

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

KARINA FRANZNER

**ESTUDO SOBRE O DESENVOLVIMENTO DAS PROVAS NO
PROCESSO CIVIL E A SENTENÇA JUDICIAL DEVIDAMENTE
MOTIVADA**

Porto Alegre

2014

KARINA FRANZNER

**ESTUDO SOBRE O DESENVOLVIMENTO DAS PROVAS NO
PROCESSO CIVIL E A SENTENÇA JUDICIAL DEVIDAMENTE
MOTIVADA**

Artigo científico apresentado como requisito final para obtenção de grau de Especialista em Processo Civil pelo programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2014

KARINA FRANZNER

**ESTUDO SOBRE O DESENVOLVIMENTO DAS PROVAS NO PROCESSO CIVIL
E A SENTENÇA JUDICIAL DEVIDAMENTE MOTIVADA**

Artigo científico apresentado como requisito final para obtenção de grau de Especialista em Processo Civil pelo programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada: 07 de Abril de 2014.

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin
UFRGS

Prof. Dr. Sérgio Luis Wetzel de Mattos
UFRGS

Prof. Dr. Daniel Mitidiero
UFRGS - Orientador

RESUMO

O presente trabalho visa discorrer sobre o poder discricionário do juiz no que tange ao indeferimento de provas lícitas, com escopo de dimensionar se o magistrado pode fundamentar despacho indeferindo provas pelo princípio do livre convencimento judicial, também a saber se o juiz é ou não o destinatário da prova produzida no processo civil. Procura-se refletir sobre a obrigatoriedade da motivação das sentenças judiciais, com escopo de dimensionar quais são os critérios para uma decisão devidamente fundamentada, os quais não estão positivados em norma legal, além de estudar os fundamentos lógicos de uma sentença e alguns princípios constitucionais.

Palavras chaves: Admissão de provas. Produção de provas. Princípio do livre convencimento judicial. Prova lícita. Motivação da sentença judicial. Critérios da fundamentação.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the discretionary power of the judge related to the possibility of his refusal to allow new legal evidence in to the litigation. This paper has the purpose to verify if the judge can dismiss a piece of evidence founded on the Free Persuasion Principle, also whether or not the judge is the addressee of the evidence in civil proceedings. As well, the paper ponders about the sentence's obligatoriness to unroll the judges decision, witch aren't enrolled in any law, and the sentence's logicals grounds.

Key words: Proof entrance examination. Proof elaboration. Free Persuasion Principle. Lawful proof. Sentence motivated.

SUMÁRIO

1. Introdução	7
2. A defesa do direito à prova e à sentença motivada na Constituição Federal de 1988	9
2.1. Direito fundamental à publicidade	9
2.2. Princípios constitucionais inerentes à garantia	10
2.2.1. Conceito genérico de garantia	10
2.2.2. A garantia constitucional da motivação	11
2.2.3. O princípio da demanda e o princípio da motivação	12
3. Formalismo, prova e processo	13
3.1. Prova e verdade	13
3.2. Formalismo-valorativo e o direito ao contraditório	14
3.3. Formalismo e os sujeitos do processo	15
4. As fases processuais da prova	16
4.1. Admissibilidade da prova e meios de prova	16
4.2. Ônus da prova	19
4.3. Produção da prova	21
4.4. Apreciação da prova e o convencimento judicial	23
5. A sentença motivada	25
5.1. A sentença e os fatos da causa	27
5.2. O sentimento de lógica da sentença	28
5.3. Critérios para uma sentença motivada	30
6. Conclusão	32
Referências	34

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 positivou em seu art. 93, inciso IX, que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e devidamente fundamentados, sob pena de nulidade. Extrai-se do mencionado dispositivo que o magistrado tem o dever constitucional de demonstrar em suas decisões quais foram os motivos que o convenceram. Contudo, ainda não há positivação legal de parâmetros que devam ser considerados para ponderar se determinada decisão está ou não corretamente fundamentada.

O presente trabalho visa estudar a produção de provas do processo civil e a sentença judicial que avalia ou não tais provas elaboradas. Discutir-se-á alguns princípios constitucionais relativos à motivação judicial, bem como elementos lógicos para uma decisão considerada devidamente fundamentada e critérios que não estão positivados em normas legais. Do mesmo modo, será exposto breve considerações quanto ao direito de provas.

O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 dispõe que o Poder Judiciário realizará seus julgamentos publicamente e de modo fundamentado, sob pena de nulidade. Portanto, o mencionado artigo legal obriga o magistrado a fundamentar quais maneiras o levaram a decidir o litígio jurídico apresentado.

Atualmente, no ordenamento jurídico cível, existe o processo de conhecimento, o processo cautelar e o processo de execução. O processo civil de conhecimento divide-se em quatro fases: fase postulatória, fase ordinatória, fase instrutória e fase saneadora. O presente trabalho analisará as provas que são ordenadas e realizadas nas fases ordinatória e instrutória.

O sistema jurídico brasileiro adota o sistema da persuasão racional ou livre convencimento dos fatos para a apreciação e avaliação das provas, conforme depreende-se dos artigos 130¹ e 131² do Código de Processo Civil.

Todavia, não há no ordenamento jurídico brasileiro norma positivada que fixe parâmetros aos quais a fundamentação da decisão judicial deva obedecer para estar em conformidade com a Constituição Federal.

¹ “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

² “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Diante disso, na prática forense, frequentemente observa-se que julgadores proferem despachos indeferindo a produção de provas, alegando a sua inutilidade, posto que encontram convencidos por outras provas já produzidas no processo, assim, fundamentando o indeferimento por ser ele, o julgador, o destinatário final da prova.

A dúvida recai sobre o seguinte fato: se a admissão de provas deve ser feita através do canal da hipótese, não seria possível uma nova prova no processo modificar a decisão final? Ademais, não estaria o magistrado demonstrando sua decisão antecipadamente?

O presente trabalho também visa questionar o despacho judicial que, com base no princípio do livre convencimento judicial e no aspecto de ser o juiz supostamente o destinatário final da prova, indefere prova lícita no processo de conhecimento, impedindo a produção de novo material probatório e, caso a prova seja admitida, esta deva ser necessariamente analisada e mencionada na sentença.

2. A DEFESA DO DIREITO À PROVA E À SENTENÇA MOTIVADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1. Direito fundamental à publicidade

Via de regra, consoante o art. 93, inciso IX e X da CF, a publicidade impera em todos os julgados do Judiciário, sob pena de nulidade. A Corte Europeia dos Direitos Humanos entende que o direito à publicidade é um direito fundamental, uma vez que a mesma confere proteção as partes no processo contra uma justiça reservada que não está ao alcance do controle público.

O direito fundamental à publicidade é uma maneira de preservar a confiança do público nas cortes e tribunais. A transparência confere a sensação de justiça e auxilia na finalidade do direito fundamental à publicidade, qual seja, o processo justo.³

Ainda que a publicidade seja a regra geral, a lei pode preservar o direito à intimidade do interessado, caso este não cause prejuízo ao interesse público à informação. O antagonismo entre essas duas situações deve ser equilibrado pelo magistrado, considerando as conformidades do caso concreto, e, também, considerando o disposto no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, o qual versa sobre a possibilidade da lei restringir a publicidade dos atos processuais quando a intimidade ou interesse social da parte exigir.

A referida publicidade no processo pode ter características de caráter geral ou especial, bem como ser imediata ou mediata.

A regra geral corresponde a publicidade geral. Todas as pessoas podem ter acesso ao que acontece em juízo. Um exemplo é o art. 444 do CPC, o qual dispõe sobre a publicidade da audiência de instrução e julgamento. Excepcionalmente, a publicidade pode ser especial, quando os atos do processo são restritos ao público em geral, envolvendo apenas os participantes da lide, quando o processo se desenvolve em segredo de justiça, à luz do art. 155 do CPC. Ainda que a publicidade especial cinge-se às partes envolvidas no processo, um terceiro pode demonstrar seu interesse jurídico na causa e pedir acesso aos autos.

A publicidade imediata refere-se a possibilidade de as partes ou o público observar a realização de um ato judicial e, caso queira ou precise, dele

³ OLIVEIRA, Alvaro de; Daniel Mitidiero. Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito do processo civil. p.46

participar. A publicidade mediata consiste na possibilidade de qualquer pessoa poder ter acesso ao que ocorreu no processo como, por exemplo, o direito de solicitar certidões.⁴

Os processos que não tramitam em segredo de justiça são públicos, podendo ser acessado por advogados e também por qualquer cidadão, inclusive a imprensa, decorrência do princípio da transparência dos atos públicos e da função jurisdicional, bem como pela disposição do artigo 141, inciso V, do CPC.

Quanto aos processos que tramitam em segredo de justiça, o acesso aos autos é restrito às partes e aos seus advogados, podendo um terceiro ter acesso se comprovar interesse jurídico. Este poderá requerer ao magistrado a cópia da certidão do dispositivo da sentença ou também inventário de partilha de uma separação judicial, consoante dispõe o art. 155, parágrafo único, do CPC.

2.2. Princípios constitucionais inerentes à garantia

2.2.1. Conceito genérico de garantia

Antes de comentar sobre a garantia constitucional da motivação judicial é prudente delimitar o conceito jurídico genérico de garantia, para posteriormente compreender a repercussão conceitual sobre a motivação judicial.

Grandes conceitos jurídicos, que são protegidos por diversas instituições de direito, podem ter uma definição vaga e imprecisa e, por isso, encontra-se dificuldade em conciliar a estrutura geral do conceito com a precisão necessária para os campos específicos. Contudo, o conceito geral de garantia consegue produzir-se da estrutura particular à geral, e reciprocamente, mantendo uma estrutura idêntica e de simples compreensão.⁵

Assim, considerando-se uma rigorosa perspectiva objetiva, o conceito genérico de garantia no Direito, *prima facie*, tem um significado comum. A garantia genérica visa proteger o direito de ação e o efeito dessa ação pelo o que foi juridicamente estipulado.

Já na dimensão subjetiva, o reconhecimento do termo 'garantia' pelo Direito envolve, impreterivelmente, a identificação do termo 'garante', exprimindo-se

⁴ OLIVEIRA, Alvaro de; Daniel Mitidiero. Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito do processo civil. p.47

⁵ SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. P.137.

dessa expressão a responsabilidade pelo cumprimento ou obediência de uma garantia.⁶

Outrossim, as versões objetivas e subjetivas do conceito genérico de garantia, à primeira vista, ainda que ambas sejam consideravelmente imprecisas, têm um grandioso significado jurídico – isso porque o conceito de garantia baseia-se, obrigatoriamente, nas ideias de confiança, segurança, proteção e defesa.⁷

2.2.2. A garantia constitucional da motivação

A dimensão subjetiva do conceito de garantia constitucional envolve a restrição que o Estado impõe em seus próprios poderes soberanos em favor das liberdades públicas que reconheceu em sua constituição. O aspecto objetivo do conceito expõe que motivação das decisões judiciais são técnicas que visam amparar os valores reconhecidos na Constituição, valores estes que são necessários para a integração dos grupos sociais.⁸

Assim, quando a ideia de motivação das sentenças se concretiza na Constituição Federal, os três grandes conceitos processuais – jurisdição, ação e processo judicial – contribuem ao entendimento processual. O Estado restringiu o uso da justiça de mão própria pelos particulares por meio do Princípio da Demanda e, assim, assegurou para eles a ação, em observância ao Direito, que por sua vez abrange ao processo judicial.

O termo “judicial” é a grande palavra-chave nesse expressão porque tem por foco não apenas o processo, mas também a garantia da motivação judicial, uma vez que com a motivação judicial na sentença, primeiro *coram proprio iudice*⁹, posteriormente por *coram partibus*¹⁰, momento que verdadeiramente o previsto na Constituição Federal é consolidado, podendo-se perceber que existe na fundamentação da sentença a subordinação que o Estado impôs ao seu poder soberano por intermédio da observância de uma garantia constitucional.

Esses “pequenos” detalhes são de suma importância porque o reconhecimento da garantia constitucional da motivação das sentença demonstra

⁶ SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. P.138.

⁷ SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. P.138.

⁸ SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. P.138.

⁹ “Na presença do juiz”, tradução livre.

¹⁰ “Na presença das partes”, tradução livre.

que, ao menos em plano formal, quando os particulares exercem a ação em um processo judicial há uma considerável confiança e segurança na jurisdição.¹¹

2.2.3. O Princípio da Demanda e Princípio da Motivação Judicial

Ao idealizar o formalismo processual para o Poder Judiciário pensa-se na questão do poder que lhe é transferido, com maior ou menor nível de liberdade, a respeito do direito das partes. Em relação a esse assunto há um grande discurso do formalismo processual: os evidentes níveis de tensão entre o direito processual e o direito material, posto que este pode vir a ceder devido argumentos exclusivamente formais.¹²

Deve-se, em verdade, analisar o vínculo existente entre a atividade judicial e o princípio da demanda em sentido material, ainda mais quando se considera que a atividade exagerada do Judiciário pode levar ao abuso e quebra de sua substancial imparcialidade. Por esses motivos, o Princípio da Demanda demonstra-se elementar para o exame da perspectiva dos poderes de iniciativa judicial e das partes.

O Poder Judiciário deve manter-se longe da formulação do pedido, bem como da indicação da causa de pedir, independentemente da natureza do direito em litígio, exceto as exceções dos arts. 989, 1.129, 1.142 e 1.160 do Código de Processo Civil¹³, em atenção à política judiciária. O cidadão deve ser totalmente desvencilhado do poder estatal, ele deve ser livre para alcançar seus direitos da maneira que reputar mais adequada e quando utilizar a máquina do judiciário não deve ter de implorar ao juiz uma solução, mas sim se defender de seu competidor, por meio de seu advogado. O magistrado deve ser um indivíduo com a estima de dirimir as relações jurídicas litigiosas entre cidadãos livres.¹⁴

O princípio da motivação não engloba apenas as escolhas do juiz em relação a pormenorizar a lei adequada ao caso apresentado e suas correlatas consequências jurídicas, tais como a ligação entre a consequência e coerência entre os termos legais escolhidos, com escopo de proporcionar o controle da

¹¹ SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. P.139.

¹² OLIVEIRA, Calos Alberto de. *Do formalismo no processo civil*. p. 197.

¹³ Art. 989: abertura de inventário, art. 1.129: exibição de testamento, art. 1.142 arrecadação de bens de herança jacente e art. 1.160: arrecadação de bens de ausentes.

¹⁴ OLIVEIRA, Calos Alberto de. *Do formalismo no processo civil*. p. 197.

manifestação judicial pelas partes e pela sociedade. Sob o ângulo do formalismo, este problema não deve ser percebido apenas pelo conceito técnico.

O controle sobre a manifestação judicial deve ser percebido como uma garantia política inseparável ao próprio Estado de Direito. A meta é limitar o poder do órgão judicial, já que este pode se tornar extremamente acentuado, especialmente em relação a análise dos fatos da causa, devido a adoção do princípio do livre convencimento judicial.¹⁵

3. FORMALISMO, PROVA E PROCESSO

3.1. Prova e verdade

O processo civil busca refazer os fatos ocorridos no mundo real com escopo de obter a verdade real. Tal verdade é, efetivamente, uma utopia, situação que não ocorrerá dentro do processo. Logo, faz-se necessário distinguir a verdade real da verdade procurada dentro do processo civil.

Para o professor Michele Taruffo há clara distinção entre verdade e certeza, uma vez que a verdade se reveste de caráter objetivo e é determinada pelos fatos dos quais se narra. Já a certeza, por outro lado, tem caráter subjetivo, referente ao íntimo daquele que narra o fato, com alto grau de intensidade de convencer um sujeito em específico.¹⁶

Taruffo ainda distingue verdade e verossimilhança. Para o doutrinador, é verossímil algo que corresponde a normalidade de um tipo de comportamento ou de acontecimento. Nesse sentido, para entender se um comportamento é verossímil, é necessário saber preliminarmente sobre a normalidade de sua ocorrência.¹⁷

Um fato que se diz verossímil pode, com certa facilidade, jamais ter acontecido. Portanto, não é possível haver qualquer semelhança entre verossimilhança e verdade. O que deve ocorrer dentro do processo é que as circunstâncias devem se basear em provas, jamais em juízo de verossimilhança, posto que apenas as provas podem reproduzir se o fato verossímil é, por sua vez, verdadeiro.¹⁸

¹⁵ OLIVEIRA, Calos Alberto de. *Do formalismo no processo civil*. p. 126.

¹⁶ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade, o juiz e a construção dos fatos*. p. 108

¹⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade, o juiz e a construção dos fatos*. p. 112

¹⁸ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade, o juiz e a construção dos fatos*. p. 112

Ainda, confunde-se o conceito de verossimilhança com o conceito de probabilidade. Costumeiramente e erroneamente, diga-se de passagem, ocorre o equívoco de julgar ser uma alegação verossímil provavelmente verdadeira. Nessa esteira, sucedem-se falhas entre os conceitos de verdade e verossimilhança, bem como entre os conceitos de probabilidade e verdade.

Delimitar o conceito de probabilidade seria demasiadamente externo, consoante ensina Michele Taruffo, posto que envolve vários ramos de conceitos em áreas complexas da lógica e da estatística. Não obstante, o mestre ressalta que quando usado a percepção da verossimilhança não há domínio em relação à verdade ou falsidade de um postulado. De outra banda, a probabilidade refere-se à presença de argumentos eficientes para apoiar que a manifestação da parte é verdadeira ou falsa.¹⁹

Assim, a probabilidade viabiliza dados sobre a verdade ou falsidade de um tema, enquanto a verossimilhança apenas se refere à possível normalidade daquilo que o axioma reproduz. O mestre ensina que uma alegação é provavelmente verdadeira quando se entende dela que “as provas produzidas no processo fornecem razões suficientes para que se considere confirmada a hipótese de que aquele enunciado seja verdadeiro”.²⁰

A final, Taruffo ressalta que os conceitos firmados de verdade, verossimilhança e probabilidade não são análogos e sequer são capazes de substituição entre si.

No processo justo, necessariamente, precisa haver a presença da verdade.²¹ Inclusive ressalta-se que a verdade é fonte de legitimação da função judiciária mormente porque *veritas, non auctoritas facit iudicium*.²²

3.2. Formalismo-valorativo e o direito ao contraditório

O processo é necessariamente um procedimento em contraditório adequado às intenções do Estado Constitucional, usando o formalismo para caracterizar e estruturar uma discussão leal entre todas as partes nele envolvidas.²³

¹⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade, o juiz e a construção dos fatos*. p. 112-113.

²⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade, o juiz e a construção dos fatos*. p. 113

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. p. 739.

²² A verdade não influencia o julgamento, tradução livre.

²³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. P.149.

A decisão justa é pressuposto para que exista um processo justo. Portanto, o contraditório adota a função de “ponto de pesquisa da dialética” para alcançar a justiça no caso concreto, sendo este indispensável para a produção da decisão judicial. Entretanto, conferir direitos para persuadir a decisão não é suficiente se no órgão jurisdicional o dever de debate não está previsto.

O direito ao contraditório, na linha do formalismo-valorativo, compreende uma obrigação de debate entre as partes e o magistrado em relação às provas produzidas durante o processo. Tal dever de argumentação é mais saliente na decisão da causa, posto que é indispensável ao magistrado combater, na fundamentação da sentença, as alegações trazidas pelas partes em suas manifestações, exigência que é, inclusive, positivada na Constituição Federal.

Pode-se traduzir de tal ideia que os fundamentos constantes da decisão judicial devem ter sido antecipadamente deliberados por todos os participantes do processo, a fim de cumprir corretamente a previsão constitucional.

Ao exigir que as decisões judiciais tenham por base apenas matérias que foram ventiladas ou, ao menos dada oportunidade à manifestação das partes, impede-se a “decisão-surpresa”²⁴ no processo.

A decisão justa ao processo não é apenas uma exigência ao interesse privado das partes – há uma exigência constitucional de encontrar uma solução adequada para o caso trazido à baila. Nesse sentido, a discussão judicial amplifica o quadro de observação do magistrado, leva à comparação das diversas alegações levantadas, ameniza o risco de ocorrer opiniões antecipadamente formadas e facilita a composição de um julgamento mais aberto e avaliado. Conforme ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o debate judicial trabalha como um verdadeiro mecanismo de “democratização do processo”.²⁵

3.3. Formalismo e os sujeitos do processo

O formalismo jurídico observa uma série de princípios, valores e técnicas, porém, para o presente trabalho mostra imprescindível explorar a relevância da atividade das partes processuais, aqui também incluso o Judiciário, representado pelo magistrado.

²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. P.151.

²⁵ OLIVEIRA, Calos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. p. 159.

A atividade dos envolvidos no processo possui dois aspectos, quais sejam, um puramente jurídico e outro de política judiciária. No panorama jurídico, os atos do juiz que influenciam o processo são fundamentais para as partes e sua postura jurídica influencia no cerne da decisão final e, por conseguinte, em seu âmbito jurídico. Isso tanto é verdade que tal operação apenas pode ser realizada com fundamento em lei.

Do ângulo da política judiciária, o que pode ser questionável é se a condução e motivação do processo pelo magistrado deve ser exatamente como prevista em lei ou se a própria lei poderia autorizar certa liberdade de escolha em relação às mencionadas atividades processuais.²⁶

4. AS FASES PROCESSUAIS DA PROVA

4.1. Admissibilidade da prova e meios de prova

O direito à prova no processo apenas depende da admissibilidade da prova. Diante disso, não pode o julgador indeferir prova com embasamento em seu convencimento anterior à alegação da prova. Isso porque é indispensável separar a admissão da prova da etapa de sua valoração.²⁷

No ordenamento jurídico brasileiro ainda prevalece a orientação jurisprudencial dominante no sentido de que inexistente cerceamento de defesa em caso de indeferimento de prova pleiteada, ainda que tal disposição esteja mudando discretamente.²⁸

²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. p. 183.

²⁷ OLIVEIRA, Alvaro de; Daniel Mitidiero. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito do processo civil*. p.45

²⁸ AGRAVO REGIMENTAL - ALEGAÇÃO DE CONSTRUÇÃO INACABADA - CERCEAMENTO DE DEFESA - MEIOS DE PROVA REQUERIDOS - DEPOIMENTO PESSOAL DO REPRESENTANTE LEGAL - TESTEMUNHAS - DOCUMENTOS - PERÍCIA - DEMAIS MEIOS DE PROVA NECESSÁRIOS - ANULAÇÃO DO PROCESSO DESDE A SENTENÇA PARA A REALIZAÇÃO DAS PROVAS REQUERIDAS - PREJUDICADO O EXAME DAS DEMAIS QUESTÕES - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1.- A orientação desta Corte é no sentido de que ocorre cerceamento de defesa quando, pleiteada a prova pelo interessado e não deferida ou realizada, o magistrado, julgando antecipadamente a lide, aprecia o pedido a favor do autor ou do réu, ao fundamento da ausência de provas das alegações da parte.

2.- Impõe-se a realização das provas requeridas pelo Recorrente com a anulação do processo desde a sentença e a determinação da produção das provas requeridas, quando verificado o cerceamento de defesa, restando prejudicado o exame das demais questões alegadas no Recurso Especial.

3.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos.

4.- Agravo Regimental improvido.

Considerações à parte, para que uma alegação de fato seja objeto de prova, basta que cumpra com três requisitos: pertinência, que seja relacionada ao objeto da discussão; controvérsia, que sobre a alegação tenham dois ou mais pontos de vistas no processo; e relevância, quando a prova solicitada possa provocar a compreensão e solução do processo.

Essas etapas encontram-se no plano da admissão da prova. Após a admissão da prova, esta deve ser produzida e, assim, posteriormente será apreciada pelo órgão jurisdicional. Qualquer outra condução do processo fora dos limites acima mencionados ofende a essência do direito à prova no processo.²⁹

Quando da realização do período de seleção ou admissão de provas, a preponderância de critérios, como relevância do meio de provas e legislação que autoriza a juridicidade da prova, devem ser seguidos.

É relevante a prova que pode fazer com que um fato seja mais ou menos admissível, levando em consideração a sua não presença no processo.

A prova é relevante quando se verifica que, sem ela, um fato pode ser mais ou menos provável dentro do processo. Assim, constata-se que, a fim de encontrar a solução do requisito relevância da prova, o magistrado alcançará uma solução por meio da hipótese.³⁰

O juízo de relevância deriva do princípio da economia processual, positivado no artigo 130 do Código de Processo Civil, o qual autoriza o magistrado a indeferir diligências inúteis ou protelatórias.

O mencionado artigo presta homenagem ao *frustra probatur quod probatum non relevat*, na medida que tempo é demasiadamente importante para o processo e não deve ser desperdiçado, bem como é prudente não malgastar energia e dinheiro em produção de provas inúteis.³¹

AgRg nos EDcl no REsp 1334299/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 06/12/2012

²⁹ OLIVEIRA, Alvaro de; Daniel Mitidiero. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito do processo civil*. p.46

³⁰ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. "O juiz é destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio?". p. 448

³¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. "O juiz é destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio?". p. 448

Nesse sentido, os Tribunais Superiores já decidiram³² que o meio de prova protelatório e inútil ofende o direito a produção de prova consagrado pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, justamente porque *frustra probatur quod probatum non relevat*, i.e, é frustrada a prova que não é relevante (tradução livre).

Ultrapassado o pronto da relevância ou irrelevância da prova para o processo judicial, é adequado atentar para os critérios jurídicos de admissibilidade da prova.

Dentro dos parâmetros de admissibilidade, reside o conflito da prova não ser aceita porque existe norma jurídica específica que proíbe seu ingresso nos autos do processo.³³ Exemplo disso é a regra guardada pelo artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que afirma ser inadmissível a prova obtida de maneira ilícita.³⁴

Além disso, o procedimento probatório deve observar modelos predeterminados, inclusive fases e preclusões, o que acaba por constituir uma verdadeira delimitação ao direito à prova.

Ainda que o meio de prova sofra controles que possam resultar numa diminuição das provas postas em juízo, o processo tem por escopo a busca da verdade, uma vez que as partes anseiam por uma decisão justa e não meramente uma decisão qualquer.

Destaca-se que a admissão ou seleção de provas é realizada em momento anterior à produção de provas. Primeiramente necessário é admitir a prova, para apenas depois ser essa prova produzida.

O próximo passo no curso regular de um processo seria a avaliação da prova, momento em que o juiz pondera o conteúdo probatório que foi produzido pelas partes. Somente a partir dessa etapa o princípio do livre convencimento judicial passar a vigorar, jamais antes disso.

Durante a valoração o magistrado utiliza seu convencimento racional, e não pessoal, que deve necessariamente derivar do material probatório inserido no processo, com devida fundamentação sobre os motivos da decisão. Em nenhum

³² AgRg no AREsp 298.412/AP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 18/04/2013; REsp 1333058/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013

³³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. "O juiz é destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio?". p. 449

³⁴ Art. 5º, inciso LVI, CF - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"

momento deve o magistrado basear-se em elementos fora do processo, como sua íntima convicção ou provas que não foram admitidas.³⁵

Logo, não há que falar em princípio do livre convencimento judicial em despacho saneador que nega a produção de prova justificando que o magistrado já se encontra seguro dos fatos e, por ser ele o destinatário da prova, pode denegar a admissão de prova nova no bojo do processo.

O impedimento de nova prova constitui verdadeiro cerceamento de defesa, matéria vedada pela Carta Constituinte, posto que não é possível determinar de antemão se a prova que seria realizada pode ou não modificar as razões judiciais. Destarte, a Constituição Federal de 1988 garante um direito fundamental à prova no processo. Isso porque o material probatório é elemento fundamental para a formação de um processo justo.³⁶

Nesse prisma, identifica-se que o magistrado não é 'livre' no sentido comum da palavra. Deve o julgador estar atento às normas não positivadas, para que valore as provas colhidas da melhor maneira possível para a solução.

Isso posto, pode-se afirmar que não pode o julgador indeferir a produção de novo material probatório justificando seu indeferimento por "já se encontrar convencido" da alegação do fato³⁷. Nessa afirmação resta clara a confusão entre juízo de admissibilidade e de valoração da prova, posto que só é possível valorar prova já produzida. Os requisitos objetivos da admissão de prova formam "proibição a inadmissão da prova por valoração antecipada da alegação de fato"³⁸.

4.2. Ônus da prova

As normas fixadas para o ônus da prova possuem dupla função. A um, são regras de instrução, uma vez que visam comunicar as partes quem suporta o risco de ausência de esclarecimento das alegações de fato no processo. A dois, são

³⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. "O juiz é destinatário da prova: porta aberta para o arbitrio?". p. 451

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. p. 739.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. p. 177

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. p. 741.

regras de julgamento, posto que visam a oportunizar ao juiz decidir, quando em estado de dúvida, quanto à genuinidade das alegações fáticas.³⁹

O ônus de provar pode ser disseminado de maneira estática ou dinâmica pelo legisladora infraconstitucional. No processo civil, consoante o art. 333 do CPC, o ônus da prova é distribuído de forma estática, possuindo, contudo, a possibilidade de inversão e dinamização do ônus da prova quando a distribuição da obrigação de provar um fato é fundamental para a garantia de um direito.

O disposto no art. 333 do CPC estipula que o ônus da prova de fato constitutivo incumbe ao autor, já ao fato modificativo, instintivo ou impeditivo cabe ao réu, o que autoriza a percepção de qual parte precisa da instrução da causa e, de modo lógico, do tempo do processo.

Se o legislador fixou que cabe ao réu provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, o mesmo parâmetro deve ser utilizado para distribuição do tempo no processo, haja vista que o demandado precisa não apenas da instrução da causa, como, igualmente, do tempo no processo.⁴⁰

O art. 2.697 do Código Civil italiano⁴¹ é visto como uma norma que prevê o bom senso para uma justiça distributiva de ônus probatório. Do artigo supra pode-se entender que há uma repartição dos ônus probatórios em geral da fase instrutória entre o autor e o réu, os quais não se referem apenas ao aspecto inerte da prova, mas também à perspectiva dinâmica do tempo necessário para a sua produção.

O fato de a parte que não precisava provar em juízo ter em sua posse algum documento não tem força para provocar na inversão do ônus da prova. A teoria de que ter em sua posse uma prova facilita sua produção não considera a diferença entre ônus da prova e posse do meio de prova.

A posse do meio de prova é relativa, que não tem semelhança com o ônus da prova, que é fixado pelo interesse de quem alegou o fato. Sabe-se que o ônus da prova pode ser invertido na presença de direito substancial, o qual impõe a

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. p. 661.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. p. 112.

⁴¹ Art. 2697 Onere della prova

Chi vuol far valere un diritto in giudizio (Cod. Proc. Civ. 163) deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (Cod. Proc. Civ. 115).

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda. Acesso em 02/04/14

<http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib6.htm>

distribuição diferente da prova. Contudo, ter a posse do meio de prova, via de regra, não constitui motivo para inverter o ônus. A inversão do ônus da prova apenas pode ocorrer quem a parte que possui a prova, como, por exemplo, um documento, não cumpre uma ordem judicial que designa sua entrega.⁴²

4.3. Produção de prova

O procedimento probatório tem como etapas a proposição, o deferimento ou indeferimento e a produção da prova. A esses três momentos também pode-se somar a etapa da valoração da prova, ainda que esse estágio não faça parte do procedimento probatório em si.

Para ocorrer a concretização do Direito são precisos fatos que, por sua vez, são regulados por normas, logo, não há processo sem fatos nele inseridos. Assim, quando da reconstrução fática nos autos do processo, é prudente que o magistrado evite o arbítrio, restringindo-se aos fatos e provas ali evidenciados. Acerca desse assunto, existem autores que acreditam ser possível monitorar o livre arbítrio judicial por mecanismos de vinculação e controle.⁴³

O ordenamento jurídico adota o sistema da persuasão racional, que tem como principais características: a) o juiz tem o seu convencimento livre, porém não arbitrário, porque deve formar sua decisão com base nas alegações das partes e das provas colhidas nos autos; b) deve o juiz observar critérios legais sobre as provas, não podendo ignorar suas validades; c) quando houver falta de normas em relação às provas, o magistrado deve usar as regras de experiência; d) a fundamentação é requisito necessário na sentença, posto que essa ferramenta visa impedir a arbitrariedade do juiz quanto às provas dos autos.⁴⁴

O professor Danilo Knijnik critica o sistema adotado, no sentido de que o sistema diz ser racional, contudo não é possível definir se existe ou não uma instrumentalização jurídica capaz de controlar a convicção judicial nos casos concretos.

Faz-se necessário “objetivar” a razão prática, a lógica do discurso e a teoria da argumentação.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart. *Prova*. p. 197

⁴³ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. p. 16

⁴⁴ KNIJNIK, Danilo. *Os “standards” do convencimento judicial paradigmas para o seu possível controle*. Academia Brasileira de Processo Civil. p. 2.

A fim de honrar o direito à prova é essencial que os órgãos julgadores observem: a) os fins filosóficos entre prova e verdade; b) a admissibilidade da prova e os meios de prova, c) a disposição congruente do ônus de prova, não desincumbindo uma parte que, primeiramente não tinha o ônus da prova, a fazer prova diabólica; d) a etapa da produção de prova; e, principalmente e) a apreciação da prova e a formação do convencimento judicial.⁴⁵

Para que ocorra a justa aplicação do princípio do livre convencimento judicial é necessário uma rigorosa separação dos planos da admissibilidade, valoração e fundamentação da prova.⁴⁶

Existe nítida distinção entre juízo de admissibilidade de provas e livre convencimento judicial. Frequentemente ocorre confusão entre os dois institutos que, em verdade, ocorrem em momentos diversos.

O juízo de admissibilidade é matéria de Direito e acontece preliminarmente ao livre convencimento judicial, que deverá sobrevir em sentença.⁴⁷ Isto é, em primeiro lugar o juiz realiza a admissibilidade da prova, momento em que o julgador ponderará a relevância da prova para demonstrar o direito contravertido e, somente após essa análise, o juiz avaliará a prova que foi produzida, ocasião que o princípio do livre convencimento judicial se fará presente, jamais antes.

Logo, os órgãos jurisdicionais não podem utilizar o princípio do livre convencimento judicial com relação à apreciação ou à determinação de prova.

Sobre vedação à prova ilícita, que traz o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, pode-se entender que a Carta Magna autoriza a admissão de toda e qualquer prova lícita. Logo, dentro do processo não é adequado a produção de toda e qualquer prova, mas sim a admissão das provas que são lícitas e, além disso, relevantes.⁴⁸

Doutrinariamente, o convencimento do magistrado não é tão livre assim. No momento da apreciação de provas, o legislador deve recorrer ao material probatório e não ao seu entendimento íntimo e/ou critério pessoal. Deve o julgador desenvolver uma análise lógica da prova.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. p. 740.

⁴⁶ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. p. 23

⁴⁷ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. p. 21

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. p. 740.

O magistrado é responsável pelo juízo de fato, que é formado pelos critérios da decisão, também chamados de *standards* ou modelos de constatação. É necessário que tais critérios da decisão sejam inseridos no processo para que as partes deles conheçam e, assim, possam exercer o contraditório, efetuando correções, caso necessário.

A definição do modelo de prova a ser utilizado depende do direito material alegado e o grau de gravidade que a sociedade associa a esse embate jurídico. Como, por exemplo, em um processo que envolva direitos patrimoniais, o magistrado deve julgar de acordo com o modelo da preponderância da prova. Por outro lado, quando a controvérsia recair sobre direitos não patrimoniais, como na esfera penal, estado das pessoas, direito de personalidade ou, ainda, direitos políticos, deve o juiz valer-se do modelo de prova clara e convincente.⁴⁹

O modelo a ser adotado pelo juiz é questão que deve ser previamente definida. A opção de um modelo ou de outro é matéria de direito, logo, exige contraditório das partes e o juiz deve justificá-la na sua decisão.⁵⁰

4.4. Apreciação da prova e a formação do convencimento judicial

Integram o regime constitucional do direito à prova o preceito da livre valorização da prova e a imprescindibilidade de utilização de um padrão para formação do convencimento judicial. O Código de Processo Civil definiu que o juiz pode valorar livremente a prova (art. 131 do CPC), contudo, isso não o autoriza a afirmar que a formação do convencimento do magistrado não deva observar a modelos compatíveis com o direito material discutido no processo.

Importante destacar que valoração e convencimento não podem ser confundidos. Ainda que o juiz seja livre para valorar livremente a prova, considerando que ele não encontra-se adstrito a pré-valorações estabelecidas pelo legislador, o seu convencimento está ligado às imposições do direito material trazidos à baila pelas partes, respeitando níveis variáveis de certeza para decisão do processo.

Não obstante a teoria dos modelos de convencimento seja fartamente empregada no âmbito do processo civil, esta, sem margens de dúvidas, ganha maior destaque na esfera do processo penal.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. p. 177.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. p.178.

Para a avaliação da prova pelo juiz, o ordenamento processual civil brasileiro adota três grandes sistemas, quais sejam: sistema da prova legal, sistema da livre apreciação da prova e sistema da avaliação, também chamado de sistema da persuasão racional da prova.

O sistema da prova legal encontra-se sensivelmente reduzido no processo moderno. De acordo com esse método, cada prova possui um valor inalterável e constante, previamente definido por lei e, assim, não permite que o magistrado valora a prova produzida consoante critérios pessoais e subjetivos que sejam divergentes do já fixado em lei. O período do direito medieval utilizava o sistema da prova legal, fixando um rol enorme de regras legais declarando não hábil o depoimento de certas pessoas. Assim, ainda que o juiz estivesse completamente convencido da veracidade do depoimento de certa testemunha, se está se enquadrava na lista dos depoentes inidôneos, seu depoimento era inválido.⁵¹

O Código Civil atual possui graves sequelas do sistema da prova legal. Restrições quanto ao depoimento de menores, pessoas suspeitas ou impedidas de testemunhar por lei, têm origem no princípio medieval da prova tarifada. Contudo, a limitação mais rigorosa está relacionada ao princípio do livre convencimento do juiz, forte no art. 319 do CPC, o qual dispõe que ocorrida a revelia os fatos alegados pelo autor serão considerados verdadeiros. Nesse caso, o juiz torna-se um órgão passivo em matéria probatória, com única função em constatar a ocorrência da prova e reconhecê-la como produzida na sentença, sem, contudo, utilizar sua função de avaliador da prova de acordo com seus critérios de convencimento pessoal. O magistrado está adstrito a decidir com base no que foi alegado e provado pelas partes, ainda que sua convicção pessoal indique que as alegações e as provas contidas no processo não correspondem à verdade.⁵²

O sistema da livre apreciação da prova, também denominado princípio do livre convencimento judicial é categoricamente oposto ao sistema da prova legal. Neste sistema, o magistrado é independente para formar sua convicção na apreciação dos elementos de provas colacionados ao processo. O juiz poderá formar seu convencimento de acordo com o que a testemunha falou, como também fundado em suas impressões pessoais colhidas tanto no comportamento da testemunha, quanto nas atitudes das partes no processo. De acordo com esse

⁵¹ SILVA, Ovídeo Araújo Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. p. 302.

⁵² SILVA, Ovídeo Araújo Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. p. 303.

sistema, o juiz não tem qualquer limitação quanto aos meios de prova para fundar sua avaliação. A oposição deste sistema ao sistema da prova legal – a liberação do magistrado de seguir rigorosas regras prévias referentes à valoração e credibilidade da prova – é o que define o sistema do livre convencimento judicial.⁵³

Quanto ao sistema da persuasão racional, ainda que aceite a tese do livre convencimento, estabelece algumas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial. Fundamentalmente, é imposto ao magistrado a observância de regras lógicas e de experiências da vida cotidiana sendo considerado indevida a convicção que este tenha formado tão somente com base em sua intuição pessoal, sem condições de ser demonstrada por regras lógicas e de senso comum.

A maior distinção entre os outros modelos de avaliação da prova com o sistema da persuasão racional, é a possibilidade de iniciativa probatória do juiz. Se cabe ao magistrado formar seu convencimento independentemente, com embasamento nas provas produzidas, nada mais indiscutível que permiti-lo trazer provas para o processo das quais necessita, ainda que os sujeitos processuais não as tenham oferecidas, como, por exemplo, o art. 342 do CPC que permite a determinação de prova *ex officio*.

5. A SENTENÇA MOTIVADA

Previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, o direito fundamental à motivação das decisões judiciais é ligado ao Estado Constitucional e estabelece verdadeiro “banco de prova do direito ao contraditório das partes”⁵⁴. Decisão judicial que não tem motivação padece de duas características: a justificação da norma para o caso concreto e a capacidade de orientação do comportamento social. Desperdiça a sua própria qualidade jurisdicional.

Os fundamentos utilizados pelo magistrado para analisar as questões de fato e de direito (art. 458, II, do CPC), bem como no caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, decidirá o julgador de forma concisa (art. 459, parágrafo único, CPC).

Essas normas apresentam duas funções basilares. Primeiramente, elas oportunizam um discurso jurídico a respeito da necessidade de justificação das

⁵³ SILVA, Ovídeo Araújo Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. p. 304.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. p. 665.

decisões judiciais. Nessa atmosfera aplica-se a teoria da motivação das decisões como direito ligado ao processo justo. Segundamente, tais funções proporcionam a administração de um discurso jurídico no tocante a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios. Trata-se de manifestação ligada ao Direito no Estado Constitucional, cuja incumbência refere-se em conduzir condutas sociais e fomentar a igualdade, segurança jurídica e a coerência do sistema. Tal discurso não está diretamente ligado ao caso concreto, mas tem escopo de promover a unidade do Direito como um todo, constituindo-se, basicamente, *ultra partes*.⁵⁵

O conceito de motivação da sentença deve ser realizado pelo método de exclusão: tudo aquilo que não se encaixa na definição de decisão é a motivação da sentença.⁵⁶

A motivação das decisões judiciais pode ser vista como maneira de controle endoprocessual, visto que quando sua realização é rigorosa, esta propicia a transparência da decisão e, também, facilita uma leitura crítica para os interessados e para a população, além de simplificar a leitura para os Tribunais Superiores, em caso de recurso.⁵⁷ Ressalta-se o nexó entre os conceitos do dever de motivação e do contraditório. Isto porque a motivação das decisões judiciais indica o último momento de pronunciamento do direito ao contraditório e, também, constitui um parâmetro seguro para aferição da submissão do juiz ao contraditório e ao dever de debate que dele decorre. Um processo que não tem contraditório nem motivação adequada não é um processo justo.⁵⁸

Além disso, ainda de acordo com enfoque endoprocessual, a motivação da sentença é imprescindível para delimitar o que ficará coberto pelo manto da coisa julgada e pelo efeito preclusivo da coisa julgada. Como considera-se que a causa de pedir qualifica o pedido, a motivação qualifica a decisão.

Partindo-se desse quadro endoprocessual, é possível dizer que a *ratio decidendi* faz uma recriação histórica de certo direito material, permitindo-se comparar a atividade jurisdicional com a atividade de um historiador.

De nada adianta termos um ordenamento processual que acolhe a manifestação das partes, com vasto espaço ao contraditório e à ampla defesa, se

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. p. 666.

⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e embargos de declaração*. P. 291

⁵⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e embargos de declaração*. P. 295.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. p. 667.

não houver segurança de que todos os pronunciamentos realizados serão verdadeiramente analisados e justificados pelo Judiciário.

5.1. Sentença e os fatos da causa

Faz parte da atividade operada pelo juiz frente ao processo a defesa do contraditório e da ampla defesa. Pode a sentença decidir uma causa com argumentos que não foram discutidos durante o processo? Cenário que pode ocorrer quando a decisão alega que um dos litigantes deixou de produzir prova essencial ou quando um fato controverso não tenha sido invocado ou provado pelas partes.

Quando a sentença é fundamentada por fato que as partes não alegaram em qualquer momento do processo, o magistrado nitidamente está beneficiando um dos litigantes, posto que a motivação por fato não alegado previamente configura claro prejuízo para um dos litigantes porque este não pode exercer seu direito de produzir provas que pudesse enfrentar a tese jurisdicional, violando descaradamente o Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.⁵⁹

Diante desse cenário o art. 131 do CPC, que refere-se à livre convicção jurisdicional sobre as provas, deve ser interpretado em consonância com o art. 128 do CPC, o qual impede o magistrado de conhecer de alegações não provocadas, visto que a legislação impõe que a máquina do Judiciário deve ser movimentada por iniciativa das partes.

Assim, ao cotejar estes dois dispositivos legais, constata-se que as alegações de fatos jurídicos pertencem apenas às partes, sendo vetado ao magistrado conhecer fatos dessa categoria que não tenham sido clamados pelos litigantes.⁶⁰

O autor narra em sua peça frontal fatos constitutivos de seu direito e espera que algum efeito jurídico recaia sobre eles. Nesse sentido, o magistrado analisa os fatos narrados e, diante de todo ordenamento jurídico, averigua qual o melhor direito cabível para a situação descrita, em atenção ao *minhim factum, dabo it ius*. Portanto, a sentença não deve fazer incidir norma legal para fato que não foi alegado na petição inicial.

⁵⁹ STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório IN As Garantias do Cidadão no Processo Civil. p. 86.

⁶⁰ STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório IN As Garantias do Cidadão no Processo Civil. p. 87.

De outra banda, o réu narra fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor em sua resposta à petição inicial, a fim de prejudicar a procedência dos pedidos do autor. Valendo-se da mesma lógica empregada para as alegações do autor, o magistrado observará os fatos narrados e o possível direito aplicável. Portanto, por uma consequência lógica, o magistrado não pode fazer incidir norma legal para um fato impeditivo, modificativo ou extintivo que o requerido não arguiu.

Diante disso, claramente perceptível que não constitui tarefa do Judiciário a inclusão de fatos constitutivos do autor ou impeditivos, modificativos ou extintivos do réu. A função do magistrado é analisar as alegações descritas pelos litigantes, definindo qual o melhor direito admissível, jamais podendo em sentença utilizar de fato que não foi amplamente ventilado pelas partes.⁶¹

5.2. O Sentimento de lógica da sentença

Existe diferença entre o ato de decisão e de demonstração. A demonstração é congruente com o raciocínio exato, tal qual realiza um matemático ao demonstrar o resultado de um cálculo. Essa prática é distante da realidade da lide processual, posto que quando um matemático demonstra que o resultado de um cálculo é nove, todos os demais algarismos, a *contrario sensu*, estão automaticamente eliminados da resposta. Nesse sentido, não há um resultado melhor ou pior para demonstrar o raciocínio empregado, bem como não há um resultado que seja mais justo do que o encontrado – há apenas um, exatamente um.

Assim, quando se utiliza desse método, e apenas nesse método, a simples demonstração do raciocínio utilizado é suficientemente esclarecedora, visto que aplicar outro caminho para o mesmo cálculo levaria ao mesmo resultado⁶².

Entretanto, a decisão utiliza caminho completamente diverso. Importante salientar que não existe semelhança entre verdade no direito e verdade na alegação. Não há como certificar que os fatos narrados pelas partes são verdadeiros no sentido tradicional da palavra. Conforme expõe Michele Taruffo⁶³, a verdade é objetiva e relativa. Objetiva porque a verdade ocorre externamente aos

⁶¹ STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. *O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório IN As Garantias do Cidadão no Processo Civil*. p. 88.

⁶² RODRIGUES, Víctor Gabriel. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. P. 257

⁶³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. P. 270.

indivíduos e não dentro da cabeça de alguém; relativa porque não há como provar todos os fatos tais quais eles realmente aconteceram, no máximo pode-se alcançar um juízo aproximado da verdade.

Não há exatidão nos fatos narrados pelas partes, portanto, presume-se que os fatos são verossímeis ou não, jamais certos ou errados. Assim, o magistrado deve decidir qual deles é o melhor e em quais condições. Nesse momento, o grande desafio imposto ao julgador é detalhar às partes suas razões e fundamentos para a decisão tomada.

Desta maneira, o juiz pode deixar de atender a alegações da parte vencedora, entretanto, a decisão deve claramente expor à parte perdedora porque seus argumentos não foram aceitos, em respeito ao Princípio do Contraditório.⁶⁴

Quando a sentença consegue delinear precisamente o caminho lógico utilizado pelo magistrado para chegar a conclusão, esta sentença expressa grande garantia de justiça. Portanto, caso o entendimento judicial esteja errado, a detalhada fundamentação que serviu de caminho para a conclusão demonstrará exatamente em qual momento o magistrado equivocou-se.⁶⁵

Entretanto, a fundamentação não precisa ser um detalhamento do caminho lógico-psicológico que o magistrado usou para chegar a conclusão final de seu decisão. Para as partes não há interesse em descobrir quais os sentimentos que o magistrado possa ter sentido em seu íntimo quando redigiu a decisão.

O resultado dessa dinâmica subjetiva é verdadeiramente o núcleo fundamental. O importante é um texto que explique a versão dos fatos que o magistrado reputou condizente com a veracidade dos acontecimentos descritos, esclarecendo suas razões pelas quais julgou tais alegações verdadeiras.⁶⁶

Ainda que o uso do silogismo seja tradicionalmente o modo lógico utilizado para encontrar soluções, a inversão da lógica formal pode ser um caminho aconselhado. Para Calamandrei, a lei parece reconhecer a dificuldade em julgar um processo, posto que não basta apenas encontrar uma decisão, algo que o juiz poderia resolver rapidamente, é preciso encontrar depois, após extensa ponderação, as premissas que foram utilizadas para encontrar a conclusão, ou seja, a consequência.

⁶⁴ RODRÍGUES, Víctor Gabriel. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. P. 258

⁶⁵ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. p. 175.

⁶⁶ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. P. 271.

O professor ainda menciona que frequentemente as premissas são formadas após a decisão, mas isso não significa dizer que o dispositivo surja inconscientemente e que a fundamentação sirva para acobertar justificativas arbitrárias, na verdade, quer-se expor que a intuição e o sentimento podem ter um grande papel para auxiliar o julgador a tomar uma decisão, intuição esta também chamada de senso de justiça.⁶⁷

Não obstante, demonstra-se arriscado o magistrado considerar o dispositivo um item secundário da sentença, isto é, apenas uma oportunidade para efetuar uma forte fundamentação.

Uma sentença com forte fundamentação, porém com uma decisão injusta vai de encontro ao escopo do ato de julgar. Assim, o juiz que visa apenas apresentar uma fascinante literatura aos leitores de sua sentença fere a seriedade da justiça – sentença bem fundamenta, mas mal decidida não tem valia. A sentença deve apresentar uma justa decisão para o processo instaurado.⁶⁸

Entende-se pela leitura do art. 14 do Código de Processo Civil que as partes devem agir de acordo com o Princípio da Lealdade. Apesar do mencionado dispositivo não especificar a mesma atitude ao magistrado, compreende-se que, em um ambiente processual colaborativo, o juiz deve igualmente agir com lealdade, principalmente no momento de elaborar a fundamentação da sentença.

Lealdade no sentido de narrar os elementos verdadeiros que o influenciaram a decidir de tal modo e, acima de tudo, em caráter subjetivo, lealdade em sondar quais elementos são os verdadeiros.⁶⁹

5.3. Critérios para uma sentença fundamentada

A motivação de uma decisão que possa ser considerada completa e constitucionalmente adequada, requer em sua pronúncia, em um breve resumo: (1) a exposição das escolhas envolvidas pelo órgão para: (1.1) diferenciar as normas aplicáveis; (1.2) ajustamento das alegações de fato; (1.3) apreciação jurídica do suporte fático; (1.4) ilações jurídicas derivadas da qualificação jurídica do fato; (2) a conjuntura dos nexos de envolvimento e coerência entre tais enunciados e (3) a justificação dos alegados com embasamento em critérios que destacam ter sido a

⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. p. 177-178.

⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. p. 180.

⁶⁹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. p. 191.

escolha do magistrado sido racionalmente correta. Nos requisitos expostos no item “1”, aqueles devem conter, obrigatoriamente, as alegações trazidas pelas partes, de maneira que seja possível verificar a consideração séria do juiz sobre as razões enumeradas pelos sujeitos processuais em suas manifestações.⁷⁰

A doutrina majoritária entende que para decidir as questões impostas ao longo do processo o magistrado elabora na sentença um procedimento heurístico, por meio do qual ele encontra e redigi um veredicto adequado e verdadeiro sobre os fatos narrados. Entretanto, pouco há escrito sobre o desenvolvimento lógico e cronológico dessa sistemática.

A justificativa interna da decisão é um aspecto primordial de parte da motivação dos fatos que compreende os fatos fundamentais da narrativa. Esse critério consiste, de fato, no suporte fático concreto transportado para o âmbito de aplicação da regra jurídica utilizada como parâmetro de decisão. Contudo, a simples enumeração das manifestações referente aos fatos principais não elimina o dever de fundamentar. Conforme acima exposto, a decisão é justa quando amparada em uma averiguação verídica dos fatos da causa, apenas mencionar tais fatos não assegura a verdade de sua descrição.⁷¹

Nesse sentido, as alegações poderão ser consideradas verdadeiras quando forem corroboradas pelas provas produzidas. Caso não haja prova específica referente à um enunciado, esse não será, a *contrario sensu*, necessariamente considerado falso, contudo, não poderá ser utilizado como critério eficiente da sentença. Outrossim, o juiz deve indicar na sentença quais provas atribuíram níveis adequados de confirmação aos enunciados que narraram os fatos principais.

Diante disso, é possível que se elimine a discussão que motivação é apenas um discurso retórico-persuasivo, com escopo de meramente convencer alguém a aceitar a decisão encontrada. O objetivo da motivação é fundamentar racionalmente a decisão, jamais será a tentativa de convencer uma das partes da decisão obtida.

Portanto, “o dever de motivar requer que a justificativa da decisão sobre os fatos *exista*, seja *completa* e, ainda, *coerente*”.⁷²

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. p. 668.

⁷¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. P. 273.

⁷² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. P. 274.

6. CONCLUSÃO

O processo civil brasileiro acabou por utilizar o sistema da livre persuasão judicial para a avaliação de provas. Entretanto, isso não significa dizer que o magistrado pode se valer de sua dita “liberdade” no momento da admissão de provas.

Por ser o processo judicial uma reconstrução dos fatos com escopo de solucionar litígio entre as partes, quanto mais provas estiverem presentes, mais fatos poderão ser comprovados e, assim, maior será a possibilidade de chegar perto da verdade real.

Entretanto, esse trabalho não defende a admissibilidade de toda e qualquer prova. O objetivo é admitir a produção de uma prova que apresente a possibilidade de provar um fato novo. A admissão de prova que poderá demonstrar matéria que já se encontra nos autos do processo realmente atrasaria o curso processual, devendo ser indeferida por ser protelatória e/ou inútil.

Não obstante, a prova que tem a possibilidade de comprovar outras matérias não devem ser indeferidas pelo magistrado com base no princípio do livre convencimento judicial. A um, por não ser o magistrado o destinatário final da prova, uma vez que o processo utiliza as provas para aferir a verdade dos fatos que ocorreram entre as partes, logo, em tese, as provas não são endereçadas ao magistrado, mas ao processo em si; a dois, porque o julgador não deve fundamentar um despacho saneador com base no princípio do livre convencimento porque esse preceito é destinado para a fundamentação de suas razões na sentença e jamais antes disso.

Logo, o magistrado alegar ter o convencimento livre e diante disso indeferir provas não seria o modo mais correto de bem instrumentalizar um processo. O deferimento ou não de material probatório deveria se referir à busca da verdade dos fatos e não ao livre convencimento do julgador.

Está previsto no mais alto ordenamento jurídico que todas as decisões judiciais devem conter fundamentação para serem devidamente constitucionais. Entretanto, apesar de o dever de fundamentação estar previsto na Constituição Federal, jamais foi positivado em lei quais critérios uma sentença devidamente fundamentada deva conter. Assim, restou à doutrina elencar quais fundamentos seriam os mais adequados para a solução do presente tema.

Alguns autores acreditam que a decisão deva conter fundamentos a fim de convencer as partes do que foi proferido. Entretanto, não parece lógico que um juiz deva persuadir com argumentos os porquês da demanda. É dever do juiz fundamentar a sentença de maneira racional e lógica para efetivamente permitir um controle intersubjetivo de validade e confiabilidade.

A sentença, que deve ser redigida em linguagem informal, a fim de que atinja todas as partes (aqui considerados o autor e réu efetivamente e não seus patronos) do processo, deve conter linguagem simples e, por isso, contenha argumentos, aspectos e referências retóricas, com intuito de tornar o discurso mais acessível.

Invariavelmente a isto, o magistrado deve sim demonstrar quais vias ele tomou para alcançar sua decisão, mas não é prudente expressar seus sentimentos subjetivos quanto aos fatos narrados. A decisão verdadeiramente justa deve conter quais foram as provas constituídas que criaram graus adequados de confirmação aos fatos descritos durante a lide processual.

Referências

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 5 março. 2014.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 março. 2013.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo : Martins Fontes. 1995.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

_____. Os “standards” do convencimento judicial paradigmas para o seu possível controle. *Academia Brasileira de Processo Civil*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=27>> Acesso em: 22 março. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Prova*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O juiz é destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio?. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 446-458.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Calos Alberto de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo : Saraiva. 2010.

_____; Mitidiero, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes. 2004.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4ª ed. São Paulo : Martins Fontes. 2005.

SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid : Marcial Pons. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Ovídeo Araújo Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. 1 ed. Editora Marcial Pons-Emporio, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2005.