

DIREITO CIVIL/DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA

Handel Martins Dias

Assessor de Procuradoria de Justiça. Especialista em Processo Civil pela UFRGS. Mestrando em Direito pela UFRGS.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, não há dúvida de que as ideologias que fundamentam o direito substancial, público e privado, alcançam o plano processual. Em razão do próprio caráter instrumental do processo, mister que sua técnica conforme-se o mais estreitamente possível à natureza de seu objeto e de sua finalidade. Em relação ao direito probatório esse fenômeno não é diferente¹. Ao contrário, são patentes as influências de que padeceu – e ainda padece – a prova judiciária em face das novas concepções culturais e ideológicas advindas a partir da Revolução Francesa².

¹ Sublinha J. J. CALMON DE PASSOS, Democracia, participação e processo, in *Participação e processo*, São Paulo, pp. 83-97, 1988, que o direito não é um fenômeno natural, mas uma criação do homem, situando-se no mundo da cultura. Ele esposa que são indissociáveis política, economia e direito, interagindo entre si, determinando uma realidade única: a da convivência humana politicamente organizada. O processo, como técnica de formulação e realização do direito, estaria fortemente comprometido com a carga ideológica, política e implicações econômicas que se identificam no ordenamento jurídico a que instrumentalmente ele se vincula. Ainda sobre o influxo das concepções culturais e de pensamento nos institutos processuais, vide MAURO CAPPELLETTI, Ideologie nel diritto processuale, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, v. 16, pp. 193-219, 1962.

² Sobre a transição do conceito clássico de prova para o conceito moderno, bem como de seus respectivos modelos probatórios, vide ALESSANDRO GIULIANI, *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

Para a teoria geral da prova, a solução tradicional no sentido de que a parte deveria suscitar o fato jurídico do qual decorresse seu direito e o órgão judicial, a seu bel-prazer, aplicaria o direito a esse fato não mais satisfaz. O papel desempenhado pelo juiz nos dias de hoje revela-se complexo e modificado, sendo-lhe permitido participar de maneira ativa na investigação dos fatos da causa, em verdadeira contraposição à concepção individual e privatística dos direitos patrimoniais preponderante até o século XIX (Parte I).

Do mesmo modo sucede relativamente à apreciação dos fatos da causa³. Com o advento da função social e pública do processo civil moderno, a atividade oficial também passa a experimentar distinto *status* no tocante à valorização do conjunto probatório. Subjugados os sistemas de apreciação anteriores, sobreveio um ulterior critério, emanado de um novo momento da sociedade. O juiz, conquanto livre para apreciar a prova, precisa demonstrar o convencimento racional de suas decisões, mediante motivação ou fundamentação (Parte II).

Sobre as novas perspectivas da teoria geral da prova em relação aos dois aspectos supramencionados, esclareça-se, desenvolver-se-á o presente ensaio⁴.

³ A doutrina mais de uma vez tem entendido que as normas que regem a apreciação da prova não são de direito processual, mas de direito substantivo, uma vez que determinariam a sorte do direito das partes antes do ajuizamento da demanda. EDUARDO COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, pp. 258-260, lembrando conhecido ensaio de CHIOVENDA – Sulla natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia delle legge processuale nel tempo, in *Saggi di Diritto Processuale*, t. I, pp. 241 e ss. – asserir que esse entendimento corresponde a uma concepção privatística do processo, em que a vontade das partes assume um papel preponderante em face das exigências da coletividade. Conclui que “*sólo son de derecho substancial las solemnidades instituidas para la validez de ciertos actos. Pero esa circunstancia no autoriza a suponer que el juez pueda quedar indefinidamente atado a institutos improprios, a pretexto de que ellos reglan en el tiempo en que se delebraron las convenciones u ocurrieron los hechos o actos jurídicos que dan origen al conflicto*”.

⁴ As idéias aqui abarcadas simplesmente sintetizam algumas proposições que podem ser encontradas em: CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo, in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 37, pp. 140-150, jan-mar.1985; MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992; MAURO CAPPELLETTI, ob. cit.; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; e SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEA, 1978.

PARTE I

A INVESTIGAÇÃO DOS FATOS DA CAUSA

No século XIX, quando o processo ainda não estava imbuído de caráter público, não só se atribuíam às partes amplos poderes para início e fim do processo e estabelecimento de seu objeto, como também para seu andamento e desenvolvimento. Nessa época de completa aceitação da concepção liberal, a restrição aos poderes do órgão judicial existia em razão de ser o processo então concebido como um instituto destinado à realização de direitos privados⁵.

Hoje, contudo, o caráter privado não mais condiz com a concepção dominante sobre a natureza e função do processo civil⁶. Em razão do valor social e público do processo resultante da história, sobreveio a necessidade de uma atividade judicial mais intensa, inclusive para investigar os fatos alegados pelas partes⁷, abrandando-se tradicional concepção inserta no brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius* (item ii).

⁵ Segundo CÂNDIDO DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 44, o direito *judiciário* civil viveu, desde as origens e por muitos séculos, sob o manto do direito privado e considerado mero apêndice deste, ou “adjetivo” que o qualifica quando submetido às vicissitudes da vida judiciária. Foi desse modo cultivado no direito comum e no canônico e, sem qualquer suspeita de sua autonomia sistemática, assim chegou até ao século XIX. Destaca J. C. BARBOSA MOREIRA, O juiz e a prova, in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, n. 35, pp. 178-184, jul-set.1984, que o direito processual vivia mergulhado numa atmosfera cultural marcada de individualismo. Assim como no plano econômico, se queria o Estado o máximo possível alheio às disputas entre os particulares – *laissez faire, laissez passer* –, analogamente, na órbita judiciária também se queria o juiz inerte no seu pedestal, espectador frio e distante do duelo entre as partes e privado de qualquer possibilidade de tomar suas próprias iniciativas no sentido da averiguação da verdade.

⁶ CÂNDIDO DINAMARCO, ob. cit., p. 44, refere que o campo abriu-se para o progresso da idéia publicista no direito processual, uma vez que a nova relação jurídica descoberta incluía entre os seus sujeitos o juiz, órgão estatal, daí derivando a idéia de relação de subordinação que no processo se dá.

⁷ Consoante parte significativa da doutrina, apenas as *alegações de fatos*, e não os fatos, são suscetíveis de prova. Esposa SENTIS MELENDO, ob. cit., pp. 12-13, “*no es raro, y hasta es lo corriente, que se nos diga: se prueban hechos. No. Los hechos no se pueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos. La parte – siempre la parte; no el juez – formula afirmaciones; no viene a traerle al juez sus dudas sino su seguridad – real o ficticia – sobre lo que sabe; no viene a pedirle al juez averigüe sino a decirle lo que ella há averiguado; para que el juez constate, compruebe, verifique (esta es la expresión exacta) si esas afirmaciones coinciden con la realidad*”. Mas nem todas as afirmações de fato poderão ser objeto de prova. De acordo com o art. 334 do nosso Código de Processo Civil, não dependem de prova os fatos notórios; afirmados por uma

No entanto, antes do exame deste assunto, mister que se analise a natureza da certeza a ser perquirida no processo civil nesse novo momento, porquanto tende a investigação probatória a aumentar ou a diminuir à medida do interesse pela proximidade com a realidade dos fatos, implicando evidentes reflexos na atividade judicial (item i).

1.1. A relatividade da verdade processual

A relatividade da verdade no processo civil consiste no fato de que não constitui um fim em si mesma, senão simples *meio* para aplicação do direito ao caso concreto. Essa relatividade mais se acentua se considerado o caráter conflituoso do processo, as dificuldades de obtenção de prova dos fatos, as limitações materiais do juiz e as restrições para a admissão de certos tipos de prova, bem assim as reservas estabelecidas para certos meios de prova. Tudo isso confere limites ao método, ao objeto, aos instrumentos e à duração da investigação da verdade⁸.

Com efeito, a verdade processual nunca é absoluta, mas relativa, pois sempre formalizada em certa medida. Conforme sublinha CARNELUTTI, *“basta un minimo limite alla libertà di ricerca del giudice perchè il processo di ricerca della realtà degeneri in processo formale di*

partes e confessados pela outra; admitidos como incontroversos; e em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. Demais disso, no sistema processual pátrio, malgrado a consagrada premissa *iura novis curia*, “a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz” (CPC, art. 337). Portanto, a regra é que se provam alegações de fatos; por exceção, o direito.

⁸ Cf. C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., pp. 145-148. Conclui ele que, “mediante o emprego de determinadas técnicas, mostra-se possível acelerar ou retardar o conhecimento do órgão judicial, torná-lo mais rarefeito ou exaustivo. E realmente as exigências de bem conhecer vêem-se eventualmente na contingência de ceder ante certas situações em que uma postura de corte jacobino, uma busca frenética da verdade, viria a prejudicar os bons resultados do exercício da jurisdição”. PIERO CALAMANDREI, ao cotejar as atividades do juiz e do historiador no clássico *Il giudice e lo storico*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, vol. XVI, pp. 105-128, 1939, aponta acentuadas diferenças relativamente ao conhecimento dos fatos, citando restrições em relação à atividade do juiz que são estranhas à do historiador, *v.g.*, (a) o juiz não é livre para explorar por sua conta a realidade, devendo concentrar as suas averiguações sobre os fatos que as partes indicaram como relevantes; (b) a verdade não pode ser provada senão mediante os meios previstos em lei; (c) e muitas vezes a lei atribui preventivamente um valor à prova – prova legal –, cabendo ao juiz apenas verificar os aspectos formais.

*fissazione; in altri termini la misura del limite è indifferente alla natura del processo. La verità è come l'acqua: o è pura, o non è verità. Quando la ricerca della verità materiale è limitata nel senso che questa non possa essere in ogni caso e con ogni mezzo conosciuta, sai il limite posto più o meno rigoroso, il risultato è sempre questo: che non si tratta più di una ricerca della verità materiale, ma di un processo di fissazione formale dei fatti*⁹.

Porém, malgrado a verdade auferida no processo civil ser formal, a que se perscruta, como corolário peculiar da modernidade publicística do processo, é a real¹⁰. Pois há necessariamente de distinguir-se a verdade processual como *resultado* da verdade processual enquanto *fim*. Diante da concepção do processo como instrumento de realização de justiça – por que passa a ser preocupação do juiz uma solução não apenas rápida, mas também justa dos litígios – firma-se o dever do órgão judicial de buscar a verdade material, tarefa mais condizente com a finalidade colimada pelo processo no dias de hoje¹¹.

É defeso aceitar, de outra banda, posição radical que sustente o predomínio quase que absoluto da busca da verdade, com total informalidade. Tal visão não coadunaria com as necessidades de eficiência e presteza do instrumento processual, bem como com a realidade atual do processo, baseado na cooperação entre o órgão judicial e as partes¹², releva consignar, verdadeiro temperamento ao aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*, próximo item a ser analisado.

⁹ *La prova civile*. Roma: Athenaeum, 1915, p. 36.

¹⁰ Sobre a verdade no processo civil, vide MICHELE TARUFFO, ob. cit., pp. 01-66;

¹¹ RUI PORTANOVA, *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, ao analisar o princípio da busca da verdade, espousa que não se pode deixar de perseguir um direito ideal. Ainda que o processo não seja a realidade, deve assentar-se nela e estar ligado a ela de maneira indissolúvel. Fora disso deixaria de ser direito. De outra parte, sustenta ADA PELLEGRINI GRINOVER, Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 347, pp. 03-10, 1999, que o princípio da verdade real significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, constitucional e processualmente válida, tanto para o processo penal como não-penal.

¹² Cf. C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., pp. 145-148. Salienta o renomeado processualista que é impossível aceitar-se nessa matéria informalidade absoluta, como se o direito à prova fosse amplo e ilimitado, de modo a alcançar-se a certeza sobre as alegações de fato da parte, tudo em prol do mito da verdade material, travestida de principal finalidade do processo. Conclui que “se assim fosse, lícito seria ao juiz julgar com base na sua ciência privada dos fatos, admissível todo tipo de prova, mesmo ilegítima, o procedimento da aquisição probatória seria determinado pelo juiz, caso por

1.2. O alcance do brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*

A concepção tradicional relativamente aos poderes dos sujeitos do processo expressa-se no princípio *da mihi factum, dabo tibi ius*. A sua aplicação extremada consiste não apenas na inadmissibilidade do conhecimento ou da ciência privada do órgão judicial referentemente ao fato jurídico, senão que devem ser considerados tão-só os fatos tanto alegados como provados pelas partes, com os meios que requererem.

Na nova onda, em que a preocupação se volta para a efetividade da tutela jurisdicional, refletindo como idéias matrizes o acesso a uma ordem justa e a celeridade na solução do litígio, vem constantemente o processo civil relativizando a última restrição¹³. Nessa perspectiva, observada a circunscrição fática assinalada pelas partes, constitui dever do juiz controlar o rápido, regular e leal desenvolvimento do processo, assumindo inclusive os meios probatórios¹⁴.

Hoje, o ativismo do órgão judicial tornou-se o princípio orientador do desenvolvimento do processo, afigurando-se defesa a idéia de ele,

caso, e o seu resultado livremente apreciado pelo órgão judicial, sem quaisquer peias. Não se faria, ademais, restrição alguma à realização da prova fora do contraditório, devendo ser exaustiva a investigação instrutória, mesmo em processos relativos a direitos disponíveis, até quando não contestados os fatos”.

¹³ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, ob. cit., pp. 13-14, aduz que “se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessários”. Sobre a relação entre o direito à prova das partes e os poderes instrutórios do juiz, vide MICHELE TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, vol. XXXIX, pp. 74-120, 1984.

¹⁴ Cf. C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 151, tudo recomenda a quebra do monopólio das partes na instrução da causa, mesmo em se tratando de interesses puramente privados, pois não há por que alterar a estrutura do processo em função da natureza disponível ou indisponível do direito litigioso. A propósito, o nosso Código de Processo Civil não faz ressalvas, prescrevendo em seu artigo 130 que, em qualquer caso, cabe ao juiz determinar de ofício a realização de provas que julgue necessárias à instrução da causa. Assere com acerto WETZEL DE MATTOS, *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 06, que o Código de Processo Civil de 1939 já concedia amplíssimos poderes ao juiz para de ofício ordenar as diligências necessárias à instrução do processo (art. 117). Conferia-lhe, outrossim, o poder para *ex officio* ouvir testemunhas referidas ou determinar a exibição de coisa ou documento em poder de terceiro (art. 210).

posto que com poderes intensificados para a investigação probatória, aplicar a lei a fatos não suficientemente demonstrados. Sendo o processo em si mesmo um método de debate, como bem esposava EDUARDO COUTURE, é inconcebível atualmente um julgador inerte, como se o processo importasse tão-só às partes¹⁵ – mormente porque ninguém melhor do que ele, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas são suficientes para a formação de seu convencimento¹⁶.

Assim, em face da tomada de consciência quanto ao caráter dialético do processo, em que a verificação dos fatos da causa deixou de constituir tarefa exclusiva das partes, mister reconhecer-se a subtração da força do antigo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*¹⁷. Mas não tão-somente em relação à investigação do contexto fático tem a atividade judicial padecido mudanças, havendo também transformações significativas na apreciação do material probatório, conforme se verá a seguir.

PARTE II

A VALORIZAÇÃO DA PROVA PELO ÓRGÃO JUDICIAL

Ante a produção, passa a prova a constituir objeto sobre o qual se desenvolve a atividade intelectual do órgão judicial¹⁸. Durante todo o curso da instrução, o juiz aprecia os elementos de prova carreados aos

¹⁵ Com proficiência defende GIUSEPPE TARZIA, O novo processo civil de cognição na Itália, in *Revista da Associação dos Jutzes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Rev. de Jurisprudência e Outros Impressos do Tribunal de Justiça, v. 65, pp. 73-91, 1995, p. 90, a necessidade de colocar-se o juiz no centro do fenômeno processual, não meramente para um exercício solitário de autoridade, mas para conduzir o processo mediante diálogo e contraditório com as partes.

¹⁶ Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, ob. cit., p. 5.

¹⁷ Com pertinência alerta C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 152, que sem a colaboração de advogado, mesmo o juiz mais competente não estará inteiramente habilitado a conduzir um processo complicado do ponto de vista prático. A atividade probatória deve ser exercida pelo magistrado não em substituição das partes, mas juntamente com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. Sobre a ampliação dos poderes instrutórios do juiz nas legislações processuais contemporâneas, vide WETZEL DE MATTOS, ob. cit., pp. 02-06.

¹⁸ MOACYR AMARAL DOS SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 340, assevera que, não obstante o trabalho intelectual do juiz acompanhar a prova desde que é proposta, somente “depois da produção, as suas manifestações são material, barro, com que o juiz estabelece o monumento da prova: a convicção”.

autos, orientando seu convencimento relativamente aos fatos alegados pelas partes. Devidamente formada a sua convicção, decide com base no conjunto probatório a relação jurídica controvertida no sentido da ação ou da defesa¹⁹.

Ao longo da história, os sistemas de valorização da prova têm merecido regulação mais ou menos rigorosa, à medida que se busque cingir ou ampliar a liberdade do órgão judicial no exame do contexto probatório²⁰. Daí a importância do estudo sobre a evolução dos critérios de avaliação, porquanto esclarece o desenvolvimento da relação do juiz com a prova, a partir das mudanças de valores da sociedade²¹ (item i).

Em uma retrospectiva atenta, depreende-se que cada vez mais se confere ao juiz liberdade para apreciar a prova. A despeito de existir controle acerca da atividade judicial, afigura-se necessário equacionar o problema relativo à responsabilização do juiz e ao controle sobre o seu trabalho interpretativo. É o que se pretende abarcar após uma breve análise do desenvolvimento dos sistemas de avaliação da prova judiciária (item ii).

¹⁹ Segundo DEVIS ECHANDIA, *Teoría general de la prueba judicial* - tomo I. Buenos Aires: Victor de Zavalia, 1974, p. 287, por valorização ou apreciação da prova judicial se entende a operação mental que tem por fim conhecer o mérito ou valor de convicção que se possa deduzir de seu conteúdo. Sustenta o processualista que *"en el campo específico de la prueba judicial, la actividad valorativa adquiere una trascendencia superior, porque de ella depende la suerte del proceso en la mayoría de los casos, y, por lo tanto, que exista o no armonía entre la sentencia y la justicia. La vida, la libertad, el honor y la dignidad, el patrimonio y el estado civil, la familia y el hogar de las personas dependen del buen éxito o del fracaso de la prueba judicial, y esto, a su vez, principalmente de la apreciación correcta o incorrecta que el juez haga de la prueba aportada al proceso"*.

²⁰ GERHARD WALTER, *La libre apreciación de la prueba*. Trad. de Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985, p. 94, menciona que *"tanto los puntos más bajos como los más altos de la libre apreciación judicial de la prueba guardan relación directa con la manera en que se valora al juez y a sus fallos razonables e independientes. La desconfianza hacia él hace que se intente y que se tenga que intentar limitar su libertad, aun primordialmente en el campo de la comprobación de los hechos"*.

²¹ Sobre a evolução histórica da prova judiciária, vide VALTENTÍN SILVA MELERO, *La prueba procesal*, tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, pp. 01-23; C. J. A. MITTERMAIER, *Tratado da prova em matéria criminal*. Traduzido por Alberto Antonio Soares e Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, pp. 22-59; e GERHARD WALTER, ob. cit., pp. 09-95.

2.1. A evolução dos critérios de avaliação da prova

Os sistemas de apreciação da prova têm sido objeto de regulação ora mais ora menos rigorosa, de molde a restringir ou a facilitar a liberdade do órgão judicial no desempenho de tal tarefa, em consonância quase sempre com a confiança nele depositada e com os valores imperantes na época. Nos ordenamentos mais remotos, a exemplo do antigo processo germânico, o sistema das provas legais refletia um enraizado sentimento de superstição mística, incumbindo ao juiz a exclusiva função de controlar a regularidade da realização das provas²².

A partir do século XII, posto que bastante limitada sua liberdade, voltou o juiz a ter um certo ofício valorativo, graças principalmente à influência que veio a readquirir o direito romano, com o descobrimento das *Pandectas*, e à propaganda de IRINEU, chefe da Escola de Bolonha. Mesmo com a contínua e crescente ascendência deste norte na formação do direito comum, seguiram predominando as regras probatórias, rigorosas e formais, do direito germânico-longobardo²³. O sistema das provas legais predominara até fins do século XVIII²⁴, tempo em que as transformações culturais iniciadas pelo Renascimento ganharam mais consistência, culminando na revolução intelectual conhecida como Iluminismo.

²² Cf. C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 156. CAPPELLETTI, ob. cit., p. 197, destaca que em uma sociedade em que ainda existiam ou havia apenas cessado de existir como meios de prova o duelo e as ordálias ou “juízos de Deus” – a prova do fogo, a prova do ferro incandescente etc. –, e em que eram partícipes os juízes, dado que homens de seu tempo, de uma mentalidade ou ideologia desigualitária, a fixação de certas normas de valorização numérica e formal das provas representava certamente, de um lado, uma espécie de codificação das desigualdades e de certos preconceitos e superstições, mas representava também, de outra parte, como que uma barreira contra excessos ainda piores que poderiam derivar do arbítrio dos juízes da época.

²³ Cf. AMARAL DOS SANTOS, ob. cit., pp. 341-342.

²⁴ O sistema da prova legal deixou reminiscências em modernas legislações, inclusive na brasileira, *verbi gratia*, o art. 401, por que só se admite a prova exclusivamente testemunhal nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados, e o art. 402 do CPC, pelo qual se admite a prova testemunhal, qualquer que seja o valor do contrato, quando houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova, e quando o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel.

Com o Iluminismo, as doutrinas políticas, econômicas e sociais que sustentavam o absolutismo e mercantilismo foram radicalmente negadas; em seu lugar, novos valores surgiram, pregando uma sociedade fundamentada no liberalismo político e econômico. Projetado esse fenômeno no plano processual, sobreveio a ampla liberdade judicial. O sistema do livre convencimento imputava completa liberdade ao juiz para decidir e apreciar a prova, desobrigando-o até de demonstrar os motivos de sua convicção²⁵. Em razão do absoluto informalismo, o sistema não prosperou. Um novo método, notadamente uma síntese dos sistemas da prova legal e da livre convicção, passou a ser admitido a partir dos códigos napoleônicos, sendo o adotado atualmente pelos sistemas probatórios mais modernos²⁶.

Pelo critério da persuasão racional, o juiz, conquanto aprecie livremente a prova, está compelido a demonstrar o convencimento racional em suas decisões, mediante motivação ou fundamentação. E mais, essa liberdade judicial para valorizar a prova não é absoluta, porque cingida à situação fática extremada pelas partes e às provas constantes nos autos, assim como às regras científicas – jurídicas, da lógica e da experiência. Não obstante, a prática forense tem evidenciado que dita relatividade em relação ao desembaraço de que dispõe o órgão

²⁵ MICHELE TARUFFO, ob. cit., p. 361, ao equacionar o problema, sob o ponto de vista teórico, da eficácia da prova em face da transição verificada, expõe que a técnica da prova legal consiste no colocar regras que predeterminam, em via geral e abstrata, o valor que deve ser atribuído a cada tipo de prova. O oposto princípio da prova livre ou livre convencimento pressupõe, ao invés, a ausência de regras semelhantes e implica que a eficácia de cada prova para o accertamento do fato seja estabelecida caso por caso, segundo critérios não predeterminados, discricionários e elásticos, baseados essencialmente sobre pressupostos de razão.

²⁶ Para EDUARDO COUTURE, ob. cit., p. 276, constitui a *sana crítica* o método mais eficaz de valorização da prova, porque “*sin los excessos de la prueba legal, que llegan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demasías*”. Sem dúvida, o sistema de persuasão racional foi o adotado pelo nosso Código de Processo Civil. Não obstante a livre apreciação da prova facultada mediante o art. 131 do CPC, o sistema jurídico brasileiro contém inúmeras normas de exclusão ou limitação da prova. Sobre o assunto, vide WALTER CAMEJO FILHO, Limites do direito à prova, in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.º 44, pp. 17-40, 2000.

judicial na apreciação da prova não é o bastante, sendo necessário um controle mais efetivo sobre a sua desejável liberdade²⁷.

2.2. O controle da liberdade concedida ao juiz

Embora seja relativizada em certa medida a liberdade judicial estabelecida no mais moderno sistema de valoração da prova, tem-se que os tradicionais limites que lhe são ínsitos não se apresentam suficientes. O método da persuasão racional não soluciona um grave problema: o da falta de instrumento jurídico capaz de permitir efetivo controle sobre a convicção judicial formada a partir de um caso concreto. Atrelados que estão a valores democráticos os escopos do processo civil, refletindo um autêntico direito de cidadania processual, mister que existam mecanismos jurídicos aptos a evitar o arbítrio na formação do convencimento judicial²⁸.

No sistema brasileiro, o controle sobre o juízo de fato cinge-se à mera renovação do juízo, na medida em que os tribunais, quando do julgamento de recursos, reavaliam a prova ao examinarem as *quaestiones facti*. Em outras palavras, o próprio objeto – a convicção judicial –, em um segundo momento, transforma-se no mecanismo de controle, porquanto não só, antes e por primeiro, ou mesmo concomitantemente, examinar e verificar o *iter lógico*, a *congruência narrativa*, a *consistência lógico-argumentativa* do juízo de fato como uma questão *in se*, ou seja, como uma questão autônoma e relevante²⁹.

²⁷ A respeito deste tema, recomenda-se a leitura de C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, Problemas atuais da livre apreciação da prova, Problemas atuais da livre apreciação da prova, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 17, pp. 47-56, 1999; e DANILO KNIJNIK, Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, pp. 15-52, jan-fev. 2001.

²⁸ VITTORIO DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, v. 27, pp. 414-437, 1972, p. 432, sustenta que ou bem se exclui a possibilidade de um controle puramente lógico do juízo de fato, afirmando que o controle necessariamente se resolve em uma renovação do próprio juízo, ou bem se faz recurso a procedimentos lógicos mais atendíveis, partindo da premissa que a racionalidade do convencimento do juiz sobre o fato é dada pelo valor da probabilidade sobre a qual se funda a inferência probatória.

²⁹ Cf. DANILO KNIJNIK, ob. cit., p. 17. Ressalva KNIJNIK que o STF e o STJ, embora não procedam a reexame da prova, a teor do que dispõem os enunciados n.º 279 e 7 de suas respectivas Súmulas, reexaminam a *valorização jurídica da prova*, o que tem permitido a

Do ponto de vista externo ao juízo valorativo, sublinha C. A. ALVARO DE OLIVEIRA que, conquanto inadmissível qualquer retrocesso no sentido de tarifar a apreciação do material probatório pelo juiz, há de ser preservado o controle da sociedade imbuída de valores democráticos, por meio dos princípios, garantias e técnicas formadores do próprio processo³⁰. Todavia, o emprego dessas técnicas e o respeito aos princípios e garantias mencionados correm o risco de não afastar de todo a onipotência judicial, sendo necessário um controle também endógeno, incidente sobre o próprio raciocínio judicial no apreciar a prova e os elementos de fato relevantes para a decisão³¹.

Em que pese preterida a independência dos juízes, a dimensão social do direito reclama, considerada a subjetividade de que se reveste a valoração da prova, que os jurisdicionados não fiquem totalmente à mercê de seus critérios. Do embate do valor cidadania processual com o da autonomia do juiz, é preferível que se perquiram meios racionais e lógicos que possibilitem tolher a discricionariedade judicial, em face de decisões calcadas em critérios contingentes. Em uma nova perspectiva, o direito em geral, e em especial o processo, não é encarado somente do ponto de vista de seus produtores e seu produto, mas principalmente pelo ângulo dos consumidores, ou seja, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais³². Com efeito, não poderia a magistratura, nos

execução de controles lógicos e tipicamente narrativos em sede de recursos extraordinário e especial.

³⁰ J. J. CALMON DE PASSOS, ob. cit., pp. 20-23, defende que após a democracia liberal e a democracia social, marchamos para um terceiro tempo: para o da democracia participativa. Correlacionando com o processo jurisdicional, dado que o nexa entre o político, o econômico e o jurídico faz com que o processo se revista de uma fisionomia e busque objetivos que se harmonizam com a filosofia que inspira o Estado e a organização econômica, afirma que se está caminhando para o processo como instrumento político de participação. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se em instrumento de formulação e realização dos direitos, ou seja, num misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo. Dentre outros aspectos, esposa a institucionalização de uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, superando-se o mito da neutralidade do juiz e de seu apoliticismo.

³¹ Conforme *Problemas atuais...*, cit., pp. 52-53. Conclui C. A. ALVARO DE OLIVEIRA que o emprego dessas técnicas visam, por um lado, a facilitar o trabalho do juiz, alargando concomitantemente a judicial, restringindo o caráter "pessoal" da decisão e contribuindo para uma melhor colaboração das partes; por outro, a constituir anteparo ao arbítrio objetividade.

³² Cf. MAURO CAPPELLETTI, Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 65, pp. 127-

limites de sua função, permanecer isenta de uma responsabilidade social, no sentido de um processo verdadeiramente *justo*.

CONCLUSÃO

Como foi referido alhures, a tradicional concepção no sentido de que a parte deveria suscitar o fato jurídico do qual decorresse seu direito e o órgão judicial, por sua vez, aplicaria o direito não mais convence. Nos dias de hoje, o papel exercido pelo juiz revela-se bastante modificado, facultando-lhe, como corolário da primazia do princípio da verdade material, participar ativamente na investigação dos fatos da causa, em contraposição ao arquétipo privatístico preponderante até o século XIX (Parte I).

Do mesmo modo em relação à apreciação do conjunto probatório. Com o reconhecimento da função social e pública do processo civil, a atividade judicial também passou a experimentar maior liberdade para apreciar os elementos de prova, ainda que com certos limites. Não obstante relativizada em certa medida a liberdade judicial, tem-se que os tradicionais limites do atual sistema de valoração da prova não bastam, carecendo de mecanismos jurídicos, lógicos e racionais, para que se possa evitar o arbítrio na formação da convicção judicial. A solução, é preciso reconhecer, não é de fácil alcance, na medida em que não se cobiça mitigar mais do que se deve a desejável liberdade do juiz (Parte II).

Por fim, importa consignar que atualmente vive-se uma nova fase, que depreende o processo como instrumento imprescindível à realização da ordem jurídica material, à convivência humana e à efetivação das garantias asseguradas na Constituição. Diante da mentalidade de que tão-somente procedimentos ágeis e eficazes realizam a verdadeira finalidade do processo, necessária é a cooperação dos sujeitos processuais, tanto na pesquisa dos fatos da causa quanto na sua

143, jan-mar.1992, pp. 134/135. Segundo ele, mediante uma visão tridimensional do direito, oriunda da concepção revolucionária do acesso à Justiça, o jurista é instado a um exame quanto (i) à necessidade ou ao problema social que reclama por uma resposta no plano jurídico; (ii) à avaliação de tal resposta que, embora deva assumir, ordinariamente, natureza normativa, impele o jurista a realizar um exame sobre a aptidão das instituições e dos procedimentos responsáveis pela atuação daquela resposta normativa; (iii) ao impacto que a resposta jurídica ocasionará sobre a necessidade ou sobre o problema social – ocasião em que se examinará a eficácia da resposta.

valorização jurídica³³, com vistas à verdade e à justiça. E dessa perspectiva decorrem inúmeras questões com implicações na teoria geral da prova, que precisa ser revisitada com urgência pelos estudiosos do direito. Há de exsurgir uma nova teoria geral, dogmática e culturalmente consonante com as transformações ocorridas na seara do fenômeno probatório.

FONTE BIBLIOGRÁFICA

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, pp. 186-199, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1959.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, vol. XVI, Parte I, pp. 105-128, 1939.

———. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, v. 10, pp. 164-192, 1955.

CAMEJO FILHO, Walter. Limites do direito à prova. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 4, pp. 17-40, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Ideologie nel diritto processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, v. 16, pp. 193-219, 1962.

———. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 65, pp. 127-143, jan-mar. 1992.

———. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile) – Parte prima. Milano: Giuffrè, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Roma: Athenaeum, 1915.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958.

³³ Cf. EDUARDO GRASSO, La collaborazione nel processo civile, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, vol. 21, pp. 580-609, 1966, "è possibile cogliere le note fondamentali di un regime di collaborazione processuale. Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele. Le attività di ter soggetti, nell'intima sostanza, tendono ad identificarsi, risolvendosi in unica forza operosa (unus actus) che penetra nella materia alla ricerca della verità". Sobre a idéia de colaboração no processo, vide ainda C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, cit.; e Efetividade e processo de conhecimento, in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 96, pp. 58-69, out-dez. 1999.

- DENTI, Vittorio. Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, v. 27, pp. 414-437, 1972.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I. Buenos Aires: Victor de Zavalia, 1974.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.
- . Verbete prova (filosofia del diritto). *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XXXVII, pp. 518-570, 1988.
- GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, v. 21, pp. 580-609, 1966.
- RINOVER, Ada Pellegrini. Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 347, pp. 03-10, 1999.
- KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 353, pp. 15-52, jan-fev. 2001.
- MALATESTA, Nicola Flamarino dei. *Lógica de las pruebas em materia criminal*, tomo I. Madrid: La España Moderna, 1894.
- MATTOS, Sérgio Luis Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MELENDO, Santiago Sentís. *La prueba – los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978.
- MELERO, Valentín Silva. *La prueba procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964.
- MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961.
- MITTERMAYER, C. J. A. *Trasado da prova em matéria criminal*. Trad. Alberto Antonio Soares e Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função do processo civil moderno e o papel do juiz na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 37, pp. 140-150, jan-mar 1985.
- . O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, n. 35, pp. 178-184, jul-set. 1984.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 96, pp. 58-69, out-dez. 1999.
- . *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- . Problemas atuais da livre apreciação da prova. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Porto Alegre, v. 17, pp. 47-56, 1999.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. *Participação e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 83-97, 1988.
- PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- Prova civil*: C. A. Alvaro de Oliveira (organizador)... [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 1994.
- . *Prova judiciária no civil e comercial*, vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1970.
- TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, vol. XXXIX, pp. 74-120, 1984.

———. *La prova dei fatti giuridici* (nozioni generali). Milano: Giuffrè, 1992.

TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre; Revista de Jurisprudência e Outros Impressos do Tribunal de Justiça, v. 65, ano XXII, pp. 73-91, 1995.

VERDE, Giovanni. Prova legale e formalismo. *Il Foro Italiano*, Parte V, colunas 465-474, 1990.

WALTER, Gerhard. *La libre apreciación de la prueba*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.