dever de julgamento dentro da realidade trazida aos autos; sendo outro momento o referente à prova das alegações, nesse momento o juiz também participa ativamente não ficando adstrito as iniciativas anteriormente exclusiva das partes.

Em razão dos interesses públicos tutelados pelo ordenamento jurídico, o Legislativo pode interferir no princípio do dispositivo, criando situações de maior ativismo judicial na determinação dos contornos pela parte do objeto da demanda, tal prerrogativa não pode ser confundida com uma liberdade total do legislador e do julgador em interferir na modulação da intensidade do princípio do dispositivo, devendo essa maior intromissão guardar relação com o contexto cultural.

Esse juiz do Estado contemporâneo participa efetivamente no debate travado nos autos, rompendo com o modelo histórico, em busca da efetividade judicial, mas isso não quer dizer que ele seja um juiz imparcial.

4.2.1 A valoração da prova e o ônus da prova

Não pode o Estado juiz se omitir da prestação jurisdicional e deixar de sentenciar sob a alegação de insuficiência de prova, o *non liquet* em matéria fática não gera um *non liquet* em questões de direito, e justamente para evitar tal situação foram criadas as chamadas regras do ônus da prova, as quais determinam a quem incumbe os encargos de provar e preveem as consequências para as hipóteses em que o onerado não logrou, parcial ou totalmente, fazê-lo, tendo geralmente como pena uma decisão judicial contrária ao seu interesse.

Para Devis Echandía ônus da prova pode ser entendido como:

Poder ou faculdade de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis.¹⁶⁰

O ônus é a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro interesse, alheio, ou seja, se você não cumpre um ônus imposto a você, em última análise o prejuízo é a possibilidade de perda de um direito próprio, por isso muitas vezes na doutrina se utiliza a palavra carga como sinônimo, e não a palavra obrigação.

¹⁶⁰DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. Buenos Aires. Victor P. de Zavalia, 1973, p.420-421.

Como já dito o ônus da prova não é uma obrigação, e sim um encargo imposto a parte, assim uma vez que o sujeito não o desempenhe a contento, ele se coloca em situação de desvantagem perante o direito. O ônus é a faculdade que a parte dispõe para praticar ou deixar de praticar um ato no processo, e se deixa de fazer, está apenas deixando de usufruir a vantagem processual que obteria se o tivesse exercitado. O ônus da prova é uma regra de conduta dirigida à parte, onde se indica quais fatos a cada parte incube provar.

Carnelluti simplifica a distinção entre ônus e obrigação afirmando que:

Diversa a sanção cominada a quem não realiza um ato: existe somente obrigação quando a inércia dá lugar a sanção jurídica (execução ou pena); entretanto, se a abstenção do ato faz perder somente os efeitos úteis do próprio ato, temos a figura do ônus¹⁶¹

A teoria clássica de distribuição do ônus da prova é um corolário do princípio dispositivo, uma vez que de forma estática dispunha que ao autor cabia a prova dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu cabia a demonstração dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, mas essa aceção não mais é o suficiente para o direito moderno, vez que a gama de situações, de casos concretos diversos levados ao judiciário faz com que essas regras sejam inócuas para a resolução de algumas demandas, e se empregada a regra do artigo 333 do CPC, a mesma traria mais prejuízos do que benefícios.

Note que na teoria clássica ao autor cabia demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, de tal modo que se não possuísse modos de fazê-lo, não por desídia, mas sim por empecilhos técnicos, educacionais ou financeiros, teria sempre seu direito perdido, e o réu, que poderia muito bem ser capaz de produzir tais prova sem maiores esforços, seria beneficiado pela regra estática.

Não há dúvida que é ônus das 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, contudo o modelo estático que imputa ao autor o ônus dos fatos constitutivo do seu direito e ao réu provar à inexistência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, não é suficiente para as demandas atuais, pois várias vezes o autor não tem condições fáticas de provar seu direito, se a regra fosse sempre aplicada todas essas demandas seriam resolvidas pela regra de julgamento de ônus da prova, o que não estaria de acordo com o atual paradigma do direito contemporâneo, pois seria verdadeira negativa de acesso a justiça.

¹⁶¹ AUGENTI, G.P. Apêndice à obra Prova Civil, In: CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 2ª.Ed. Campinas:Bookseller, 2002, p.255.

Já se falou sobre os poderes instrutórios do juiz, que o magistrado pode e deve determinar a confecção de provas de ofício, para que posso ver a demanda elucidada, e assim julgar sem a utilização da regra do ônus da prova, mas na realidade o juiz conhece os fatos que envolvem a questão de maneira mais superficial do que as partes, tendo assim, menos condições de saber que meios de provas ajudariam na comprovação das alegações de uma ou outra parte, Marinoni tem um posicionamento bem específico no que diz respeito aos poderes instrutórios do juiz e o ônus da prova:

É claro que o juiz, quando não convencido pela prova das partes, pode determinar prova de ofício. Acontece que essa possibilidade não é suficiente para permitir elucidar todos os casos concretos, especialmente porque, na maioria das vezes, não há outras provas a produzir ou o juiz desconhece os meios de prova que efetivamente podem auxiliar. Portanto, a tão decantada tese de que o juiz deve determinar prova de ofício deve ser vista como uma ideia simplista e ingênuo caso tenha a pretensão de se constituir em uma alternativa ao julgamento baseado na regra do ônus da prova¹⁶².

Hoje em dia um termo bem difundido no mundo jurídico é a inversão do ônus da prova no direito do consumidor, na qual verificada a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança das alegações o ônus pode ser invertido, dando assim mais chances ao autor da demanda de ter feitas as provas constitutivas de seu direito, e no caso de insuficiência de provas, ele não estará em situação de desvantagem, uma vez que o ônus não era mais dele.

Outra teoria sobre o ônus da prova é distribuição dinâmica do mesmo, ou como outros autores gostam de chamar teoria das cargas probatórias dinâmicas, essa teoria não tem um local certo de origem, muitos apontam a Argentina, no final do século XX, como o berço de sua sistematização, contudo há registros dessa técnica na Alemanha do início do século passado, ao adotar o nome *beweisumkehr*, para o ônus, que em verdade significa trânsito cambiante¹⁶³.

Existe certeza que o doutrinador argentino Jorge Walter Peryano foi um grande responsável pela sua difusão. O doutrinador define o tema:

La llamada doctrine de las cargas probatórias dinâmicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales em determinadas situaciones em las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma , repartem los esfuerzos probatórios. La misma importa um desplazamiento del *ônus probandi*, según fuerem las circunstancias Del caso, em cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, em cabeza de quién está em mejores condiciones técnicas, profesionales

¹⁶²MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.94.

¹⁶³PEYRANO, Jorge. **Nuevos Delineamientos de Las Cargas Probatorias Dinamicas**. 1ª ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004, p.40.

o fácticas para producirlas, más Allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos.¹⁶⁴

Ao longo do tempo, várias foram as teorias voltadas e enunciar a repartição do ônus da prova, sendo que quase todas tinham em comum a imposição de um encargo fixo e imutável, e tais critérios, justamente por serem estáticos, não levavam em consideração as particularidades dos casos concretos, tais regras muitas vezes se mostravam falhas e insuficientes a tal ponto de que às vezes, as provas produzidas nos autos eram frontalmente contrárias ao convencimento do juiz, nesse cenário desponta a necessidade de uma valoração dinâmica para a distribuição do ônus da prova, em substituição a concepção abstrata, rígida e estática.

Para a distribuição do *onus probandi*, a teoria da distribuição dinâmica, não considera a posição ocupada pela parte e tão pouco a natureza do fato que será objeto da prova a ser produzida, a cerne dessa teoria é a acessibilidade, a facilidade com que a parte pode se desincumbir de realizar aquela prova, para o deslinde mais justo possível do processo.

Desse jeito, o magistrado fica responsável por analisar a circunstâncias dos fatos concretos, através de um diálogo com as partes decidir qual delas está mais apta a produzir que prova, e utilizando esse método passa a distribuir o ônus a cada um dos sujeitos processuais, segundo sua capacidade de produzir a prova esperada. E, por conseguinte assumindo o risco de eventual descumprimento do ônus.

Com o fim da instrução processual, 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 importante é que o julgador forme sua convicção com base no contingente probatório, e, par fazê-lo, tomará ele em consideração todos os fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes.

Atualmente somente se aplica às regras sobre o ônus da prova na hipótese de ausência ou insuficiência da prova produzida, pois se há 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, uma vez que a prova pode até mesmo ser determinada de ofício por esse magistrado, devendo, o mesmo, valorar as provas colhidas e emitir sua decisão.

¹⁶⁴PEYRANO, Jorge. **Nuevos Delineamientos de Las Cargas Probatorias Dinamicas**. 1ª ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004, p.44.

O tema do ônus da prova foi trazido a baila porque está intrinsecamente ligado a questão da valoração da prova, e tal proximidade dos temas causa confusões entre estes, como se a distribuição do ônus da prova fosse uma forma de valoração das provas, o que não é correto.

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, no caso de ao final da instrução não fiquem esclarecidas as alegações feitas pelas partes, lógico que à valoração da prova influi 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, contudo são momentos distintos.

A distribuição do ônus ocorre quando o juiz acredita não ter provas suficientes para julgar a causa, porém se o magistrado entende estar suficientemente munido de elementos probatórios para julgar, passa a valorar essas provas.

Ou seja, as técnicas de valoração da prova, portanto, acabam por representar um mecanismo de convicção judicial muito melhor do que o critério previsto no artigo 333 do Código de Processo Civil, é 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, por isso 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.

Porém se no processo, as partes fabricaram alguma prova, ou mesmo, se existem provas que foram produzidas à partir do exercício do poder instrutório do juiz, esse não deve aplicar a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil para solucionar a demanda, pois agir assim valoriza a ideologia ultrapassada de que uma resolução vazia, baseada em um critério estático, é melhor do que o trabalho de valoração, quando as provas são parcas.

Para que tal, 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.

4.2.2 A valoração da prova e o juízo de admissibilidade da prova

Por mais que não sejam etapas estanques, a atividade probatória pode ser seccionada em momentos, no primeiro, a postulatória, as partes pedem a produção de determinadas provas, cabendo ao juiz exercer verdadeiro juízo de admissibilidade em relação às provas,

determinando a produção daquelas que considerar relevantes, e evitando também que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova.

reputados inidôneos sejam produzidos no processo.

Ao realizar esse juízo de admissibilidade¹⁶⁵ o juiz está limitando a produção probatória, para que se evite trazer ao processo provas que não podem participar do convencimento judicial.

Primeiramente o juiz irá analisar a licitude do prova, ou seja, se a prova a ser produzida guarda licitude com o ordenamento jurídico posto, as provas ilícitas não devem ser admitidas. A busca da verdade é aconselhada no processo civil, mas não se quer uma verdade a qualquer preço, essa persecução deve ser temperada com outros interesses, que no caso concreto podem ser tidos como mais relevantes. O professor Hernando Dévis Echandía comenta sobre o tema:

O processo civil não deve ser transformado em um campo de batalha, no qual sejam permitidos todos os meios úteis para triunfar; ao contrário, o processo é um instrumento público que almeja resolver juridicamente os conflitos com intuito de satisfazer o interesse daqueles que litigam¹⁶⁶.

A constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVI diz “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícito”, mas mesmo que não fosse expressa a regra, ela poderia ser subsumida da garantia do devido processo legal. Importante comentar que o conceito de prova ilícita abrange sem distinção, a ilicitude cometida fora do processo, Cambi afirma “Assim, toda prova que violar os direitos fundamentais tutelados constitucionalmente não pode ser admitida ou utilizada em juízo, independente da ilicitude ter se originado fora ou dentro do processo”¹⁶⁷.

Muito se discute sobre a aceitação de provas ilícitas no processo de convencimento judicial e simplificada mente formou-se duas frentes doutrinárias, aqueles que 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, assim prova seria admitida no processo, e a punição do infrator pela violação de direito material

¹⁶⁵“O juízo de admissibilidade está baseado em critérios jurídicos de escolha dos elementos probatórios que podem ser utilizados no processo, acarretando a possibilidade de restrição de determinados meios de prova, Pode-se afirmar que a prova inadmissível é aquela que não pode ter ingresso em juízo.”, em CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p.34

¹⁶⁶DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. Buenos Aires. Victor P. de Zavalía, 1973, p.539.

¹⁶⁷CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, p.67.

cometida ocorreria em demanda diversa. A segunda frente acredita que o Direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, e nem admitir que se alguém se beneficie daquele ato ilícito, cabendo ao juiz afastar a prova ilegitimamente obtida, deixando de considerá-la para a formação de seu convencimento.

Superada essa primeira fase, o juiz irá investigar se a prova preenche o requisito da adequação, ou seja, se aquela prova que se pleiteia produzir terá o condão de evidenciar o fato alegado pela parte.

Após a fase da licitude, e da adequação, vem o exame sobre a pertinência, nesse momento vai se verificar se há um vínculo entre a prova e o objeto em litígio propriamente dito.

Mas, como não raramente ocorre a posição que vem ganhando fôlego é justamente a intermediária, na qual o juiz tem liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos, e assim 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, diminuindo a não aceitação das provas ilícitas nos casos em que o interesse de manter a licitude das provas contrarie interesse de maior relevância.¹⁶⁸

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 Brasil, sendo admissível, em alguns casos, a prova obtida de forma ilícita como elemento de influência para o convencimento judicial¹⁶⁹.

O julgador pode estabelecer limites à investigação probatória, entretanto quem delimita os limites da lide, em razão dos princípios da demanda e do dispositivo, são as partes, na ação e na defesa, respectivamente.

A regra geral determina que não será admitida prova de fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, ou admitidos como incontroversos, contudo fundamentadamente o juiz pode alterar essa perspectiva.

Antes que o juiz tome sua decisão é necessário que oportunize o contraditório, pois como esse é um reflexo da isonomia processual, funciona como legitimador de uma *sentença justa*.

É importante que se tenha em mente que o reconhecimento de um direito constitucional a prova implica em uma postura de máxima atividade probatória, procurando se admitir todas as provas que possam alargar o conhecimento dos fatos alegados, sempre

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 270-275.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 277-278.

temperando as regras jurídicas que possam diminuir essa atividade, ou que tornem o exercício de provar excessivamente difícil.

Essa amplitude tem efeito até mesmo na seara legislativa, pois não pode o legislador reprimir injustificadamente a atividade, para fazer tem que seguir uma vertente racional e demonstrar suficientemente que a razão limitadora supera a importância do princípio da liberdade da prova para o sistema processual.

Sobre a limitação do direito a prova, conclui-se com a transcrição necessária de uma passagem do livro *A Prova Civil* de Eduardo Cambi:

De qualquer modo, todo limite probatório, seja de que natureza for (processual ou substancial, legal ou judicial, interno ou externo), deve ser considerado inconstitucional quando retira da parte a mínima possibilidade de influir no êxito do juízo da causa, com uma adequada atividade defensiva, sem que, em contra-partida, outro valor mais relevante seja tutelado. Por isso, o critério da divisão dos limites probatórios ente *absolutos* e *relativos* é razoável, na medida em que procura evitar que a parte fique impossibilitada de provar os fatos sobre os quais funda o seu direito, o que poderia representar verdadeira denegação do exercício das tutela jurisdicional. Destarte, o exame desses limites permite a fixação do conteúdo essencial do direito fundamental a prova. Além disso eles servem de critério para que o juiz possa decidir quando se deve admitir e praticar um meio probatório ou, ainda, para que o órgão jurisdicional *ad quem*, tenha condições de controlar a decisão monocrática, decidindo sobre uma eventual violação do direito à prova¹⁷⁰.

4.4 POSSIBILIDADE DE CONTROLE DO CONVENCIMENTO DO JUIZ DURANTE A VALORAÇÃO DAS PROVAS

Estudar o direito à prova é difícil por inúmeros motivos, por ser uma matéria extensa com muitas nuances, por estar tão próximo ao mundo dos fatos e por isso às vezes os institutos de fato e de direito se misturam, contudo um fator que prejudica em demasia o estudo é a pouca importância atribuída ao mesmo ao longo da história, principalmente pelo Direito Brasileiro.

A legislação brasileira teve inúmeras preocupações para melhor servir o jurisdicionado, implementando juizados, criando o Código de Defesa do Consumidor, e até ampliando o leque de direitos materiais, mas nunca se debruçou para tentar pacificar, organizar e melhor instrumentalizar a questão da prova.

Como consequência, a doutrina nacional também pouco explorou o tema, assim existem dispositivos genéricos com parca argumentação doutrinária sobre o tema prova, fazendo com que não existam meios fixados, e estudados de como ocorre essa passagem das provas produzidas em um processo para o convencimento judicial, não existem meios de

¹⁷⁰CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p.39.

controle positivados para que a parte lendo sua sentença, valore como sua participação na produção de provas influenciou a decisão do magistrado.

Que fique claro aqui que a intenção desse trabalho não é requerer maior legislação na área, a ponto de impossibilitar a atividade do julgador, o ponto a ser demonstrado, e que no país as matérias que os legisladores julgam importante eles recorrem a confecção de leis, ou seja, se não existem muitas sobre o tema, provavelmente é pelo fato dos mesmos não entenderem que a atividade probatória é o cerne de uma demanda judicial, pois ela é que dirige a cabeça do juiz para uma ou outro lado, garantindo o sucesso na empreitada de uma das partes.

Um ordenamento jurídico não pode ser visto alijado de sua população, o que leva a crer que em grande parte a razão do momento probatória não ter mais ênfase no Brasil, em muito é uma questão cultural. Em verdade os modelos de *Common Law* apresentam uma preocupação maior com a prova do que os de *Civil Law*, isso não se deve a positivação de normas, mas sim à prática dos direitos em cada ordenamento.

Na *Common Law* os fatos tem uma importância processual muito grande, os fatos estão muito próximos das partes no processo, pois as partes produzem as provas sozinhas e apresentam a corte como *discovery*, enquanto que na tradição pátria, as provas geralmente são feitas em juízo, e em se tratando de perícias existirá um perito judicial nomeado, em consequência as partes se sentem menos participantes dessa elaboração das provas, e ao final as partes necessitam muito mais entender como as provas foram aceitas e pesadas pelo decisor.

Não entenda o comentário acima como uma conclusão de que o modelo de *common law* é mais apto ao controle de valoração da prova do que o da *civil law*, o que se quis expressar, e que com uma maior proximidade dos fatos os jurisdicionados exigem mais da fundamentação da valoração das provas por eles produzidas, e assim a necessidade de desenvolver modelos para constatação dessas provas é maior.

Outra razão, que não se pode negar é a maior judicialização dos fatos da vida em países com o Estados Unidos da América, e a maior complexidade das demandas postas (inúmeras *class actions* são iniciadas diariamente), quando comparado com o Brasil, ou seja, se existem mais demandas, e elas são mais complexas é natural que haja um maior aprimoramento para o julgamento das mesmas.

Nesse diapasão, para fornecer maiores respostas, o estudo da prova tem que se socorrer dos modelos estrangeiros. É inegável o estudo do direito comparado para desenvolver técnicas que tentam realizar a valoração das provas, com o objetivo de limitar a

atividade judicial, e extirpar a subjetividade nas decisões do ordenamento jurídico. O Brasil não pode se ver alijado desse processo.

Naturalmente, as técnicas estudadas na folha anteriores já são um começo para se trilhar, pois não existe vedação para utilização das mesmas, afinal o artigo 332 do Código de Processo Civil afirma que 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, assim o aconselhável é utilizar a experiência estrangeira, e com a prática ajustar os modelos para a experiência brasileira, ou até mesmo criar um modelos de constatação próprio.

Contudo afirmar que hoje no Brasil não existe um controle possível de valoração da prova não é verdade, pode não haver um *Standard* específico, que consegue conferir um maior grau de racionalidade ao exame da prova, mas a necessidade de motivação das sentenças, premissa constitucional, é capaz, se feita corretamente, de apresentar essa valoração. O que se deseja apontar é que a motivação deve ser escoreita, não se atendo somente a quantidade de prova, mas também para fatores como a credibilidade dessa prova (*preponderance of evidence*), a suficiência (mínima atividade probatória) e a insuficiência (*Défaut de motifs*).

Deve-se ressaltar que não apenas o resultado da convicção é importante, mas o processo inferencial, a estrutura lógico-argumentativa pela qual o resultado foi atingido. Para que a *praxis* probatória não se perca na subjetividade tendente à violência, e à arbitrariedade, a atenção deve se voltar para a forma de inferência intelectual do magistrado para com todos os pontos de vista (provas) apresentados no processo.

Nesse contexto, o diálogo proporcionado pelo princípio do contraditório, é ponto fulcral, pois definitivamente o juiz tem o dever de escutar a outra parte, e verificar por meio dos modelos de constatação tudo o que foi trazido como prova à demanda, esse juízo crítico e imparcial garante a cientificidade da decisão jurídica. Dito de outra forma, o emprego dos *standards* permite que se traga ao debate inteligível, critérios decisoriais importantes sobre a probabilidade de ocorrência de um fato ao invés de outro, ou sobre a suficiência de uma prova pericial em determinar o que de fato ocorreu, discussões essas que falham em ocorrer se não existem bases comuns de conversação, acabando por serem ignoradas, por não terem como ser discutidas.

Não é desejável que o juiz fique sem espaço para seu juízo de livre convencimento, ou seja, não se defende a volta da tarifa legal, mas também não se pode admitir um exercício de íntima convicção escamoteado como livre convencimento. É extremamente árdua a delimitação

desse tema, o princípio do livre convencimento, se fosse analisado somente com enfoque na palavra livre retiraria a utilidade dos *Standards* de valoração da prova, pois o convencimento seria realmente livre de amarras, mas não é o caso em questão, visto que o limite da liberdade do convencimento é justamente a motivação, perfazendo o princípio do livre convencimento motivado.

Acredita-se ser prudente mencionar que o princípio do livre convencimento motivado, culturalmente apontado como superior a seus antecessores, apresenta tanto quanto estes a possibilidade de degenerações patológicas, se não for cercado das necessárias medidas para que se possa verificar a racionalidade da decisão. Justamente essa falta de possibilidade de controle decisional faz nascer no ordenamento jurídico sistemas como a prova tarifada, com intuito de extirpar a discricionariedade, e garantir racionalidade no ordenamento, tarefa que como já se viu na história, é impossível alcançar com o sistema dessa natureza.

O sistema jurídico não deve ser indiferente a suas consequências externas, melhor dizendo, ele deve apurar os dados externos, como é o caso da grave falibilidade da apreensão fática, e grande a chance de erro no convencimento, com intuito de se autocorrigir, justamente, os *standards* jurídicos são mecanismos de controle, são uma reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fático, e podem colaborar na denúncia de desvios lógico-inferenciais, no sentido de indiciar a ocorrência de erros, subjetivismos, arbitrariedades, pois os mesmos investigam, por que meios, forma e como o magistrado atingiu a convicção.

Como já foi visto antes, o princípio do livre convencimento se estabeleceu em resposta ao sistema da íntima convicção, portanto, uma reação contra os acima mencionados atos de subjetivismo e arbitrariedade; mas também foi uma alternativa à volta da prova legal e a rigidez tarifada típica da mesma, ou seja, o livre convencimento veio responder ao mesmo tempo ao engessamento típico da prova tarifada e o decisionismo das convicções imotivadas e injustificadas.

Abre-se um parente para falar de um tempo não tão distante, ao contrário, bem recente quando se pensa em termos de evolução do ordenamento jurídico, onde o positivismo jurídico reinava absoluto na *praxis* forense e na doutrina. Hoje, mesmo que se tenha um modelo positivista de legislação, a doutrina já temperou a prática, justamente com a constitucionalização das normas-princípios que devem nortear a aplicação das normas-regras.

No positivismo jurídico se adota uma concepção silogística, cabendo à autoridade jurisdicional simplesmente repetir o texto legal, sem alterar-lhe o significado. As codificações, por sua vez, significaram uma tentativa de positivação das regras necessárias

para a resolução dos conflitos interindividuais, já que o direito no paradigma liberal-individualista está centrado na resolução de litígios dessa natureza. Essas regras também tiveram a sua origem no jusnaturalismo, entretanto, após a sua consolidação em textos expedidos pelo Poder Legislativo, passou-se a considerar como direito somente essas disposições, ignorando-se toda e qualquer outra fonte que não seja a lei expedida pelo Estado. O direito natural passou a integrar o campo do não-direito¹⁷¹.

O positivismo jurídico, por coerência aos seus postulados, vai possuir uma concepção avaliativa do direito, não o interligando a quaisquer valores. Por óbvio, se o direito deve ser compreendido somente em relação às leis emanadas pelo Estado, que prevalecem sobre quaisquer outras fontes, com base na equivalência da lei válida é igual a lei posta, a ciência jurídica não pode compreender o ordenamento com base em valores pressupostos. O foco de estudos deve ser a lei válida, seja qual for essa lei, seja qual for o seu mandamento, sejam quais forem as valorações do legislador ou do órgão estatal encarregado em positivá-la. Está-se diante de uma concepção eminentemente formal do Direito, que prescindir do conteúdo das normas postas pelo Estado¹⁷².

Assim, o juiz positivista, ao decidir utilizava desse raciocínio silogístico, sendo que sua decisão pouco ou quase nada investigava os fatos em realidade, sequer diziam respeito à uma legitimidade social da decisão, pois seu conceito de legitimidade estava vinculado a aplicação da norma fria. No silogismo positivista existe uma premissa maior, que é a lei, uma premissa menor, que é o fato, e uma conclusão, se o direito, no que toca à premissa menor, não tem responsabilidades pra com ela (não porque não devesse ter, mas porque isso não interessava a um puro saber jurídico, de índole marcadamente positivista) nenhum estatuto dogmático se poderia oferecer quanto ao mérito da convicção do juiz, muito menos com relação a valoração das provas que geraram esse convencimento.

Ou seja, o paradigma positivista, que tinha como principal objetivo a segurança jurídica, via na completa adstrição do juiz a norma a solução para o fim da arbitrariedade, contudo ao fazer isso, a não exigir os motivos do convencimento judicial (pois presumia que os fatos sociais são sempre simples a ponto de se adequar a uma norma previamente imaginada pelo legislador), acabou por alargar o campo do subjetivismo, pois deixou o juiz livre para escolher onde enquadrar o acontecimento social levado à juízo; é como se os positivistas não entendessem que a função de juiz é uma só, mas quem ocupa o cargo são

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 74.

¹⁷² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 77.

pessoas de diferentes origens e experiências, que não necessariamente enxergam as coisas da mesma forma, ou seja, sem o dever de motivar a decisão tomada à arbitrariedade é inevitável.

A crise desse paradigma dominante remete à uma crise do seu modelo metodológico, lógico-formal. O direito sob o manto juspositivista teve o encobrimento das particularidades e singularidades do caso concreto pela assunção de um postulado metodológico inadequado, silogístico-dedutivo, que o desconsiderava enquanto ciência social-prática.

Na atualidade, aos poucos, vai se vendo esse paradigma superado, e o convencimento judicial retoma o curso de sua vertente lógica, consistente precisamente numa oposição ao subjetivismo decisional. Insere-se a noção de que a correta aplicação do direito leva em conta os fatos, pois estes não podem ser dissociados da norma sob pena de arbítrio judicial.

Assim, pouco a pouco, vem a doutrina, especialmente a alienígena, salientando que o livre convencimento não significa, na verdade, um convencimento livre, pois prestigiando a vertente logicista, fruto da oposição do princípio à negativa *praxis* de um convencimento íntimo e subjetivo, a doutrina passa a externar que a liberdade da apreciação da prova não significa a ausência de regras, pois o juiz, no momento da valoração do material probatório deve se socorrer de meios pelos quais essa atividade não se desenvolva no seio da discricionariedade, e para tanto poderá utilizar os *standards* apresentados acima, justamente enquadrando essa prova nas premissas de suficiência, verossimilhança preponderante, ausência de motivação.

As reflexões de Danilo Knijnik são extremamente pertinentes, sendo salutar a utilização de 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, sem limitar em demasia a formação do convencimento judicial, mediante um prévio tarifamento da prova.

Ocorre que por mais desenvolvidos que sejam os *standards* de valoração da prova, ainda assim não se consegue solucionar uma questão central, o exercício desse controle sobre a formação do convencimento judicial só ocorre efetivamente por meio do juízo de renovação, ou seja, o controle ocorre com a substituição da convicção alcançada pelo juiz *a quo*, por aquela que será realizado pelo juízo *ad quem*, por via recursal.

Ou seja, o controle garante à modificação por um segundo juízo, os modelos de constatação não são capazes de garantir o controle na prolação do juiz de primeiro grau, lógico que se eles fossem realmente adotados na doutrina pátria e aplicados com usualidade, com o tempo os juízes de primeira instância iriam passar a necessariamente realizar a

valoração provas com o auxílio dos *Standards*, por receio de que suas sentenças fossem alteradas em segunda instância.

Ao procurar soluções para essa questão é natural que o doutrinador queira obter uma resposta infalível, que ele queira o grau máximo de segurança de que, no caso por exemplo, a valoração de provas vai acontecer seguindo os limites impostos, e ao fazer isso é natural que tente imprimir nos modelos de controle cientificidade quase matemática, contudo não há como imprimir em questões de ciência social fórmulas própria de ciências exatas, pois as variáveis numéricas, se postas em certas situações e fórmulas sempre ofertam o mesmo resultado, já as premissas sociais não possuem balizas tão fixas, e mesmo o julgador não é uma máquina silogística, não sendo possível, assim, tratar o processo como meio para obtenção de soluções matemáticas com exatidão, o que é possível, então, é analisar o processo com as garantias advindas do direito constitucional com intuito de minimizar a subjetividade do julgamento.

A arbitrariedade é sem dúvida um mal que violenta e macula o ordenamento jurídico, ela é uma falha no sistema que apesar de sempre combatida encontra novas formas de se manifestar, mas isso porque o arbítrio é próprio da natureza humana, e não existe um remédio simples que acabe com ele de maneira permanente, a forma de se evitar arbitrariedade é a observância diária, com atenção as decisões proferidas caso à caso. De fato se trata de um trabalho hercúleo, mas não existe receita simples para afastar o arbítrio judicial.

O que se pode fazer é desenvolver algumas balizas que devem ser observadas pelas partes (aqui *lato sensu*, englobando todos os participantes do processo), primeiramente a necessidade de observância dos direitos fundamentais de caráter processual, pois uma decisão arbitrária fere o princípio constitucional de um processo justo, e ignora os princípios do respeito à dignidade humana, da igualdade, da segurança jurídica, da legalidade, e do contraditório e da ampla defesa.

Como exemplo, a motivação, que busca 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 é certamente uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num 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 rumo¹⁷³.

¹⁷³CALAMANDREI, Piero. **Eles , os Juízes, vistos por um advogado**. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2000, p.175.

A sentença não pode ocultar as razões de decidir nem o raciocínio empregado para se chegar ao convencimento através de falsos silogismos ou afirmações imprecisas, no instante em que esse raciocínio se distanciar da prova existente nos autos, apegando-se a elementos não debatidos no processo, estará a decisão incorrendo em erro, e aqui à parte pode se servir de um recurso interposto, deva vez para o próprio juiz, por meio dos Embargos de Declaração, em razão da omissão dos motivos ou da ausência de correspondência entre esses motivos e os elementos existentes nos autos, nesse caso se demonstra a possibilidade recursal de controle da valoração da prova sem não depender exclusivamente do juízo de renovação advindo do segundo grau, pois a decisão dos embargos não substitui a primeira, apenas à integra, com intuito de melhorá-la.

Esse direito fundamental deve ser respeitado, e merece ser analisado separadamente, a obrigação de motivar à sentença está estampado na Constituição Federal em seu artigo 93, IX resguarda o dever de fundamentação adequada da decisão, e a mesma deve ser examinada de forma qualitativa e quantitativa. Por isso, é inválida a sentença não fundamentada, mas também a insuficientemente fundamentada.

E não há que se falar em manutenção de uma *desisium* que não alcançou um mínimo essencial de motivação, o doutrinador Michele Taruffo afirma que esse mínimo pode ser compreendido como: a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial que possibilite se identificar a individualização das normas aplicáveis, a identificação acertada das alegações de fato, a qualificação jurídica do suporte fático e as consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente correta¹⁷⁴.

Se o ato decisório falha em reportar um desses requisitos mínimos, verifica-se ausência de motivação e não simplesmente sentença mal fundamentada, pois os vícios da motivação desaguam quase que inexoravelmente na arbitrariedade.

Na mesma linha de pensamento o doutrinador enumera situações em que acredita que a fundamentação não alcançou o mínimo necessário, e vale ressaltar que, mesmo assim, algumas são aceitas no ordenamento brasileiro: a ausência de uma real justificação da decisão; a motivação *per relationem*¹⁷⁵; as hipóteses de motivação fictícia, em que se faz referência às

¹⁷⁴TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975, p. 467.

¹⁷⁵PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. NULIDADE. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.2. O Superior Tribunal de Justiça entende possível a adoção, pelo julgador, de motivação exarada em outra peça processual juntada aos

provas, mas não as valora de modo específico, utilizando frases vagas como: experiência, evidência, princípios gerais e fazendo mera menção aos precedentes, sem explicitar como os mesmos se ligam ao caso concreto objeto da lide; a insuficiência de um ou mais elementos essenciais da inferência em que se baseia todo argumento justificativo, a motivação não expõe todo o caminho de raciocínio do juiz, encobrendo premissas que foram utilizadas para chegar à conclusão; erros ou impropriedades lógicas de modo a comprometer a correção argumentativa¹⁷⁶.

Vale aqui uma explanação sobre a forma de composição da fundamentação, que possui duas partes distintas, as denominadas *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, trata-se da tese jurídica que foi adotada pelo julgador mediante a apresentação do caso concreto. A *ratio decidendi* “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law)”¹⁷⁷. Já o *obiter dictum* “consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão, sendo apenas algo que se faz constar “de passagem”, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ser determinante para a decisão¹⁷⁸”

A diferença entre eles é importante quando se fala em precedentes judiciais, e a força vinculante dos mesmos, é necessário investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação, assim as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação, e dele se extrai uma regra de direito que por ser generalizada, só se pode considerar como *ratio decidendi*, a opção hermenêutica que seja apta a ser universalizada. Ou seja, na atualidade deve haver uma preocupação com a formação das razões de decidir, não devendo a mesma ser elaborada pelos tribunais superiores sem atenção para o seu conteúdo, pois será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações.

Desse modo, a fundamentação que analisa a valoração da prova deve ter uma razão de decidir clara, até mesmo porque pode ser o caso de formação de precedente em matéria probatória, o que em muito evitaria atitudes decisoristas.

autos como fundamento da decisão (per relationem), desde que haja sua transcrição no acórdão.3. Recurso Especial não provido, em REsp 1314518 RS 2012/0054652-0, Relator Ministro Herman Benjamin, Julgamento 07/05/2013, órgão T2- Segunda Turma, publicação 17/05/2013.

¹⁷⁶ O tema é amplamente explorado em TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975, p. 542-570.

¹⁷⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte de direito**. São Paulo:RT,2004.p.175.

¹⁷⁸ DIDIER JR, Fredie. **Notas sobre a distinção entre ratio decidendi e obiter dictum**. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio22.11pdf. acesso em 03 de agosto de 2013.p.1.

Como foi apontada acima a decisão arbitrária deve ser impugnada com o recursos ou ações autônomas, assim pode-se fazer uso da apelação ou agravo de instrumento, e, ainda por meio de embargos declaratórios com efeitos infringentes, ou outros recursos ordinários ou extraordinários, reclamação e o mandado de segurança, desde que preenchidos os requisitos específicos de cada uma.

Infelizmente o Supremo Tribunal Federal reluta em conhecer de Recurso Extraordinário em casos de arbítrio judicial¹⁷⁹, porquanto entende que a violação da norma constitucional seria indireta ou reflexa, ou seja, apenas nos casos em que há uma direta afronta a Constituição o Recurso Extraordinário é processado, e a sentença contaminada pela arbitrariedade chega a corte superior do país. Ou seja, no caso de uma sentença que é arbitrária e afronta o princípio do devido processo legal, por entender que não há ofensa direta o Supremo Tribunal Federal não conhece do recurso.

Cabe um parêntese sobre a nova teoria das normas, que ocorreu com a introdução dos princípios nos julgamentos do cotidiano hodierno, por todas as razões já explanadas sobre a mudança paradigmática do ordenamento, e os benefícios são incomensuráveis não há como se negar, todavia alguma cautela se faz necessária, pois como acentua Nelson Saldanha, a reação contra o normativismo não pode significar que a interpretação do direito deixe de supor uma ordem de normas que se completam com princípios, estes também revestidos de caráter normativo. Ou seja, sem textos não há normas, pois o direito não é pode ser dissociado de sua hermenêutica, mas também não se pode diluir tanto ao ponto de dissolver a aplicação do direito dentro de uma total imprevisibilidade¹⁸⁰.

A aplicação de princípios sem conteúdo, sem o apoio de normas regras, quando essas existem, é sinônimo de arbítrio absoluto e de total imprevisibilidade, e afeta significativamente o direito fundamental à segurança jurídica.

Mesmo com alguns reverses o constitucionalismo brasileiro vem desenvolvendo importantes mecanismos de combate ao arbítrio judicial, a principal arma é a Constituição Federal, contudo a mesma não é autoaplicável, residindo aí a maior barreira à uma maior efetividade de seu controle sobre as decisões arbitrárias, porém ela impõe deveres sendo um

¹⁷⁹ CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, 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 admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. III. - Agravo não provido, em AI- AgR 489481 RS, Relator: Carlos Velloso, julgamento 21/03/2005, órgão T2- Segunda Turma, publicação 22/04/2005.

¹⁸⁰ SALDANHA, Nelson. **Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma**. em: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Recife: UFPE, 2000, n° 10, p. 203-205.

condutor da efetividade de seu conteúdo, sempre fomentando a implementações de mecanismos que restrinjam a possibilidade do subjetivismo judicial.

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

Desse fato, decorre a necessidade de interpretação da carta magna à luz do princípio da máxima efetividade, que segundo Canotilho assevera:

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 da 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 .

O princípio reza que dentre de todas as interpretações possíveis, a que deve ser aplicada ao caso concreto é a que promove a máxima efetividade da constituição, não há fórmulas pré-concebidas aptas há tratar o convencimento judicial com a exatidão científica. Cabe assim ao aplicador do direito estudar todos os fatos alegados, provados, discutidos e postos sobre a ótica do contraditório, com vistas na Constituição e foco no princípio da máxima efetividade.

No próprio ordenamento pátrio existem mecanismos processuais, pouco utilizados, capazes de oferecer aos jurisdicionados a segurança necessária para que a indispensável liberdade concedida aos juízes seja reduzida a patamares aceitáveis. Como foi demonstrado anteriormente cláusula do *due process of law* representa uma importante garantia que seja obedecido o procedimento previamente estabelecido, como também para assegurar aos litigantes em geral a possibilidade de influenciar efetivamente na formação do convencimento judicial, através do contraditório, bem como à garantia de um juiz imparcial¹⁸¹, chegando a Carlos Alberto Álvaro de Oliveira a seguinte conclusão:

No fundo o princípio do devido processo Legal representa a expressão Constitucional do formalismo processual; o informalismo excessivo (em que as

¹⁸¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-valorativo**. 4ª ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p.127-128.

partes perigam soçobrar ao arbítrio ao poder do Estado) e o excesso de formalismo (em que o conteúdo – o direito material e a justiça – corre o risco de periclitir por razões de forma) estabelecem os seus limites extremos¹⁸².

Foi afirmado anteriormente que já existem mecanismos que fazem parte do arcabouço jurídico pátrio capazes de controlar a liberdade do juiz durante a formação da convicção judicial, sendo de especial interesse para esse trabalho o papel desempenhado pela valoração das provas nessa equação, e de fato eles existem, e são mecanismos eficazes, quando corretamente manejados.

Discorrendo um pouco sobre procedimento, nota-se que, em regra, a parte autora propõe a demanda, sendo citada a parte ré para apresentar contestação, possivelmente existe um momento de réplica, passo seguinte o juiz determina audiência preliminar, para tentativa de conciliação, em não havendo a mesma, deve o magistrado determinar os pontos controvertidos, que é providência de extrema importância, para a transparência da atividade judicial.

Nessa audiência, ou no máximo logo após, o juiz determina a matéria incontroversa, marca os pontos controvertidos que serão objeto de prova para a solução da lide. Note que a parte nesse momento se informa sobre que fatos não são litigiosos, quais são litigiosos, e que provas devem ser produzidas, ou seja, elas já têm um vislumbre sobre em que bases está operando o raciocínio judicial

O momento da indicação das provas a serem produzidas é o momento oportuno para o juiz distribuir os ônus probatório, veja que a parte não pode ser pega de surpresa ao final da demanda e ter um prejuízo pela não produção de uma prova que não foi incumbida de fazer, se o objetivo é garantir às partes previsibilidade e participação, nada mais adequado do que no momento do saneamento do processo estabelecer a que parte caberá o ônus de provar que alegação, tanto se for o caso de inversão do ônus da prova, como se for o caso de dimamicização desse ônus, levando em consideração quem tem condições de melhor produzir.

Existe alguma discordância na doutrina sobre esse momento, parte acredita que a modificação do ônus deveria acontecer no despacho inicial, outra parte no saneador, e outros ainda na sentença de mérito. O primeiro momento é muito cedo, não se teve nenhum ato de contraditório para que se saiba o que vai ser objeto da atividade probatória; o segundo momento é muito tarde, e pegaria de surpresa as partes, o que não parece correto levando em conta que o devido processo legal impõe que a parte saiba que rumos a instrução está

¹⁸² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-valorativo**. 4ª ed. São Paulo:Saraiva, 2010, p128.

tomando; sobrando como momento correto a segundo, onde já existe substrato para basear a decisão, e a parte ainda pode se desincumbir em fazer provas que garantem o sucesso de suas alegações.

Assim o devido processo legal confere status constitucional aos valores da previsibilidade e da participação, como vetores para a maior efetividade possível da constituição dentro do atual ordenamento jurídico-processual, o que com certeza é uma pedra de toque no combate ao arbítrio judicial.

Mas, a oportunidade de diálogo das partes com o controle dos caminhos que percorre o magistrado para a valoração da prova e consequente convencimento, não terminou, pois o saneamento ocorre por meio de uma decisão, então se uma das partes imaginar que a forma como o juiz está conduzindo o processo está sendo arbitrária, e que na decisão sobre a produção de provas seu direito foi violado, ou porque negou a produção de uma prova que a parte necessitava, ou porque deferiu uma prova impertinente, ou ainda porque se calou, ou ainda por conta de acreditar que a distribuição do ônus probatório incorreu em erro (note que todas são decisões de caráter urgente, que de fato se não resolvidas de pronto viciam todo o resto do andamento processual), pode a parte agravar de instrumento.

Com a interposição do recurso, a parte 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, no que concerne ao juízo de renovação ser o único meio de controle da valoração da prova, ao menos reduz significativamente o prejuízo, pois a instância superior estará exercendo controle durante o processo de formação do convencimento, de forma concomitante e não posterior.

Todas as providências indicadas na dissertação estão expressamente previstos no Código de Processo Civil, na Constituição Federal de 1988, ou como no caso dos Standards, não são vetados de serem aplicados no direito pátrio, em verdade são interpretações da cláusula do devido processo legal aplicado ao momento da valoração da prova, e as consequências de como elas influenciam no convencimento do juiz, exigindo a exposição desse processo racional de ingerência das provas sobre a sentença; para que a parte tenha conhecimento dos meandros da decisão, não só porque a parte necessita de uma sentença justa e livre de arbitrariedade e decisionismos, mas porque toda a sociedade precisa ter esse controle, e tem o direito de saber a fundamentação das causas que ela escolheu colocar nas mãos do poder estatal, por meio do judiciário, para resolução, quadro que se almeja estar sempre completo, para a preservação do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

Essa dissertação não objetiva responder com fórmulas definitivas como resolver o problema da discricionariedade judicial, mesmo porque não existe uma operação com cientificidade matemática que possa ser aplicada na esfera jurídica, e como resultado eliminar o arbítrio judicial da equação.

A proposta trazida é a de estudar a mesma, sim porque esse fenômeno jurídico sempre existiu, o que diferencia é a forma como ele foi tratado nos diferentes momentos históricos, em alguns ele foi aceito com muita naturalidade, pois a legitimidade da decisão residia no prolator; em outros momentos completamente proibido com o uso de tarifas, querendo fazer crer à todos que não mais existia; em outros, ainda, foi aceito desde que ocorresse dentro de uma quadro previamente decidido pela legislação positivada.

O certo é que cada período lidou de uma maneira com a discricionariedade, mas na atualidade, onde a judicialização de demandas cresceu, e grande parte da população (mais instruída dos seus direitos do que antes) recorre ao judiciário para ter seus pleitos resolvidos, e cobra entender os meandres do procedimento que irá resolver um problema em sua vida, a situação se evidenciou mais, pois ela passa questionar a possibilidade de discricionariedade, e provocar os juristas sobre o tema, principalmente no caso de demandas parecidas com resultados diametralmente opostos.

O que se quer dizer é que a discricionariedade é prejudicial ao sistema, e na atualidade, em que a Constituição assegurou o direito fundamental a um processo justo, e ao devido processo legal, não há mais espaço para decisionismos. O doutrinador Ronald Dworkin competentemente afirmou que o positivismo está eivado da discricionariedade, ou seja, o modelo não é o suficiente para atender essa nova feição do direito.

O que se pretende com a presente dissertação é estimular uma reflexão sobre essa questão, que põe em cheque o próprio estado democrático de direito, procurar subsídios para discutir sobre a possibilidade de controle da formação do convencimento judicial, ou se é o caso de realmente, de uma vez por todas, aceitar que a população sempre sofrerá o arbítrio do responsável estatal pela aplicação do direito.

Parte-se do princípio que a “verdade pura” não existe, ou seja, não se pode mais legitimar as decisões na verdade, a doutrina não tem um consenso com relação a essa denominação, desse algo que não é a “verdade pura”, mas é o mais próximo que se consegue chegar dentro das balizas do procedimento, do tempo e da possibilidade de reconstrução de fatos passados, o mais importante é que o processo não é meio idôneo para encontrar a

verdade, e a partir dessa premissa consegue-se ver a importância do diálogo das partes no processo.

Na premissa desse estudo, o instituto da prova é o mais apto a propiciar esse controle, isso porque ela vai ser a responsável por levar os fatos ao processo, as partes fazem inúmeras alegações, mas apenas as provadas tem o poder de influenciar a sentença; o que se propõe é ver a prova por outro ângulo, ao invés de encarcerá-la no procedimento de provas tarifadas, dar a mesma uma liberdade controlada pelo contraditório.

Assim, o trabalho busca nas bases da argumentação e do processo colaborativo meios de fomentar essa conversação das partes no processo, e partes no *latu sensu*, para incluir o juiz, que assume uma postura mais ativa na condução da lide, devendo determinar a produção de provas, de maneira fundamentada, quando verificar um ponto não esclarecido.

Argumentar é expor de forma encadeada um conjunto de argumentos (razões) que justificam uma conclusão. Com outras palavras, um argumento é um conjunto de premissas (razões, provas, ideias) apresentadas para sustentar uma tese ou um ponto de vista, ou seja, no momento em que uma parte expõe racionalmente sua cadeia de pensamento, a outra poderá fazer o mesmo apoiada em suas provas, ficando a cargo do juiz analisar as exposições, mas todos saberão exatamente onde estão as premissas racionais do processo.

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, mas o importante é entender o processo racional de como essas provas serão valoradas pelo juiz.

Assim, passa-se a explorar os modelos de constatação proposto pelo professor Danilo Knijnik com base na doutrina estrangeira, mas de simples transmutação e aplicação no direito pátrio, pois não existe vedação legal para tal aplicação imediata, e apesar de não fazerem parte da legislação, podem se adequar ao mesmo, perfazendo inclusive o dever constitucional de motivação.

O juiz ao obter seu convencimento com certeza valorou as provas carreadas no processo, o que se deseja, e que ele exteriorize os caminhos racionais dessa valoração, e que exponha como, a partir das provas, seu convencimento foi formado, no entender desse estudo a exposição desse caminho em muito limita a possibilidade de discricionariedade judicial.

A fundamentação foi erigida ao status de garantia constitucional por força da Constituição Federal, ao determinar no artigo 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.

Um ponto abordado, que vale uma menção nesse momento é a confusão feita pela doutrina e jurisprudência quanto à valoração da prova e ao ônus da prova, pois não raramente o julgador se limita a identificar critérios de fundamentação de falta de prova, e assim procede ao julgamento com base nas regras da distribuição do ônus probatório, fato muitas vezes equivocando e arbitrário que demonstra sua falta de manejo com o tema da valoração da prova.

A título de conclusão, deve-se apontar que falta no sistema jurídico brasileiro, mecanismos mais efetivos para controle do arbítrio do julgador durante a apreciação da prova cível, podem ser utilizados os *Standards* estrangeiros, mas os mesmos não foram desenvolvidos para a realidade nacional, ou seja, não tem uma adequação tão perfeita, o ideal é estudar a doutrina comparada e desenvolver mecanismos próprio de valoração da prova capazes de limitar o arbítrio.

Contudo, existe mais um ponto a ser discutido, pois mesmo que os modelos de constatação sejam desenvolvidos para a realidade brasileira, a forma pela qual eles se exteriorizam é a motivação da decisão, então necessário se faz um esforço conjunto entre os operadores do direito, os doutrinadores, os educadores, os responsáveis pela elaboração de concurso público, enfim todas a gama de profissionais do direito no sentido de passar a efetivar o dever constitucional a fundamentação da sentença, não essa que é em grande maioria proferida pelos tribunais do país, que se limita a falar da argumentação vencedora, ou fundamenta apenas com base em outra decisão, sem dizer expressas as razões que ligam uma a outra, ou seja, tem que haver um esforço conjunto no sentido de retirar do sistema as sentenças com falsas fundamentações, pois estas não atendem a Constituição.

Ao final, a pretensão é estimular essa reflexão necessária, no sentido de aproximar o convencimento judicial dos valores constitucionais. Sem responder todos os questionamentos levantados, mesmo porque se assim fosse, se já houvessem resposta o mesmo não precisaria existir, sabendo que as propostas oferecidas configuram uma pequena colaboração no sentido de tentar evitar a ocorrência da discricionariedade judicial.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da história. A nova interpretação constitucional e papel dos princípios no direito Brasileiro. In: Luís Roberto Barroso (COORD). **A nova interpretação Constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 9.

BEDAQUE, José Roberto. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 4ª ed. São Paulo: RT. 1991.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um advogado**. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2000.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** in Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira. Nº 17. Ano: 2008.2. Salvador.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 2ª.Ed. Campinas:Bookseller, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III., Campinas, Bookseller, 1998.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de Derecho Processual**. 3ª ed. Bogotá: Editorial ABC, 1973. V.2.

_____, Hernando. **Teoria general de la prueba judicial**. Buenos Aires. Victor P. de Zavalia, 1973.

DIAS, Jean Carlos. **A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil**: in: Revista de processo, nº107, p.86.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.86-87.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2007, v.1.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 7ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2007, v.2.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 7ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2007, v.4.

_____. **Notas sobre a distinção entre ratio decidendi e obter dictum**. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio22.11pdf. acesso em 03 de agosto de 2013.p.1.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Características e Definição dos Direitos Fundamentais. **Definição e Características dos Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem a JJ Canotilho**. São Paulo: RT; Comibra (pt), 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.174.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

_____. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GÓES, Gisele Fernandes. **Verdade, verossimilhança e probabilidade na teoria geral da prova**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 33, p. 45, 2005.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia - entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1.

JÚNIOR, Sidney Pereira. **A preclusão pro judicato na determinação de provas e a “limitação” do poder instrutório do juiz**. Revista de Processo, São Paulo, n. 158, ano 33, abril 2008.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 21 de abril 2013.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Iniciativa Probatória do Juiz e Princípio do Contraditório no Processo Civil**. In Prova Civil, Org. Carlos Alberto Alvado de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010. V. 1.

_____. **Processo de Conhecimento**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2010. V. 2.

_____. **Prova**. 2ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000. v. 5.

_____. **A questão do convencimento Judicial.** Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/5966/a-questao-do-convencimento-judicial/2#ixzz2b5Uremrj>, acessado em 21 de abril 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

_____. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-valorativo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Volume 1: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil.** São Paulo: Atlas, 2010.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucile. **Tratado da argumentação – A Nova Retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PEYRANO, Jorge. **Nuevos Delineamientos de Las Cargas Probatorias Dinamicas.** 1ª ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho A La Prueba Em El Proceso Civil.** Barcelona: J.M Bosch. 1996.

POZZA, Pedro Luiz. **Sistemas de apreciação da prova** In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

REICHELDT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROSITO, Francisco. Prova e Modelos de Constatação na formação do juízo de fato. Revista de Processo, São Paulo, n. 157, ano 33, março 2008.

SALDANHA, Nelson. **Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma.** em: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Recife: UFPE, 2000, n° 10.

SAMPÁIO JÚNIOR. José Herval. Direito Fundamental a Igualdade. **Definição e Características dos Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem a JJ Canotilho**. São Paulo: RT; Comibra (pt), 2009.

SANTIS MELENDO, Santiago. **La prueba: los grnades temas del derecho probatório**. Buenos Aires: Europa-America, 1979.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. Vol1. 5 ed. São Paulo:Saraiva. 1983.

SARMENTO, Daniel. “**O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**”, in **Leituras complementares de Direito Constitucional. – Teoria da Constituição**. Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodivm, 2007.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil. Definição e Características dos Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem a JJ Canotilho**. São Paulo: RT; Comibra (pt), 2009.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista?**. Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI), v. 15, 2010.

TARUFFO. Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975

_____. **Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione**, In **Participação e Processo**. GRINOVER, DINAMARCO, WATANABE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **La Prova Dei Fatti Giuridici – Nozioni generali**. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte de direito**. São Paulo:RT,2004,p.175.

VIEHWEG, Theodor. **Topica Y Jurisprudencia**. Madri: Taurius Ediciones, 1964.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O ônus da prova**. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Editora Consulex, n. 200, p. 40, mai.2005.