

PROVA RELEVANTE X “COGNIÇÃO SUFICIENTE”: DA NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO DE CONCEITOS EM MATÉRIA PROBATÓRIA PARA A EMERSÃO DO CONTRADITÓRIO COMO INFLUÊNCIA

Stela Tannure Leal

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

RESUMO: O presente trabalho se presta a analisar a situação em que o magistrado inadmite a prova proposta pela parte sob a justificativa de já haver alcançado cognição suficiente sobre aquela questão. Tal postura se revela culturalmente problemática, porque denota uma concepção superada de que o juiz seria o único destinatário da prova, o que não se harmoniza com a ideia de contraditório participativo. Ademais, quando o julgador externa esta decisão, coloca-se de forma a antecipar a valoração da prova para o momento da aferição de sua admissibilidade. Para a superação do problema, adota-se um conceito epistemológico de prova, a delimitação entre os momentos probatórios de admissibilidade e valoração, e, finalmente, aponta-se a necessidade de observação da relevância da prova como critério objetivo para seu ingresso aos autos.

PALAVRAS-CHAVE: provas; contraditório; epistemologia; direito processual civil.

ABSTRACT: This paper analyzes the situation in which the judge doesn't accept a proof under the argument of having already achieved the necessary knowledge about the proposed question. This posture shows a problematic conception in which the judge would be the only interlocutor of the evidence, what is not according to the idea of participative process. Giving that decision the judge anticipates the evidence's evaluation to the moment that he would make the examination of admissibility. It is suggested to adopt an epistemological concept of evidence, a clear division between the evidence's stages of admissibility and evaluation, and the necessity of observing the relevance of the evidence as an objective criterion for its admission.

KEYWORDS: evidence; adversarial principle; rational persuasion; epistemology; civil procedural law.

1) INTRODUÇÃO:

O Processo Civil deve ser analisado como uma constante produção cultural, que acompanha as transformações de uma dada sociedade, e não como uma mera moldura técnica e uniforme de conformação da realidade jurídica. Como relata Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, poder-se-ia afirmar que, num enfoque interno, a conformação e a organização do processo representam o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, numa atividade que reflete os fatores sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social, em um corte temporal.¹

O presente trabalho se utiliza do desenvolvimento histórico de ampliação do conceito de contraditório, no qual se supera a concepção de que este princípio seria uma mera contraposição de teses, alcançando o enfoque de que este é, também, uma garantia de influência e não surpresa na atividade processual.²

Todavia, a formação cultural de restrição do princípio do contraditório ao debate de teses destinado apenas ao juiz se apresenta como limitação, ainda hoje, para o desenvolvimento de um processo colaborativo. A ideia de que o debate está situado entre as partes e que o juiz é somente um espectador prejudica a esperada “comunidade de trabalho” entre os personagens do processo, de maneira que o magistrado não se permite influenciar pelo diálogo ali travado para a tomada de decisões.

Desta forma, calcado neste equívoco cultural entre imparcialidade e não-interação, o julgador se isola e se posiciona superficialmente, sem conhecer o objeto do processo de maneira mais aprofundada. Como não há reciprocidade na construção

¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2013.

² Neste sentido, CABRAL, Antonio do Passo. “Il Principio del Contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito”. **Rivista di Diritto Processuale**. Seconda Serie, Anno LX, n° 02. Padova: aprile-giugno 2005: em tradução da autora, “o contraditório assume, atualmente, limites muito extensos, vendo ampliada a sua concessão, como se pode vislumbrar, no comportamento das partes de acordo com um dever de colaboração, assim como na participação ativa do juiz no debate judiciário”. No original, “il contraddittorio assume attualmente limiti piu estesi, vedendo ampliata la sua concezione, come si vedrà, nel senso di comportare il dovere di collaborazione delle parti e quello di una partecipazione attiva del giudice al dibattito giudiziario”

dialética que deveria travar com os demais atores do processo, a motivação das decisões se mostra vazia, sem justificção racional para as escolhas tomadas pelo juiz, em especial naquilo que tange à matéria probatória, foco deste estudo. Tal afastamento acaba, portanto, por viciar a motivação das decisões com aspectos subjetivos, que devem ser afastados para que se promova a cooperação efetiva no âmbito processual.

Refletindo esta necessidade, adota-se como marco teórico do presente estudo o posicionamento de Marcelo Lima Guerra sobre a necessidade de construção de um raciocínio epistemológico acerca do direito probatório. Em seu trabalho “Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória”, o autor aponta para o fato de as concepções habituais do termo “prova”, isto é, prova como *meio, atividade e resultado*, colocarem-se de forma a definir um estado mental do julgador (o que pode ser observado como um reflexo de seu afastamento das partes), e não uma construção epistemológica da verdade.³

Dentro deste panorama epistemológico é possível observar as reais dimensões do direito à prova, que deve ser visto como direito fundamental decorrente da garantia constitucionalizada do contraditório, de maneira a abranger o direito à admissibilidade da prova, sua produção e sua possibilidade real de influenciar o julgador (e mesmo a outra parte, quando se considera que o juiz não é o único destinatário da prova),⁴ devidamente explicitada de maneira racional no momento da valoração da mesma.

Assim, coloca-se o problema central deste estudo, qual seja, a lesão ao direito à prova oriunda da confusão entre os planos da atividade probatória, concentrado na situação em que o juiz inadmite uma prova por já se encontrar suficientemente

³ GUERRA, Marcelo Lima. **Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória.** Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf>. Acesso em 26 de fevereiro de 2013. “Na maior parte das manifestações doutrinárias em matéria probatória, as noções centrais desse léxico – os três sentidos habitualmente atribuídos à expressão ‘prova’ - são compreendidas de modo a reproduzir velhas ideias, que pouco se coadunam a uma das mais importantes normas constitucionais sobre a matéria, a saber, aquela veiculada no art. 93, IX, da CF, que impõe ao juiz o dever de fundamentar todas as suas decisões. Com isso, fica comprometida a compreensão e o enfrentamento dos sérios problemas em matéria probatória, especialmente aqueles mais diretamente ligados à justificção racional da decisão do juiz sobre os fatos da causa – a que bem pode ser chamada *dimensão epistemológica da prova judicial*.”

⁴ O Anteprojeto do Código de Processo Civil revela outras finalidades da prova quando, por exemplo, posiciona-se acerca da possibilidade de produção antecipada de provas fora das situações de periclitção da prova: “Art. 271. A produção antecipada da prova, que poderá consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial, será admitida nos casos em que: I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a tentativa de conciliação; III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.”

convencido do ponto de vista subjetivo, obstaculizando a construção crítica da verdade em prol de uma suposta celeridade.

Ao realizar esta inadmissão de prova, o julgador antecipa o momento final da atividade probatória, uma vez que valora a prova ainda não produzida como idônea ou inidônea, resultando numa lesão potencial ao contraditório ou, mais precisamente, ao direito à prova da parte. A parte, ao ter inadmitida sua prova por “suficiência de convencimento”, é impedida de colaborar para a construção da verdade. Além disso, a parte é pega de surpresa por uma decisão que opta pela inadmissibilidade da prova requerida sem obediência a um padrão lógico ou previsível, porque o julgador não pode precisar em termos “não pessoais” o que seja esta suficiência de conhecimento.

A justificativa frequente para esta confusão de planos probatórios costuma se relacionar com supostas necessidades temporais do processo. Porém, a “celeridade vazia” acaba por resultar no seu alongamento desnecessário. Uma vez que as partes não esgotaram suas possibilidades dialéticas, é possível que aumente a incidência de recursos e outros incidentes processuais que seriam afastados por um debate bem conduzido.

Isso ocorre porque as partes são surpreendidas em algum momento por uma decisão inesperada, o que retira credibilidade do próprio procedimento jurisdicional ao inadmitir a produção da prova e, por conseguinte, inviabilizar a respectiva valoração. Ou, como entendem Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, o entendimento do juiz, quando externo ao debate proporcionado às partes, resulta numa situação de surpresa e desconsideração do caráter dialético do processo, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício pelo magistrado.⁵

Destarte, o que poderia parecer, à primeira vista, uma abreviação do tempo processual, acaba por ser um alongamento indevido, já que se abre a possibilidade para a formulação de recursos com o objetivo de anular a decisão que não observou o direito à prova, e a consequente produção posterior de uma prova que deveria ter sido deferida

⁵ NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”. **Revista de Processo n° 168**. São Paulo: RT, fev. 2009.

de plano, segundo critérios previamente estabelecidos, de maneira a oferecer legitimidade à própria atividade jurisdicional.⁶

A dimensão desta lesão se revela de forma mais concreta quando se analisa o princípio dispositivo – a própria parte determina, em um momento anterior ao início do processo, se há lastro probatório suficiente para o enfrentamento de uma determinada questão, como se pode constatar na indicação das provas que pretende produzir. Também se observa este controle dialético na possibilidade de a própria parte requerer o julgamento antecipado da lide, na forma do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.⁷

Outro dos pilares do problema, como já mencionado, está na construção do direito probatório, que se encontra historicamente baseada em conceitos demasiadamente “psicológicos”, posto que estão relacionados, em sua maioria, com estados mentais do julgador, e não com a justificção racional da produção probatória. Assim, a pergunta que se pretende solucionar com o presente trabalho é: qual é o caminho mais adequado para a superação do equívoco que se observa, na prática judiciária, entre os planos de admissibilidade e valoração da prova?

Para a superação do problema, abordam-se três frentes: primeiramente, a necessidade de adoção de uma compreensão do direito probatório dissociada de “psicologismos”⁸, coerente com uma concepção epistemológica da atividade probatória e com a abordagem mais ampla da garantia do contraditório; em segundo lugar, a delimitação clara dos momentos probatórios de admissão e valoração da prova; e,

⁶ DEMARI, Lisandra. “Juízo de relevância da prova”. Prova Judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório. Coordenado por Danilo Knijnik. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. “a prova deve ser realizada segundo regras e limites previamente estabelecidos, a fim de que a própria decisão a ser tomada no final do processo se revista de legitimidade social”. Tal problema se observa no julgado a seguir, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Apelação Cível. Indeferimento de oitiva de testemunhas. Elemento fundamental para o deslinde da questão. Cerceamento do direito de prova evidenciado. Sentença anulada. Recurso provido.” (365754420098260405 SP 0036575-44.2009.8.26.0405, Relator: Marrey Uint, Data do julgamento: 10/01/2012, 3ª Câmara de Direito Público, Data de publicação: 17/01/2012).

⁷ Neste sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A garantia do contraditório na atividade de instrução”. *Revista de Processo* nº 35. São Paulo: RT, jul. 1984: “Sem prejuízo do papel ‘ativo’ que o juiz modernamente se vê chamado a desempenhar nesse campo, é pacífico que a iniciativa da instrução cabe, em primeira linha, às partes, pela simples e óbvia razão de que melhor conhecem os fatos e se acham em condições superiores às do órgão judicial para identificar as fontes de onde se poderão extrair dados úteis à respectiva reconstituição. A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que a ambas as partes se hão de conceder iguais oportunidades de *pleitear* a produção de provas”.

⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória.** *op. cit.*

finalmente, a observação do juízo de relevância como critério crítico de admissibilidade da prova.

O presente trabalho se justifica, portanto, por abordar as questões relativas ao equívoco entre os momentos probatórios de admissibilidade e valoração, utilizando-se do conceito de relevância da prova, mas também abordando a necessidade de reconstruir o estudo da matéria probatória, em busca de um enfoque epistemológico.

2) A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO:

2.1) O CONTRADITÓRIO COMO INFLUÊNCIA:

O processo civil, como já mencionado, relaciona-se intimamente com o panorama histórico, político e cultural em que se insere. Num raciocínio análogo, pode-se observar uma transformação da concepção do princípio do contraditório, e sua apresentação se apresenta como fundamental para a compreensão da temática deste trabalho.

O princípio do contraditório, como se pode notar pela sua construção etimológica, baseia-se, num primeiro momento histórico, numa concepção de partes em oposição, que travam entre si um jogo dialético de ataques e contra-ataques. Nesta toada se desenrolava o processo europeu, sob um enfoque liberal, privilegiando interesses patrimoniais, “conquanto o contraditório fosse a sua base, o processo era pensado como *ars dissedendi e ars oponendi et respondendi*, exigindo-se uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário.”⁹

Quando analisado estritamente por este viés, o procedimento em contraditório acabava por se restringir à ideia de um embate travado por partes – tal qual numa briga de crianças – cada qual ávida por alcançar suas próprias vantagens em detrimento das que a outra possa merecer, somente *supervisionadas* por um adulto que pode intervir em momentos críticos – ou seja, o juiz. Tal comportamento se observa claramente no sistema liberal, em que o processo se orienta por um privatismo mais acentuado, em razão dos interesses que se presta a tutelar.

Todavia, a transição para o Estado Social traz consigo a necessidade de mudança de postura do julgador diante deste embate *intra partes* de maneira a se portar de forma

⁹ PARCHEN, Laura Fernandes. **Impacto do princípio da cooperação no juiz**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2013.

mais ativa, fazendo emergir uma transformação da concepção de contraditório, que se torna mais abrangente, de maneira a considerar o leque de direitos que também se alarga neste momento histórico. Assim relata Barbosa Moreira:

A transição do liberalismo individualista para o "Estado social de direito" assinala-se, como é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das "regras do jogo" e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do social, também no processo, derrui o império do *laissez faire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da "divisão de tarefas" entre as partes e o órgão de jurisdição.^{10 11}

Destarte, observa-se que o amadurecimento da noção da garantia do contraditório é, também, uma mudança na compreensão das necessidades do processo. O momento histórico liberalista do processo se concentrava em interesses patrimoniais, sem maiores sofisticções – logo, para sua satisfação, não era necessário mais que um julgador com funções de *espectador*. A evolução histórica que traz para o âmbito processual a resolução de questões extrapatrimoniais aponta também para a existência de outras carências, que se solucionam por manifestações mais ativas do julgador, inclusive com a emersão de postulados de boa-fé objetiva.¹²

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo". **Revista de Processo** nº 37. São Paulo: RT, jan. 1985.

¹¹ Neste sentido, também PARCHEN, Laura Fernandes. **Impacto do princípio da cooperação no juiz**. *op. cit.* "No decorrer do século XX, já sob a influência das ideias oriundas do Neoconstitucionalismo, o princípio do contraditório passou a abranger outros valores, sobretudo a necessidade de ativismo judicial e o desejo de efetividade, com o intuito de promover a integração das tradicionais liberdades individuais com os direitos e garantias de natureza social, visando a assegurar a igualdade real das partes em face da lei. Inicia-se, assim, a alteração do alcance do princípio do contraditório, deixando de ser uma mera contraposição à demanda e passando a consistir em um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo".

¹² Também se vislumbra este processo evolutivo em NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual". *op. cit.* "O processo – que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz -, passa em um Estado Constitucional democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para a fixação dos pontos controvertidos) e na fase de

A doutrina considera este momento de transição histórica de um processo individualista, característico do Estado Liberal, para um processo mais consciente das necessidades das partes, no Estado Social, como um abandono da concepção privatista de processo em prol de um enfoque publicista. Da mesma forma que o Estado Social se coloca numa postura comissiva de prestação de garantias, também no processo se observa este fenômeno de assunção de papéis pelo julgador, com o objetivo de corrigir as desigualdades materiais entre as partes, mas sem comprometer a imparcialidade necessária da prestação jurisdicional. Assim, observa-se um processo estruturado sob a ótica do julgador, de maneira a repelir as injustiças derivadas da desigualdade material não corrigida, como ocorria no período privatista, inclusive no que diz respeito à direção da atividade instrutória.¹³

Esta concepção mais, por assim dizer, amadurecida do procedimento em contraditório faz emergir um aspecto até então inexplorado deste princípio basilar: uma vez que o contraditório se torna uma construção dialética efetivamente igualitária no processo, observa-se que este também é uma oportunidade de influenciar o julgador, e até mesmo a outra parte, de maneira que cooperem entre si para a construção de um resultado efetivo, em tempo razoável. Este amadurecimento se reporta à democracia, como aponta Antonio do Passo Cabral:

Observamos que a compreensão do contraditório como direito de influência exprime uma manifestação de democracia deliberativa no processo: a sociedade pode influenciar os atos decisórios estatais com a discussão argumentativa, e o contraditório é o princípio processual que coloca em prática este procedimento dialético, compreendendo-se o palco jurisdicional como um debate participativo e pluralista.¹⁴

problematização (audiência de instrução e julgamento), permitindo a participação na estrutura procedimental”.

¹³ Neste sentido, GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. **Revista de Processo n° 164**. São Paulo: RT, out. 2008, pág. 35: “As reformas processuais têm reforçado os poderes do juiz na direção do processo e na atividade de instrução porque o processo deve chegar a um resultado justo, de preferência com dispêndio mínimo de tempo e energias. Enquanto cada uma das partes quer normalmente sair vitoriosa, independentemente da justiça da decisão e, quando não tem razão, importa-lhe de ordinário retardar a conclusão do pleito, ao juiz cabe atuar imparcialmente para que o processo tenha marcha regular e para que venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade.”

¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. “Il Principio del Contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito”. *op. cit.*, em tradução da autora. No original, “osserviamo che la comprensione del contraddittorio come diritto di influenza esprime la democrazia deliberativa nel processo: la società può influenzare gli atti decisori statali con la discussione argomentativa, ed il contraddittorio è il principio processuale che mette in pratica questo procedimento dialogico, aprendo il palco giurisdizionale al dibattito partecipativo e pluralista”.

Michele Taruffo aponta que o contraditório participativo se coloca como uma garantia de controle da decisão judicial e de seus fundamentos. Não se pode mais conceber um julgador isolado do diálogo travado no processo, que analisa o conjunto probatório a seu bel-prazer e se irrita quando uma das partes formula um recurso de uma das suas decisões. Segundo este autor, esta dimensão mais extensa do princípio do contraditório pode ser observada de três maneiras no processo: a primeira delas se relaciona com o *controle da identificação do material probatório apto a influir na formação da decisão* (este aspecto apresenta as possibilidades de questionamento da admissibilidade e da relevância da prova apresentada pela outra parte, que serão abordados com maior profundidade nos próximos capítulos deste estudo); a segunda manifestação do contraditório se dá no *acompanhamento, pelas partes, da produção da prova*; e, finalmente, a terceira forma se vislumbra na *capacidade das partes de influir na valoração como controle da discricionariedade do juiz*, o que reforça o sentido epistêmico da atividade de valoração.¹⁵

Neste panorama, o julgador pode se sentir seduzido a direcionar o processo a um desfecho mais abreviado, com o pretexto de incensar a celeridade processual. Neste afã de aceleração do processo é que reside o problema central deste trabalho, em que o julgador adianta o momento de valoração da prova ao inadmiti-la em sua suposta “suficiência de cognição”.¹⁶

Contudo, ao contrário do que pode imaginar, um juiz “sedento por celeridade” não atua de forma mais efetiva que aquele que aguarda o desenrolar natural do procedimento, pois a anulação de etapas em prol de um processo cuja duração é apenas aparentemente razoável, e acaba alongando o período de problematização da questão.

¹⁵ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2011, pág. 428-431.

¹⁶ Como exemplos desta situação em que se percebe este sentimento do magistrado em apressar o termo do processo, “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - PROMESSA EFETIVA DE EMPREGO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - IMPROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR - CERCEAMENTO DE DEFESA - NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA RELEVANTE - ACOLHIMENTO - RECURSO PROVIDO - NULIDADE DECRETADA. Importa em cerceamento de defesa, o julgamento antecipado do feito quando pendente questão relevante a ser, possivelmente, resolvida por meio de prova testemunhal.” (TJ-SC - AC: 818717 SC 2008.081871-7, Relator: Monteiro Rocha, Data de Julgamento: 08/10/2009, Quarta Câmara de Direito Civil); “APELAÇÃO CÍVEL. PROVA RELEVANTE AO DESATE DA LIDE. INDISPENSABILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA Consoante precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça, existindo necessidade de dilação probatória para aferição de aspectos relevantes da causa, o julgamento antecipado da lide importa em violação do princípio do contraditório, constitucionalmente assegurado às partes e um dos pilares do devido processo legal.” (TJ-MG 100240945550180031 MG 1.0024.09.455501-8/003(1), Relator: DOMINGOS COELHO, Data de Julgamento: 11/11/2009, Data de Publicação: 30/11/2009)

Observa-se um esvaziamento do conceito de “comunidade de trabalho” entre partes e juiz, o que cria um sentimento de insatisfação que aumenta a possibilidade de ocorrência de recursos e outros incidentes, de forma a tentar suprir o diálogo antes suprimido na “euforia célere” do julgador. Ou, no dizer de Dierle José Coelho Nunes e Humberto Theodoro Junior:

Torna-se imperiosa a aplicação da chamada comparticipação entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca e que, levada a sério, conduziu a idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões melhor construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos.¹⁷

Neste raciocínio, não se poderia deixar de depreender do processo histórico de evolução do contraditório uma mudança na análise das posições ocupadas pelas partes e pelo julgador. Fala-se, hoje, em *policentrismo processual*¹⁸, em virtude da necessidade de estarem as partes e o julgador em permanente cooperação para a construção de resultados justos e, acima de tudo, efetivos. Assim, o magistrado que atua de maneira descompromissada com o entendimento das partes acerca daquilo que ocorre no processo (o que, normalmente, gerava uma postura de mistificação do procedimento) é paulatinamente substituído por um julgador comprometido com o dever de esclarecimento judicial. Consequentemente, quando mais esclarecida estiver a parte acerca do desenrolar do procedimento, mais apta estará a influir para uma decisão justa. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira demonstra a insuficiência do contraditório que não considera o diálogo:

Exatamente em face dessa realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à

¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JUNIOR, Humberto. “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”. *op. cit.*

¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JUNIOR, Humberto. “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”. *op. cit.* “O contraditório é guindado a elemento normativo estrutural da comparticipação, assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual. Permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para a sua formação.”

comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.¹⁹

Conclui-se, portanto, que a cooperação, quando bem conduzida, evidencia as possibilidades de não-surpresa e influência nos pronunciamentos judiciais, posto que há um trabalho de colaboração crítica para sua formação – e pode-se, inclusive, dizer que este procedimento em contraditório (observado em seu sentido mais amplo) acaba por ser legitimador do procedimento em si.²⁰

3) O DIREITO À PROVA:

O direito à prova é considerado como direito fundamental implícito em uma leitura teleológica da Constituição, e pode ser analisado como elemento estruturante tanto da garantia do contraditório (quando considerado em seu aspecto de garantia de influência), quanto do direito de acesso à justiça.²¹

Ainda que não esteja expressamente disciplinada na Constituição Federal, esta garantia encontra previsão em dois tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, quais sejam, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – *Pacto de San Jose da Costa Rica* (1969) –; ambos tratam do direito à prova num viés semelhante ao do *common law*, com ênfase nas provas testemunhais. Contudo, interpretam-se estes dispositivos como uma assecuração de tratamento isonômico entre as partes na atividade probatória, além das possibilidades de influência real de sua produção nos demais atores do processo.²²

Naquilo que se refere à garantia ao contraditório, tal relação nasce da legitimação que o direito à prova confere ao contraditório enquanto postura ativa,

¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. São Paulo: Saraiva, 2010. pág. 193.

²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “O Juiz e o princípio do contraditório”. **Revista de Processo** n° 73. São Paulo: RT, jan. 1994. “Impõe-se afastar a possibilidade de que a parte possa ser considerada simples ‘objeto’ do pronunciamento judicial, no iter procedimental: exhibe-se ineliminável o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das suas próprias razões antes da prolação da decisão.”

²¹ DIDIER JR., Fredie, *et. al.* **Curso de Direito Processual Civil. Vol. II**. Salvador: JusPodivm, 2010. pág. 19: “Por um lado, a partir da leitura sistemática e teleológica das máximas e valores constitucionais, encontramos a ela intrínseco o direito fundamental à prova, emanando, mais especificamente, ‘como um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias constitucionais da ação, da defesa e do contraditório. Por outro lado, podemos ainda identificá-lo como um direito constitucional implícito, mas externo à Constituição.”

²² Este panorama é traçado com maiores detalhes em PAULA JR., Aloysio Libano. **A experiência probatória no direito americano e no brasileiro**. Dissertação apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Leonardo Greco. Rio de Janeiro, 2008. Pág. 28.

desvencilhada da visão clássica da parte que atua como espectadora e meramente rebate os fatos que lhe são reputados. Assim, este viés do contraditório amplia esta postura clássica de defesa, de maneira que a parte se defenda provando, ou seja, participando no diálogo processual e influenciando na formação da convicção do julgador.

Gisele Góes aponta suas manifestações no ordenamento jurídico brasileiro:

As manifestações de direito à prova incrustadas na Carta de 1988 e no processo civil brasileiro são:

- a) possibilidade das partes se socorrerem de qualquer meio de prova, desde que legal e moralmente legítimo;
- b) direito das partes à aquisição das provas admitidas, materializando-se um princípio capital para a compreensão da prova judicial que é o da *comunidad de la prueba* ou da *adquisición*, pois a prova recebida é do processo e não as parte que não pode mais desistir e nem renunciar;
- c) direito de contradizer as provas produzidas pela parte contrária;
- d) valoração do juízo acerca das provas apresentadas e dever de motivar a decisão.²³(grifo nosso)

Não se trata de um direito à admissibilidade do pleito, com base na prova específica, mas sim um direito de admissibilidade da prova (quando admissível, logicamente), para que seja passível de consideração no momento da valoração pelo julgador. Assim, o direito à prova é uma garantia de influência, ou no dizer de Devis Echandía, uma “disposição da oportunidade de provar”.²⁴

Também no momento da produção da prova há manifestação do direito à prova, na medida em que esta deve ser produzida em padrões harmonizados com a garantia do contraditório, proporcionando diálogo entre os personagens do processo.

²³ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Teoria Geral da Prova – Aspectos Polêmicos**. Salvador: JusPodivm, 2005, pág. 27-28.

²⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, n/d. pág. 37: “Pode-se falar em um direito abstrato de provar, sob um outro ponto de vista: como sendo uma disposição da oportunidade de provar, assim como uma complementação do direito de ação e do contraditório, ou mesmo do direito de ampla defesa, vale dizer, como um direito de levar ao processo provas em geral. Porém, na presença do meio de prova específico que a parte deseja se utilizar para apoiar sua pretensão ou sua defesa, acreditamos que o direito subjetivo adquire um caráter concreto, uma vez que persegue uma finalidade determinada: a sentença favorável” (tradução da autora)

Finalmente, este direito se reflete no final da produção probatória, quando da valoração das provas produzidas pelo juiz, que deve analisá-las sem vinculação com subjetivismos, de maneira que Gerson Lira enuncia que “quando se fala em direito à prova pelas partes deve-se entender que esse direito não se exaure quando da produção das provas pelos litigantes. Esse direito também deverá estar presente no momento da avaliação da prova pelo juiz (...)”²⁵, o que significa dizer que o direito à prova engloba, também, o direito à sua valoração, dentro do sistema do livre convencimento motivado.

Conclui-se, desta forma, que a garantia do contraditório não sobreviveria sem o direito à prova, porque este concretiza o diálogo em sede processual. Observa-se, portanto, não somente um direito de defesa, mas sim a defesa de um ponto de vista através das provas, de forma a possibilitar a formação de convicção no julgador e dialogar com a parte contrária. Tal manifestação de contraditório deságua numa verdade mais afeiçoada à verdade real, independente das vontades egoístas de cada parte.²⁶

4) O CONCEITO EPISTEMOLOGICAMENTE ADEQUADO DE PROVA:

Historicamente, o estudo do direito probatório se centrou em aspectos psicológicos do suposto destinatário da prova. Tal vício se observa, sobremaneira, nos países de *civil law*, em que a instrução é personalizada na figura do magistrado. Assim, observa-se que a estruturação dos conceitos em matéria probatória não coloca em primeiro plano nem as referências constitucionais sobre a questão, nem os seus aspectos epistemológicos. Mesmo uma consideração superficial das três acepções do vocábulo “prova” (prova como *meio*, prova como *atividade* e prova como *resultado*)²⁷ aponta como evidente este problema, como ficará demonstrado a seguir.

²⁵ LIRA, Gerson. “Direito à valoração das provas”. *Prova Cível*. C. A. Alvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 1999. pág. 32.

²⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. *op. cit.* pág. 35. Em tradução da autora, “É claro que, sem o direito de provar não existiria audiência bilateral, nem contraditório efetivo, ou mesmo se cumpriria a exigência constitucional de ouvir-se e superar-se um argumento para considerá-lo condenável; em relação ao autor, é igualmente inquestionável que sem o direito à prova não haveria exercício do direito de ação e, assim, seria fantasiosa a ideia do direito material lesionado, discutido ou insatisfeito”. No original, “Puede hablarse de un derecho abstracto de probar, desde otro punto de vista: en cuanto a disponer de la oportunidad de probar, y sería un complemento del derecho de acción y de contradicción, o de su derecho de defensa, vale decir, un derecho de llevar al proceso pruebas en general. Pero en presencia del medio particular de prueba que la parte aduce, en apoyo de su pretensión o excepción o de su defensa, creemos que el derecho subjetivo adquiere el carácter de concreto, ya que persigue un fin determinado: la sentencia favorable.”

²⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. *op. cit.* pág. 33. Em tradução da autora: “É inafastável reconhecer três aspectos da noção de prova: aquele de veículo, meio ou

A acepção de prova como *resultado* conduz a uma situação de permissibilidade da inadmissão da prova motivada por uma suficiência cognitiva do julgador, porque, como enuncia Marcelo Lima Guerra, “é concebida, textualmente, como um *evento mental*, como um *estado mental (de consciência) do juiz causado pelos meios de prova*” (grifos do autor), e não numa conclusão lógica e justificável diante do conjunto probatório analisado.²⁸ Significa dizer que a concepção de prova como resultado se relaciona intimamente com a ideia de convicção, numa perspectiva subjetiva, e não a uma conclusão lógico-racional embasada em critérios epistêmicos.

As acepções de prova como *meio* e prova como *atividade*, por sua vez, decorrem da acepção de prova como resultado, de forma que seriam, respectivamente, uma “aptidão a formar convicção” e a “ação que induz à convicção”.

Assim, observa-se claramente que esta limitação conceitual deságua em uma instrução processual guiada por “estados de consciência” do juiz, e não por aspectos epistemológicos. Ainda que a doutrina admita a existência de um aspecto objetivo (epistemológico) e outro subjetivo (psicológico) de prova (e a necessidade desta dicotomia para um estudo real do direito probatório), nota-se que a construção destes conceitos se orientou muito mais pelo segundo que pelo primeiro, e esta preponderância do psicologismo em matéria probatória acaba por tornar o tema nebuloso em sua aplicação, que fica viciada e confusa.

Naquilo que tange especificamente à questão tratada neste trabalho, evidencia-se que a compreensão psicológica da prova pelo magistrado acaba por fazer com que ele se sinta dispensado de uma motivação epistemológica para a inadmissão da prova requerida pela parte, o que resulta numa inadmissão aparentemente “justificada” pela suficiência de cognição. Ou, no dizer de Marcelo Lima Guerra:

Este modo tradicional de conceber a “prova como resultado” não se coaduna, todavia, com o ordenamento brasileiro, especialmente quanto à exigência

instrumento; o de conteúdo essencial ou essência da prova (razões ou motivos que, nestes meios, encontram-se favoráveis à existência ou inexistência dos fatos). Uma definição geral da prova deve, pois, compreender os três aspectos desta noção”. No original, “Es ineludible reconocer tres aspectos de la noción de prueba: el de vehiculo, medio o instrumento; el de contenido esencial o esencia de la prueba (razones o motivos que en esos medios se encuentran a favor de la existencia o inexistencia de los hechos), y el de resultado o efectos obtenido en la mente del juez (el convencimiento de que existen o no esos hechos). Una definición general de la prueba debe, pues, comprender esos tres aspectos de la noción”.

²⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória.** *op. cit.*

constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Ora, é notório que os seres humanos *erram* e podem acreditar, veementemente, nas coisas mais absurdas. O simples fato de *existir* no juiz um estado psicológico de certeza acerca de determinada hipótese fática, não oferece nenhuma garantia *per se* de que tal hipótese é, efetivamente, verdadeira (ou mereça ser aceita como tal). Como se vai demonstrar, em razão do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais o juiz não pode se contentar em, intimamente, formar uma crença sobre qual das hipóteses conflitantes sobre os fatos da causa seria a verdadeira e adotá-la como razão de decidir (como uma das premissas do raciocínio que fundamenta sua decisão da causa).²⁹(grifos do autor)

Surge, destarte, a necessidade premente de construção de um estudo das provas adequado à sua compreensão como atividade racional acerca dos fatos que necessitam de esclarecimento na fase de instrução do processo, promovendo a superação cultural deste psicologismo em prol da valorização de conceitos probatórios epistemologicamente adequados. Tal re-estruturação é fundamental, inclusive, para o alcance das finalidades do processo, pois, segundo Leonardo Greco, “a efetividade do processo está a exigir um conceito de prova mais exigente, com a revisão de todo o sistema normativo probatório, hoje impotente para coibir o arbítrio”.³⁰

Como proposta de direcionamento para a solução do problema, Marcelo Lima Guerra aponta a necessidade de estruturar o estudo do direito probatório com foco no dever de fundamentação das decisões judiciais, para que se reforce o diálogo necessário entre direito e epistemologia. Assim, uma análise lógica da instrução probatória induziria a uma decisão racionalmente justificada, que remete invariavelmente ao resultado empírico oferecido pelo conjunto probatório formado dialeticamente pelas partes. Em resumo, para o autor,

a mera opção do juiz (por uma das alegações sobre os fatos controvertidos) não basta: à luz do preceito constitucional que impõe o dever de fundamentar as decisões judiciais, o juiz deve *justificar sua opção por aceitar como verdadeira*

²⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória.** *op. cit.*

³⁰ GRECO, Leonardo. “O conceito de prova”. **Estudos de direito processual.** Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. pág 425.

uma das várias alegações controvertidas sobre os fatos relevantes.(grifo do autor)

Assim, pode-se reconhecer que existe um outro sentido para o vocábulo prova, mais coadunado com a atividade epistemológica realizada para a sua valoração. Nas palavras de Leonardo Greco,

É forçoso observar que sobrepaira como um dos mais importantes significados de prova a sua compreensão como *raciocínio*, como processo mental através do qual se estabelecem as conclusões que decorrem de determinadas premissas, porque a prova é o meio lógico sobre o qual se constroi o julgamento.³¹(grifo nosso)

Relacionando-se essa reflexão ao problema central deste trabalho, uma compreensão epistemológica da prova aponta para a necessidade de que, ao considerar o plano de admissibilidade da prova, a verificação da pertinência e da relevância da prova requerida pela parte deve se pautar por critérios racionalizados *claramente delimitados na fundamentação da decisão*, e não por um estágio hipotético de convencimento do juiz acerca do fato probando.

5) OS MOMENTOS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA:

A atividade probatória é normalmente sistematizada em quatro momentos: a) fase *propositiva*, em que a parte requer a produção de uma prova; b) fase *admissiva*, na qual o juiz defere a sua produção; c) a fase de *produção*, em que a prova de fato ingressa nos autos; e d) fase *valorativa*, que se dá no momento da decisão, quando o julgador analisa todo o conjunto probatório que foi construído no decorrer do processo.

Estes momentos ou fases não podem ser considerados de maneira estanque, pois, a depender do meio probatório levado em consideração, podem ocorrer dois ou mais momentos de maneira simultânea; tal se dá na elaboração da prova documental, em que a proposição, a admissão e a produção ocorrem num mesmo espaço cronológico, enquanto a prova testemunhal permite a observação isolada destes momentos.

³¹ GRECO, Leonardo. “O conceito de prova”. *op. cit.* pág 428.

Para uma abordagem mais adequada do problema proposto por este trabalho, é essencial que os momentos probatórios de admissão da prova e de sua valoração sejam analisados com mais profundidade, para que se possa compreender o equívoco cultural que leva o magistrado a adiantar sua atividade valorativa para o momento de admissão da prova.

5.1) ADMISSIBILIDADE:

O momento probatório de admissibilidade se situa após a postulação da prova pela parte; aqui, o magistrado analisa se a prova cuja produção foi postulada não se insere nas limitações ao direito de provar (prova produzida ilicitamente, p.ex.) e se ela está relacionada ao *thema probandum*, qual seja, se ela é uma prova relevante diante dos fatos controvertidos.³²

Este momento probatório, quando mal conduzido, pode determinar um cerceamento de defesa que retira legitimidade da prestação jurisdicional, como será explicitado adiante.

Para evitar esta limitação de garantias, observa-se que a admissibilidade da prova deve se pautar exclusivamente por critérios lógicos, não relacionados com o resultado apriorístico que a prova possa produzir no julgador. Neste sentido é a lição de Leonardo Greco:

É necessário que a admissibilidade das provas seja apreciada pelo juiz não da sua própria perspectiva, mas da utilidade ou relevância da prova, analisada à luz da perspectiva probatória ou da linha de argumentação da parte que a propôs. Se desse prisma resultar que a prova requerida possa ter alguma utilidade, o juiz deverá deferi-la, indeferindo apenas aquelas provas que, nem mesmo por esse critério, possam apresentar a mais remota utilidade. Na dúvida, o juiz deverá ser tolerante, deferindo a prova requerida, cuja admissibilidade deve significar não manifesta irrelevância ou

³² CAMEJO FILHO, Walter. “Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas”. **Prova Cível**. C. A. Alvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 1999. pág. 05. “O exercício desse poder, sem dúvida, representa um limite à atividade probatória e, por tal razão, merece ser investigado. Em linhas gerais, o juízo de admissibilidade manifesta-se de forma escalonada, tal como um filtro constituído por três planos distintos, que eliminam as provas impuras, deixando passar apenas aquelas que realmente interessam ao litígio.”

inutilidade. Somente assim o juiz despir-se-á de um juízo de admissibilidade autoritário ou preconceituoso.³³

Ainda que alguns setores da jurisprudência considerem o julgador como destinatário único da prova,³⁴ a concepção do contraditório como influência, abordada por este trabalho, coloca-se de maneira a demonstrar que todos os sujeitos processuais são, também, destinatários da produção probatória, uma vez que o processo é uma comunidade de trabalho entre eles, com vistas à obtenção de um resultado dialético.

Assim, a admissibilidade da prova que não se encontra maculada por nenhuma limitação probatória é manifestação do direito à prova da parte, que objetiva não somente influenciar o magistrado, mas também conscientizar a parte contrária das dimensões do direito pleiteado ou defendido por aquele que deseja produzir a prova.

5.2) VALORAÇÃO:

A fase de valoração das provas é o momento culminante da produção probatória, em que o magistrado analisa o conjunto probatório, de maneira a resultar na solução da questão fática.

É imprescindível que as impressões trazidas pelas provas sejam explicitadas na motivação da sentença pelo juiz para que se confira segurança jurídica à prestação jurisdicional, de forma que o raciocínio trilhado pelo julgador resta claro para as partes, o que facilita, sobremaneira, a pacificação social. Neste sentido é a lição de Gerson Lira:

Há uma estreita ligação entre a valoração das provas e a motivação, uma vez que, em não havendo esta, cair-se-ia na irracionalidade do resultado obtido, pois que de nada adianta o juiz ter seguido corretamente os critérios lógicos e jurídicos na atividade de seleção e crítica do material probatório se estiver desvinculado do dever de demonstrar de forma clara o caminho que percorreu. O substrato de avaliação sobre as

³³ GRECO, Leonardo. “A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil”. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. pág. 364-365.

³⁴ Como exemplificação desta postura que requer superação cultural para o amadurecimento da garantia do contraditório, “(...) De acordo com o princípio do livre convencimento do Juízo, não há cerceamento de defesa se o Tribunal de origem opta pela não produção de prova pericial.(...)” (STJ, 4ª Turma, AGRESP 200800811688, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJE* 08/06/2010).

provas permaneceria no intelecto do juiz, não sendo exteriorizado, o que sempre serviria para abrir portas ao arbítrio.³⁵

Para compreender adequadamente o caráter inafastável da fundamentação como requisito da decisão que versa sobre análise probatória, apresenta-se um breve histórico acerca dos sistemas utilizados para a valoração probatória.

5.2.1) Os sistemas de valoração da prova:

5.2.1.1) Prova tarifada:

Inicialmente, é necessário explicitar a escolha do termo “prova tarifada”, em detrimento do corrente “prova legal”: considera-se que o primeiro é mais adequado que o segundo, porque em todos os sistemas de apreciação da prova se observa a presença de alguma prova legalmente determinada.³⁶ No nosso sistema hodierno, por exemplo, há prova determinada legalmente, no Código de Processo Civil e até mesmo no Código Civil, sendo esta classificada como “típica” ou “atípica”.

Este sistema orienta a atividade do julgador de forma que um fato se considera provado mediante sua *expressão tabelada*, vinculando formalmente o trabalho valorativo do julgador ao tabelamento daquela prova específica como plena ou semiplena. Por exemplo, uma prova atípica seria desconsiderada neste sistema pela sua inovação em relação ao exposto no tabelamento prévio de valoração.

Historicamente, ao contrário do que pode parecer numa análise mais superficial, o sistema de prova tarifada estabelecido na Idade Média representou um grande avanço na ciência processual, quando se considera que este é precedido pelos sistemas de valoração bárbaros, como a observação da caminhada sobre brasas ou banhos de água fervente, demasiado “metafísicos” para se considerarem como sistemas de valoração nos moldes da racionalidade contemporaneamente aceita, ainda que se possa dizer que

³⁵ LIRA, Gerson. “Direito à valoração das provas”. *op. cit.* pág. 27.

³⁶ Tal nomenclatura também se observa em DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial.** *op. cit.* pág. 85: Em tradução da autora, “Por provas legais se entende logicamente aquelas que, de acordo com o que a lei assinala como meios probatórios admissíveis em sede penal, civil ou de outra natureza, isto é, seja em forma taxativa ou permitindo a inclusão de outros meios, de acordo com o critério do juiz, em oposição à prova livre, que implicaria em deixar as partes em liberdade absoluta para escolher os meios com que pretendam obter a convicção do juiz a respeito dos fatos do processo”. No original, “Pero por pruebas legales se entiende lógicamente las que de acuerdo con la ley son admisibles en juicio penal, civil o de otra naturaleza, esto es, que existe prueba legal siempre que la ley señala los medios probatorios admisibles, sea en forma taxativa o permitiendo la inclusión de otros, a juicio del juez, en oposición a la prueba libre, que implicaría el dejar a las partes en libertad absoluta para escoger los medios con que pretendan obtener la convicción del juez, respecto de los hechos del proceso”.

neles também exista uma medida de tarifação. Quando do surgimento deste sistema de tarifação legal das provas, também se observa a existência de provas “sobrenaturais”, mas estas já possuíam alguma espécie de regulação racional pela atividade do julgador,³⁷ e acabaram, gradativamente, por desaparecer, dando lugar às provas tarifadas racionais.

Portanto, a grande evolução nesta matéria se deu quando se abandona a prova mística em prol da racionalidade, desenvolvimento que teve seu ápice na Alta Idade Média, no processo romano-canônico.

Assim, afirma-se que o surgimento da prova tarifada neste período do direito comum se deu em virtude de uma maior organização em torno da atividade judiciária, conferindo-lhe maior segurança e uniformidade em suas decisões; ou mesmo, como no dizer de Echandía, este sistema “supre a ignorância ou a falta de experiência dos juízes, com a adoção de regras que apontam o resultado da experiência, do estudo da lógica e da psicologia por pessoas autorizadas para tal”.³⁸

Observam-se, ainda hoje, resquícios do sistema de prova legal nos ordenamentos vigentes, como o artigo 227 do Código Civil ou o artigo 401 do Código de Processo Civil, que determinam que a prova dos negócios jurídicos de valor superior a 10 (dez) salários-mínimos impescinde de meio documental. Este fenômeno demonstra a inexistência prática de sistemas ditos “puros”, concebíveis apenas em teoria, assim como a dita simplificação do sistema de prova legal, que, na transição para o sistema de livre convencimento motivado, remanesce como critério de valoração de meios de prova específicos.³⁹

Como crítica, pode-se afirmar que a prova tarifada retira do juiz a atividade essencialmente valorativa diante da prova, porque o raciocínio do julgador diante de seu

³⁷ Neste sentido, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo.** *op. cit.* pág. 213: “Nos ordenamentos mais remotos, a exemplo do antigo processo germânico, o sistema da prova legal refletia um enraizado sentimento de superstição mística, incumbindo ao juiz a exclusiva função de controlar com sua presença a regularidade da realização das provas, de modo que garanta acatamento ao resultado alcançado por meio da autoridade própria de seu ofício.”

³⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial.** *op. cit.* pág 90, em tradução da autora. No original, “suple la ignorancia o la falta de experiencia de los jueces, con reglas adoptadas como resultado de las enseñanzas de la experiencia, del estudio de la lógica y la sicología por personas doctas”.

³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo.** *op. cit.* pág. 216: “Na passagem do direito comum às codificações, o sistema da prova legal, além de perder as características de fenômeno cultural e doutrinário, ganhando feição normativa, sofre poderosa simplificação, deixando de ser “sistema” para compreender apenas alguns meios de prova, com o que adquire força o princípio geral do ‘livre convencimento’.”

resultado é acríptico e subsuntivo. Destarte, observa-se esta não valoração em virtude da excessiva previsibilidade da atividade do juiz diante da prova – ele somente estabelece seu *quantum* de importância, de maneira puramente formalista.

Além disso, nota-se que, ao mesmo tempo em que confere uma sensação quase palpável de segurança jurídica, a prova tarifada consagra a verdade em um espectro excessivamente formalizado, cristalizando a dicotomia entre verdade formal e verdade material classicamente exposta pelo estudo do processo civil. Como exemplo do exposto, o enunciado nas Ordenações Filipinas, em seu livro 3, título 66: “o juiz devia julgar segundo o que achar provado de uma e outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito foi provado”.⁴⁰

5.2.1.2) Íntima convicção:

O sistema de livre convicção se baseia unicamente na consciência do julgador, dispensando a necessidade de motivação externa das escolhas que conduziram àquela decisão.

Sua origem histórica remonta ao direito romano, entre o período clássico e o pré-clássico; o juiz responsável pela análise probatória (um cidadão romano que pode ser denominado como “juiz privado”) não possuía qualquer vinculação externa para a apreciação da prova, podendo se utilizar de seu conhecimento pessoal, ou mesmo se isentar da apreciação, alegando a impossibilidade de esclarecimento acerca da questão (*mihi non liquet*).⁴¹

Esse sistema ainda vigora, ainda que com alguma limitação, nas decisões tomadas pelo júri popular, uma vez que existe a necessidade de que as decisões possuam coerência com o conjunto probatório, sob a possibilidade de anulação por recurso de apelação, conforme o artigo 593, III, “d”, do Código de Processo Penal.

A observação crítica a se fazer acerca deste sistema de valoração é de que ele pode ser perigoso porque, ainda que se afirme que a prova é importante para a formação da cognição, a ausência de motivação clara afasta as possibilidades de conhecer dos processos reais de valoração do conjunto probatório, ou mesmo se este de fato ocorreu.

⁴⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo.** *op. cit.* pág. 56.

⁴¹ Neste sentido, GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão Racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal.** Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do prof. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: 2013, pág. 118 e ss.

5.2.1.3) Livre convencimento motivado:

O sistema de livre convencimento motivado se forma diante do ideário iluminista do século XVIII; baseado numa necessidade de comprovação empírica da construção do raciocínio, permite que o julgador aprecie as provas de maneira livre (*livre*, aqui, diz respeito à não-tarifação das provas), desde que exponha, em suas razões de decisão, o caminho percorrido no estudo do conjunto probatório. Não basta que ele exponha o caminho percorrido: este caminho tem que ser pautado em critérios lógicos e racionais.

Assim, uma vez explicitada a *ratio decidendi*, pode-se restringir a utilização de critérios irracionais, como aqueles de fundo religioso⁴², assim como pode ocorrer a exclusão de critérios que, embora racionais, não mostrem pertinência com o caso em discussão. Assim, segundo Gerson Lira, a valoração da prova ocupa lugar de destaque na concepção de livre convencimento motivado, uma vez que

a racionalidade na valoração da prova está justamente na possibilidade de controlabilidade do livre convencimento do juiz. E isto é possível quando num sistema a motivação das decisões judiciais é significado de garantia, obrigando o juiz a justificar as próprias escolhas, adotadas para valorar as provas.⁴³

Contudo, é necessário realizar um esforço de aprofundamento para o estudo deste tema, uma vez que a expressão *livre convencimento motivado*, por si só, é insuficiente para a estruturação do conceito deste sistema de valoração das provas, porque pode sugerir um convencimento que se cria sem amarras, legitimado por uma breve exposição posterior dos caminhos traçados pelo julgador, ou seja, uma “versão contemporânea” do sistema de íntimo convencimento.

⁴² Acerca das limitações para a apreciação do conjunto probatório, DIDIER JR. Fredie *et. al.*. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. II.** *op. cit.* pág. 40: “A liberdade na apreciação das provas está sujeita a certas regras quanto à convicção, que fica condicionada (e porque é condicionada, há de ser sempre motivada); a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais de prova e às máximas de experiência. O livre convencimento motivado também fica limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam; não pode o magistrado, em um Estado laico, decidir com base em questões de fé, por exemplo”.

⁴³ LIRA, Gerson. “Direito à Valoração das provas”. *op. cit.*

Contudo, o convencimento do magistrado possui limites muito bem delimitados este sistema de valoração. Inicialmente, não poderá o julgador se fiar no seu conhecimento pessoal acerca dos fatos para o julgamento da causa: já se tornou corrente o exemplo em que o juiz, além de graduado em Direito, é um estudioso da Engenharia, mas não poderá se utilizar de seus conhecimentos técnicos da área para motivar sua decisão.

Desta maneira, conclui-se que a motivação das decisões deve se pautar no conjunto probatório constante dos autos; nesta análise, o magistrado deve expor seu conhecimento de todas as provas, delimitando de forma expressa a influência que esta exerceu para as escolhas do julgador. Nas palavras de Gerson Lira,

Há uma estreita ligação entre a valoração das provas e a motivação, uma vez que, em não havendo esta, cair-se-ia na irracionalidade do resultado obtido, pois que de nada adianta o juiz ter seguido corretamente os critérios lógicos e jurídicos na atividade de seleção e crítica do material probatório se estiver desvinculado do dever de demonstrar de forma clara o caminho que percorreu.⁴⁴

A evolução que se pode constatar, em relação ao sistema de prova tarifada, refere-se à possibilidade de atribuir valores às provas de uma maneira independente, sem vinculação prévia. No tocante ao sistema de íntimo convencimento, nota-se um desenvolvimento de mecanismos que coíbam o arbítrio, uma vez que o magistrado explicita todo o raciocínio percorrido para a conclusão alcançada. Pode-se depreender, portanto, que sobressai como diferencial do sistema de livre convencimento motivado a consideração necessária de um “direito à valoração das provas”.

6) O INDEFERIMENTO DE PROVA BASEADO EM “COGNIÇÃO SUFICIENTE” – A CONFUSÃO ENTRE OS PLANOS DE ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO:

É comum encontrar na prática forense situações em que o magistrado poderia indeferir a produção de uma prova pela suficiência de conhecimento que já existe a respeito daquela controvérsia; a prova, ali, aparentemente só serviria para o adiamento do desfecho da lide. Como um dos variados exemplos possíveis para a situação relatada, encontra-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

⁴⁴ LIRA, Gerson. “Direito à valoração das provas”. *op. cit.*, pág. 27.

“(…) PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. (...) Não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa, sem a produção de prova pericial, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento (...)”

(STJ, 3ª T., AGRESP 200702986925, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJE* 21/02/2011)

45

Quando o julgador realiza este raciocínio, aponta para uma suposta motivação de irrelevância da prova para a instrução em curso. Contudo, no dizer de Felipe Camilo Dall’Alba, “facilmente perceber-se-ia que a relevância ou irrelevância estaria sendo vista como *eficácia da prova*” (grifo nosso)⁴⁶. E assim se apresenta o problema central deste trabalho: a observação da eficácia da prova somente poderia se dar após a sua produção, no momento probatório de valoração de todo o conjunto produzido nos autos, e não no momento de sua admissão.

Ao criar este equívoco, despreza-se a existência de uma relação necessária e indispensável de preliminariedade entre os momentos de admissibilidade e valoração, assim como a impossibilidade de antecipação da valoração da prova a pretexto de uma suposta economia processual, uma vez que somente é possível valorar uma prova pronta e acabada. Contudo, observa-se que a referida confusão entre os momentos de admissão

⁴⁵ Outras decisões no mesmo sentido, que refletem uma concepção da atuação do magistrado que se apresenta como culturalmente superada: “CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. (...) Pelo princípio do livre convencimento do magistrado, ao relevar questões fáticas suficientes ao julgamento do feito, não pode o mesmo ser obrigado a autorizar a produção de prova testemunhal, ainda mais quando entender já existirem nos autos elementos suficientes para firmar o seu convencimento.” (STJ, 4ª Turma, EDRESP 201000750904, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJE* 17/12/2010); “(...) A prova se produz para o julgador, o qual é soberano na análise da sua conveniência. Assim, se o Juiz monocrático optou pelo julgamento antecipado da lide, não se pode censurá-lo, pois está desde então firmando o seu convencimento acerca das informações do processo. O direito de produzir a prova está limitado ao interesse do julgador em tê-las produzidas.” (Extinto TAPR - Oitava Câmara Cível Apelação nº 271431-4, Rel. Des. Paulo Roberto Vasconcelos, j. 16.11.2004); “Indeferimento de inquirição de testemunha como informante por não ser ‘estritamente necessário’ o depoimento - Namorada da parte arrolada como testemunha - Contradita apresentada pela parte contrária por amizade íntima e acolhida - Possibilidade - O juiz é o destinatário da prova e não é possível a interferência na sua livre convicção - Princípios da livre admissibilidade da prova e livre convencimento do juiz (CPC, arts. 130, 131) (...)” (TJSP, 27ª Câmara do Quarto Grupo (Extinto 2º TAC) Agravo de Instrumento nº 9000776-37.2006.8.26.0000, Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar, j.10/10/2006).

⁴⁶ DALL’ALBA, Felipe Camilo. “A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão de prova por já estar convencido o juiz”. **Prova Judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório**. Coordenado por Danilo Knijnik. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. pág. 100.

e valoração da prova talvez ainda seja tão usual na prática forense (e até mesmo na doutrina) porque se trata de uma questão cultural não superada, uma maneira tão arraigada de observar a análise da prova que acaba por desnaturar seus objetivos reais.

Também é desprezada a diferença entre liberdade dos meios de prova - decorrência direta do direito à prova - e livre convencimento motivado. Tal diferença se observa porque a aferição da (a)tipicidade dos meios de prova se dá no plano da admissibilidade, enquanto a diferenciação entre prova tarifada e livre convencimento motivado é analisada no plano da valoração.

O equívoco, neste caso, referir-se-ia à ideia de que os sistemas de prova tarifada precisariam de vínculos de tipicidade probatória, enquanto os sistemas de livre convencimento motivados prescindiriam deste tipo de classificação. Contudo, não é a liberdade dos meios de prova que delinea o sistema de livre convencimento motivado; este pode conviver perfeitamente com provas típicas, mas, ao mesmo tempo, preserva-se uma esfera de liberdade para a avaliação de seu resultado pelo julgador.⁴⁷

Esta maneira de pensar acaba por desprezar o raciocínio de que são as partes que determinam se há lastro probatório suficiente para o ajuizamento da ação num momento pré-processual, e nisto se baseia o princípio dispositivo. É impossível que o julgador, alheio ao ocorrido, conheça melhor sobre os fatos da causa e sobre as provas disponíveis para demonstrá-los do que aqueles que integram a relação jurídica material deduzida em juízo.

Contudo, num processo que preza pelo seu aspecto público, não se pode deixar esta construção da verdade embasada somente no princípio dispositivo. Também a sociedade possui interesses no deslinde justo do feito e, novamente evocando-se o

⁴⁷ Neste sentido, GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão Racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal.** *op. cit.* pág. 187: “Convencionou-se, na doutrina, distinguir os meios de prova típicos dos meios de prova atípicos, o que, numa primeira perspectiva, serviria para designar os meios de prova previstos nominalmente em lei aqueles que não encontram previsão legal. Sob esse prisma, um sistema que exija tipicidade probatória seria aquele que estabelece a admissibilidade de meios de prova típicos e taxativamente previstos em lei. Já um sistema em que não se estabeleça tal exigência seria tanto aquele que, embora contenha determinados meios de prova legalmente definidos, não adstringe as possibilidades de admissão àqueles meios de prova típicos, como também aquele que sequer define os meios de prova a serem utilizados no curso da instrução probatória. Esta dicotomia, que, advirta-se, não se confunde com a oposição entre livre convencimento e prova legal, deve ser estudada tanto para demonstrar a diferença entre os sistemas de admissibilidade e de valoração da prova, como também para verificar em que medida e de que formas tais sistemas – embora se refiram a etapas distintas da fase probatória – podem vir a se relacionar.”

conceito de comunidade de trabalho entre partes e juiz, desenrola-se a instrução probatória.⁴⁸

Assim, em que pesem os poderes instrutórios do juiz, cabe primordialmente às partes apresentarem a prova que pretendem produzir, assim como se precisa de sua aceitação para a antecipação de julgamento da lide. Nas palavras de Barbosa Moreira,

A iniciativa da instrução cabe, em primeira linha, às partes, pela simples e óbvia razão de que melhor conhecem os fatos e se acham em condições superiores às do órgão judicial para identificar as fontes de onde poderão extrair dados úteis à respectiva reconstituição. A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que a ambas as partes se hão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas.⁴⁹

Não se defende, aqui, uma admissão indiscriminada de provas aos autos; isso sacrificaria a economia processual em prol de uma cultura de procrastinação. O objetivo do estudo realizado é apontar para a necessidade de utilização racional dos filtros de admissibilidade da prova, de maneira que a prova inadmitida seja, de fato, irrelevante à revelação da verdade. Ou, no dizer de Echandía, é fundamental compreender que “o juiz não é livre para rejeitar o pedido de admissão de prova; sua vontade está submetida à da parte, posto que possui a obrigação de dar seguimento à produção da prova requerida, sempre que sua prática seja admissível naquele sistema processual”.⁵⁰

Diante do problema, é interessante observar o juízo de relevância probatória para a admissão de provas aos autos, e a reunião dos critérios para a emersão de uma concepção epistêmica de processo, conforme se fará nos próximos tópicos deste trabalho.

7) O JUÍZO DE RELEVÂNCIA PROBATÓRIA:

O juízo de relevância probatória se apresenta como um filtro lógico à admissibilidade irrestrita de provas aos autos, de maneira que o julgador, quando o

⁴⁸ Neste sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Neoprivatismo no processo civil”. **Temas de direito processual – 9ª série**. São Paulo: Saraiva, 2007. pág. 99: “Continua o mantra, todavia: ‘as partes, e não o órgão judicial, é que sabem o que melhor lhe convém’. (...) Ponha-se de lado, aqui, o juiz, que em todo caso deve ter interesse em que seja justo o resultado do pleito, já que fazer justiça é uma das funções principais do Estado, do qual ele é órgão.”

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A garantia do contraditório na atividade de instrução”. *op. cit.*

⁵⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. *op. cit.* pág. 38, em tradução da autora. No original, “el juez no es libre de rechazar la petición de prueba; su voluntad está sometida a la de la parte, puesto que tiene obligación de dar curso a la prueba pedida, siempre que la forma procesal admita la posibilidad de su practica”

realiza, nas palavras de Lisandra Demari, “verifica, antecipadamente e de forma hipotética, se as provas que se pretende introduzir no processo são realmente úteis e necessárias ou se apenas servirão para a demora no deslinde do feito”.⁵¹ Assim, observa-se uma verificação de que existe relacionamento entre a prova que se pretende produzir e os fatos ditos relevantes para o deslinde da questão, fixados como dependentes de esclarecimento na fase de saneamento do processo.⁵²

Existe respeitável corrente doutrinária que compreende que a aferição da relevância da prova se dá em momento distinto da sua admissão, porque o momento probatório de admissibilidade estaria relacionado à análise de mera legalidade formal da produção da prova.⁵³ Contudo, observa-se que a análise da relevância da prova se harmoniza melhor com o momento de ingresso da prova ao processo, porque tanto o raciocínio exercido para (in)admitir a prova quanto aquele realizado para verificar sua relevância se enquadram numa mesma finalidade: a limitação probatória. Deve-se ressaltar, também, que ainda que se as duas análises ocorram no mesmo momento processual, existe uma relação de antecedência lógica entre a aferição da admissibilidade e a da relevância da prova (porque seria anti-econômico analisar a utilidade/pertinência de uma prova inadmissível).

Também existe um outro posicionamento doutrinário, apresentado por Walter Camejo Filho, que, ao tratar dos momentos de produção probatória, cita estudiosos que se posicionam de maneira a abolir os filtros de admissibilidade da prova, de sorte que toda prova considerada relevante fosse admitida no processo, sem consideração de limitações probatórias, devendo o juiz se debruçar sobre elas somente no momento da valoração, em que a apreciação ocorreria de forma totalmente livre. Tal entendimento não está coadunado com o escopo deste trabalho – admitir este ingresso absoluto de provas acabaria por desconsiderar os critérios – essenciais – utilizados para a limitação probatória em sede de admissibilidade, de modo que retornaríamos ao que poderia ser

⁵¹ DEMARI, Lisandra. “Juízo de relevância da prova”. *op. cit.*

⁵² É importante registrar que nem sempre somente os fatos controvertidos são objeto de prova. Em algumas situações, o fato incontroverso também necessita de providências na fase de instrução probatória, porque pode se referir, por exemplo, a um requisito de constituição de ato jurídico.

⁵³ No sentido contrário ao proposto por este estudo, CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006, pág. 33-34: “A admissibilidade é um requisito de mera legalidade, atinente ao respeito às regras que prescrevem a forma pela qual certos meios de prova devem ser propostos, (...) ou concernente às regras que propõem proibições e limitações à admissão de certos meios de prova, em relação à natureza de certos fatos a serem provados.”

chamado de “estado de natureza processual”, sem controle de postulados éticos no desenrolar da relação processual.⁵⁴

Aloysio Libano de Paula Junior, ao tratar desse posicionamento, aponta que este sistema de admissibilidade absoluta é impensável na atualidade porque, ainda que se perceba a insuficiência do saber jurídico para disciplinar as provas num dado sistema processual (caráter metajurídico do direito probatório), é necessário que existam certas limitações probatórias.

Prossegue o autor falando da diferenciação entre admissibilidade e relevância:

Relevância tem que ver com a utilidade lógico-racional de um meio probatório para o acerto dos fatos litigiosos. A admissibilidade, por sua vez, é um conceito normativo que se preocupa em verificar a validade jurídica de uma prova relevante. Em suma, para definição de quais elementos probatórios podem adentrar o processo, os ordenamentos jurídicos utilizam-se de dois critérios: o da relevância e o da admissibilidade. Aquele tipicamente lógico; este, jurídico.⁵⁵

Feitas estas considerações, é fundamental explicitar que o juízo de relevância da prova deve se pautar por critérios objetivos de afinidade entre a prova cuja admissão foi requerida pela parte e o *thema probandum*, delimitado pelo julgador no momento em que fixou as questões controvertidas da demanda, bem como delimitou os fatos que necessitam de prova. Qualquer inadmissão que exorbite este método de análise de relevância acaba por se enveredar por critérios subjetivos; logo, não se trataria mais de

⁵⁴ CAMEJO FILHO, Walter. “Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas”. *op. cit.* pág. 03. “Ao se pretender limitar o direito à prova, está-se garantindo, de certa forma, a efetividade do processo, haja vista que a resposta jurisdicional será obtida de forma mais abreviada no tempo. No entanto, alguns autores ainda questionam se esta pretensão celeridade processual não sacrificaria a segurança jurídica da decisão, cuja certeza pode ter sido comprometida pela imposição de limites à busca de uma maior certeza sobre os fatos que lhe servem de base e fundamento.

A doutrina divide-se sobre o assunto. Existem autores – como Giovanni Verde – que defendem a admissibilidade no processo de tudo aquilo que for relevante, preferindo que a imposição de limites ocorra em momento posterior, através da liberdade absoluta do juiz na avaliação das provas. Os procedimentos de aquisição probatória, assim, deveriam ser abolidos, pois representam arbitrária limitação da indagação judicial.

O juiz deveria ser livre para individualizar os instrumentos de controle e, depois, regular caso a caso os procedimentos de aquisição das provas no processo. A única exigência seria salvaguardar o princípio do contraditório. Ao juiz, portanto, deveria ser assegurada a possibilidade de formar livremente seu próprio convencimento.”

⁵⁵ PAULA JR., Aloysio Libano de. **A experiência probatória no direito americano e no brasileiro.** *op. cit.* Pág. 225-234.

um juízo de relevância, mas sim da confusão de planos probatórios explicitada anteriormente, conforme item 6, *supra*.

A delimitação do *thema probandum* se dá num panorama colaborativo entre as partes e o julgador, no qual se extrai, do diálogo travado entre as partes, aquilo que ainda não está solucionado, ou seja, permanece como questão controvertida, que impediria a resolução do feito naquele momento. Neste contexto, é fundamental perceber que a finalidade da prova não se restringe mais ao convencimento do magistrado (como prelecionava a doutrina tradicional), mas deve alcançar, também, as partes e seus advogados, uma vez que seu interesse na realização da prova (assim como na observação da prova produzida pela parte contrária) não pode ser desprezado.

Desta maneira, é essencial observar que há uma relação necessária entre o objeto de prova e o juízo de sua relevância. Ora, não basta o juiz fixar os fatos controvertidos ou os fatos incontroversos que, excepcionalmente, dependem de prova. É preciso que estes fatos sejam capazes de, em tese, influir na solução jurídica a ser aplicada à causa – assim se definem os *fatos* relevantes para efeitos probatórios.

A *prova* relevante, por sua vez, verifica-se quando o meio de prova requerido for dirigido à demonstração dos fatos relevantes e tiver aptidão objetiva e abstrata para demonstrá-los.

Neste contexto, o primeiro passo para a definição da prova relevante consiste na fixação do próprio *thema probandum* pelas partes e pelo juiz, num panorama colaborativo; já o segundo depende de um esclarecimento acerca do objetivo do meio de prova cuja produção é requerida ou determinada, e de sua aptidão para demonstrar um fato relevante, como no caso em que a perícia demonstra um fato relevante, cujo esclarecimento depende de conhecimento técnico científico.

No entendimento de Hermes Zaneti Jr., a discussão da relevância das provas se dá em conjunto, com a superação da concepção de que direito e processo estão em patamares distintos. Ademais, confere à prova a noção de fator argumentativo para a construção da decisão judicial, que transcende a função exclusivamente demonstrativa que lhe é dada pela doutrina processual clássica.⁵⁶ O autor sugere que o momento

⁵⁶ ZANETI JR., Hermes. “Direito probatório, lógica jurídica e processo”. **Provas: aspectos atuais do direito probatório**. Coordenado por Daniel Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. pág 216-217: “No Brasil, a prova tem sido entendida como demonstração: ‘prova é demonstração e provar é demonstrar’ (*sic*). Este conceito está ligado a uma concepção que vê o direito processual e o material em dois planos distintos (...). O trabalho até aqui desenvolvido procurou deixar assente a tentativa de superação hodierna do reducionismo silogista deste raciocínio, contrário à criação

adequado para esta atividade é o da audiência preliminar, que permite aos atores do processo uma fixação crítica das questões controvertidas, juntamente com uma discussão acerca do que seria considerado relevante para esclarecê-los.

Assim, percebe-se que o conceito de relevância parte do conteúdo e da finalidade da prova, e não de um ato exclusivo do juiz que, pela sua distância natural dos acontecimentos que resultaram no ajuizamento do feito, pode não fixar as questões controvertidas (assim como o *thema probandum*) da forma mais servil ao alcance da verdade.

É essencial ressaltar que a relevância da prova também se coloca como um corolário de economia processual, porque possibilita que os atores do processo se debrucem exclusivamente sobre aquilo que possui potencialidade para a resolução da questão quando elimina as provas inaptas para o descobrimento da verdade.⁵⁷

Além da função de exclusão das provas irrelevantes, o juízo de relevância também possui função inclusiva, na medida em que se observa que toda prova útil deve ser admitida. Tal função se justifica num plano epistêmico, porque, segundo Taruffo, “a exclusão de informações úteis viciaria *ab origine* todo e qualquer procedimento epistêmico; o único modo para maximizar a confiabilidade dos resultados de tal procedimento consiste no emprego adequado de todos os elementos de conhecimento disponíveis”.⁵⁸

Aqui cabe fazer uma observação: ainda que o processo possua um objetivo epistemológico, este não é seu único escopo; dessa forma, nem toda prova relevante poderá ser admitida, porque ela poderá padecer de uma limitação probatória, e tal ponderação entre a busca da verdade e a limitação apresentada será realizada no caso concreto.

judicial e adepto da dicotomia questão de fato – questão de direito. Se o fato não pode ser percebido dentro do processo sem as suas implicações jurídicas, também ele reverte sobre o direito uma eficácia modificadora. Exemplos de busca da verdade provável de forma mais cooperativa estão distribuídos no nosso CPC. Pode-se citar a audiência preliminar do art. 331, que tem entre seus objetivos uma clara abertura para a discussão da relevância das provas a serem produzidas, bem como na fixação dos pontos controvertidos e na determinação da prova a ser produzida em audiência.”

⁵⁷ É esta a lição de TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. por Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012. pág. 167. “Nesse sentido a referência à economia processual é sensata por pelo menos duas razões: porque aqui se trata de economia processual (e não simplesmente de economia de despesas) e, sobretudo, porque o princípio em questão implica a eliminação preliminar de provas que, de qualquer modo, não seriam úteis para a apuração dos fatos, não provocando, portanto, qualquer limitação à obtenção das informações que servem para apuração da verdade”.

⁵⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. *op. cit.* pág. 167.

Ainda há um pouco de resistência entre os doutrinadores de *civil law* no trato deste tema, dada a concentração da atividade de estudo do conjunto probatório na figura do magistrado. Em virtude desta particularidade cultural, estes juristas parecem pouco afeitos à ideia, na medida em que o conceito de relevância soa como uma obviedade quase ululante – alguns autores se limitam a relatar que o fato irrelevante não seria objeto de prova. Ao revés, os processualistas de *common law* se alongam neste estudo, uma vez que o juízo de relevância, para eles, revela-se como um filtro de qualidade para as provas que virão a ser apresentadas aos jurados, que poderiam se afastar das questões controvertidas diante de um conjunto probatório excessivo.⁵⁹

O receio dos estudiosos de *civil law* se justifica na medida em que, nos ordenamentos de *common law*, o juízo de relevância seja conceituado como uma pré-valorização da prova, ou seja, abre-se a possibilidade de um equívoco conceitual em que os planos de admissibilidade e valoração se confundem, o que não se coaduna com o objetivo deste trabalho, que pretende colocá-los como momentos distintos. O nosso entendimento está no sentido de que, ainda que se possa observar a realização de um juízo de antecipação hipotética em relação à utilidade da prova apresentada, este não se confunde com uma atividade valorativa. A contribuição do sistema de *common law* para o entendimento do conceito de relevância probatória se restringe à observância de um critério lógico de análise das provas.

Conclui-se que o conceito de relevância da prova se relaciona com o seu potencial de utilidade para a solução jurídica da lide, de maneira que pouco importa que aquele fato possua relevância jurídica *lato sensu*, se ele não for determinante para aquela lide específica. Deve-se ressaltar, também, que não existem *gradações de relevância*; ou a prova é relevante, ou não é.

Assim, pode-se aferir que o juízo de relevância, ao ser utilizado como critério crítico de admissibilidade da prova aos autos, deve ser considerado não apenas como um filtro para exclusão da prova inútil ao deslinde da causa, mas sobretudo como um meio para inclusão de toda prova considerada útil para o alcance da verdade. E, em ambos os aspectos, deve ser considerado como justificativa idônea para a (in)admissão da prova, afastando qualquer obscuridade acerca de seu (in)deferimento.

⁵⁹ Neste sentido, DEMARI, Lisandra. “Juízo de relevância da prova”. *op. cit.* “Também é preciso considerar que, no sistema anglo-americano, a instituição do júri contribuiu para o desenvolvimento da teoria da relevância dos meios de prova (...). Dentre as regras de exclusão, assume particular significação a determinação da relevância, que representa o requisito lógico para a apresentação da prova ao júri, evitando-se que a multiplicação de questões possa desviar os jurados da questão principal a ser decidida”.

8) O DIREITO À PROVA E A DIFERENÇA ENTRE PROVA RELEVANTE E PROVA SUFICIENTE À LUZ DA CONCEPÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA PROVA:

O direito à prova deve ser observado como uma garantia de previsibilidade da atividade probatória, que deve considerar, também, as necessidades de participação e influência nesta busca da verdade. Para que tal estágio de desenvolvimento aconteça, é fundamental que se considere toda a atividade probatória como uma busca epistêmica da verdade, analisando a prova como um processo epistemológico, calcado em previsibilidade, para que a garantia do contraditório se concretize. Ou, no dizer de Aloysio Libano de Paula Junior, “somente quando um direito à prova for assegurado é que haverá um contraditório como expressão do princípio político de participação democrática”⁶⁰.

É fundamental ressaltar, neste momento conclusivo, que esta autora não considera a prova com função exclusivamente demonstrativa. A função epistemológica da prova, enquanto necessidade de reconstrução, no processo, da realidade dos fatos ocorridos, é inafastável. Não é possível, no contexto cultural hodierno, pensar numa verdade meramente formal; a verdade real é passível de ser encontrada no âmbito do processo civil.

Contudo, devem estar harmonizadas as funções demonstrativa e persuasiva da prova. Afinal, a prova tem também o objetivo de legitimação de decisões, na medida em que se buscam métodos argumentativos para justificar a conclusão fática do juiz e se enfatiza o contraditório na reconstrução da verdade. Se o processo, como um todo, não possui um único escopo, não é possível restringir as finalidades da prova.

Ademais, esta garantia somente se concretiza quando há delimitação clara entre os momentos da atividade probatória, pois se estabelece uma situação de segurança jurídica e previsibilidade que permite aos personagens do processo uma atuação voltada para a influência dos demais atores, sem sobressaltos, com maior naturalidade diante dos atos processuais que se desenrolam segundo um padrão conhecido.

⁶⁰ PAULA JR., Aloysio Libano de. *A experiência probatória no direito americano e no brasileiro*. *op. cit.* Pág. 27.

Dentro deste contexto, apresenta-se o juízo de relevância da prova, que possui função claramente epistemológica.

Logo, é imprescindível considerar estes três aspectos (consideração epistêmica do processo; delimitação clara das etapas da atividade probatória; utilização do juízo de relevância da prova) para que se amadureça o estudo do direito probatório de forma que a garantia do contraditório se estenda, efetivamente, para um patamar participativo, explicitado na motivação das decisões.

9) CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Os moldes sociais vivenciados no Estado Democrático de Direito exigem um reposicionamento crítico sobre o direito processual. Como reflexo deste modelo estatal, vivencia-se um processo pautado em diretrizes democráticas, favorecedoras do diálogo entre as partes e o juiz – assim, pode-se dizer que a nova dimensão da garantia do contraditório, na qual se abandona a ideia de um debate entre duas partes na presença de um espectador estatal para a promoção de um contraditório *participativo*.

Para que se efetive este novo viés do contraditório, várias opiniões arraigadas em doutrina e jurisprudência merecem reformulação. No tocante ao direito probatório, as posturas que centralizam a finalidade da prova ao convencimento judicial, os conceitos demasiados “psicológicos” de prova e, em especial, as situações em que o julgador se permite antecipar o momento de valoração da prova para o momento de sua admissão aos autos refletem um pensamento obsoleto, que não acompanhou as mudanças culturais que transformaram o processo.

Abordou-se o raciocínio de Marcelo Lima Guerra para oferecer um parâmetro de reflexão para este novo processo: a necessidade de se tratar o direito probatório por um viés epistemológico. Segundo ele, quando se analisa a prova sob um aspecto objetivo, delimita-se sua finalidade como um “método de deliberação racional sobre alegações controvertidas”, oferecendo ao jurisdicionado uma situação de segurança jurídica calcada nas escolhas justificadas do magistrado e coadunada com a revelação da verdade real.

Observa-se que esse parâmetro epistêmico deve ser utilizado para o estudo de todo o fenômeno processual, uma vez que, neste novo contexto, é fundamental perceber o processo como um método para apuração da verdade com base nas provas.

Como paradigma para o estudo, utilizou-se a situação em que o magistrado inadmite a produção da prova requerida pela parte em virtude de haver “suficiência de conhecimento” acerca do tema, de forma que o julgador antecipa, para o momento da verificação da admissibilidade da prova, a atividade valorativa sobre a mesma.

Os aplausos daqueles que celebram a celeridade processual sem maiores reflexões diante da atuação do juiz que dispensa a produção de uma prova por se considerar convencido é o exemplo perfeito da situação em que há clamor social sem ligação com fins de justiça, o que não merece mais prosperar num processo colaborativo. Ainda que o leigo lhe ofereça um suposto suporte de legitimidade, persiste o cerceamento do contraditório.

Também é importante perceber, ao analisar esta situação, que o relacionamento entre processo e Constituição deve se pautar de forma que o formalismo ao qual somos instintivamente conduzidos no estudo dos institutos de direito processual seja alçado a um patamar valorativo, em prol de uma construção processual cuja técnica seja instrumental para a efetivação da norma constitucional. Neste contexto, o enfraquecimento da fundamentação da decisão que antecipa o momento de valoração da prova para o plano da admissibilidade se apresenta como uma situação incontornável para o formalismo-valorativo.⁶¹

Quando se utiliza um critério epistemológico para a matéria probatória, abandona-se a superada concepção de uma prova enquanto ato de fé, ou na crença subjetiva do julgador na existência dos fatos, aumentando-se as possibilidades objetivas de prestação de justiça.⁶² A verdade, para o processo, não pode ser considerada como um objetivo metafísico, mas sim como uma construção epistêmica, consubstanciada na decisão motivada, mas concebida conjuntamente por todos os atores do processo.

Para a superação do problema de confusão entre os planos de admissibilidade e valoração, apresentou-se como indispensável a utilização do juízo de relevância da prova para a sua admissão numa perspectiva epistêmica, observando-se a relevância como a aferição da potencial utilidade para o esclarecimento dos pontos controvertidos.

⁶¹ Também neste sentido, GRECO, Leonardo. “O conceito de prova”. *op. cit.* pág. 451. “O fundamental é que as normas jurídicas relativas à produção das provas não podem constituir obstáculos que dificultem a reconstrução objetiva dos fatos.”

⁶² GRECO, Leonardo. “O conceito de prova”. *op. cit.* pág. 441. “Não disciplinada epistemologicamente, nem preocupada com a maior fidelidade possível à realidade objetiva, a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, reduz a prova a um ato de fé, à crença subjetiva do juiz na existência dos fatos, que a lei transforma num juízo de certeza com validade apenas no caso concreto, mas do qual podem resultar a negativa da tutela do direito de quem o tem ou a sua concessão a quem não o tem.”

Delimitou-se, também, a necessidade de separação clara entre os momentos de produção probatória, de forma a evitar equívocos entre admissibilidade e valoração. Concluiu-se que a admissibilidade, quando bem realizada, impede o ingresso de provas que embacem a percepção da verdade. Desta forma, a relação que se deve travar entre admissibilidade e valoração é de que a segunda será mais clara, objetiva e econômica quanto mais a primeira for realizada segundo critérios não-subjetivos e afinados com os fins epistêmicos da busca da verdade.

10) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”. **Revista de Processo nº 37**. São Paulo: RT, jan. 1985.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A garantia do contraditório na atividade de instrução”. **Revista de Processo nº 35**. São Paulo: RT, jul. 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Neoprivatismo no processo civil”. **Temas de direito processual – 9ª série**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. “Il Principio del Contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito”. **Rivista di Diritto Processuale**. Seconda Serie, Anno LX, N° 02. Padova: aprile-giugno 2005.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

CAMEJO FILHO, Walter. “Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas”. **Prova Cível**. C. A. Alvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALL’ALBA, Felipe Camilo. “A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão de prova por já estar convencido o juiz”. **Prova Judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório**. Coordenado por Danilo Knijnik. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DAMARI, Lisandra. “Juízo de relevância da prova”. **Prova Judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório**. Coordenado por Danilo Knijnik. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, n/d.

DIDIER JR. Fredie, *et. al.* **Curso de Direito Processual Civil. Vol. II**. Salvador: JusPodivm, 2010.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Teoria Geral da Prova – Aspectos Polêmicos**. Salvador: JusPodivm, 2005.

GRECO, Leonardo. “A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil”. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, Leonardo. “O conceito de prova”. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. **Revista de Processo nº 164**. São Paulo: RT, out. 2008.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão Racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do prof. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: 2013.

GUERRA, Marcelo Lima. **Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf>. Acesso em 26 de fevereiro de 2013.

LIRA, Gerson. “Direito à valoração das provas”. **Prova Cível**. C. A. Alvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”. **Revista de Processo n° 168**. São Paulo: RT, fev. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Juiz e o princípio do contraditório”. **Revista de Processo n° 73**. São Paulo: RT, jan. 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>. Acesso em 26 de fevereiro de 2013.

PARCHEN, Laura Fernandes. **Impacto do princípio da cooperação no juiz**. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2013.

PAULA JR., Aloysio Libano. **A experiência probatória no direito americano e no brasileiro**. Dissertação apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Leonardo Greco. Rio de Janeiro, 2008.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. por Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ZANETI JR., Hermes. “Direito probatório, lógica jurídica e processo”. **Provas: aspectos atuais do direito probatório.** Coordenado por Daniel Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.