

MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE

LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA

CURITIBA

2005

MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE

LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA

Monografia apresentada à disciplina de Direito Processual Civil como requisito parcial à conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Luiz Guilherme Marinoni

Co-orientador: Prof. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2005

TERMO DE APROVAÇÃO

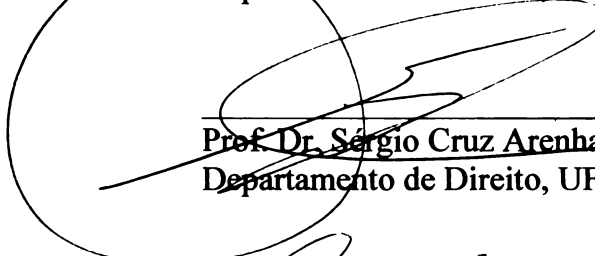
MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE

LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador:


Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Departamento de Direito, UFPR


~~Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart~~
~~Departamento de Direito, UFPR~~


Prof. Dr. Alcides Munhoz da Cunha
Departamento de Direito, UFPR

Curitiba, 24 de outubro de 2005.

Aos meus pais

Jussara de Lourdes Timm do Valle e Mauricio Antônio do Valle

AGRADECIMENTOS

Os primeiros agradecimentos são dirigidos aos meus pais – a quem também dedico este humilde trabalho -, que sempre foram exemplos positivos para mim, seja pessoal, seja profissionalmente. São eles fontes inesgotáveis de amor, carinho, segurança e incentivo.

Agradeço também ao meu primeiro e melhor “professor de português e de espanhol”, ao Professor Luiz Antônio Dalri, meu querido “Vô” Dalri, o qual é responsável por ter nascido em mim o amor pelos livros. Mais que um Professor, mais que um amigo, sem sombra de dúvida, uma das melhores pessoas que conheço. O qual sabe que a distância que nos separa não é suficiente para abalar o amor e a gratidão que lhe tenho.

Ao Professor Luiz Guilherme Marinoni, por ter demonstrado ser mais que um professor. Por ter sido, dia-a-dia, também um amigo.

Ao Professor Sérgio Cruz Arenhart, por sempre estar disposto a doar seu precioso tempo, transmitindo seu imenso conhecimento, com o seu bom humor contagiante.

Ao Professor Álvaro Perez Ragone, por ter me acolhido em sua casa na Capital Argentina, pelo diálogo aberto sobre questões do direito processual civil e pela amizade construída em meio à “sanções sociais” e a “oiquió’s”.

Ao Dr. Marcos Aurélio de Lima Júnior pelas palavras de estímulo, pelos exemplos positivos e, principalmente, pela amizade.

E, também, a todos aqueles que direta ou indiretamente, me ajudaram a chegar até aqui.

Meu sincero muito obrigado.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
1. INTRODUÇÃO.....	08
2. RELAÇÕES ENTRE A VERDADE E AS PROVAS.....	09
2.1 Breve histórico da atuação do juiz no processo.....	09
2.1.1 Sistemas de avaliação das provas.....	15
2.2 A busca da verdade.....	19
2.3 Verdade material e verdade formal.....	23
2.4 Verdade e Verossimilhança.....	25
2.5 A “construção” da verdade, no processo, pelas partes.....	29
3. A PARTICIPAÇÃO DO JUIZ E SUA CONVICÇÃO FRENTE À ANÁLISE DAS PROVAS.....	30
3.1 A tese sueca sobre o convencimento judicial.....	30
3.2 GERHARD WALTER e a técnica da redução do módulo da prova.....	32
4. DEMAIS ELEMENTOS UTILIZADOS PELO JUIZ NA APRECIÇÃO DAS PROVAS.....	37
4.1 O juiz, a prova indiciária e as presunções.....	37
4.1.1 Presunções judiciais.....	40
4.1.2 Presunções legais.....	41
4.1.2.1 Presunções legais relativas.....	41
4.1.2.2 Presunções legais absolutas.....	44
4.1.3 Conflito entre presunções.....	46
5. O SENSO COMUM.....	48

6. AS MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA.....	49
7. A MOTIVAÇÃO. CONTROLE DA APRECIÇÃO DAS PROVAS REALIZADA PELO JUIZ.....	51
8. CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	55

RESUMO

Uma das mais intrigantes questões do direito processual civil sempre foi a da apreciação das provas realizadas pelo juiz. Matéria de importância tanto prática quanto teórica, de serventia ao acadêmico e ao profissional do direito, o estudo do caminho percorrido ou dos elementos utilizados pelo juiz para apreciar as provas tornou-se um dos mais fascinantes campos de estudo. Analisa-se neste trabalho a questão relativa à busca da verdade – diante da impossibilidade de o julgador encontrá-la -, examinam-se os conceitos de verdade formal e material, de verossimilhança. Discorre-se sobre a nova postura de se considerar que a verdade é construída dialeticamente pelas partes. Trata-se das técnicas de julgamento como a tese da verossimilhança preponderante ou da possibilidade de redução do módulo da prova. Analisa-se a posição do juiz frente às presunções legais, absolutas e relativas. Termina-se por analisar o imperativo constitucional da motivação das decisões.

Palavras-chave: Processo Civil – Prova - Apreciação

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura abordar algumas questões enfrentadas pelo juiz no que tange à apreciação das provas. Primeiramente, discorre-se sobre os diversos sistemas de valoração das provas, abordando, em seguida, o aumento da confiança depositada na figura do juiz, passando-se pelas relações entre as provas e a verdade, pela superada distinção entre verdade formal e verdade material, chegando-se à noção de verdade e verossimilhança. Aborda-se, também, neste capítulo, a idéia da construção da verdade pelas partes dentro do processo.

Passa-se, num segundo momento, a se analisar a postura do juiz frente às provas trazidas pelas partes, com ênfase no modelo utilizado na Suécia (com reflexos na Alemanha). A seguir, trata-se da chamada redução do módulo da prova, técnica desenvolvida pelo processualista alemão Gerhard Walter.

Depois disso é analisada a postura do juiz frente à prova indiciária e às presunções, judiciais e legais - absolutas e relativas -, bem como frente a um possível conflito entre presunções. Analisa-se também a noção de senso comum e da utilização das chamadas máximas da experiência pelo juiz. Discorre-se, ainda, sobre a necessária motivação de suas decisões como forma de se estabelecer um controle sobre a apreciação por ele feita, das provas.

Toda a pesquisa foi pautada, principalmente, nos ensinamentos trazidos pela atual doutrina dos Professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, os quais inovam o processo civil brasileiro, seja criando, seja importando de outros ordenamentos jurídicos, as ferramentas ideais para possibilitar um processo civil mais racional e legítimo na busca e no alcance da justiça.

2. RELAÇÕES ENTRE A VERDADE E AS PROVAS

2.1 Breve histórico da atuação do juiz no processo

O juiz, à época do direito liberal, não possuía qualquer poder de *imperium*. Isso aconteceu principalmente nos países em que o pensamento de Montesquieu foi difundido¹.

Nesses países, chegou-se a proibir o juiz de interpretar a lei. Ao juiz cabia tão somente ser a boca da lei (*bouche de la loi*), ou seja, o julgamento deveria ser um texto

¹ Quem traz estes ensinamentos com a clareza e perfeição que lhe são costumeiras é LUIZ GUILHERME MARINONI, em livro que mesmo escrito a quase uma década, mostra-se um dos mais atuais escritos de introdução crítica ao estudo do direito processual civil. Nesse livro, o autor tece as seguintes considerações sobre o juiz à época do direito liberal: “O direito liberal eliminou os poderes do juiz, mantendo-o não só escravizado à lei, como, também, sem qualquer poder de *imperium*. Como é sabido, nos países em que o pensamento de Montesquieu teve maior repercussão chegou-se a proibir o juiz de interpretar a lei. O julgamento deveria ser apenas ‘um texto exato da lei’, como disse Montesquieu, se os julgamentos ‘fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos’. (...) Lembre-se de que Montesquieu, ao dissertar sobre a separação dos poderes, argumentou que ‘não haverá liberdade se o poder de julgar não estivesse separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de opressor. Não é por razão diversa que Montesquieu definiu o juiz como a *bouche de la loi* (a boca da lei): ‘Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor’. Um sistema que deseje, objetivando garantir a liberdade do cidadão, um juiz passivo e despido de poder não pode admitir um julgamento fundado em verossimilhança. Conferir ao juiz poder para tutelar um direito provável é o mesmo que dar ao Judiciário poder para julgar uma situação concreta com base em critérios que evidentemente não seriam do agrado daqueles que desejavam ver o juiz impedido de interpretar a lei. Aliás, se o juiz não podia se afastar da lei, e se a justiça do juiz tinha que ser a justiça da lei, não se poderia conceber a possibilidade de o juiz julgar sumariamente, já que nessa hipótese o juiz poderia se afastar da lei, quando a justiça passaria a ser do juiz e não da lei”. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 42-43. Nesse mesmo sentido: BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 156-159.

exato da lei. Resta mais que evidente que nessa época o juiz não podia julgar com base em verossimilhança, tutelando um direito provável.² O juiz deveria julgar tão somente após ter encontrado a “verdade”, o que, nas palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI, “encobria o fato de que o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que o juiz possui valores pessoais e uma vontade inconsciente que, na maioria das vezes, ele próprio não consegue desvendar”.³

Felizmente, abriram-se os olhos para o fato de que o juiz não pode ser moldado pelo Poder Legislativo. E é neste sentido que OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA⁴, citando LUÍS RICASÉNS SICHES, diz que

Estas palavras de Luís Ricasens Siches mostram não ser tarefa do legislador determinar o modo como a lei deverá ser interpretada, que, no fundo, é o que se pretende, por exemplo, com as súmulas vinculantes, constituídas em normas que, ao fixarem o sentido da lei, acabam engessando a jurisprudência: ‘O legislador poderá ordenar, através de suas normas gerais, a conduta que considere justa, conveniente e oportuna. Até aí pode estender-se seu poder. Entretanto, essencial e necessariamente está fora do poder do legislador decidir e regular aquilo que jamais poderá se incluir no conceito de legislação: regular o método de interpretação das normas gerais que ele produz. As vezes, porém, os legisladores, embriagados de petulância, sonham com o impossível.

Percebe-se, com o passar do tempo, que o Estado passa a estar mais ativo frente à sociedade, o que,⁵ conseqüentemente, reflete-se na ampliação dos poderes de atuação do

² Essa é a lição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. “Partindo da premissa de que o juiz seria aquele ser inanimado imaginado por Montesquieu, incumbido de revelar a ‘vontade da lei’, chegaremos à conclusão de que o magistrado não poderá prestar jurisdição valendo-se de um juízo de verossimilhança, porquanto, ao sustentar-se, não na ‘vontade da lei’, mas na simples possibilidade de que essa seja sua verdadeira vontade, estaria outorgando à parte uma proteção que provavelmente não correspondesse à expressão daquela vontade”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. v. 1 (jul./ago. 2004) - Porto Alegre : Magister, 2004. p. 76.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 43.

⁴ SICHES, Luis Ricaséns. *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa : México, 1981. p. 240, *apud*, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. v. 1 (jul./ago. 2004) - Porto Alegre : Magister, 2004. p. 78.

juiz no processo.⁶ LUIZ GUILHERME MARINONI entende que nessa nova perspectiva o juiz deve zelar por um processo justo, desvinculando-se da obsessão pelo formalismo, desapegado às peculiaridades do caso concreto.⁷

⁵ Nesse sentido: ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 383 e ss.

⁶ “Prova – Complementação do conjunto probatório, determinada de ofício pelo juiz, cuja produção foi iniciada a requerimento da parte – Admissibilidade, se com o propósito de lhe propiciar maior segurança no julgamento – Aplicação do art. 130 do CPC.” (2º TACívSP – AgIn 684.831-00/4 – 12ª Câ. – rel. Juiz Arantes Theodoro).

⁷ LUIZ GUILHERME MARINONI explica a evolução da sociedade e o concomitante aumento de participação do juiz no processo. “Com surgimento da democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, por conseqüência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das ‘regras do jogo’, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir (a) a justa aplicação das normas de direito material, (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual. Um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado. O processo, como é óbvio, exige que os fatos sejam verificados de forma adequada, ou melhor, para a jurisdição dos nossos dias não é concebível que os fatos não sejam devidamente verificados em razão da menor sorte econômica ou da menor astúcia de um dos litigantes. (...) Os poderes do juiz, com o passar do tempo, foram paulatinamente aumentados, incumbindo-lhe, hoje, lembrar a parte sobre o ônus da prova, ou sobre a importância de ela manifestar-se sobre um determinado fato, e, ainda, quando necessário, determinar provas *ex officio*. O juiz moderno, portanto, ciente de sua responsabilidade, deve participar ativamente do processo. Entende-se, na linha da evolução ocorrida, que o princípio dispositivo não tem qualquer ligação com a instrução da causa, mas apenas com as limitações impostas ao juiz, em razão da disponibilidade do direito. O princípio da imparcialidade do juiz não é empecilho para a participação ativa do julgador na instrução; ao contrário, supõe-se, na fase atual, que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte. Nem mesmo o contraditório é arranhado pela nova postura assumida pelo juiz. O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador, a que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa a eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje”. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 101-103. Esta ampliação de poderes permite, até mesmo, a possibilidade do julgamento *contra legem*. Tem-se claro que o juiz, em sua atividade jurisdicional, aplica o direito e não somente a lei, ou seja, dentro do processo o juiz deve desvincular-se do formalismo exacerbado, buscando a justiça. Dessa forma, entende-se que o juiz pode julgar *contra legem*. Este é o entendimento trazido pelo Professor gaúcho DANIEL FRANCISCO MITIDIERO, o qual entende que “o juiz pode mesmo julgar *contra legem*, nunca, porém, de maneira contrária ao direito, isto porque, como

E tão forte era o apego ao formalismo que no período da *legis actiones* – que vai da fundação de Roma até o ano de 149 a.C. –, conforme ensina ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, que a ausência ou até mesmo o uso equivocado de uma simples palavra poderia ensejar o julgamento de improcedência da demanda. Nas palavras do próprio Professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA:

Quando se inicia o estudo da história do direito processual civil nos cursos de graduação, mais precisamente quando se está investigando as suas origens o direito romano primitivo, no período da *legis actiones*, que vai da fundação de Roma até o ano de 149 a.C., aprende-se que nessa fase as partes somente podiam manipular as ações da lei que eram em número de cinco; ‘que o procedimento era excessivamente solene e obedecia a um ritual em que se conjugavam palavras e gestos indispensáveis; que bastava, às vezes, o equívoco de uma palavra ou gesto para que o litigante perdesse a demanda’.⁸

Sustenta, ainda LUIZ GUILHERME MARINONI que o juiz não só pode como deve esforçar-se em todas as situações para se aproximar ao máximo da “verdade” dos fatos, devendo ter uma participação ativa no processo.⁹

agudamente observa Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o ‘direito é o círculo maior a ultrapassar a mera regra de lei’: ao órgão jurisdicional mostra-se lícito, desde que atento ao problema e em um procedimento discursivamente justificado, transbordar da lei, da mera legalidade, nunca, todavia, abre-se-lhe a possibilidade de soltar-se do justo, da juridicidade estatal”.(MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005. p. 82.)

⁸ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*. v. 11. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 56. Na página seguinte, ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA tece fundadas críticas à prática forense brasileira. Escreve que “enquanto se tecem elogios ao ideal reformista, a prática forense vem amesquinhando a grandeza das reformas propostas. Há ainda um grande descompasso entre o discurso doutrinário e a prática processual. De um lado o discurso não é unísono. De outro, percebe-se que o formalismo ainda resiste e impera no foro, tanto que quando não se impõe esse tecnicismo em face de um conservadorismo ultrapassado ou em virtude de uma formação jurídica estritamente tecnicista, ainda assim ele se apresenta ou se manifesta como uma espécie de ociosa salvaguarda do aparelho judiciário, ainda precário e insuficientemente dimensionado, contra a avalanche de processos que entulham os cartórios e secretarias do foro judicial”.

⁹ LUIZ GUILHERME MARINONI. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 103.

...embora o juiz não deva limitar-se a assistir inerte à produção das provas, pois, em princípio, pode e deve assumir a iniciativa destas, na maioria dos casos, ou seja, nos casos de direitos disponíveis, pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levaram ao processo e eventualmente rejeitar a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. A atuação na instrução da causa, contudo, não deve ser associada à natureza do direito material em litígio. A instrução da causa é aspecto inerente ao processo, instrumento através do qual é realizado o poder do Estado, e onde os seus interesses predominam independentemente de ser disponível ou não a relação jurídica de direito material. Entender que no caso de direitos disponíveis o juiz pode se limitar a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que concluir que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo que trata de direitos disponíveis não é o mesmo processo que é instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado.

E é nesse momento que fica mais evidente a importância do princípio da livre apreciação das provas. Para ADOLF SCHÖNKE, o princípio da livre apreciação das provas é “aquele segundo o qual o Juiz é livre na valoração dos fatos que lhe foram apresentados”.¹⁰ Esse princípio mostra-se como a materialização da confiança depositada no juiz, que por óbvio não pode mais ser visto como um inimigo da sociedade.

FRIEDRICH STEIN afirma que “la libre valoración de la prueba ha desligado al juez de las ataduras que antiguamente le impedían poner todo el tesoro de su experiencia de la vida al servicio de la averiguación de la verdad”.¹¹

Entretanto, a apreciação das provas, mesmo sendo livre, será controlada por meio da motivação das decisões¹². Nesse sentido é a disposição trazida pelo legislador na

¹⁰ Entende ADOLF SCHÖNKE que “o juiz decide segundo sua livre convicção, se a afirmação de um fato é certa ou não; não estando tampouco sujeito à apreciação que de acordo façam as partes...” SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Campinas : Romana, 2003. p. 61. Este também é o entendimento da jurisprudência brasileira: “Prova – Perícia – Valoração da prova – Juiz que não fica adstrito ao laudo pericial – Sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado – Inteligência do art. 436 do CPC – Voto Vencido”. (STJ – REsp 400.997-PE – 4ª T. – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

¹¹ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Santa Fé de Bogotá : Editorial Temis, 1999. p. 42.

¹² A questão da motivação das decisões será tratada com maior profundidade mais adiante. Entretanto, mostra-se interessante se adiantar o pensamento de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, o qual entende que o juiz, ao apreciar as questões, utiliza-se de uma “boa dose de discricionariedade”. De fato, assim escreve o professor gaúcho: “Parece curial não confundir discricionariedade com arbitrariedade. O

redação do artigo 131 do Código de Processo Civil brasileiro, no qual está expresso que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que formaram o convencimento”.¹³ E neste mesmo sentido se manifesta CELSO AGRÍCOLA BARBI, o qual escreve, ao tratar do artigo 131 do Código de Processo Civil, o seguinte:

Este dispositivo consagra o princípio da livre convicção e contém algumas prescrições que são necessárias para lhe fixar o alcance, ao dizer que o juiz atenderá aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos. Com isso, deixa claro que a liberdade concedida ao juiz não é absoluta, no sentido de que ele possa decidir com base em provas não constantes dos autos ou fundar sua convicção em informações que tenha recebido em caráter particular. O juiz é livre para se convencer acerca dos fatos, mas os elementos para essa convicção são apenas os existentes nos autos. Tem aplicação correta o brocardo *quod non est in actis non est in mundo*; os autos são o mundo do juiz na apreciação dos fatos, salvo, é claro, alguma exceção, como os fatos notórios que independem de prova. (...) A liberdade concedida ao juiz na apreciação das provas não significa arbítrio. Para evitar que este surja, a parte final do artigo impõe ao juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Eles não constituem os fundamentos de fato a que se refere o art. 458, item II, mas sim a explicação de como o juiz se convenceu da existência ou inexistência dos fatos que se baseia a sentença.¹⁴

juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não – uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, permanecerá sujeito aos princípios da razoabilidade, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado. Para isso, é indispensável que os magistrados cumpram o dever constitucional de fundamentar adequadamente seus atos jurisdicionais explicitando os motivos reais que os levaram a decidir da maneira como lhe pareceu mais justa e conforme com o direito”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. v. 1 (jul./ago. 2004) - Porto Alegre : Magister, 2004. p. 97.

¹³ Ao analisar este dispositivo, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA sustenta que “seria natural conceder ao julgador a faculdade de valer-se de todos os meios de prova que se mostrassem idôneos a formar seu convencimento”. Entretanto, o Professor Gaúcho um pouco mais a frente ensina que são inúmeras as situações em que há limitação à investigação dos fatos. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6ª ed. rev. e atual. Com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002 – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 351.

¹⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1, t. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1975. p. 535.

Para ANTÔNIO DALL'AGNOL JÚNIOR, o artigo 131 do Código de Processo Civil “evidencia a adoção, pelo sistema positivo pátrio, do princípio da persuasão racional em tema de avaliação da prova pelo juiz, com o que, posto reconhecendo liberdade ao julgador, como os ordenamentos jurídicos modernos em geral, impõe-lhe limites no concernente ao material a ser examinado e a necessidade de expressão das razões de seu conhecimento”.¹⁵

2.1.1 Sistemas de avaliação das provas

A doutrina, ao tratar dos diversos sistemas de valoração da prova, costuma dividi-lo em três sistemas, qual sejam, i) sistema da prova legal; ii) sistema do livre convencimento e iii) sistema da persuasão racional.

A abordagem destes diferentes sistemas mostra-se interessante, pois revelam, segundo OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “a maior ou menor confiança que a sociedade

¹⁵ DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 136. Neste mesmo sentido se manifesta PONTES DE MIRANDA, o qual escreve, com a maestria que lhe é peculiar, que “para se obviar aos inconvenientes da livre apreciação pelo juiz (coeficiente pessoal desde seu quadro psicobiológico até a dosagem da sua mentalidade política; não poderem as partes prever com exatidão o resultado que hão de obter às suas provas, e outros mais), a lei exige: a) que o juiz fundamente o despacho, ao ordenar diligências que reputa necessárias à instrução do processo, e aquele em que indefere diligências que tem por inúteis ou manifestamente protelatórias (art. 130); b) que dê as razões do seu conhecimento, analisando as provas em que se baseou e porque lhes atribuiu o valor com que foram levadas em conta (arts. 131 e 458, II e III); c) se bem que o art. 131 lhe confira atribuir valor probatório a provas que não foram alegadas pela parte, tais provas tem de ser constantes dos autos, de modo que o juiz julgue de acordo com a ‘prova dos autos’, não se afastando, pois, dos princípios à nota 1)”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. II. Rio de Janeiro : Forense, 1974. p. 383-384. Na referida nota 1, PONTES DE MIRANDA se refere aos seguintes princípios: i) princípio da suscitação e do impulso processual pelas partes; ii) princípio da imediatidade da atuação do juiz; iii) princípio da concentração material e temporal do processo; iv) princípio da determinação do campo de prova; v) princípio do ônus da prova; e vi) princípio da apreciação livre da prova.

tenha em seus juizes, assim como a credibilidade da instituição do Poder Judiciário, no preparo cultural de seus magistrados e no maior ou menor rigor de sua formação profissional”.¹⁶

O sistema da prova legal foi o que por primeiro esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, em especial nos Códigos Estaduais, por influência do direito germânico e do processo comum europeu, aos quais se filiaram, além das ordenações de Portugal, os já citados Códigos Estaduais.¹⁷

Este sistema de valoração da prova vigorava também no direito canônico. É usado, em geral, nos regimes de pouca liberdade. PONTES DE MIRANDA, após explanar que neste sistema “a lei fixava regra sobre quais as provas admissíveis, sobre o valor probante de cada meio probatório, sobre a quantidade mesma de força probatória”, levantou os pontos positivos e negativos deste sistema, sintetizando-os na seguinte passagem:¹⁸

A vantagem, que se encarecia, era a de saber a parte, ao ter de litigar, com que provas contava e como calcular o valor delas em relação ao adversário. Por outro lado, o juiz, feito arrolador de valores de prova, lavava as mãos como Pilatos. Cavava-se assim, muitas vezes, a separação entre a convicção do juiz e o que decidia. Ainda mais: a vida, em sua exuberância e transformação, criava dificuldades insuperáveis, como a arrebentar esses grilhões medievalescos.

Nas palavra de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, neste sistema “cada prova tem um valor inalterável e constante, precisamente estabelecido pela lei, não sendo lícito ao

¹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6ª ed. rev. e atual. Com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002 – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 350.

¹⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 534.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 379-380.

juiz valorar cada prova segundo critérios pessoais e subjetivos de convencimento, de modo diverso daquele que tenha sido determinado pela lei”.¹⁹

Por óbvio, este sistema não poderia continuar vigorando plenamente²⁰ no direito moderno, pois “faz do juiz um mero averiguador, retirando-lhe, por completo, o poder de avaliação, pois esta é prévia e abstratamente estabelecida pela lei”.²¹ Ou ainda, como o considera OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “torna-se um órgão passivo, cuja única função em matéria probatória resume-se em constatar a ocorrência da prova e reconhecê-la como produzida, sem que lhe seja possível avaliá-la segundo critérios racionais capazes de formarem seu próprio convencimento”.²² Em síntese, este sistema engessava a atividade intelectual do juiz.

O sistema do livre convencimento, por sua vez, é o oposto do sistema anterior. Neste sistema o juiz é livre para formar sua convicção acerca dos fatos da demanda, baseando-se não apenas nos depoimentos e testemunhos, mas também nas suas impressões pessoais, como por exemplo, as extraídas do comportamento das partes.²³

¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento...* p. 346. Traz, ainda, OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, na mesma página, um exemplo absurdo que demonstra como funcionava este sistema à época de sua ampla utilização: “O depoimento de um servo jamais poderia ter o mesmo valor do testemunho de um nobre, mas o depoimento de dez servos equivalia ao de um nobre ou senhor feudal, embora intimamente o juiz tivesse sobradas razões para crer que o nobre mentira e o servo dissesse a verdade”.

²⁰ Colocou-se aqui que este sistema não pode mais continuar vigorando plenamente por ainda mostrar o moderno Código de Processo Civil de 1973, resquícios de sua aplicação, como por exemplo, as restrições quanto a depoimentos de algumas pessoa consideradas suspeitas ou impedidas.

²¹ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 137.

²² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento...* p. 347.

²³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento...* p. 347.

Nos ensinamentos de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “segundo este princípio, não deverá haver qualquer limitação quanto aos meios de prova de que o juiz se possa valer, nem restrições quanto à origem ou qualidade de certas provas”.²⁴

Resta mais que evidente que este sistema abre margem para o arbítrio, vez que não se limita o poder do juiz, podendo ele até mesmo valer-se de seu conhecimento privado, dispensando-o da imposição constitucional da motivação.²⁵ Demais disso, tanto PONTES DE MIRANDA, quanto CELSO AGRÍCOLA BARBI, apontam sérios inconvenientes da utilização do sistema da livre apreciação da prova, que se denominará aqui de “pura”. PONTES DE MIRANDA ensina que “o inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube”.²⁶ CELSO AGRÍCOLA BARBI, por sua vez, dispõe que neste sistema o juiz “aprecia livremente as provas, sem qualquer limitação legal, e lhes dá o valor que entender adequado, podendo, assim, considerar o depoimento de uma testemunha, como capaz de suplantar o valor de uma escritura pública, ou admiti-lo como bastante para provar determinada obrigação, independente do valor econômico desta”.²⁷ Entende-se que este sistema exagera na liberdade conferida ao magistrado.

Por serem ambos os sistemas anteriores eivados de problemas que se pode entender de gravidade considerável, os modernos ordenamentos jurídicos adotam o sistema da persuasão racional, que em poucas palavras, é aquele que reconhece liberdade

²⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento...* p. 348.

²⁵ Neste sentido são as decisões dos jurados no Tribunal do Juri. DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 137.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 380.

²⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 534.

ao juiz, estabelecendo, contudo, limitação no que concerne ao material a ser examinado e, ainda, impondo-lhe o dever de motivação.²⁸

No sistema da persuasão racional, o juiz é livre para apreciar a prova, sendo-lhe imposto o uso das regras lógicas e das máximas da experiência comuns, sempre fundamentando seus posicionamentos. Mas, neste sistema a análise do juiz é limitada tão somente às provas produzidas nos autos, quer as trazidas pelas partes, quer as determinadas *ex officio*. Este sistema, nas palavras de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, é o que está em conformidade com a cultura ocidental moderna, que exige “magistrados altamente capazes e moralmente qualificados”.²⁹

2.2 A busca da verdade

A busca da verdade sempre foi um dos mais, senão o mais, importantes princípios do processo civil.

Entretanto, o que se pode entender por verdade? Vislumbra-se que a verdade tratada juridicamente difere da idéia que povoa o senso comum. De fato, ao analisar-se o conceito de verdade comumente empregado no cotidiano, percebe-se que ela é associada a algo que seja conforme o real, exato, franco e sincero.³⁰

Nos dizeres de MITTERMAIER³¹ “la verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento.” Prossegue sustentando que “la verdad histórica, objeto de nuestro estudios, es aquella que procuramos obtener siempre que

²⁸ DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 136.

²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento...* p. 350.

³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Editora Nova Fronteira, 1986. p. 1765.

³¹ MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en matéria criminal*. Madrid: Editorial Réus, 1929. p. 54-55.

queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y en el espacio”.

É evidente que o objetivo do processo sempre foi a descoberta da verdade ³². A través do processo o juiz “descobre” como se passaram os fatos e aplica ao caso concreto a norma abstratamente prescrita.

De tal importância é o tema da busca da verdade – como reconstrução dos fatos pretéritos – no processo (de conhecimento), que a maioria de seus procedimentos volta-se para esse fim. Com efeito, importantes são as considerações trazidas por LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART. Observam estes professores da Universidade Federal do Paraná que, apesar da relevância do tema da prova e, conseqüentemente, dos fatos, há um certo desprezo à matéria. Citando WILLIAN TWINING³³, remontam a um debate, no qual certo político dizia que

Certa vez foi sugerido que 90 por cento dos advogados gastam 90 por cento de seu tempo lidando com fatos e que isso deveria ser refletido em seus treinamentos. Se 81 por cento do tempo dos advogados é gasto em uma coisa, daí decorre que 81 por cento da educação jurídica deveria ser devotada a isso. Existe alguns cursos isolados sobre a descoberta dos fatos (*fact-finding*) e congêneres, mas nenhum instituto tem tido um programa completo em que a principal ênfase seja em fatos. Eu proponho que nós centremos nosso currículo neste princípio e que nós chamemos nosso grau um bacharel de fatos.

Interpretando o que escreveram MICHELI e TARUFFO – que no processo “a verdade não é um fim por si mesma, mas é necessário buscá-la enquanto condição para

³² MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª ed. São Paulo : Editora Revista do Tribunais, 2005. p. 296.

³³ TWINING, Willian. *Rethinking evidence-exploratory essays*. Evaston : Northwestern University Press, 1994. p. 12., *apud*, MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento...*, p. 297.

que haja uma justiça ‘mais justa’” -, SÉRGIO CRUZ ARENHART³⁴ diz que a busca da verdade é condição para um aprimoramento qualitativo da justiça ofertada pelo Estado.

Tão importante é a idéia de busca da verdade material no processo civil que diversos de seus institutos, como já afirmado acima, estão a ela ligados. Citamos como exemplo principal a prova. Para LENT, sua função é convencer o juiz da verdade ou falsidade de uma afirmação.³⁵

Nos dizeres de SÉRGIO CRUZ ARENHART, “a prova em direito processual, então, assume a condição de um meio retórico, regulado pela lei, e 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 processo”.³⁶

Além disso, a busca da verdade substancial ou material, além da participação das partes e da produção da prova, legitima as decisões judiciais³⁷. Sem dúvida seria difícil convencer os consumidores da atividade jurisdicional que ela é legítima se, mesmo a norma o sendo, o fato ao qual será aplicada não resta seguramente esclarecido.

³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. *Revista de direito processual civil*, n. 3, Curitiba : Gênese, 1996. p. 685.

³⁵ LENT, Friedrich, *Diritto processuale civile tedesco*. Napoli : Morano, 1962. p.197, *apud*, ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial....*, p.686. Ver também COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti. No prelo, citado pelo próprio autor em seu ‘Introdução aos princípios gerais no processo penal brasileiro’. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 30. Curitiba, 1998. p.189. Para o professor da Universidade Federal do Paraná “A prova é um meio que conceitua a convicção do juiz sobre o caso concreto ou, também e no mesmo sentido, conjunto de elementos que formam a convicção do juiz em que pese saber em todos, não ser só ela a verdadeira formadora do juízo”. Em outro de seus escritos, SÉRGIO CRUZ ARENHART diz que “a idéia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade”. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 235.

³⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Buenos Aires. año 5. v.7, 2005. p. 105

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz, *A verdade substancial....*, p. 686.

O mesmo SÉRGIO CRUZ ARENHART, em recente artigo publicado na Argentina, expõe de maneira bastante clara os meios legitimadores da decisão judicial.³⁸

A decisão judicial é legitimada pelo procedimento que a precede. São a forma e as garantias que permeiam o procedimento que permitem que a decisão daí emanada seja legítima e represente, *ipso facto*, a manifestação de um Estado de Direito. E esta legitimação se dá na proporção direta do grau de participação que se autoriza aos sujeitos envolvidos no conflito para a formação do convencimento judicial.

Esta questão – da elucidação dos fatos - apresenta-se em maior intensidade frente ao processo penal, no qual o juiz absolverá o réu, como dispõe o artigo 386, VI do Código de Processo Penal, quando reconhecer a insuficiência de provas para condená-lo.

No processo civil, por sua vez, também se encontram disposições neste sentido. Quando o juiz perceber que aquele ao qual incumbia o ônus da prova dos fatos alegados não cumpriu satisfatoriamente sua missão, poderá abster-se de julgar o mérito da causa. Verifique-se, v.g., a Lei da Ação Civil Pública (7.347/1985)³⁹, a Lei da Ação Popular (4.717/1965)⁴⁰ e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990)⁴¹.

³⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. p. 105.

³⁹ “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

⁴⁰ “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova”; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ressalta o principal motivo pelo qual foi criado este diploma. Para o autor se não houvesse qualquer restrição abrir-se-ia portas a manobras como a “propositura de ação popular mal fundamentada e mal instruída, por cidadão em conluio com os responsáveis pelo ato, como objetivo de pô-lo, mediante a rejeição do pedido, a salvo de futuros ataques”. O manto da coisa julgada seria desvirtuado para um fim nem um pouco nobre. Continua o brilhante processualista dizendo que tal problema se resolve com a adoção de uma “disciplina especial, que estabeleça distinção entre hipóteses de procedência e de improcedência”. Assim, se a sentença julgar procedente o pedido, ao transitar em julgado, valerá para toda a coletividade. No caso de improcedência, por sua vez, produzirá efeitos *inter partes*, não obstante os demais co-legitimados a propor novas (iguais) ações. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’*. *Temas de direito processual 1ª série*. 2ª ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1998. p. 122.

Nesses diplomas estabelece-se a modalidade de coisa julgada chamada de coisa julgada *secundum eventum litis* que, no caso de ser a ação julgada improcedente por insuficiência de provas, obsta a incidência do manto da coisa julgada, podendo a demanda ser proposta novamente, desde que instruída por novas provas.⁴²

2.3 Verdade material e verdade formal.

Costumava-se distinguir as “verdades” que o processo civil e penal buscavam. Era corrente a tese de que ao processo penal interessava a verdade material, enquanto o processo civil contentava-se com a verdade formal.

GIAN ANTONIO MICHELI e MICHELE TARUFFO analisando relatórios de diferentes países sobre seus sistemas probatórios confirmaram o acima dito ao mencionarem que “em geral, sublinha-se o fato de o processo civil dever tender ao estabelecimento da verdade substancial ou objetiva”.⁴³

Segundo SÉRGIO CRUZ ARENHART, o conceito de verdade formal assemelha-se com o de “ficção de verdade”. Ao juiz cabe, terminada a fase instrutória do processo, remontar historicamente os fatos e considerar tal resultado como “verdadeiro”, mesmo que não lho pareça.⁴⁴

Tal tese – de que o processo civil e penal buscam verdades diferentes -, considerada absurda por SÉRGIO CRUZ ARENHART, ainda vigora dentre renomados doutrinadores nacionais. Com efeito, assim se manifestam ANTÔNIO CARLOS DE

⁴¹ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81...”.

⁴² ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial...* p.687.

⁴³ MICHELI, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. A prova. *Revista de Processo*. n. 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p.156.

⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial...*, p.687.

ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴⁵:

Enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a *verdade formal* (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da *verdade real* (ou verdade material), como fundamento da sentença (...) no campo do processo civil, embora o juiz não mais se limite a assistir a iniciativa destas (CPC; arts. 130, 342 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a vontade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. No processo penal, porém, o fenômeno é inverso: *só excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal*, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (CPP, art. 386, inc. VI). Assim, p. ex.: absolvido o réu, não poderão ser descobertas provas concludentes contra ele. É uma concessão à verdade formal, ditada por motivos políticos.

De fato, este pensamento faz com que se valorize mais o método pelo qual a comprovação do fato era obtida, deixando-se de lado a essência da prova. Em síntese, nas palavras trazidas por SÉRGIO CRUZ ARENHART, “passou a interessar mais a forma pela qual a verdade era obtida do que se este produto final efetivamente representava a verdade”.⁴⁶

Felizmente a diferenciação entre verdade material e verdade formal vem sendo rechaçada pela doutrina. Conforme expõe ALESSANDRO NICOLAU, apoiando-se em

⁴⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 65. Além de estar presente na doutrina brasileira, a idéia de que o processo penal somente pode se contentar com a verdade chamada de real é também invocada pela jurisprudência nacional. De fato, assim está ementado o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 4561/SP do Superior Tribunal de Justiça: “RMS – Administrativo – Funcionário Público – Demissão – Jurisdições Penal e Administrativa – As jurisdições intercomunicam-se, *prevalece a jurisdição penal; esta projeta sempre a verdade real*. Não se admitem presunções como na jurisdição civil. Negado o fato, ou a autoria, repercute de modo absoluto em todas as áreas jurídicas. Absolvição por outro fundamento não afeta o resíduo administrativo. Pode, pois ocorrer a demissão do funcionário público”. (RMS 4561/SP – STJ – 6ª Turma – Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJ 23.09.1996).

⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial...*, p. 687.

FRANCESCO CARNELUTTI, a verdade material é inatingível.⁴⁷, além de ser uma só, não se confunde com a verdade formal. A verdade é o todo e deste somente se apreende uma parte.

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO ao comentar FRANCESCO CARNELUTTI relata que “busca-se a verdade material e obtém-se como resultado a verdade formal”.⁴⁸ Contudo, tal diferenciação – entre verdade formal e material – foi substituída pela diferenciação entre verdade e verossimilhança.

2.4 Verdade e Verossimilhança

Como dito acima, a verdade é escopo do processo, mas nunca seu produto final. O juiz, por não ser divino, não consegue descobrir a verdade através de reconstrução dos fatos. SÉRGIO CRUZ ARENHART anda bem ao dizer que “a figura mítica do juiz, como alguém capaz de descobrir a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada”.⁴⁹ Demais disso, por melhor que seja a prova, por mais fiel que possa parecer ao juiz, não o levará ao descobrimento da verdade. Segundo SÉRGIO CRUZ ARENHART as provas apenas mostrarão indícios de como o fato

⁴⁷ NICOLAU, Alessandro Ferreira. As presunções judiciais e as regras de experiência. *Revista de direito processual civil*, n. 28. Curitiba : Gênese, 2003. p. 418. Nesta mesma senda caminham LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART ao afirmarem que a verdade é algo meramente utópico e ideal. Sustentam que seja no processo, seja em outro campo científico, não se poderá, sob nenhuma circunstância, afirmar que o produto encontrado corresponde realmente à verdade. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento...* p. 300-301.

⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao “verdade, dívida e certeza”, de Francesco Carnelutti*. No prelo, citado pelo próprio autor em seu ‘introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro’. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 30. Curitiba, 1998. p. 190.

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial...*, p. 686.

ocorreu.⁵⁰ Assim pode o juiz ter uma elevada probabilidade de como *sono andate le cose*, mas nunca uma certeza absoluta.

Essa dificuldade eleva-se no processo, pois o juiz está, geralmente, frente a um litígio. Evidente que as provas carregadas aos autos pelos litigantes são eivadas de parcialidade, vez que ambas as partes acreditam estar com a razão.

E quem melhor descreve esta situação é PIERO CALAMANDREI, na qual o autor expõe suas experiências de vida como advogado:⁵¹

A querela entre os advogados e a verdade é tão antiga quanto a que existe entre o diabo e a água benta. E, entre as faceias costumeiras que circulam sobre a mentira profissional dos advogados, ouve-se fazer seriamente esta espécie de raciocínio: em todo o processo há dois advogados, um que diz branco e outro que diz preto. Verdadeiros, os dois não podem ser, já que sustentam teses contrárias; logo, um deles sustenta a mentira. Isso autorizaria considerar que cinquenta por cento dos advogados são uns mentirosos; mas, como o mesmo advogado que tem razão numa causa não tem em outra, isso quer dizer que não há um que não esteja disposto a sustentar no momento oportuno causas infundadas, ou seja, ora um ora outro, todos são mentirosos. Esse raciocínio ignora que a verdade tem três dimensões e que ela poderá mostrar-se diferente a quem a observar de diferentes ângulos visuais. No processo, os dois advogados, embora sustentado teses opostas, podem estar, e quase sempre estão, de boa fé, pois cada um representa a verdade como a vê, colocando-se no lugar do seu cliente. Numa galeria de Londres há um famoso quadro do pintor Champaigne, em que o cardeal Richelieu é retratado em três poses diferentes: no centro da tela é visto de frente, nos dois lados é retratado de perfil, olhando para a figura central. O modelo é um só, mas na tela parecem conversar três pessoas diferentes, a tal ponto é diferente a expressão cortante das duas meias faces laterais e, mais ainda, o caráter tranqüilo que resulta, no retrato do centro, da síntese dos dois perfis. Assim é no processo. Os advogados indagam a verdade de perfil, cada um aguçando o olhar por seu lado; somente o juiz, que está sentado no centro, a encara, sereno, de frente (...) ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagem absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?

⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial...*, p. 689.

⁵¹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p.121-122 e 125.

Por isso deve o magistrado optar por uma das versões que lhe foram apresentadas, o que demonstra a fragilidade do procedimento da descoberta da “verdade”.⁵² Segundo PIERO CALAMANDREI, quando se diz que um fato é verdadeiro o que se está querendo dizer é que a consciência de quem emitiu o juízo atingiu o grau máximo de verossimilhança, respeitados os meios disponíveis e limitados de cognição de que dispõe o sujeito, dando-lhe certeza **subjetiva** de que tal fato ocorreu.⁵³ Assim, tem-se que a decisão judicial não reflete a verdade. O que ocorre é a imposição de certos fatos – pressupostos da decisão – como verdadeiros.

SÉRGIO CRUZ ARENHART bem lembra os ensinamentos de SERGIO COTTA quando este diz que há três razões para que a verdade encontrada pelo processo não reflita a verdade material: i) a alienação da consciência do juiz à verdade temporalmente sintética do evento; ii) a solidão do juiz no estabelecimento definitivo da verdade; iii) a impotência do juiz em restabelecer a continuidade das pessoas.⁵⁴ De fato o juiz não presenciou os fatos e a análise destes é duplamente subjetivada (distorcida), primeiro

⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial...*, p. 689.

⁵³ CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *Rivista de diritto processuale*. Padova: Cedam, 1995. p. 165., *apud*, ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial...*, p. 689. Assim também entende OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. Para ele “a verossimilhança domina literalmente a ação judicial. É com base nela que o juiz profere a decisão de recebimento da petição inicial, dando curso à ação civil, assim como, igualmente baseado em critérios de simples verossimilhança, emite todas as decisões interlocutórias e, eventualmente – nos casos em que o nosso direito permite -, profere sentenças liminares, provendo provisoriamente sobre o *meritum causae*, como nos interditos possessórios, no mandado de segurança e, agora, nas antecipações de tutela dos arts. 273 e 461, os quais tornaram genérica a tutela de tipo interdital que, como se sabe, era outorgada pelo *praetor* romano com base em *summaria cognitio*, tal como hoje nossos magistrados outorgam as tutelas antecipadas. Mas nem só os provimentos judiciais anteriores à sentença são emitidos com base em verossimilhança, também o é a sentença de mérito”. (SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Verdade e significado...* p. 88.).

⁵⁴ COTTA, Sérgio. Quidquid latet apparebit: le problème de la vérité du jugement. *Archives de philosophie du droit*. Tome 39. Paris: Dalloz, 1995. pp. 219-228., *apud*, ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial...*, p. 689.

pelas testemunhas e posteriormente pelo juiz. Ainda assim é obrigado a entregar apenas uma “verdade”.

Por isso é que o princípio da verdade material é visto como um atraso, vez que busca a reconstrução precisa dos fatos, o que é impossível. Ora, por mais perfeita que seja a atuação do juiz, seu juízo não passará de um juízo de verossimilhança, mesmo a doutrina dominante insistindo em denominar o produto do processo de verdade.

Mas o que se pode entender por verossimilhança? Qual o real sentido da palavra quando aplicada ao processo, ou melhor, à Ciência do Direito?

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA sintetiza-a como “a verdade contextual e possível”.⁵⁵ A mais clara explicação acerca do que se entende por verossimilhança, acredita-se, seja aquela colacionada por SÉRGIO CRUZ ARENHART⁵⁶, apoiando-se nas lições de CALAMANDREI. Entende que verossimilhança tem uma forte ligação com as máximas da experiência, ou seja, tem-se algo por verossímil quando, presente um dado antecedente, acredita-se possivelmente verdadeiro aquele alegado conseqüente, tudo com base na experiência anteriormente adquirida por meio da observação. Exatamente por

⁵⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado... p. 86.

⁵⁶ Nas palavras do próprio SÉRGIO CRUZ ARENHART: “Para atingir o conceito de verossimilhança, Calamandrei vale-se da idéia de máxima da experiência. Partindo desse conceito, desenha o autor a noção de que ‘verossimilhança’ é uma idéia que se atinge a partir daquilo que normalmente acontece. É esta ilação lógica do usual que permite ao sujeito reconhecer como verossímil algo que, segundo critérios adotados pelo homem médio, prestar-se-iam para adquirir a certeza quanto a certo fato. Assim, ‘para julgar se um fato é verossímil ou inverossímil, recorramos, sem necessidade de uma direta pesquisa histórica sobre sua concreta verdade, a um critério de ordem geral já adquirido previamente mediante a observação do *quod plerumque accidit*: já que a experiência nos ensina que fatos daquela específica categoria ocorrem normalmente em circunstâncias similares àquelas que se encontram no caso concreto, decorre desta experiência que também o fato em questão se apresenta com a aparência de ser verdadeiro; e vice-versa conclui-se que algo é inverossímil, quando, mesmo podendo ser verdadeiro, parece porém em contraste com o critério sugerido pela normalidade’. Como sói ser evidente – e como também lembrado pelo processualista florentino – esta verossimilhança dependerá de critérios nitidamente *subjetivos* e *variáveis*, de acordo com o sujeito cognoscente. Assim o demonstra o fato de que, a cada dia, fatos que até então eram tidos como inverídicos, passam a assumir – em função da evolução das ciências – ares de possíveis ou mesmo verossimilhantes”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*...p. 89-90.

estar intimamente ligada com a experiência anteriormente adquirida, a idéia de se algo é verossímil ou não é revestida de um grau de subjetividade bastante elevado. É evidente de que algo pode ser verossimilhante para determinada pessoa e não o ser para outra.

2.5 A “construção” da verdade, no processo, pelas partes.

O dogma da verdade substancial deveria ter sido a muito retirado da teoria jurídica. Recorde-se de que as demais ciências já se aperceberam de que não há verdade. Segundo JÜRGEN HABERMAS, a verdade sobre um fato não se descobre, mas sim se constrói dialeticamente, através da argumentação das partes.

Desse modo o processo passa a ser o espaço utilizado pelas partes para a “construção” da verdade.⁵⁷ Deve-se abandonar a idéia de que o processo descobre exatamente como os fatos se passaram e, conseqüentemente, qual é a verdade.

É necessário, portanto, se ter em mente que o processo não é meio apto à descoberta da verdade. Uma nova postura vigora e o processo deve acompanhá-la. Nesta mesma senda caminham LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART:⁵⁸

Não há mais como supor que a decisão jurisdicional encontre fundamento na verdade, pois é óbvio que não existe uma verdade, mas tantas versões de verdade quantas forem necessárias. Cada parte tem a sua, e o juiz, para proferir a decisão, elabora a própria – que pode ser a versão inteira ou parcial de uma das partes. A convicção do juiz se faz a partir da argumentação e das provas trazidas ao processo, inclusive as determinadas de ofício, o que gera uma verdade construída no processo. O que legitima a decisão jurisdicional é a devida participação das partes e do juiz, ou melhor, as próprias regras que criam as balizas para a construção da verdade processual.

⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial...* p. 691.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 457.

SÉRGIO CRUZ ARENHART encerra um de seus trabalhos com uma bela reflexão que será aqui adotada na íntegra como conclusão deste capítulo:

O mito da verdade já cumpriu seu papel no estudo do direito processual civil, enfatizando o problema da prova. É hora dele sair de cena, deixando espaço para outros temas, que merecem, agora, melhor atenção pela doutrina. Somente assim será possível dar novo fôlego ao direito, na condução da sociedade. Afinal de contas, como já dissera o poeta francês PAUL VALÉRY, ‘o que tem arruinado os conservadores é a má escolha das coisas a serem conservadas.’⁵⁹

3. A PARTICIPAÇÃO DO JUIZ E SUA CONVICÇÃO FRENTE À ANÁLISE DAS PROVAS

3.1 A tese sueca sobre o convencimento judicial.

A doutrina sueca e a doutrina alemã trouxeram à processualística civil interessantes formas de atuação do juiz frente às provas produzidas pelas partes, principalmente no tocante ao ônus da prova incumbido a cada uma delas. No processo civil brasileiro é utilizada a regra da distribuição do ônus da prova, conforme disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, incumbindo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART ensinam que na Suécia foi diminuída a importância da regra do ônus da prova, bastando ao juiz uma convicção de verossimilhança. Nesse sistema, a liberdade atribuída ao magistrado era assustadoramente vasta.⁶⁰

⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial...*, p. 691.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. *Manual...*p. 452 e ss.

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. Ou seja, a falta de previsão legal não retiraria do juiz a possibilidade de julgar com base em verossimilhança, quando então o julgamento deveria considerar as conseqüências que derivariam da exigência de um grau de verossimilhança muito alto e, portanto, de um julgamento fundado na regra do ônus da prova.

Assim, na Suécia o juiz estabelecia o grau de prova suficiente e posteriormente atribuía um grau às provas produzidas. Se as provas produzidas não atingissem aquele grau preestabelecido pelo juiz, este lançaria mão da utilização da regra do ônus da prova.⁶¹

Interessante, ainda, ressaltar a conclusão a que chegou SALVATORE PATTI ao analisar a doutrina Sueca sobre o convencimento judicial partindo das premissas acima expostas.⁶²

a) il giudice deve stabilire quale sia il grado di prova sufficiente per decidere (c.d. punto dell'onere della prova): soltanto se questo grado non viene raggiunto occorre decidere in base alla regola sull'onere della prova; b) il giudice deve quindi attribuire un certo grado alle prove fornite dalle parti: il valore delle prove non è predeterminato dal legislatore. Così, ad esempio, se per un determinato rapporto della vita di relazione la legge richiede un grado di verossimiglianza del 75%, la prova non può considerarsi raggiunta se il giudice accerta, ad. es., un grado del 70%. Viceversa, la prova deve considerarsi raggiunta, e non se pone un problema di «convencimento», quando viene accertato un grado di verossimiglianza del 75% (o più).

Entretanto, como explicam LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, apoiados no próprio SALVATORE PATTI, a doutrina sueca ousou mais ainda. Não satisfeita com a possibilidade de julgamento baseado em verossimilhança nos casos especificados por lei ou quando o juiz, frente às peculiaridades do caso concreto assim decidisse, a doutrina sueca sustentou que o juiz poderia abandonar a regra do ônus

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual...* p. 452.

⁶² PATTI, Salvatore. *Prove. Disposizioni generali*. Bologna-Roma : Zanichelli e Il Foro Italiano, 1987. p. 162.

da prova quando existisse um mínimo de preponderância das provas de uma das partes, ou seja, um grau de 51%.⁶³

Se posição de uma das partes é mais verossímil que da outra, *ainda que minimamente*, isso seria suficiente para lhe dar razão. Nessa lógica, ainda que a prova do autor demonstrasse com um grau de 51% a verossimilhança da alegação, isso tornaria a sua posição mais próxima da verdade, o que permitiria – segundo a doutrina escandinava – *um julgamento mais racional e melhor motivado que aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada*.

Concluem os dois professores paranaenses que nesses casos – do *Överviktsprincip* na Suécia e do *Überwiegensprinzip* na Alemanha – a idéia da distribuição do ônus da prova acaba assumindo a feição de uma régua que indicaria a parte que deveria ter êxito. Assim, este ônus não pesaria sobre nenhuma das partes. Aquela que conseguisse fazer com que a régua pendesse em seu favor, ainda que minimamente, seria a ganhadora da causa.⁶⁴

3.2 GERHARD WALTER e a técnica da redução do módulo da prova

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual...* p.453. SALVATORE PATTI ensina que “Lê più recenti dottrine svedesi giungono ad un punto estremo che, sabbene abbia trovato un certo accoglimento, e non soltanto nei paesi scandinavi, appare comunque per molti versi criticabile. Si afferma infatti che nei casi in cui la legge non prevede espressamente un certo grado di verosimiglianza, né sussistono ragione specifiche perché il giudice lo ricostruisca, occorre comunque evitare il ricorso alla regola sull’onere della prova, che meno di ogni altra potrebbe garantire un risultato giusto. Spingendo alle estreme conseguenze la teoria sul grado di verosimiglianza, si sostiene pertanto he, in mancanza di meglio, il giudice deve limitarsi ad accertare una sia per leggera prevalenza di verosimiglianza delle prove: così sarebbe sufficiente per considerare provato un fatto il 51%. Anche un solo grado di verosimiglianza in più del 50% rende più vicino alla verità il fatto *probandum* di una parte piuttosto che quello dell’altra e di conseguenza – secondo la dottrina scandinava – sarebbe consentita al giudice una decisione razionalmente meglio motivata di quella presa in base alla regola sull’onere della prova. In tal senso si parla di *Överviktsprincip* e nella dottrina tedesca di *Überwiegensprinzip*; noi potremmo dire principio della prevalenza”. PATTI, Salvatore. *Prove. Disposizioni generali...* p. 164.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual...* p. 453.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, baseados nos ensinamentos de GERHARD WALTER, defendem a utilização da chamada “redução do módulo da prova”, que se dá em situações nas quais se exigir o “grau unitário de cognição” importa em negação a direitos.⁶⁵ Assim, em situações como a da necessidade da concessão da tutela de urgência, o julgador deve aceitar a “prova possível” da alegação, dispensando a certeza e julgando com base em verossimilhança.⁶⁶

Como bem explicam os professores da Universidade Federal do Paraná, GERHARD WALTER levanta a questão sobre o fato de ser possível a variação do “módulo da prova” diante das diversas situações de direito material. E conclui que ao se determinar o “módulo da prova” não se pode afastar da matéria subjacente, “sob pena de os fins do próprio direito serem desvirtuados, ou ainda, de se entrar e choque com outros

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual...* p. 352.

⁶⁶ Os Tribunais brasileiros adotam este entendimento. O Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, ao julgar ação na qual a Autora pretendia que uma empresa provedora de acessos à rede mundial de computadores possibilitasse a identificação do autor de ofensas contra ela dirigidas, utilizou-se da chamada verossimilhança preponderante. A empresa provedora de acessos afirmou que por haver milhares de acessos diários, não possui mais tal informação. Diante dessa situação, o magistrado entendeu que cabia à Autora (Apelante) o ônus de provar que a declaração da empresa de que tais registros não existem mais é falsa. Como parece óbvio a Autora não tem como produzir tal prova, o que levou o magistrado a julgar improcedente sua demanda. Neste caso o magistrado deixou de lado a certeza e julgou com base em verossimilhança, entendendo mais verossimilhante a alegação da empresa fornecedora de acessos à Internet. “Prova – Exibição de documentos – Ação intentada contra provedor de Internet, visando à informação da autoria de mensagem eletrônica enviada – Provedor que, diante do lapso temporal, declara não possuir mais tal informação – Autor da pretensão que tem o ônus de provar que tal alegação é inverídica”. (TJPR – Ap. 107.704-3 – 4ª Câm. Cív. – j. 05.09.2001. – Rel. Des. José Wanderlei Resende). Outro interessante caso, este julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “Banco – Caderneta de poupança – Saques irregulares – Prova – Impossibilidade de produção pela autora – Obrigação da instituição depositária – Guias de retirada que não estão em poder da autora. Ação condenatória de ressarcimento de valores desaparecidos da conta poupança da autora. É ônus do banco depositário juntar aos autor documentos hábeis (guias de retirada) à prova de que as retiradas foram efetuadas ou não de forma regular. Impossibilidade da autora de fazer prova com documentos que não podem estar em sua posse. Banco – Depósito – Valores desaparecidos – Não comprovação de como foram retirados da conta – Responsabilidade da instituição pelos depósitos que lhe foram confiados. O banco é responsável pelos depósitos que lhe foram confiados, devendo ressarcir à cliente os valores desaparecidos, quando não comprova a que título foram retirados da conta”. (TRF4 – Ap. 2000.71.05.002168-4 – 3ª Turma – Relatora Juíza Federal Taís Schilling Ferraz).

importantes princípios do direito”.⁶⁷ Demais disso, ainda lembram que se deve levar em consideração – quando se trata do juízo de conveniência e necessidade da utilização da redução do módulo da prova - não somente os princípios jurídicos, mas também o propósito do legislador diante da matéria concreta.⁶⁸

Lo que hay que observar no son solamente los principios jurídicos más elevados (Estado de derecho; Estado social), sino también los propósitos que tuvo el legislador en materia concreta, sea que la ley los mencione expresamente como meta o que se puedan inferir de los materiales de la ley o del procedimiento administrativo creado para su realización. El módulo de la prueba del procedimiento destinado en cada caso a la realización tiene que responder a esos factores influyentes y, por lo tanto, ser variable.⁶⁹

Assim, GERHARD WALTER entende que há um determinado grupo de casos que, por serem extremamente difíceis de serem provados, admitiriam a dispensa do

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. t. 1. 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 129-130.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários...* p. 130.

⁶⁹ WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá : Editora Temis, 1985. p. 173-174. Ao tratar deste tópico, GERHARD WALTER cita alguns casos nos quais o juiz se depara com situações particularmente difíceis de serem provadas e, ao final, questiona se para estes casos seria razoável se exigir o módulo de prova “verdade” e não “verossimilhança”. “a) Un hombre que el la guerra fu herido por un disparo en la cabeza comienza a sufrir veinte años más tarde ataques epilépticos y muere finalmente a consecuencia de estos. ¿Fueron estos ataques epilépticos a su vez consecuencia de aquella herida? De ello depende el derecho a una pensión que reclama su viuda. Los informes médicos atestiguan que esa causalidad es muy verosímil, pero no pueden excluir otras causas. La demanda de la viuda es por tanto rechazada. b) Una persona que no sabe nadar se ahoga, sin proferir grito alguno, en un punto peligrosamente hondo (1,75 m a 2m) de la piscina de un natatorio. ¿Se ahogo por entrar en la zona honda o fue su muerte debida a una causa física interna, v. gr. un derrame cerebral o un desmayo? El juez tiene dudas y desestima la demanda. c) Un obrero había estado sometido en su lugar de trabajo a la acción del plomo. Muerte de cirrosis renal, enfermedad producida de ordinario por efecto de esa acción. El asegurador sostiene en su defensa que la enfermedad puede tener también otras causas. d) Un niño sufre una caída mortal en una cantera o vallada. De haber existido una valla ¿podría el niño haberla trepado y haberse accidentado igualmente de muerte? e) El reconocimiento de un derecho a una jubilación depende que el solicitante haya ocupado, hacia el final de la guerra, un puesto con privilegio de estabilidad. Ese hecho es hoy difícil de comprobar (por cuanto el demandante trabaja en la municipalidad de Breslau)”. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba...* p. 174.

método da convicção de verdade, utilizando, dessa forma, o método da convicção de verossimilhança.⁷⁰

É o mesmo GERHARD WALTER quem traz perfeitos exemplos nos quais deve ser aplicada a técnica da redução do módulo da prova, como o das lesões pré-natais, indenização a refugiados e vítimas do nazismo e, por fim, dos casos de pagamento de seguro.⁷¹

Si una mujer encinta sufre un accidente de tránsito en el sexto mes de embarazo y el nasciturus nace luego con una lesión cerebral que puede atribuirse a ese accidente pero también a una deformación producida en el vientre materno, habrá que responder a las dificultades de prueba derivadas de la naturaleza de la cosa (vienen a cuento posibles factores hereditarios, pero también otros trastornos ocurridos durante la gravidez, reduciendo los requisitos de prueba. (...)) El régimen especial de que gozan los requisitos de prueba en las lesiones prenatales frente a los supuestos de lesión 'normales', se justifica por lo limitado de nuestros conocimientos acerca de las causas y consecuencias de la lesión de un feto. Pero si se quiere aplicar en serio la conclusión de que un daño en la salud sufrido por una criatura entre su concepción y su nacimiento por efecto de un delito cometido en su madre, tiene que ser indemnizado con prescindencia de lo que digan todas las construcciones jurídicas, habrá que ayudar a que esa conclusión prospere, teniendo en cuenta las específicas dificultades de la prueba en la prenatalidad. También aquí el medio indicado es la reducción del módulo de prueba: La prueba por presunción simple fracasa también aquí. Supongamos que en un accidente automovilístico una mujer encinta se fracture una tibia y una costilla y que sufre, además, una severa conmoción cerebral. Más tarde da a luz una criatura que presenta daños en el cerebro. ¿Es esto consecuencia del accidente? Ello no es inverosímil, pero no responde a un hecho típico. Tampoco es aplicable el § 287 de la ZPO. Lo único que podría aplicarse sería invertir la carga de la prueba en perjuicio del damnificador, quién tendría que probar, entonces que el accidente no fue la causa del daño. Sin embargo, esa inversión tiene que considerarse una última ratio, porque de cualquier manera ella permite que en casos extremos sea suficiente una mera posibilidad para producir una prueba o fundar una pretensión. Si subsistiesen dudas de peso acerca de la causalidad del accidente, pero sin que esa causalidad pueda excluirse con certeza, el demandado quedaría no obstante obligado a resarcir, si se invirtiese la carga de la prueba. A la postre, se le exigiría al damnificador menos que la prueba de una verosimilitud preponderante. Pero las dificultades de prueba son tenidas debidamente en cuanto al módulo de prueba es reducido, en los supuestos relativos a criaturas por nacer, a la verosimilitud preponderante; (...) Para nosotros, sin embargo, la verosimilitud preponderante tiene que servir de pauta por el solo hecho de pertenecer ese grupo de casos al mencionado campo social. Si el legislador estima que hay que indemnizar a las víctimas de hechos delictivos que de otro modo saldrían con las manos

⁷⁰ WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba...* p. 174.

⁷¹ WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba...* p. 242 e ss.

vacías y esto puede entenderse también perfectamente como obligación derivada del principio del Estado social – esa indemnización no debe frustrarse por dificultades en probar los hechos. Cuando no haya certeza de que un daño en la salud fue causado por determinado acto de violencia (lo que en el orden práctico es relevante principalmente para ciertas secuelas de esos daños), pero sea preponderadamente verosímil que lo fue, esto deberá bastar como prueba del derecho a percibir la indemnización, si no si quiere que la disposición quede como letra muerta. Y aunque con el tiempo se tornen obsoletos los supuestos de indemnización a refugiados, víctimas de guerra y víctimas del nazismo, esa nueva ley servirá para mantener viva la problemática. La jurisprudencia de los tribunales administrativos, pero también de otros tribunales que se han ocupado en esta materia, han invocado facilidades establecidas en el procedimiento administrativo, tan atendibles como el fin mismo de la regulación, para justificar la disminución de los requisitos de prueba, esto confirma nuestra tesis según la cual los requisitos procesales tienen que estar en armonía con el derecho material. La ‘dificultad de producir la prueba’ no es justificación por sí sola. A ello tiene que añadirse la justificación de no desbaratar mediante el procedimiento consideraciones de derecho material; (...) Para que el seguro mantenga el sentido por el cual se lo contrató, no se le puede exigir al asegurado que produzca una prueba plena (lo que no es siempre fácil precisamente en casos de robo) y negarle el seguro si no se logra una convicción plena. La jurisprudencia sobre seguros confirma nuestra tesis de que hay que tener en cuenta el derecho material u otros aspectos relativos a la relación jurídica.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA reconhece o uso de uma estrutura muito parecida, para não se dizer igual, à redução do módulo da prova preconizado por GERHARD WALTER, no direito brasileiro. Apóia-se nos casos de investigação de paternidade anteriores ao surgimento do exame de DNA, que indica com 99% de certeza a paternidade natural.⁷²

⁷² SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 159. Quem também, com pena de ouro interpreta a questão da redução do módulo da prova, é a Professora paranaense LUCIANE GONÇALVES TESSLER, que escreve que “a teoria da redução do módulo da prova, proposta pelo processualista alemão Gerhard Walter, busca resolver o problema das ações que tem causa de pedir impossíveis – ou muito difíceis – de serem demonstradas. Walter chama a atenção para o fato de que diante da diversidade de casos concretos e dos problemas de complexidades diversas que se põe a resolver, não é possível conceber que o módulo de prova seja unitário, ou seja, que exista um regime de prova geral para todas as situações. Desta feita, defende a adequação da exigência do grau de prova à dificuldade de produzi-la e ao valor do bem jurídico a tutelá-la. O grau de demonstração do direito a ser exigido deve ser analisado diante de cada caso concreto. Com absoluta pertinência considera que, nas situações em que se apresenta uma grande dificuldade de produzir-se a prova, a exigência de que o fato seja demonstrado da mesma forma em que ocorreria numa situação de fácil comprovação implicaria negar-se o direito à tutela jurisdicional, visto que

Nossa experiência judiciária conhece inúmeros casos em que o convencimento judicial nunca poderá atingir um grau de certeza tão elevado como seria desejável, tendo que contentar-se com alguma forma equivalente ao que WALTER denomina “redução do módulo de prova”. A prova da paternidade natural, antes dos últimos progressos conseguidos na investigação dos códigos genéticos, não era capaz de alcançar um índice de comprovação pericial totalmente seguro e isento de dúvida.

Outro interessante exemplo do uso da técnica da redução do módulo da prova no direito brasileiro é trazido por LUCIANE TESSLER. A professora paranaense expõe o constante uso dessa técnica em ações relativas à proteção da higidez ambiental.⁷³

4. DEMAIS ELEMENTOS UTILIZADOS PELO JUIZ NA APRECIÇÃO DAS PROVAS

4.1 O juiz, a prova indiciária e as presunções

Chama-se de prova indiciária a prova destinada a demonstrar o fato indiciário (indício).⁷⁴ Lembre-se de que o fato indiciário é um mero fato que deve ser alegado pela

a prova seria impossível.” E conclui dizendo que “reduzir o módulo da prova não significa aniquilar a necessidade da prova ou proteger-se injustificadamente uma das partes. A redução do módulo da prova tem por fim adequar a exigência da prova às dificuldades práticas do caso concreto. É por isso que a redução é permitida tão somente dentro dos limites do estritamente necessário, a fim de não inviabilizar a tutela jurisdicional. Trata-se de medida excepcional, norteadas pelo princípio da proporcionalidade, e justificada em razão da impossibilidade da prova”. TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 312-313.

⁷³ “Como visto, o direito ambiental depara-se constantemente com o problema do risco e nem sempre é possível atingir a comprovação científica da lesividade da conduta. Em nome do direito fundamental ao equilíbrio ecológico e considerando a irreversibilidade dos danos ambientais a exigência da prova deve ser reduzida ao limite do possível. Deverá o juiz julgar com base no grau de verossimilhança compatível com a relevância do bem jurídico e com as dificuldades de demonstração da afirmação da ameaça de lesão”. TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais...*p. 327.

parte, assim como esta alegação, deve ser demonstrada. Estas também são as conclusões a que chegou FRANCESCO CARNELUTTI⁷⁵

Não se trata aqui de fatos representativos, nos quais, por sua própria natureza, a função probatória é essencial, senão de fatos autônomos, cuja função probatória é meramente acidental e surge pela eventualidade de uma relação sua, indefinível a priori, com o fato a provar. Por conseguinte, não cabe mais destacar o caráter essencialmente relativo dos indícios: um fato não é um indício em si, senão que se converte em tal quando uma regra de experiência o põe com o fato a provar em uma relação lógica, que permita deduzir a existência ou não existência deste.

A importância do indício⁷⁶ verifica-se naqueles casos em que o juiz não dispõe de elementos que apontem diretamente para o fato alegado⁷⁷.

A conclusão a que chega o juiz após raciocinar de forma presuntiva a partir de um fato indiciário chama-se presunção.⁷⁸

Se vedada fosse a utilização das presunções no processo, correr-se-ia o risco de grande número de casos resolverem-se pela “absolvição por insuficiência de provas”, ou melhor, inúmeros casos restariam nebulosos por um apego irracional à forma por parte do juiz.

⁷⁴ MARINONI, Luis Guilherme. A prova na ação inibitória. *Revista de Direito Processual civil*. n. 24. p. 317.

⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas : Bookseller, 2001. p. 227-228.

⁷⁶ O art. 239 do Código de Processo Penal traz a definição de indício: “Art. 239. considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias.”

⁷⁷ Os indícios são usualmente utilizados pelas Cortes de Justiça brasileiras. Como exemplo cita-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Direito Tributário. Débitos de ICMS. Sucessão dissimulada de empresas, suscetível de ser demonstrada *por meio de indícios e presunções*. Responsabilidade da sucessora. Art. 133 do Código Tributário Nacional. Caso em que o v. Acórdão impugnado evidenciou circunstâncias suficientes para autorizarem a presunção de que houve, efetivamente, a alegada transferência do estabelecimento comercial. Erro de valoração da prova, que redundou em negativa de vigência do dispositivo legal acima citado. Recurso Provido”. (REsp 3828/SP – STJ – 2ª Turma – Min. Ilmar Galvão – DJ 29.08.1990).

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. Cit. p. 317.

Lembre-se, todavia, que o artigo 230 do Novo Código Civil exclui a utilização de presunções judiciais nos casos em que a lei afasta a prova testemunhal.⁷⁹

Ensina ANDREA PROTO PISANI, que as presunções “consistem no raciocínio pelo juiz, uma vez adquirido o conhecimento de um fato secundário através de fontes materiais de prova, dirigido a deduzir desde a existência ou não do fato principal ignorado”.⁸⁰

As presunções dividem-se em presunções legais – absolutas (*iuris et de iure*) e relativas (*iuris tantum*) – e presunções judiciais, também conhecidas como presunções simples ou *praesumptiones hominis*.

Excelente diferenciação entre presunções legais e judiciais faz JOSÉ LUIS VÁSQUEZ SOLETO, professor catedrático de direito processual da Universidade de Barcelona.

la diferencia esencial es que en las presunciones legales es el legislador el que, en aplicación de la experiencia de la vida en cada momento histórico, establece la vinculación entre los dos hechos aplicando una máxima de la experiencia o del criterio humano que el legislador codifica, mientras que en las presunciones judiciales el legislador deja al juez el cometido de poder establecer en cada caso concreto la vinculación entre el hecho admitido o demostrado y el hecho a presumir, mediante la aplicación de una regla de la lógica o de la experiencia que el propio Juez realiza por la delegación del legislador.⁸¹

⁷⁹ Art. 230. As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

⁸⁰ PROTO PISANI, Andrea *lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994. p. 484. Para MATTIROLLO “le presunzioni sono le conseguenze, che la legge o li giudice deduce da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto”. Acrescente o autor que “le presunzioni comprendono genericamente tutti quegli indizi, quegli argomenti, derivanti dall’ordine fisico o morale, che, per disposizione di legge o per convinzione del giudice, valgono ad accertare la verità giuridica controversa”. MATTIROLLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1888. p. 212.

⁸¹ VAZQUEZ SOLETO, José Luiz. La ‘prueba en contrario’ en las presunciones judiciales. *Revista Peruana de derecho procesal*. V. VI. Lima: Prú Offset Editores, 2003. p. 487.

Cabe lembrar que para JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA a diferença conceptual entre presunções legais relativas e absolutas visa fixar, para a solução da controvérsia, a relevância ou irrelevância, de determinada prova.⁸²

4.1.1 Presunções judiciais

As presunções judiciais, simples ou ainda *praesumptiones hominis* nada mais são do que relações estabelecidas exclusivamente pelo juiz entre um fato conhecido e outro desconhecido.⁸³ A partir de um fato comprovado o juiz forma, através de raciocínio indutivo, a presunção de existência do fato desconhecido.⁸⁴

Frise-se, ainda, que esta presunção não constitui meio de prova. Quando o juiz, através de processo mental, passa da premissa ‘se aconteceu x deve ter ocorrido y,

⁸² Com efeito, para BARBOSA MOREIRA “Serão relativas ou absolutas as presunções legais conforme admitam ou não, respectivamente, prova em contrário; ou, em termos porventura mais rigorosos do ponto de vista técnico, conforme seja ou não relevante, para a solução do litígio submetido à apreciação do juiz, a demonstração de que na realidade não ocorreu o fato legalmente presumido: com efeito, quando se diz que, na presunção absoluta, é inadmissível a ‘prova em contrário’, o que no fundo se quer afirmar é que nada adiantaria ministrar tal prova, pois, a despeito dela, o órgão judicial continuaria adstrito a pôr, como fundamento fático de sua decisão, aquilo que a lei presume. Nessa perspectiva, olhando mais de perto o fenômeno, a inadmissibilidade da ‘prova em contrário’ aparece com simples colorário de sua irrelevância, explicando-se pela razão óbvia de que no processo não se deve tolerar atividade inútil”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova. Temas de direito processual civil 1ª série*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 5.

⁸³ Para MATTIROLLO “le presunzioni semplici, dette anche *hominis*, non sono stabilite a priori dalla legge, ma lasciate al prudente arbitrio del giudice, il quale ricava delle circostanze particolari della causa, gli indizi e le congettura, che riescono a fargli acquistare la certezza *morale* della verità contrastata”. MATTIROLLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano...* p. 213.

⁸⁴ BARBOSA MOREIRA ensina que há casos em que o material probatório trazido aos autos não tem ligação direta com o *thema decidendum*. Entretanto, pode ocorrer a apresentação de fatos diverso daquele do *thema decidendum* mas que com ele tenha alguma ligação. “Nessas circunstâncias, nada mais razoável que valer-se o juiz do conhecimento adquirido sobre o fato X para tirar suas conclusões sobre o fato Y . O resultado desse raciocínio é que configura, propriamente, a presunção judicial: o juiz *presume* que ocorreu o fato Y porque sabe que ocorreu o fato X, e sabe também que a ocorrência de um implica, necessariamente ou normalmente, a ocorrência do outro. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova...* p. 56/57.

absolutamente nada de novo surge no pano material, concreto, sensível. Por isso é impróprio se afirmar que através da presunção se adquire mais uma prova. O que se tem, em verdade, é um conhecimento novo, que se estabelece exclusivamente *in mente iudicis*.⁸⁵

4.1.2 Presunções Legais

4.1.2.1 Presunções legais relativas

As presunções legais, como leciona JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, são muito semelhantes às presunções judiciais⁸⁶ diferenciando-se tão somente pelo fato de nesta a correlação entre os fatos é deixada ao juiz e, naquela, a correlação é feita pelo legislador.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA no mesmo trabalho traz conclusão importante para o tema. Expõe que a função prática das presunções legais relativas é a distribuição do ônus da prova.⁸⁷ Frise-se que não se trata da distribuição como a feita pelo

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova... p. 57.

⁸⁶ "...confrontemos, por exemplo, a presunção legal de pagamento resultante de entrega do título a devedor com a presunção judicial pela qual se imputa a prática de um fato delituoso a uma pessoa que se achava na posse da única arma suscetível de produzir o ferimento. Percebe-se que existe de comum, em ambas as hipóteses. Numa e noutra, estabelece-se entre dois fatos certa relação que permite, verificado o primeiro, afirmar (ao menos como provável) a ocorrência do segundo, pelo simples motivo de andarem normalmente juntos.... supõe-se aqui, como regra geral, que um crime seja cometido pela pessoa que dispõe da arma adequada, pois é o que ocorre com maior frequência: são mais fortes, portanto, as probabilidades de que o fato delituoso seja imputável a tal pessoa do que a qualquer outra. Ali, sempre com regra geral, supõe-se que o credor não entregue o título ao devedor senão quando satisfeito do seu crédito; logo, se o entregou, é mais provável que o devedor tenha pago". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova... p. 59.

⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova... p. 60.

art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro.⁸⁸ Para este tipo de presunção não importa se a parte é autora ou ré, assim, incumbe à parte a quem a presunção desfavorece provar o contrário, independentemente de qual pólo processual ocupe.

Não se pode falar, contudo, que a presunção relativa é técnica de inversão do ônus da prova. Há casos em que a aplicação da presunção coincidirá com o resultado que se obteria aplicando a regra da distribuição do ônus da prova do art. 333 do CPC.⁸⁹ Evidencia-se, por isso, que a importância das presunções relativas ressalta-se nos casos de não coincidência com a regra prevista no Código de Processo Civil. Caracterizam-se, desse modo, normas especiais de distribuição do ônus da prova, e não exceções.

Exemplo claro da vasta aplicação das presunções legais relativas no direito brasileiro é a presunção de paternidade formada quando o investigado se recusa a se submeter ao exame de DNA. Nesses casos, a jurisprudência dos Tribunais Brasileiros tem entendido que se a parte se recusa à submissão à prova pericial, presume-se, em desfavor dela, a paternidade, com base, principalmente no artigo 232 do Código Civil Brasileiro que dispõe que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Há autores, contudo, que entendem que a recusa à submissão ao exame de DNA não pode gerar presunção de paternidade, pois razões outras podem ter levado a parte a se esquivar de tal exame, como as religiosas por exemplo.⁹⁰

⁸⁸ “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quando ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor...”.

⁸⁹ “... pode acontecer que o ônus da prova houvesse mesmo de recair, em virtude de sua posição processual, sobre a pessoa a quem a presunção desaproveita.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova... p. 61.

⁹⁰ “Não se pretenda, outrossim, haver espaço para conferir ‘à recusa do réu’ efeito processual’ no âmbito da prova’, como aponta o Min. Marco Aurélio (HC 71.373-RS, também os demais votos vencedores, ‘presunção, a decorrer de um comportamento’). Ou que se pretenda confessado o fato, ou presumida a paternidade (voto do Min. Marco Aurélio, embora sem muita convicção quando cita voto vencido do Tribunal de Justiça Gaúcho). A admitir-se a birra da parte, certo que razões múltiplas, mesmo religiosas, podem ter levado à recusa, não podendo esta ser considerada nem mesmo prova indiciária ou

Discorda-se, entretanto, deste raciocínio, entendendo-se que a recusa à participação em exame pericial de DNA gera sim a presunção de veracidade em favor do investigando, como entende a jurisprudência brasileira.⁹¹

presunção relativa de paternidade, indiscutível ser o direito à origem indisponível. A recusa à perícia não pode ser entendida como comportamento que leva à presunção de veracidade (em sentido contrário, STJ, 3ª T., REsp 165.373-RS, rel. Min. Ari Pargendler, v.u., DJ 1608.1999, reconheceu paternidade com base na recusa ao exame, o que serviu de complemento à insuficiência da prova), e nem se há de argumentar ou decidir como se tratasse de recusa de entrega de coisa (sanção do art. 359; incorretas assim, RJTJSP 99/35, 99/158, 111/350, 112/368, JTJ 168/804), exegese absurda, que separaria o ser humano por peças, levando, se correta, à admissibilidade da mercancia do corpo e espírito. Nas proposições em que se possa pensar em perícia sobre o ser humano o direito é indisponível, não se admite confissão (art. 351) e nem presunção de veracidade (art. 320, II). O comportamento pode, no máximo, representar indício, a ser cotejado diante do conjunto probatório (neste sentido, citado voto do Des. Walter Moraes, TJSP, RJTJSP 111/350). Não se esquecer, noutro tanto, do risco da prova indiciária ou por presunção; a parte pode recusar-se ao exame justamente por não ser o pai biológico, embora lhe interesse por tanto passar, hipótese de conclusão entre autor e réu”. COSTA, José Rubens. Direito indisponível à verdade histórica – exame compulsório de DNA. *Revista dos Tribunais*. v. 793. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 151.

⁹¹ “Investigação de paternidade – Prova – Inexistência justificada do conjunto probatório – Pretendo pai que se recusa ao exame pericial sem nenhuma explicação – Solução que deve favorecer os direitos da personalidade do menor interessado na descoberta de sua identidade genética.” (TJSP – Ap. 255.242-4/4 – 3ª Câm. – Des. Ênio Santarelli Zuliani). Neste voto o desembargador Zuliani trouxe com clareza o posicionamento da jurisprudência brasileira, assim escrevendo: “Reconheceu o C. STJ, em ação marcada pela falta injustificada e reiterada do réu em participar do exame de DNA, que esse comportamento representa, para fins de valoração de prova para investigar paternidade, uma espécie de reconhecimento do vínculo genético (REsp 141.689-AM, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 07.08.2000, RSTJ 135/317). O entendimento que prevalece nessa Câmara é idêntico. Em outra sessão, admitiu-se que a falta do réu ao exame de DNA, por três vezes, constitui indício veemente do vínculo parental, não obstante existisse, naquele processo (Ap. 194.033-4/7, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani), prova do relacionamento sexual (art. 363, II, do CC), conforme constou da ementa reproduzida na Revista Brasileira de Direito de Família, n. 11, p. 132, verbete n. 1197. Esse efeito probatório, no entanto, não acontece em situações nas quais há uma recalcitrância exagerada do réu, com faltas múltiplas. Não é mister a ausência reiterada ao exame para se ter como verdade assumida a paternidade que não se quer decifrar pela ciência. O mesmo C. STJ, ao converter julgamento em diligência para que se realizasse o DNA, admitiu, finalmente, ‘que a recusa do réu de submeter-se a tal exame gera presunção de paternidade’ (REsp 256.161-DF, DJU 18.02.2002, Min. Ari Pargendler, RSTJ 153/253). O Novo Código Civil reservou o art. 232 para o seguinte: ‘A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame’. A nova regra foi festejada por jurista renomado (Caio Mário da Silva Pereira, Direito Civil – Alguns aspectos da sua evolução, Forense, 2001, p. 34)”. Neste mesmo sentido se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “Investigação de paternidade – Prova – Perícia – Exame de DNA – Investigado que não pode ser, coercitivamente, a submeter-se ao exame –

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, por sua vez, flexibiliza este entendimento sustentando que a norma do artigo 232 do Código Civil pressupõe um juízo complementar do julgador para que se forme a presunção de paternidade.

Não é o que se dá com o art. 232 do Código Civil, porque aqui o preceito não impõe, necessariamente, o suprimento da prova pericial médica, pela imediata acolhida da veracidade do fato que se iria apurar por meio da diligência probatória frustrada pela resistência de um dos litigantes. A norma simplesmente admite a possibilidade de se ter como ocorrente tal suprimento: ‘a recusa à perícia médica...poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame’, diz o art. 232. Não há no provimento legal uma autoritária e definitiva substituição da perícia pela imposição de veracidade de fato não averiguado. A norma pressupõe, por isso, um juízo complementar do magistrado para concluir sobre a possibilidade, ou não, de operar o suprimento probatório autorizado, mas não imposto em lei.⁹²

4.1.2.2 Presunções legais absolutas

As presunções legais absolutas são aquelas, estabelecidas pelo legislador, que não admitem prova em contrário. Evidencia-se, portanto, que nesta não há lugar para raciocínio presuntivo por parte do julgador, que já foi realizado pelo legislador. Com efeito, este com receio de deixar algumas situações cuja prova é de extrema dificuldade,

Recusa injustificada, no entanto, em submeter-se à prova pericial, que estabelece presunção de veracidade dos fatos alegados pelo investigante, notadamente quando, em razão do progresso científico, o exame pode indicar ou excluir, com segurança, a questionada ascendência”. (TJPR – Ap. 85.822-0 – 2ª Câm. Cív. – rel. Des. Darcy Nasser de Melo).

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III*. Rio de Janeiro : Forense, 2003. p. 569. Em outra passagem, escreve HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, que o exame pericial genético não pode ser entendido como afronta a direitos da personalidade. Desse modo, a sua recusa não se entende mais como o exercício de um direito absoluto. Entende, então, que a recusa injustificada à submissão a tal prova por parte do réu, deve ocasionar-lhe alguma consequência adversa. Conclui, um pouco mais a frente, que “é obvio que essa recusa não deverá conduzir à condenação do investigado, pois esse dado, por si só, não tem força total de convencimento em torno da investigação. Serve, contudo, no somatório com os outros indícios já previstos na lei civil, para robustecer o feixe de dados probatórios circunstanciais, cuja força se nutre justamente da ocorrência e convergência entre os dados da prova crítica, toda ela voltada a evidenciar o fato pesquisado”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil...* p. 575.).

injustiçadas, preferiu impor a presunção absoluta de que tais fatos ocorreram. Lembre-se de que a escolha dessas situações é questão de política legislativa, assim, os motivos são pré-jurídicos.

Lembre-se de que nas presunções legais relativas se dispensa a prova do fato, enquanto nas presunções legais absolutas se dispensa o próprio fato. Como visto aquela diz respeito ao ônus da prova enquanto que esta nada tem a ver com o processo. Está, sim, ligada ao direito material.

Nestas presunções o que a lei faz é atribuir o mesmo efeito jurídico a situações diferentes.⁹³ Percebe-se com isso incrível semelhança entre as presunções legais absolutas e as ficções jurídicas. Para JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁹⁴ os resultados práticos que o legislador consegue, recorrendo a um ou a outro expediente são semelhantes, tendo a distinção entre ambas as figuras valor meramente teórico, ocorrendo freqüentemente, na visão do autor, confusão entre elas.⁹⁵

⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova... p. 64.

⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova... p.65.

⁹⁵ “Exemplo desse equívoco depara-se na redação do art. 343, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, referente à intimação da parte para prestar depoimento pessoal e às conseqüências do eventual não-comparecimento ou recusa de depor. Lê-se no texto legal: ‘a parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se *presumirão* confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor’. Ora, é evidente que, se a parte não comparece, ou se recusa a prestar depoimento, de modo nenhum confessa: o fato da confissão, em tal hipótese, é fato que não se pode considerar-se não como *inexistente*. Aqui não há qualquer ‘juízo de probabilidade’: estamos diante de algo que sabidamente *não ocorre*, e ao legislador não é dado ‘presumir que ocorra. Nem é isso, aliás que ele pretende: quer apenas atribuir a um fato diverso (o não comparecimento, ou a recusa a depor) os *mesmos efeitos* que decorreriam do fato não ao propósito, de *ficta confessio*. Outro seria o enquadramento dogmático, vale notar, se a norma estatuisse que os fatos alegados contra a parte, nas hipóteses de não-comparecimento ou de recusa a depor, ‘se *presumirão verdadeiros*’. Ai, sim, existiria realmente *presunção*, isto é equiparação de efeitos baseada em ‘juízo de probabilidade’: ao ver do legislador, se a parte, intimada a depor, se absteve de comparecer ou de prestar depoimento, esse modo de proceder, revelando o temor de ser inquirida, autorizaria a conclusão de que as alegações do adversário espelham a verdade. Tal como redigido o dispositivo, porém, o caso é de ficção, e não de presunção legal. Também de ficção é outra hipótese em que o Código, incidindo no mesmo equívoco, usa a expressão ‘presumindo-se’. Referimo-nos ao artigo 838, 2ª parte, onde se prevêem as conseqüências do não cumprimento pelo obrigado, da sentença que lhe imponha o reforço da caução. *Verbis*: ‘Não sendo

Frise-se, ademais, que as presunções legais absolutas não se relacionam à prova, dizem respeito ao direito material. Assim, tentar-se enquadrar as duas figuras – presunções relativas e absolutas – como espécies do gênero da presunção legal, não é aceitável.

4.1.3 Conflito entre presunções

Estabelecido o conflito entre presunções o magistrado deve tomar as seguintes providências:

i) se uma das presunções for legal absoluta e a outra não, como parece óbvio, prevalecerá a primeira; ii) se o magistrado estiver defronte a uma presunção legal relativa e um presunção judicial, ou entenderá que a esta é prova contrária àquela ou entenderá que a presunção judicial não constitui prova bastante para afastar a presunção legal relativa.

Nas duas situações anteriores não se percebe grande complexidade. Surgem dúvidas, entretanto, quando iii) o conflito se estabelecer entre presunções da mesma espécie (absoluta com absoluta, relativa com relativa).

Com base nos ensinamentos de LUIZ GUILHERME MARINONI e de SÉRGIO CRUZ ARENHART o magistrado deverá encontrar a solução analisando o caso concreto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.⁹⁶ Entretanto, discorda-se desta posição.

cumprida a sentença, cessarão os efeitos da caução prestada, *presumindo-se* que o autor tenha desistido da ação ou o recorrente desistido do recurso'. Entra pelos olhos a absoluta falta de correspondência entre o fato que se diz 'presumido' e a realidade das coisas: não ocorre, é claro, desistência alguma; apenas quer-se dar ao descumprimento da sentença efeito idêntico, no particular, ao que se produziria a desistência, se ocorresse. Isso, porém, é mais que presumir: *é fingir*". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova... p. 66/67.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 174/175.

Nos casos em que há conflito entre duas presunções legais absolutas ou entre duas presunções legais relativas que, invariavelmente estão positivadas em lei, não cabe a utilização do princípio da proporcionalidade por uma razão simples: Está-se diante de uma antinomia (conflito de regras) que deve ser resolvida com base nos seguintes critérios: cronológico, hierárquico e de especialidade.⁹⁷

NORBERTO BOBBIO explica que o critério cronológico, também chamado de *lex posterior*,

é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. Esse critério não necessita de comentário particular. Existe uma regra geral no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo. Imagine-se a Lei como expressão da vontade do legislador e não haverá dificuldade em justificar a regra.⁹⁸

Esta mesma regra está estampada no art. 2º, § 1º da Lei de introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

O critério hierárquico, por sua vez, nas palavras de NORBERTO BOBBIO

Chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. Não temos dificuldade em compreender a razão desse critério depois que vimos...que as normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes: são colocadas em ordem hierárquica. Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores.⁹⁹

Finalmente, o critério a especialidade, o da *lex specialis*, “é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional) prevalece a segunda: *lex specialis derogate generali*”.¹⁰⁰

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 92.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico...* p. 93.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico...* p. 93.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico...* p. 95/96.

5. O SENSO COMUM

Ingenuidade seria acreditar que o juiz se utiliza tão somente de pressupostos jurídicos para formar seu raciocínio. Segue ele critérios de racionalidade cognoscitiva e de argumentação, de objetividade, de imparcialidade e de justificação de suas escolhas.

Deve-se conscientizar que o raciocínio do juiz está imerso no senso comum.¹⁰¹ Nas palavras de MICHELE TARUFFO, “o senso comum está em todo o raciocínio do juiz: ele não representa apenas o fundo, como a lâmina dourada das mesas medievais, mas também um parte importante do material de que o juiz se serve, fornecendo-lhe um repertório de formas de argumentação e esquemas interpretativos empregados em seu raciocínio.”¹⁰²

O senso comum entra em cena: i) quando se trata de interpretação e aplicação das normas que fundamentarão a decisão do juiz e ii) na parte do raciocínio relacionada com o reconhecimento dos fatos.

Pode-se entendê-lo como o conjunto de conhecimentos e critérios de julgamento, de raciocínio e de interpretação que se presumem compartilhados por indivíduos de certo ambiente social em determinado momento histórico. Assim, caracteriza-se o senso comum como ferramenta mutável e heterogênea.

6. AS MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA

¹⁰¹ TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Trad. Cândido Rangel. Dinamarco. Curitiba: Ibej, 2001. p. 9.

¹⁰² TARUFFO, Michele. *Senso comum...* p. 10.

Não se pode definir com precisão o que se entende por máxima de experiência. Pode-se dizer que é constituída por noções, regras e critérios que qualquer indivíduo de cultura média, de dado contexto social, tenha a partir de sua experiência de mundo.

MICHELE TARUFFO¹⁰³ ensina que a conceituação originária de máxima de experiência foi feita por FRIEDRICH STEIN em 1893, em sua obra sobre a ciência privada do juiz. Para FRIEDRICH STEIN a máxima de experiência é uma regra geral construída com base na experiência relativa a determinado estado de coisas.

De fato, ao se analisar a obra de FRIEDRICH STEIN nota-se que ele se manifesta no sentido de que as máximas da experiência “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, precedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.¹⁰⁴

FRIEDRICH STEIN traz ainda o ensinamento de que as máximas da experiência podem ser comuns ou técnicas, considerando estas como as que são conhecidas em um reduzido círculo vez que demandam saberes específicos e aquelas as que são de conhecimento geral.¹⁰⁵

Trata-se, assim, como diz MICHELE TARUFFO, “de uma manifesta tentativa de racionalização do senso comum, destinada a dar uma configuração lógica àqueles aspectos do raciocínio judiciário que refogem a determinações *stricto sensu*, jurídicas.”¹⁰⁶

¹⁰³ TARUFFO, Michele. *Senso comum...* p. 26.

¹⁰⁴ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Santa ... p. 27.

¹⁰⁵ “Está bastante extendida la distinción entre las máximas de la experiencia que se conocen generalmente y aquellas que sólo son conocidas en círculos reducidos gracias a ‘conocimientos técnicos específicos’ en cuanto principio de un arte o ciencia”. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez...* p. 31.

¹⁰⁶ TARUFFO, Michele. *Senso comum...* p. 27. FRIEDRICH STEIN sustenta que “las máximas de la experiencia pertenecen a cualquier ámbito vital imaginable y que en cualquier momento de la

Não se pode deixar de lembrar que estes conhecimentos – máximas da experiência – sejam gerais ou técnicos, variam de acordo com o tempo e com as sociedades. O que pode parecer óbvio para alguns pode se afigurar de extrema complexidade para outros.¹⁰⁷

Conclui-se daí que as máximas da experiência são variáveis. Por este motivo é que a figura não foi recepcionada em vários ordenamentos jurídicos, inclusive europeus, como por exemplo, o Francês. O Brasil é um dos países que incorporou em seu ordenamento jurídico o uso das máximas da experiência.¹⁰⁸

actividad procesal poden, o mejor, deben tener valor”. (STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez...* p. 58.).

¹⁰⁷ “Y sigue siendo cierto que el conocimiento técnico y la cultura general varían según las épocas y los pueblos, siendo diferentes incluso de un día para otro y de una persona a otra. Lo que hoy es todavía propiedad de la ciencia especializada mañana lo aprenderá en la escuela cualquier chaval hace veinte años sólo los químicos sabían que el aluminio se obtiene de la bauxita pero dentro de veinte años posiblemente sepa todo el mundo cómo se obtiene el germanio o el galio. Que la mezcla de la mantequilla y margarina puede determinarse mediante simple derretimiento se convirtió rápidamente, tras el descubrimiento de ese principio en el otoño de 1892, en algo del dominio público en los círculos interesados, de tal modo que los tribunales berlineses, ya en abril de 1893, consideraban como negligencia el que un comerciante hubiera omitido esa prueba. Por lo tanto, el que trabaja con un concepto de ‘conocimiento técnico específico’ equivale al de lo que no es notorio, se fabrica la imagen de un hombre normal que no puede encontrarse nunca ni en ninguna parte. Una persona trae del medio rural conocimientos agrícolas que considera naturales pero que parecen sorprendentes ‘conocimientos especializados’ a los que han crecido en la ciudad, mientras que otro, quizás por las circunstancias familiares, es ‘especialmente experto’ en el terreno del comercio o en una especial rama de la industria”. (STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez...* p. 32.).

¹⁰⁸ Ao se analisar a jurisprudência brasileira percebe-se a corrente utilização por parte dos magistrados das máximas da experiência. Apenas para ilustrar, veja-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: “RESP – COMERCIAL – LOCAÇÃO PREDIAL – SHOPPING CENTER – FUNDO DE COMÉRCIO – O fundo de comércio, instituto judicial no Direito Comercial, representa o produto da atividade do comerciante, que com o passar do tempo, atrai para o local, onde são praticados atos de mercancia, expressão econômica; próprio ao local. Evidente, ingressa no patrimônio do comerciante. Aliás, **mostram as máximas da experiência**, a locação e o valor de venda sofrem alterações conforme a respectiva expressão. Daí, como se repete, há locais nobres e locais de menor expressão econômica. Em regra não sofre exceção quando se passa nas locações de Shopping Center. Sem dúvida, a proximidade do estabelecimento com outro, conforme a vizinhança, repercutirá no respectivo valor”. (STJ – 6ª Turma – Resp nº 189.380-SP – Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJ 02.08.1999).

“RESP – CONSTITUCIONAL – ANISTIA – A anistia visa a superar fatos anteriores, podendo, inclusive, desconsiderá-los normativamente. Instituto de interpretação ampla, encontra restrições

7. A MOTIVAÇÃO. CONTROLE DA APRECIÇÃO DAS PROVAS REALIZADA PELO JUIZ

Por óbvio que, mesmo sendo o juiz livre para apreciar as provas que são carreadas aos autos, uma ausência total de controle sobre esta atividade abriria margem para possíveis arbitrariedades.

A ferramenta que permite o controle da atividade do julgador no que se refere à apreciação das provas é o imperativo constitucional que lhe obriga a motivar suas decisões,¹⁰⁹ previsto no artigo 93, IX, o qual dispõe que "todos os julgamentos dos órgãos

registradas pela própria lei que a concede. Não afronta, porém, o princípio da isonomia, a ponto de gerar desigualdade jurídica. No caso de retorno do funcionário ao serviço público, urge estabelecer o paralelo da situação funcional dos colegas. É de considerar-se, **raciocinando-se com as máximas da experiência**, que o impetrante teria obtido a mesma movimentação na carreira. Inadequado, porém, contempla-lo com posição inatingida pelos colegas". (STJ – 6ª Turma – Resp nº 196.681-RJ – Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJ 19.04.1999).

"RESP – PREVIDENCIÁRIO – TRABALHADOR RURAL – RURÍCOLA – ESPOSA – ECONOMIA FAMILIAR – Há de se reconhecer comprova a condição de rurícola mulher de lavrador, conforme prova documental constante dos autos. **As máximas da experiência demonstram**, mulher de rurícola, rurícola é". (STJ – 6ª Turma – Resp nº 210.935-SP – Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJ 23.08.1999).

Ver, ainda, neste mesmo sentido, Resp nº 38.678-0/RJ e Mandado de Segurança nº 1.837-6/DF, ambos do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁰⁹ "a relação entre a prova produzida e a valorada permite à parte controlar se o juiz valorou todas as provas produzidas e, até mesmo, se valorou alguma prova que não foi produzida. Essa última necessidade deixa de ser fantasiosa quando se constata o caso lembrado por SALAVERRÍA, em que a Corte de Cassação italiana se baseou no depoimento de uma testemunha – fundamental para o deslinde da causa – que havia falecido dezessete anos antes de o processo ser instaurado". (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento...* p. 459.). Com efeito, buscou-se o exemplo dado por SALAVERRÍA (caso Calabresi). Ei-lo: "Las Seccione Unidas de la Corte suprema italiana anularon las precedentes resoluciones condenatorias contra Sofri y otros por el asesinato del comisario Calabresi tras ser acusado por el coimputado y pentito Leonardo Marino. La Corte suprema devolvió el caso a la milanese Corte di Assise de apelación indicando que para otorgar valor de prueba a la acusación de Marino, ésta debía presentar, además de la credibilidad del confidente y la intrínseca atendibilidad de su versión, un tercer e indispensable requisito: que lo narrado estuviera confirmado por otros elementos de prueba. Pues bien, en 1995 la citada Corte di Assise rehace la motivación (el

do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”. E quando a Constituição Federal fala em *todas as decisões*, a sua interpretação deve ser *a mais ampla possível*, impondo ao julgador o dever de fundamentar todas as suas decisões, e não somente as sentenças, por exemplo.¹¹⁰

magistrado Della Torre assume el encargo) aludiendo en ella a un testigo de los hechos con las siguientes palabras: ‘No hay motivo para dudar de la lúcida y convincente deposición del testigo. Biraghi, quien ha confirmado la narración de Marino (...) El testigo Humberto Biraghi ha declarado textualmente, primero a los investigadores, después a la Corte di Assise de primer grado (...) No hay motivos para desatender las declaraciones efectuadas, bajo el vinculo del juramento, por un testigo imparcial e indiferente, que ha observado la escena a breve distancia, o sea desde la tienda donde trabajaba’. La Sección penal V de la Casación toma buena nota de ello y en su sentencia de 1997, confirmatoria de la resolución milanesa, se lee a propósito de Biraghi: ‘Un testigo considerado particularmente atendible porque habia observado la escena durante un consistente intervalo de tiempo y no fugazmente en breves instantes’. Y por ello conceptúa lo declarado por Biraghi como ‘elemento decisivo al fin de confirmar la versión de Marino’. Pero, contrariamente a cuanto se indicaba en la motivación, Biraghi ni testificó, ni participó en el proceso, ni prestó juramento, por la pesaroza razón de que el proceso de primer grado comenzó en 1898 y Biraghi había fallecido en 1972, diecisiete años antes”. (SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 152-153.).

¹¹⁰ Neste mesmo sentido é o entendimento de ANTÔNIO DALL’AGNOL, o qual entende que “no sistema com realce constitucional, é dever do juiz o motivar os seus pronunciamentos, ao menos quando se cuidem de decisão interlocutória ou sentença. Dificilmente, pois, da incidência destes dispositivos escaparia o pronunciamento judicial sobre as provas produzidas nos autos, fundamentos fáticos do convencimento de seu emissor. Não obstante, preferiu o legislador processual, porque ínsito ao princípio da persuasão racional, explicitar a exigência no art. 131 do CPC. (...) De efeito, apenas a expressão judicial permite – antes de tudo, a ele próprio, verificar o atendimento aos limites que lhe impõe a lei, precipuamente no respeitante aos fatos, que haverão de ser pertinentes, relevantes e constantes dos autos, isto é, provados, independentemente de quem tenha tido a iniciativa de produção da prova. Como não raro, deve interpretar-se amplamente o termo sentença, na parte final do dispositivo em exame, pois abrange a todos os provimentos judiciais nos quais ocorra análise de prova, inclusive, portanto, os julgamentos que se realizam no segundo grau, expressos em ‘acórdãos’. (...) Teria desaparecido o dever de motivação do juiz, se é sua a iniciativa? Absolutamente não. Ocorre que nesta hipótese, por não se cuidar do tema de apreciação da prova, incide a regra geral, da indispensável necessidade de motivação dos pronunciamentos judiciais (art. 163). Assim, entendendo o juiz de tomar a iniciativa em tema de prova, com determinação da produção de alguma (art. 130), deverá expressar as razões por que o faz. Se não o fizer, inválido será o provimento, como o são todas e quaisquer resoluções judiciais destituídas de fundamento”. (DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil...p. 141/142.*).

E tão fundamental é o tema da motivação das decisões que ADOLF SCHÖNKE¹¹¹ escreve que

O Tribunal tem que consignar em sua sentença as razões que lhe tenham servido para a apreciação da prova. A motivação deve ser exposta de modo tal, que seja possível ao Tribunal Superior uma revisão do raciocínio do Tribunal que conheceu do assunto. Não é suficiente a declaração de que chegou a esta ou àquela convicção, em razão dos autos ou das manifestações das testemunhas, omitindo indicar a qual motivo atribuiu-se esta convicção. Mas, de outra parte, não é preciso que o Tribunal se manifeste sobre o que entenda sem importância, nem tampouco descenda a todas as conseqüências dos fatos apresentados, sempre que isso não implique deixar de considerar um ponto de defesa; e, ainda menos, tem o Tribunal de decidir expressamente nos fundamentos da sentença sobre cada uma das alegações.

Além disso, deve ser afastada a - corrente e equivocada - idéia de que o juiz apenas deve fundamentar sua convicção ou convencimento com base nas provas que corroboram com seu entendimento. Parece necessário ressaltar que o dever de motivação abrange também o fato de ser o juiz obrigado a explicar o porque determinada prova não foi considerada.¹¹²

Serve, ainda, a motivação das decisões, em especial no que se refere à apreciação e valoração das provas, para “consolar” o perdedor, demonstrando-lhe que a decisão possui fundamento.¹¹³

¹¹¹ SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil...* p. 62.

¹¹² Estes ensinamentos são trazidos – mais uma vez com a maestria que lhes é peculiar – por LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART. Assim escrevem os Professores da Universidade Federal do Paraná: “Na prática forense, são usuais as sentenças motivadas somente com base nas provas que demonstram a hipótese vencedora. Alguém dirá que isso é natural, pois o juiz, quando motiva, deve justificar a razão pela qual optou pela versão de uma das partes. Porém, embora o que ocorra na prática possa parecer lógico, o certo é que o juiz não justifica as suas razões apenas ao aludir às provas produzidas por uma das partes. Para que possa realmente justificar sua decisão, o magistrado não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram”, *Manual do processo de conhecimento...* p. 461.

¹¹³ LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART trazem esta explicação sustentando que “a motivação é mais importante para o perdedor do que para vencedor. A motivação importa mais para o perdedor não apenas porque é ele que pode recorrer, mas especialmente porque é o

8. CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, conclui-se que a confiança depositada no juiz foi aumentada, atribuindo-lhe poder para, até mesmo, julgar em contrariedade à lei. Além disso, vê-se que aquela distinção entre verdade formal e verdade material foi abandonada, passando-se agora ao conceito de verdade e verossimilhança. Depois disso, abandonou-se a idéia de que o juiz descobre a verdade, aceitando-se a idéia de que as partes constroem a verdade dentro do processo, dialeticamente.

Deve-se também lembrar que o juiz pode, nas questões de grande complexidade, valer-se da teoria da verossimilhança preponderante e também da redução do módulo da prova, como ocorre nas ações que abordam a higidez ambiental. Sacou-se, ainda, do estudo, que o juiz, ao apreciar as provas, pode se apoiar nas presunções judiciais e legais, bem como utilizar as máximas da experiência.

E, por fim, mesmo sendo o juiz livre para apreciar as provas carreadas aos autos, deve motivá-las, a fim de permitir o controle das partes sobre o seu posicionamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Buenos Aires. año 5. v.7, 2005.

_____. A verdade substancial. Revista de direito processual civil, n. 3, Curitiba : Gênese, 1996.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1, t. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1975.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'. Temas de *direito processual 1ª série*. 2ª ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1998.

_____. As presunções e a prova. *Temas de direito processual civil 1ª série*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. São Paulo : Malheiros, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *Rivista de diritto processuale*. Padova: Cedam, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas : Bookseller, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COSTA, José Rubens. Direito indisponível à verdade histórica – exame compulsório de DNA. *Revista dos Tribunais*. v. 793. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais no processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 30. Curitiba, 1998.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*. v. 11. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Editora Nova Fronteira, 1986.

MARINONI, Luis Guilherme. A prova na ação inibitória. *Revista de Direito Processual civil*. n. 24.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

_____. e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. t. I. 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. e _____. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MATTIROLLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1888.

MICHEL, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. A prova. *Revista de Processo*, n. 16, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba em matéria criminal*. Madrid: Editorial Réus, 1929.

NICOLAU, Alessandro Ferreira. As presunções judiciais e as regras de experiência. *Revista de direito processual civil*, n. 28. Curitiba : Gênese, 2003.

PATTI, Salvatore. *Prove. Disposizioni generali*. Bologna-Roma : Zanichelli e Il Foro Italiano, 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. II. Rio de Janeiro : Forense, 1974.

PROTO PISANI, Andréa *lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Campinas : Romana, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6ª ed. rev. e atual. Com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002 – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. 3. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Verdade e significado. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. v. 1 (jul./ago. 2004) - Porto Alegre : Magister, 2004.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Santa Fé de Bogotá : Editorial Temis, 1999.

TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Trad. Cândido Rangel. Dinamarco. Curitiba: Ibej, 2001.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: Dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III*. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

VAZQUEZ SOLETO, José Luiz. La 'prueba en contrario' em lãs presunciones judiciales. *Revista Peruana de derecho procesal*. V. VI. Lima: Prú Offset Editores, 2003.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá : Editora Temis, 1985.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.