

REVISTA CEJ

ISSN 1414-008X
Ano XXVI
jul./dez. 2022

Centro de Estudos Judiciários
do Conselho da Justiça Federal

84

Da *Lex Aquilia* à responsabilidade do Estado pela perda de uma chance: breves considerações sobre a evolução da responsabilidade civil aquiliana

Administração judiciária e neurodiversidade: o desafio ético do autoconhecimento organizacional

O *continuum* político-burocrático e o pseudorracionalismo jurídico



O PROBLEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO*

65

THE PROBLEM OF THE FREE EVALUATION OF PROOF

Cássio Benvenuti de Castro

RESUMO

O artigo pontua que a valoração da prova é uma atividade racional e tendencialmente objetiva. Reflete as implicações do constitucionalismo e do projeto de justiça civil, que elaboram a ressignificação de conceitos e funções do direito probatório, em especial no contexto de justificação do raciocínio (contexto da valoração da prova).

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Civil; prova; valoração; dogma; raciocínio.

ABSTRACT

The essay points out that the evaluation of evidence is a rational activity and tends to be objective. It reflects on the implications of constitutionalism and the civil justice project that elaborate the redefinition of concepts and functions of the evidential law, particularly, in the context of justification (context of evaluation of evidence).

KEYWORDS

Civil Procedure Law; evidence; evaluation; dogma; reasoning.

* Palestra ministrada em 19/8/2021, na Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria/RS (UNISM).

1 INTRODUÇÃO

A tomada de decisão em situação de incerteza é fenômeno corriqueiro na vida de qualquer pessoa, porque todos já viveram experiências que exigiram maior ou menor cautela para a evitação do erro no momento de decidir. Seja no tráfego de automóveis, seja na escolha de um parceiro para namorar ou casar, seja na arbitragem de jogos, seja até mesmo na escolha da profissão, tudo envolve decisão, portanto, um contexto que abarca erro e acerto (limitrofes da incerteza).

A atividade fundamental do jurista é tomar decisões. Um legislador, um magistrado ou um pesquisador desenvolvem tarefas que consistem em identificar problemas e propor soluções. Se o direito pode ser apreendido como um campo natural das decisões institucionais, o processo judiciário é o palco mais evidente dessa rotina.

Este trabalho chama atenção para alguns ruídos que podem ocorrer na valoração da prova – o contexto de justificação na tomada de decisão sobre a prova. A finalidade não é focar na problemática, mas identificar fatores que dificultam o controle da valoração da prova. Em momento derradeiro, a metodologia dialoga horizontalmente com os dogmas do passado e o modelo probatório do presente, advertindo para os compromissos do novo processo civil, tendo a verdade como correspondência. O intuito é sistematizar diretrizes que veiculam uma ótima legitimação constitucional da decisão judiciária, exortando o corpo normativo do próprio Código de Processo Civil.

2 PREMISSA

O juiz deve meditar com calma e com a alma sobre as provas do processo, levando em conta as regras de racionalidade e sem intuições tendenciosas. Com efeito, uma maneira de ser diferente do objetivo das partes e dos advogados¹, tendo em vista que o magistrado é desinteressado do objeto do processo – o compromisso do juiz é com a busca da verdade possível.

A integridade científica que se instrumentaliza com a busca da verdade justifica os comentários sobre a epistemologia nos dias atuais. Trata-se do compartimento da filosofia que investiga a busca pelo conhecimento (BACHELARD, 1971, p. 33-35). A expressão epistemologia jurídica, portanto, é utilizada como um espectro de conhecimento neutro (VÁZQUEZ, 2013, p. 13) acerca dos fatos da causa, de maneira a permitir a análise do contexto da prova sem a interferência dominante de regras não epistêmicas, que também existem em qualquer ordenamento jurídico.

Isso porque a verdade dos enunciados é condição para uma decisão justa. *Videlicet*, a verdade processual de que se fala é a verdade por correspondência, ela se vale do probabilismo e não descarta a hipótese do erro na decisão, mas tem por “norte” a verdade dos acontecimentos no plano da vida (aproximação do direito à realidade).

A tomada de decisão sobre a prova, em termos de raciocínio probatório, abarca dois momentos: a “valoração da prova” e a “decisão” (que leva em conta o standard de prova). Este último momento é marcado por fatores jurídicos (carga deôntica) e não será abordado no presente ensaio². O corte metodológico ora proposto separa em análise a valoração da prova judiciária – nesse sentido, serão observadas as questões partindo, em especial, dos problemas referentes ao “sistema do livre convencimento motivado”.

Por ocasião da literalidade do atual Código de Processo Civil, há doutrinadores (STRECK, 2019) que *defendem a superação do livre convencimento motivado*. Não se chega a tanto, até porque não existe uma efetiva proposta para um “novo” sistema de valoração da prova que seja mais adequado que o presente.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015
Art. 131. O juiz apreciará <i>livremente</i> a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.	Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

O fato de o legislador ter retirado do CPC a expressão “livremente” tem uma simbologia, todavia sem afastar o modelo do livre convencimento motivado:

À luz do Código de Processo Civil de 2015, fica claro que não se admite qualquer carga de irracionalidade, na motivação da decisão judicial, em relação às provas. De todo modo, essa conjuntura exige, para concretizar-se, um comprometimento político do juiz, no sentido de acomodar-se em substância, e não apenas formalmente, à exigência de que as decisões judiciais sejam racionalmente fundamentadas. (MEDINA, 2020, p. 679)

A questão mais candente é “como” lidar melhor com o livre convencimento motivado, refletindo nela as *implicações do constitucionalismo e do projeto de justiça civil emplacado no CPC de 2015*.

3 O PRESUNTIVISMO NA VALORAÇÃO DA PROVA JUDICIÁRIA (SUPERVIVÊNCIA DOGMÁTICA)

Depois de internalizada a prova no processo, ela deve ser valorada pelo juiz. A dogmática aborda três “sistemas de valoração da prova”, que serão conceituados sem uma preocupação inicial em termos de história do direito³.

O sistema da íntima convicção não estipula controles à decisão judiciária, podendo o julgador avaliar as provas sem a respectiva motivação e levando em conta fatores não presentes nos autos do processo. Ainda pode ser encontrado nas decisões do júri, tendo em vista que o jurado decide e não precisa justificar as razões de suas escolhas – apenas dizendo “sim ou não” em resposta aos quesitos para condenar alguém.

O sistema da prova legal apareceu como uma resposta do legislador à íntima convicção e representa o auge da proposta cognitivista. Verifica-se quando o próprio texto da legislação indica qual prova deve prevalecer. Por exemplo, o testemunho de um nobre deveria valer mais que o testemunho de um plebeu; ou uma pessoa presa não pode prestar depoimento. Ainda há regras legais que aparentemente⁴ indicam tal rigidez.

O sistema do livre convencimento motivado revela um contraponto aos demais modelos, porque o magistrado deve justificar a tomada de decisão sobre as provas. Para tanto, o *juiz deve ficar adstrito às provas do processo* e se amparar em *critérios de racionalidade*⁵ que harmonizem a valoração da prova, enquanto um juízo razoável.

O livre convencimento motivado possui evidente primazia sobre os demais – está previsto no art. 371 do Código de Processo Civil. Porém, isso não evita uma série de contratempos que refletem uma espécie de tradição decorrente da praxe operativa brasileira.

Primeiro problema: a supervivência da *maneira-de-pensar* positivista.

O raciocínio probatório tem caráter refratário à tradição do ensino do direito probatório brasileiro, tendo em vista a dificuldade de aprisionar o “juízo de fato” à estrutura das regras legais (KNUJNIK, 2007, p. 3). Com efeito, *o positivista pensa a partir das regras legais para o fato (rule centered)*, revelando-se um paradigma formalista⁶.

Por esse legado, *o vício conhecido na teoria do direito como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude perante as normas formuladas verbalmente que busca, após a edição da norma geral, simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade de escolha* (HART, 2012, p. 168). Isso justifica o fenômeno de os positivistas da tradição da *civil law* elaborarem uma dicotomia para explicar a relação entre verdade e prova. Fala-se em movimento pendular entre o modelo demonstrativo e o modelo persuasivo da prova, não havendo um umbral de tendências limitrofes no próprio interior da experiência que viabilizem pensar no “erro”, mas uma tentativa de subordinar a prova judiciária à diátribe do esquema.

O modelo demonstrativo da prova se caracteriza pela separação entre a questão de fato e a questão de direito. Consequentemente, havia uma dificuldade para aferir uma suposta “falibilidade” no ato de julgar. Alessandro Giuliani (1988, p. 526) identifica essa maneira de observar a prova como típica do processo moderno, um processo burocrático e assimétrico no qual um mecanismo artificioso de motivar legitimava a técnica para a construção da decisão, o que afastava o controle substancial da decisão (o controle era apenas para observar o procedimento legislado na formação da prova).

De outro lado, *o modelo persuasivo da prova* trabalha com o diálogo e a polaridade horizontal entre as partes⁷. Ou seja, uma proposta que subentende um processo simétrico, com o reforço do contraditório e que tem como ponto de partida as afirmações tendenciosas das partes para alcançar uma conclusão que solucione o problema colocado em juízo. O ponto de chegada da investigação não seria uma “verdade real” e infalível, mas que reflete uma reconstrução judiciária dos fatos com pretensão de relação teleológica da prova para com a verdade (KNUJNIK, 2007, p. 12-13).

Se o modelo demonstrativo tomava de empréstimo uma relação *conceitual* entre prova e verdade, o esquema persuasivo elaborava uma relação *teleológica* entre elas. Em termos de operação jurídica, Robert Alexy⁸ assinala que a estrutura demonstrativa era meramente dedutivista; em contrapartida, a estrutura persuasiva trabalha com a ponderação do peso dos argumentos. Entretanto, ambos os modelos marcados pela *maneira-de-pensar da norma para o fato (rule centered)*, característica do direito continental e que retirou, por muito tempo, a importância de uma visão ficam mais centrada em uma racionalidade criteriosa do raciocínio probatório – retirou, inclusive, a análise do “erro” como figura de contenção na tomada de decisão.

Segundo problema: a jurisdição no centro da teoria do processo.

A obra de Oskar Bülow (1868) elaborou os fundamentos ao direito processual e conferiu-lhe autonomia de maneira sistemática, separando-o definitivamente do direito material. Para o autor, a “relação processual” não se confunde com o direito material afirmado em juízo, considerando que pode existir processo válido ainda que inexistente o direito postulado.

Essa concepção serviu de contraponto à escola anterior, que avistava um sincretismo entre direito e processo. *Com a obra de Bülow e a autonomia do direito processual, inicia-se outra fase metodológica, o conceitualismo ou processualismo, em que predomina a técnica e a construção dogmática das bases científicas dos institutos processuais. Lança-se a processualística à construção da nova ciência (Wach, na Alemanha; Chiovenda e Carnelutti, na Itália, para só citar alguns dos mais expressivos juristas daqueles países). A nova empresa volta-se para acentuação da separação entre direito material e processo, e para construção e aperfeiçoamento conceitual do processo.* (OLIVEIRA, 2010, p. 19)

[...] a função primordial da prova é procurar determinar a verdade ou a suficiência probatória para reputar provada uma hipótese. Daí se falar em prova como argumento concreto que repercute operações dedutivas, indutivas, ponderativas ou analógicas ...

O Código de Processo Civil de 1973 desenvolveu uma linguagem normativa influenciada pelo conceitualismo. Embora esse panorama tenha mérito juscientífico, houve exagero na consideração do dualismo entre direito e processo, com a noção do primado da técnica sobre o fundo do direito (CASTRO, 2019, p. 39-40). Em outras palavras, o processo se tornou excessivamente formalista. Merece referência a literal *soberba* do item 5 do inciso I do Capítulo III da Exposição de Motivos do CPC de 1973: *diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito.*

Situação agravada com a independência funcional⁹ do juiz, que, inicialmente, foi observada de maneira *estática* – como se os poderes fossem absolutamente independentes (e não harmônicos); como se as partes fossem *antípodas do Estado-juiz*, não havendo dever de cooperação com o Judiciário. Com efeito, o paradigma processualista colocou a jurisdição no centro da teoria processual, permitindo que o juiz tomasse conta do processo de maneira acrítica. Em termos de direito probatório, houve o fenômeno do “solipsismo” ou “exagero de discricção judiciária”, na medida em que o magistrado nem sequer observava as fases do procedimento probatório, antepondo a valoração ao momento da admissão da prova – o que caracteriza uma valoração *prima facie*, afastando o direito fundamental à prova.

Inúmeras decisões refletem esse estado da arte:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. RESTITUIÇÃO DE VALORES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. AFASTADA VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC/73. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ENTREGUE. ABUSIVIDADE CONTRATUAL. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do artigo 535 do CPC/73. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamiento de forma fundamentada.

2. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil DE 1973, nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção (REsp n. 1.175.616/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 4/3/2011).

3. A Corte local, com base nos elementos fático-probatórios e na interpretação do contrato firmado entre as partes, afastou a Corte local afastou a existência de qualquer irregularidade, concluindo que e o saque da duplicata foge ao âmbito da demanda, na medida em que não há cobrança, mas emba-te sobre a existência de negócio entre os litigantes de modo que, para rever esse entendimento exposto pelo Tribunal local e acolher a pretensão recursal seria imprescindível o re-exame de provas e a interpretação de cláusulas contratuais, o que é defeso nesta instância especial (Súmulas n. 5 e 7/STJ).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.011.750/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJ 6/4/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE PECÚLIO/SEGURO DE VIDA. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N. 7 DESTA CORTE.

1. Não merece reparos a decisão agravada, pois inafastável o entendimento de que o magistrado, como destinatário da prova, pode valorar a necessidade ou não de sua produção, cotejando com os dados existentes nos autos.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 569.565/RS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJ 10/3/2015)

O importante, com a jurisdição no centro do processo, era o “convencimento” do juiz – não havendo um contrabalanço em relação ao compromisso para com a verdade como correspondência. Uma rotina de trabalho que predominou ao largo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, mas que não pode vigorar no atual momento constitucional.

Terceiro problema: o contraditório formal como relação de “ciência-participação”.

O princípio do contraditório efetua um verdadeiro “fecho” nos problemas que já foram enfrentados, porque a concepção outrora reinante exigia apenas a ciência das partes, com a possibilidade formal de atacarem os atos processuais (OLIANI, 2018, p. 43-44). Nesse desenvolvimento, havia uma “garantia”, mas não um dever “proativo” do Estado-juiz para responder as questões suscitadas.

Fenômeno que se reflete na ratificação da jurisdição no

centro da teoria do processo, homologando, além disso, o “solipsismo” judiciário sem um compromisso adensado pela *accountability* para fundamentar as decisões. Vale dizer, o contraditório formal deixava o juiz em situação de primazia e assimetria continuada em relação às partes, permitindo desvios colaterais na valoração da prova, circunstâncias tais como a *subvalorização* de uma prova em detrimento de outras, a *subvalorização* de uma prova em proveito de outras, bem como a *utilização desenfreada de provas atípicas* que apontam para uma visão unitária do dever judiciário (*weapon focus*), afastando retoricamente a responsividade do juiz¹⁰.

A problemática suscitada tem endereço dogmático: a supervi-vência do formalismo jurídico implica o reducionismo dos institutos do direito probatório a regras legais, deixando assentado um procedimento em fases intocáveis, porém sem desenvolver as premissas do raciocínio probatório. A matéria do raciocínio probatório não é novidade, contudo é necessário avistar as imposições da Constituição e do projeto de justiça civil, deixando de lado o arquétipo *legicentrado* e *estatalista* de outrora¹¹ – finalmente, mantendo um diálogo transdisciplinar com a epistemologia e com a abertura do sistema em direção ao processo justo.

4 A VALORAÇÃO DA PROVA NO CONTEXTO DA INCERTEZA (NÃO PRESUNTIVISMO)

O juiz não é o destinatário final da prova – como se ele pudesse não admitir uma prova ao alegar que já estaria “convencido”, em uma clara mistura dos *planos da produção/admissão* e da *valoração da prova*. O art. 77, I, do CPC implica o dever de as partes exporem os fatos em juízo conforme a verdade¹². O dispositivo é polêmico, tendo em vista que, na prática, as partes querem vencer a demanda para além de uma descoberta da verdade. Ocorre que a norma extraída desse texto da lei deve se conformar ao dever de cooperação das partes com o juiz (art. 6º), o que indica a produção da prova com integridade, ética e indivisibilidade ensejada.

VERDADE	CONVENCIMENTO (CERTEZA)
Caráter objetivo e tem como parâmetro a realidade do mundo externo (pode ser controlado intersubjetivamente)	Status subjetivo ou intuicionista que não permite controle intersubjetivo (não tem parâmetro externo)

Pensar que o “convencimento” judiciário pode abreviar a instrução reflete uma concepção formal e reducionista do contexto de valoração da prova, que macula o direito fundamental à prova e deve ser combatido por imperativos do constitucionalismo e do projeto de justiça civil. A questão basilar do direito probatório atual é direcionar-se a uma “verdade possível” que dogmaticamente pode ser otimizada por intermédio das causas ora entabuladas.

A causa epistêmica: a relação entre prova e verdade.

O modelo demonstrativo e o modelo persuasivo de prova, em realidade, mantinham o olhar mais para a simetria ou assimetria dos sujeitos processuais, em vez de focar na questão da ratificação dos enunciados em juízo. Assentado que o positivismo ainda subsiste em direito continental, quando a

metodologia parte da “norma para o fato”, o *momento pós-positivo* implica outro estado de coisas: trata-se de *racionalismo aplicado por intermédio de uma metódica regrada*, pautada em critérios, para se chegar a uma conclusão intersubjetivamente controlável.

Os elementos do raciocínio probatório consistem na “hipótese, na prova e na inferência” Por isso diversos estudos atuais já *não* falam em fases de um procedimento probatório, antes refletem os *contextos da instrução até a decisão*. É necessário verificar que tal *maneira-de-ser* convive em um espectro de incerteza, na medida em que a verdade absoluta é impossível de ser captada. Porém o probabilismo lógico (relação inferencial entre proposições) ilustra a tomada de decisão sobre as provas por aproximação com a verdade, falando-se então em *modelo subjetivo e modelo objetivo de corroboração* da hipótese a ser testada.

O art. 369 do Código de Processo Civil estabelece:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Pelo modelo subjetivo de corroboração de hipóteses (AUILO, 2021, p. 107 ss.), basta que o juiz se reputa “convencido” para que algo seja tido como provado. Em decorrência, é impossível falar em “erro” no juízo de fato, porque ocorre um retrocesso à maneira de funcionar da jurisdição (no epicentro da teoria) sobreposta às partes. A noção de convicção fica amarrada à crença ou ao estado psicológico do juiz, o que afasta um possível controle das partes em relação à valoração da prova.

O modelo objetivo de corroboração de hipóteses *reputa algo como provado quando existem elementos de juízo suficientes nesse sentido*¹³. Não importa a crença ou opinião pessoal do juiz, o que interessa é a existência de uma justificação válida que cognitivamente descreva o estado de coisas em discussão. Ou seja, permite-se avistar o “erro” judiciário quando não é razoável a opção eleita pela justificação. Desloca-se o foco do “convencimento” do juiz para a relação entre as provas e as hipóteses que se pretendem provar (PEIXOTO, 2021, p. 39). É fácil dizer que o *direito fundamental à prova consiste na linha que costura* o direito material (a tutela do direito) com os elementos que servem para a valoração da prova: hipótese-meio de prova-inferência (CASTRO, 2021, *passim*).

A transcrição do art. 369 do Código de Processo Civil *não retira em absoluto o toque pessoal de uma decisão judiciária*. Porém a norma resultante do texto deve ser entendida no sentido de que, “apesar da convicção” do juiz, ele teria decidido de tal maneira que os elementos de juízo fossem racionais e razoáveis para reputar “algo como provado” – a verdade por correspondência estabelece um contexto *merit-based*, que serve de paradigma a ser alcançado.

A causa institucional: a tutela jurisdicional no centro da teoria do processo.

No atual quadrante constitucional, a tutela jurisdicional aparece como polo metodológico do processo civil e ratifica a reestruturação da relação entre a prova e a verdade. A racionalidade prática encerrada no formalismo processual assinala que a *verdade regula e serve de paradigma para a decisão, desde fora*

do processo, ela serve como vértice de relevância ao processo como um todo (TARUFFO, 2007, p. 214).

Com efeito, a função primordial da prova é procurar determinar a verdade ou a suficiência probatória para reputar provada uma hipótese. Daí se falar em prova como *argumento concreto* que repercute operações dedutivas, indutivas, ponderativas ou analógicas, sobretudo porque ela empresta validade justificatória às narrativas processuais, na perspectiva de conduzir o processo em determinada solução otimamente aproximada da verdade (sopesada a perspectiva da verdade e a atitude proposicional da *aceitação* do juiz, ambas também podem ser encartadas no art. 369 do CPC).

A “aceitação” é uma atitude proposicional (=atividade mental) *voluntária e contextualizada*, algo que corrige os padrões pré-compreensivos e dogmáticos da “crença” ou da “convicção” – esse estado de coisas implicadas pela tutela jurisdicional, portanto, dispensa a opinião ou a intuição particular do juiz. A “crença” é *all things considered* e não se modifica conforme o contexto; de outro lado, a aceitação é atitude voluntária e diretamente ligada ao contexto (refere-se ao aporte de provas concreto, não considera “todos os elementos” que podem formar uma crença)¹⁴.

O modelo constitucional aproxima a teoria da prova da razão prática, pois o direito fundamental à prova adensa sensivelmente a narrativa processual para harmonizar o *modelo objetivo de prova* enquanto ancoragem¹⁵ do discurso jurídico. Definitivamente, em vez de falar em modelo demonstrativo ou persuasivo, uma metodologia sincrética do diálogo assume força normativa com pretensão de correção material (justiça substancial), de maneira que as provas amealhadas em sentido amplo são verticalizadas no alvitre de uma decisão justa, cujo contexto poderia ser *aceitável* por outro juiz ou outro tribunal que examine a prova, considerando a noção de justiça inserida no fluxo decisório.

[...] o juiz não é o único destinatário da prova. No Estado Constitucional, com a tutela jurisdicional no núcleo da teoria do processo, os movimentos dos atores processuais servem ao debate do caso concreto e, também, para extrair sentido do ordenamento jurídico.

O contexto probatório é premissa objetiva que não deve ser subordinado aos vacilos psicológicos ou intuitivos de nenhum operador. Pelo contrário, ele vincula sensivelmente uma pauta de controle intersubjetivo que aparelha a decisão e pode ser escrutinada pelas partes. Em consequência, a completude na produção da prova é matéria que repercute a *dinâmica* do direito fundamental – o contexto é fenômeno aberto que varia em tempo e lugar, portanto o operador do direito deve estar atento à corroboração objetiva do arsenal probatório.

A causa metodológica: o contraditório material.

Para a valoração da prova, *o terceiro imparcial se garante pelo esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão expressa pela fundamentação. A fundamentação das decisões, por sua vez, é indissociável, do contra-*

ditório, é a fiscalização das partes para se alcançar uma decisão racional, não permitindo que seja ela ato isolado do juiz, fruto da sua subjetividade. Pela ampla argumentação, tem-se o direito à prova e assistência de advogado. É uma garantia das partes para que se possa ter o tempo processual apto para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas serão adequadas (TEODORO, 2012, p. 197).

A participação efetiva dos atores processuais substancializa a previsibilidade na tomada de escolhas, ressaltando o direito de influência e o direito de não surpresa às partes. Ravi Peixoto assinala que *a consideração de que uma hipótese fática está provada deixa de depender primordialmente do juiz, sendo independente de sua convicção, passando a ser determinada a partir do diálogo processual exercido por todos os sujeitos processuais, mediante a comparação das hipóteses fáticas e as provas disponíveis. A hipótese considerada provada depende de ter sido submetida à verificabilidade e à refutabilidade* (CASTRO, 2021, p. 44).

O risco da falibilidade humana ao proferir o juízo de fato, considerado o caráter constitutivo do contraditório e a hierarquia constitucional da tutela jurisdicional, reflete maior força indicativa de que, ainda que julguem que a prova também se presta a chegar a uma conclusão, “apesar do convencimento” do juiz (art. 369), o referencial da *verdade* admite identificar a prática de erros de julgamento. Afinal, o Estado Constitucional subentende um aparato de forças conviventes em que ninguém apreende a totalidade do mundo real – nem mesmo o juiz, tendo em vista as narrativas tendenciosas que o influenciam.

As partes devem cooperar com o juízo, superando a clássica figura estática do ônus de provar, para propulsionar o *dever* de comprovar (colaborar não somente com o juízo, mas com a justiça e com a segurança jurídica).

A consequência natural do contraditório material é a *responsividade* do juiz, ora prevista no art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A racionalidade da apreciação do contexto probatório implica um contemporâneo “quase dever”¹⁶ de provar com vistas ao critério de *comprehensiveness* e de *completeness* – pelo qual

as provas que aparelham uma narratividade devem ser completas, íntegras e indivisíveis, na medida em que o ordenamento jurídico adjudica o compromisso da boa-fé. De sua parte, o juiz tem a *evidence responsive*, porquanto deve responder a todos os argumentos suscitados pelas partes¹⁷.

É notório que o “juiz não é o único destinatário da prova”. No Estado Constitucional, com a *tutela jurisdicional no núcleo da teoria do processo*, os movimentos dos atores processuais servem ao debate do caso concreto e, também, para extrair sentido do ordenamento jurídico. Logo, não pode haver uma individualização demasiada ou egoística do modelo probatório.

Isso tudo revela a evolução para uma teoria cética moderada de interpretar as coisas do processo, sobretudo firmando uma ponte entre hermenêutica e raciocínio lógico-argumentativo, que assinala a distinção entre “texto de lei e norma” e afirma o aparente isolamento entre o *contexto de admissão da prova e o contexto da valoração da prova*. O *jugador ocupa papel decisivo no fenômeno probatório*. Aliás, sobre isso, mantém-se a ideia do que já se denominou de *ativismo probatório equilibrado, compreendido, objetivamente, pelos poderes instrutórios do julgador, de modo calibrado, no sentido de que seja proativo na busca da verdade, sem, porém, invadir o papel das partes, aquilatando a cooperação no processo, que tem como norte a realização de justiça*. Júlio Cesar Lanes e Fabrício Costa Pozatti¹⁸ ressaltam que *não há como se admitir a valoração antecipada da prova. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração da prova não se confundem*.

O Enunciado 50 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis) assinala: *Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juizes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz*.

A proposição é decorrente da força do processo justo e do direito fundamental à prova, que são adensados pelo art. 378 do Código de Processo Civil (ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade).

Os arts. 31 a 33 da Lei n. 8.906/1994 remetem ao Código de Ética e Disciplina da OAB, que especifica:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

[...] VIII – abster-se de:

- a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;
- b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;
- c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;
- d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

Art. 6º É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé.

O contraditório¹⁹ eleva epistemicamente a prova, porque legitima a conclusão do Estado-Juiz por meio do con-

tato equilibrado entre as partes. Susan Haack (2014, p. 14) pontua que as provas indicam *how comprehensive the evidence is (analogie: how much of the crossword has been completed)*, porque faz menção ao conjunto probatório como um “mosaico” ou “palavras cruzadas”, em que cada lacuna deve corroborar a outra. O papel do contraditório material é preencher tal espaço de valoração da prova por intermédio do “grau de inclusão”, ou seja, a prova de suficiência que visa conferir adicional vigor às provas já elencadas.

5 CONCLUSÃO

O problema do livre convencimento motivado não está na literalidade do Código de Processo Civil. A grande questão é “como” atribuir funcionalidade ao art. 371 do CPC, na medida em que a decisão deve ser justificada por critérios racionais e apesar do convencimento do juiz – no caso, a aceitação é uma atividade mental voluntária que leva em conta o contexto material juntado no processo, o que permite elaborar a transição dos tipos e da tipicidade positivista para o regramento metódico-estruturante do raciocínio probatório contemporâneo, conferindo sentido ao art. 369 do CPC.

NOTAS

- Os advogados e as partes estão mais preocupados com as “narrativas boas” que levem à procedência da demanda. De outro lado, o juiz é comprometido com a “narrativa verdadeira”. TARUFFO, 2012, pp. 88-89.
- O que ora importa é a pontuação de problemas referentes à valoração da prova. Embora a valoração e os standards sejam conceitos alinhados a uma pretensão de correção técnica em continuidade, conforme a dogmática, é necessário assinalar que, em filosofia e em teoria do direito, o *conceito e a aplicação dos institutos se autorreferenciam*, sendo quase impossível separar em absoluto conceito, função política e elementos da metodologia que forneçam os subsídios para a ratificação das escolhas do padrão de *standard*.
- Por uma abordagem histórica, ver POZZA, 2007, p. 219 e seguintes. As ordálias não são relacionadas neste item, porque se entende não efetuarem uma valoração da prova, mas um *método de resolução de conflitos* com base em crenças culturais.
- O ordenamento jurídico prevê algumas restrições à prova testemunhal. Chama atenção o caráter aparentemente subsidiário que o legislador estabelece ao dispor que, quando houver confissão ou prova pericial, a prova testemunhal pode ser indeferida (art. 443).
- O racionalismo não possui cunho metafísico ou iluminista, que falava conhecimento pela razão, mas agora vai entendido como um *progredir metódico norteado por critérios e regras*. Ver CORDEIRO, 1989, p. xxii.
- Michele Taruffo assinala que o sistema de *civil law* pode ser definido como “fechado” em termos de direito probatório. Em primeiro lugar, porque se entende que todos os fenômenos probatórios estão encerrados em normas; em segundo lugar, porque existe uma tipicidade quase exaustiva no tocante aos meios de prova; em consequência, a disciplina judiciária da prova passa a ser reputada como um certame autossuficiente e autônomo em relação a qualquer outro setor da experiência – razão pela qual os positivistas jamais falavam em epistemologia. (TARUFFO, 2013, pp. 50-51.)
- GIULIANI, 1988, p. 527. O autor elabora o exercício pendular entre o modelo demonstrativo e o modelo persuasivo, bastante aplicável na visualização clássica da instituição judiciária e de seus atores. Mesmo exercício de correlação entre modelos, mas com outro campo de visão, que abarca tendências governamentais mais amplas, utilizadas por DAMAŠKA, 2000, *passim*.
- ALEXY, 2015, p. 225. A analogia não aparece sozinha, ela está necessariamente conectada a ponderações que trafegam por entre os limites da indução e da dedução.
- A autonomia funcional, administrativa e financeira do Judiciário é matéria constitucional. A questão é a “maneira-de-ver” essa impostação – não de uma forma estática e absenteísta, mas por intermédio de uma metodologia harmonizante que pondere os demais fundamentos alegados pelos atores da operação judiciária.
- A subvaloração, a supervaloração e o abuso de discricção são espécies de

valoração implícita da prova. A valoração implícita da prova também pode se dar quando há uma valoração unilateral da prova pelo *decision maker*. Pela (nociva) prática, o juiz justifica seu convencimento sobre os fatos, fazendo referência somente aos elementos de prova que sustentam sua conclusão, sem trazer nenhuma noção a respeito de outros elementos de prova que poderiam contrastar a decisão por ele assumida. Em outros termos, ocorre valoração implícita também quando só são analisadas provas que justifiquem o entendimento adotado, o que implica uma fundamentação incompleta da decisão, à qual faltará a dimensão crítica e dialética natural do próprio ato de valorar os elementos de prova trazidos por cada uma das partes opostas. (AUILO, 2021, p. 69.)

- CASTRO, 2018, nota do autor. Sobre a superação do “estado de direito legislativo” pelo “estado constitucional” e a pulverização do legicentrismo, ver ZAGREBELSKY, 2009, p. 33 e seguintes.
- É verdade que um dever absoluto de dizer a verdade poderia produzir resultados danosos, já que parece necessária a configuração de exceções, exceções e limitações na sua concreta aplicação. Todavia, mesmo as atenuações práticas de tal dever não são outra coisa senão a confirmação de sua existência, ou seja, a necessidade de que qualquer sistema ético inclua o dever de verdade entre os seus valores fundamentais. Seria, por outro lado, inconcebível (e igualmente inaceitável) um sistema moral que não distingue a verdade da mentira ou mesmo que legitimasse expressamente a falsidade, fazendo, assim, da mentira e do engano as regras fundamentais de comportamento para aqueles que adotassem essa peculiar espécie de moral* (TARUFFO, 2012, p. 116). O correlato dever da parte autora se reflete no ônus da impugnação específica dos fatos, em contestação (art. 341 do CPC).
- BELTRÁN, 2017, pp. 36-37. O grau de exigência probatória depende fundamentalmente do acervo objetivo, deslocando-se o foco do convencimento para os fatores empíricos. BELTRÁN, 2021, pp. 38-39.
- BELTRÁN, 2017, p. 103. Quando se fala que “o cliente sempre tem razão”, em direito do consumidor, se isso for levado por uma “crença”, trata-se de pré-compreensão absoluta que não admite a figura do erro ou dos particularismos do caso concreto; em sentido diverso, se tal máxima for entendida como uma “aceitação”, trata-se de estado mental voluntário, contextual e provisório que pode ser modificado a depender das circunstâncias de tempo e lugar, ainda mais considerando os elementos de prova juntados no processo.
- Neil MacCormick ressalta que as narrativas não ficcionais devem ser, de algum modo, ancoradas na realidade. A prova efetua essa ligação entre a realidade e a narrativa. Ver MACCORMICK, 2008, p. 295.
- A doutrina de vanguarda defende a evolução do ônus para o dever de provar, alinhando a perspectiva subjetiva dos sujeitos parciais a uma colaboração de integridade da prova. Se o processo é campo de estratégia, isso não pode ser levado ao extremo de cobrar responsividade (inteireza na motivação) do juiz, no caso de furtividade das partes na tarefa de apresentação das provas relevantes aos fatores determinantes da contenda. Ver TARUFFO, 2012, pp. 165-166. Também verificar PUGLIESE, 2016, p. 43 e seguintes.
- As decisões judiciais devem levar em consideração tudo o que foi alegado pelos procuradores das partes, seja para acolher um argumento e mudar de opinião seja para demonstrar a razão pela qual um fundamento não foi acolhido* (PUGLIESE, 2016, p. 43).
- LANES, 2017, pp. 503-504. Os autores transcrevem recentes julgados do STJ que consideram o juiz como destinatário da prova, contrariando o que a doutrina, unanimemente, tem defendido nos tempos atuais.
- A ausência de contraditório motivou a inadmissibilidade de diversas provas atípicas, de maneira a se afastar uma decisão “surpresa”. Contudo, não se fala em ausência, mas em mitigação temporária do contraditório, que posteriormente é integralizado e mantém a legitimidade da prova e da consequente decisão. TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, vol. XXXIX, p. 101-103.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Dois ou três? In: ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- AUILO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- BACHELARD, Gaston. A epistemologia. Trad. Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, edição francesa em 1971.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción* (estándares de prueba y debido proceso). Madrid: Marcial Pons, 2021.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Ação anulatória* (art. 966, §4º, CPC). Salvador: JusPodivm, 2019.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Ônus da prova* (função e natureza jurídica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova: na perspectiva da tutela do direito*. Londrina: Thoth, 2021.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição portuguesa de Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

GIULIANI, Alessandro. Prova (prova in generale). In: Enciclopedia del Diritto. Milano: A. Giuffrè, 1958-1995. v. 37.

KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence: problems and project. In: HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

HART, H. L. A. O conceito de direito. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MACCORMICK, Neil. Narrativas jurídicas. In: MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MEDINA, José Miguel García. Código de Processo Civil comentado. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OLIANI, José Alexandre Manzano. O contraditório no NCPC. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *CPC em foco: (temas essenciais e sua receptividade dois anos de vigência do novo CPC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil: (proposta de um formalismo-valorativo)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In: KNIJNIK, Danilo. *Prova judiciária* (estudos sobre o novo direito probatório). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: (interpretação e aplicação do novo Código de processo civil)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Contra claro texto expresso do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. *Consultor Jurídico*: CONJUR, São Paulo, 26. set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em: 16 ago. 2021.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: (o juiz e a reconstrução dos fatos)*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In: TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. Verità e probatilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 154, p. 207-222, dez. 2007.

TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JÚNIOR, Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, ano 12, n. 15, p. 183-201, jan./jun. 2014.

VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: (ensayos de epistemología jurídica)*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: (ley, derechos, justicia)*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009.

Artigo recebido em 27/8/2021.

Artigo aprovado em 22/1/2022.