UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
Credenciada pelo Decreto Estadual nº. 3.909, D.O.E. nº 7.861, de 01-12-2008
***CAMPUS* DE JACAREZINHO**
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
Reconhecido pela CAPES pela Portaria nº 2.878, de 24 de agosto de 2003

VICTÓRIA SANTOS MARQUES DIAS VENANZONI

CONVENCIMENTO JUDICIAL E VALORAÇÃO DAS PROVAS A PARTIR DO ART. 371 DO CPC/2015: LIMITES E POSSIBILIDADES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JACAREZINHO-PR

2022

VICTÓRIA SANTOS MARQUES DIAS VENANZONI

CONVENCIMENTO JUDICIAL E VALORAÇÃO DAS PROVAS A PARTIR DO ART. 371 DO CPC/2015: LIMITES E POSSIBILIDADES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação de Mestrado apresentada para defesa ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sob a orientação do Professor Doutor Jaime Domingues Brito, na área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão; linha de pesquisa: Função Política do Direito.

JACAREZINHO-PR

2022

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

V561c

VENANZONI, Victória Santos Marques Dias
Convencimento judicial e valoração das provas a partir do art. 371 do CPC/2015: limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito / Victória Santos Marques Dias VENANZONI; orientador BRITO Jaime Domingues - Jacarezinho, 2022.
233 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2022.

1. Apreciação probatória. 2. Direito probatório. 3. Discricionariedade. 4. Standards probatórios. 5. Sistema da persuasão racional. I. Jaime Domingues, BRITO, orient. II. Título.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

VICTÓRIA SANTOS MARQUES DIAS VENANZONI

CONVENCIMENTO JUDICIAL E VALORAÇÃO DAS PROVAS A PARTIR DO ART. 371 DO CPC/2015: LIMITES E POSSIBILIDADES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação de Mestrado apresentada para defesa ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, como requisito para a obtenção do título de Mestre emCiência Jurídica, sob a orientação do Professor Doutor Jaime Domingues Brito, na área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão; linha de pesquisa: Função Política do Direito, perante a Banca Examinadora formada por:

Prof. Dr. Jaime Domingues Brito (orientador – presidente - UENP)

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti (UEL)

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves (UENP)

Jacarezinho-PR, 18 de abril de 2022.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

Dedico esta dissertação primeiramente a Deus, por me permitir ter saúde para escrevê-la, e por ser meu amparo. Dedico aos meus pais Cirani Antônio Marques e Elaine de Fátima dos Santos Marques, por sempre acreditarem em mim, e às minhas irmãs Maria Cecília Marques e Elloá Antônia Marques, minhas verdadeiras amigas. Dedico ao meu esposo Heitor Dias Venanzoni, grande amor da minha vida. Dedico ao meu amigo Paolo Roberto De Angelis Bianco, meu companheiro em mais uma jornada. Por fim, dedico esta dissertação ao saudoso colega de turma Guilherme Degraf: sua luta pela vida foi incansável. Os seus sonhos eram os nossos sonhos. As nossas conquistas são hoje também suas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me permitir ter saúde (física e mental) para escrever esta dissertação, por ser meu apoio e fortaleza. Por ser minha luz nos momentos de escuridão, e por irradiar ainda mais luz nos dias iluminados. Por ouvir minhas preces, e realizá-las do Seu modo. Certo dia li que ter fé não é esperar que as coisas que pedimos a Deus aconteçam, mas acreditar que Ele nos prepara para o que considera melhor – e eu acredito. Agradeço também à Nossa Senhora Aparecida, minha mãe e padroeira, por passar na frente de todos os meus caminhos, por me guiar e proteger em seu manto sagrado.

Agradeço aos meus pais Cirani e Elaine, por serem meus maiores incentivadores, por acreditarem em mim, fazendo o possível e o impossível pela nossa família. Só nós sabemos o quanto lutamos para chegar até aqui. O que sou, e todas as minhas conquistas, são reflexos do que sempre fizeram e fazem por mim. Eu os amo incondicionalmente. Agradeço às minhas irmãs, Maria Cecília e Elloá, por serem minhas verdadeiras amigas, e por tornarem todas as coisas mais leves e descontraídas, por todas as risadas e momentos juntas.

Agradeço ao meu esposo, Heitor, que é o meu anjo da guarda na Terra e o meu companheiro. Eu acredito que nada é por acaso, e que a gente não se conheceu, mas se reencontrou. Porque o amor que sinto por você é tão grande e inexplicável que só pode ser coisa de outras vidas, de alma gêmea mesmo. Obrigada por me apoiar em todos os meus sonhos, por ter me levado a Jacarezinho inúmeras vezes para fazer as provas do processo seletivo do Mestrado, por me levar nas aulas presenciais aos fins de semana, deixando de lado seus próprios compromissos para cuidar dos meus. Organizar nosso casamento ao mesmo tempo em que escrevia essa dissertação foi um misto de emoções, uma verdadeira aventura. Eu não via a hora da gente se casar e ter nossa família. Eu te amo. A vida só faz sentido com você ao meu lado.

Agradeço à minha família como um todo, a quem sempre posso contar. Os nossos almoços de domingo são sempre memoráveis. Eu não seria quem sou hoje sem o amor dos meus pais, irmãs e esposo, que são meus milagres diários, minha motivação para continuar.

Agradeço também aos meus sogros e à minha avó Geni, por serem pessoas amáveis e queridas, que estão sempre dispostas a ajudar. Ao meu padrinho Miguel, à minha madrinha e avó Benilda, e ao meu avô Joel, por olharem por mim do céu.

Agradeço à Universidade Estadual do Norte do Paraná, especialmente, ao Programa de Pós- Graduação em Ciência Jurídica, na pessoa do coordenador, o professor Doutor Fernando De Brito Alves, pela disponibilização de diversas aulas e eventos que enriqueceram os estudos e o fomento à pesquisa, e pelos apontamentos pertinentes na banca de defesa. Mesmo com os inconvenientes da pandemia e com a necessidade de distanciamento, a UENP esteve sempre ao meu lado. À Natalina Costa, por sempre ser solicita e tirar minhas muitas dúvidas ao longo desses dois anos.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e à Fundação Araucária, pelo subsídio financeiro fornecido desde abril de 2021, o que permitiu minha dedicação de forma integral na escrita da presente dissertação, possibilitando também a elaboração de artigos e trabalhos científicos, a participação em eventos, bem como investimentos bibliográficos que acrescentaram no meu desenvolvimento não apenas intelectual, como também humano.

Agradeço imensamente ao professor Doutor Jaime Domingues Brito, meu orientador e professor da graduação, profissional competente e admirável, por sempre ter apoiado todas as minhas ideias, por tornar a jornada acadêmica mais gentil e leve, por ter me orientado não só na elaboração da dissertação e na escrita de artigos, como também na participação de eventos. Obrigada por me ensinar a ensinar, através do estágio docência, e por todo o carinho e compreensão ao longo desses dois anos. Deus sempre o abençoe.

À turma Odisseia, do curso de Direito da UENP, pela acolhida nas aulas de Direito Civil II (Teoria Geral das Obrigações). Foi uma honra participar das aulas em regime de estágio docência com vocês. Eu aprendi mais do que ensinei. Peço licença ao professor Jaime Brito para chamar essa turma também de minha. Guardarei cada aluno com muito carinho no meu coração.

Aos professores Doutores Daniel Marques De Camargo e Jairo Neia Lima, pelo auxílio na delimitação do tema da presente pesquisa, pelos apontamentos pertinentes e pela recomendação de leitura de diversas obras que contribuíram diretamente no desenvolvimento do trabalho. Ao professor Doutor Eduardo Cambi, meu professor da pós-graduação que é sempre muito atencioso e gentil, sendo inclusive um dos meus referenciais teóricos na área de processo, pela participação no seminário do pré-projeto de pesquisa e na banca de qualificação, com sugestões de aprofundamento e aprimoramento da dissertação, e pela coautoria, junto do meu orientador, no desenvolvimento de um artigo científico submetido à Revista Meritum

(qualis b1), que foi publicado no fim de 2021. À professora Doutora Sâmia Saad Gallotti Bonavides, minha professora da graduação e a quem eu tenho grande admiração por ser uma representante das mulheres no âmbito do processo civil, pelos pertinentes apontamentos na banca de qualificação, que em muito contribuíram para a continuidade da pesquisa. Ao professor Doutor Luiz Fernando Bellinetti, da Universidade Estadual de Londrina (UEL), pela participação na banca de defesa e por todos os apontamentos para a melhoria e continuidade deste trabalho.

A todos os demais funcionários e professores do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, pela dedicação e empenho com que exercem seu trabalho. Em especial, agradeço aos professores Doutores Carla Bertoncini, Luiz Fernando Kazmierczak e Vladimir Brega Filho, por serem pessoas inspiradoras e terem auxiliado na elaboração de artigos submetidos em coautoria a revistas renomadas.

Ao grupo de pesquisa INTERVEPES (intervenção do Estado na vida das pessoas), na pessoa do professor Doutor Renato Bernardi, pelas reuniões e debates que contribuem em muito no meu desenvolvimento acadêmico e pessoal.

Às colegas de pesquisa Fernanda Mattos, Tayana Caldonazzo e Brunna Rabelo Santiago, por sempre estarem dispostas a esclarecer todas as dúvidas do Mestrado, e por acalmarem as inúmeras angústias dessa jornada. À Tamires Petrizzi, aluna da graduação que se tornou amiga e parceira de trabalhos nesta caminhada. Ao colega de turma Vinny Pellegrino, por compartilhar todos os sofrimentos vividos, pelas risadas, fofocas e pelas enormes ajudas não só na Pós-Graduação, como também no início da Advocacia, oportunizando que eu trabalhe em seu escritório como advogada associada. Aos colegas de trabalho Enzo Pellegrino, Gabriela Vidor Franciscon, Jovana Cardoso e Luana Icoma, pelos aprendizados diários, pela compreensão diante desse momento conturbado que é a escrita da dissertação, e por um ambiente acolhedor, tranquilo e divertido.

Agradeço às minhas amigas Bianca e Pérola, pelas descontrações, histórias e risadas. Apesar de nesses dois anos as ter visto muito pouco presencialmente, e de não conversarmos diariamente, a amizade é cada dia mais forte. Agradeço também à Vitória Lamino (amiga de escola) e à Laís Rodrigues (amiga de faculdade), a quem sempre vou guardar com muito carinho.

Agradeço ao Murilo, meu amigo de escola e de faculdade, artista de uma voz única. Obrigada pelas risadas, pelas fofocas, por pedir minha opinião na sua carreira musical. Sinto falta da nossa companhia diária. Espero te aplaudir muito ainda.

Agradeço ao meu melhor amigo Paolo, presente da faculdade, meu irmão de alma, minha dupla em tudo, inclusive no Mestrado. Esse sonho que estamos vivendo não aconteceu da forma como imaginávamos, mas nem por isso se tornou menos importante ou especial. Cada pequena conquista e vitória é compartilhada. Cada tristeza, angústia e insegurança é dividida. Esses dois anos de Mestrado que se passaram não foram fáceis, mas serviram de aprendizado. Queria poder ter te visto todo fim de semana. Você é muito importante. Você é um ser humano admirável. Obrigada por permanecer. Conte comigo sempre. Pra tudo.

Agradeço a todos os profissionais da saúde que contribuíram e que continuam a contribuir para o fim da pandemia Covid-19, deixando suas famílias em casa para cuidar do próximo. Esse é um dom que ainda não recebe o devido reconhecimento. Obrigada.

Agradeço, ainda, a todos aqueles que não acreditaram em mim, que acharam que eu não era capaz, que tentaram de alguma forma me diminuir. Vocês estavam mais uma vez errados. Apesar de todas as dificuldades, eu venci.

Por fim, agradeço a todos os futuros leitores e leitoras, e espero que a pesquisa, feita com muito carinho, esforço e muitas horas de estudo, possa de algum modo contribuir na jornada acadêmica.

“[raros e passageiros]

Se eu estiver
vivo
daqui a alguns
anos
poderei dizer para os meus
netos
vivam
dancem
sintam
balancem
amem
cantem
porque somos raros e
passageiros
o tempo só é belo
se nós o fizermos
assim
e não se preocupem
se errarem
eu também errei
e estou
vivo.”

(Gabriel Balzan)

VENANZONI, Victória Santos Marques Dias. **Convencimento judicial e valoração das provas a partir do art. 371 do CPC/2015: limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito.** 2022. 233 folhas. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2022.

RESUMO

A pesquisa trata de uma análise do artigo 371 do Código de Processo Civil, que inovou ao retirar a possibilidade de o juiz decidir livremente sobre as provas constantes nos autos – o que era permitido pelo art. 131 do Código de Processo Civil de 1973. A pergunta que se pretende responder, ao longo da dissertação, é a seguinte: como o art. 371, do CPC/2015, deve ser interpretado para que não haja discricionariedade na valoração das provas e quais devem ser os limites e possibilidades dessa atividade no Estado Democrático de Direito? Antes de adentrar especificamente na busca por essa resposta, a pesquisa expõe a definição da prova, sendo indicados a sua função, objeto e destinatário, bem como o conceito de verdade para o processo, com análise dos sistemas de valoração das provas existentes no ordenamento jurídico brasileiro: o sistema da prova tarifada, o sistema da íntima convicção e o sistema do livre convencimento motivado. Neste ponto, é feita uma retomada histórica sobre a valoração probatória a partir do art. 131 do CPC/1973, que permitia uma ampla discricionariedade judicial na apreciação das provas. Depois, é feita uma análise da Constituição Federal de 1988, que passou a encarar a prova como um direito fundamental, por influir no resultado do processo e permitir a participação das partes na realização da justiça. Ainda, é examinado o neoprocessualismo e a necessidade de as provas serem valoradas conforme os preceitos constitucionais. No segundo capítulo da pesquisa, é analisado o debate e processo legislativo do CPC/2015, sendo também estudado de forma pormenorizada o art. 371 do novo diploma processual, que deu margem à discussão de uma apreciação discursiva da prova, com a superação dos comportamentos discricionários presentes no positivismo jurídico. Para a melhor compreensão da mudança no sistema de valoração das provas, é feita uma explanação sobre a teoria dos paradigmas e a revolução científica de Thomas Kuhn, sendo também exposto o estudo de Lenio Streck sobre o combate à discricionariedade e ao protagonismo judicial. No terceiro e último capítulo, é feita uma análise sobre como o art. 371 do CPC/2015 deve ser interpretado. Discorre-se sobre a necessidade de as decisões judiciais estarem dentro dos limites constitucionais e de os magistrados observarem o dever de motivação, na sua forma completa, atuando como verdadeiros juízes "Hermes", conforme o quanto estabelecido pela teoria da argumentação jurídica. Ainda, são apresentados os critérios probabilísticos e os *standards* probatórios, bem como a necessidade de estudo da neurociência no direito, como mecanismos de controle da valoração das provas e do próprio convencimento judicial. Chega-se à verificação de que atualmente o Poder Judiciário vem atravessando uma revolução, na busca do fim do solipsismo e de uma maior racionalidade, sendo o art. 371 do CPC/2015 um dos institutos pautados nesse objetivo. Porém, na prática, a mudança na valoração das provas ainda não foi amplamente aceita pela comunidade jurídica, sendo necessário o uso de mecanismos de controle para que haja uma verdadeira transformação. O método científico utilizado é o dedutivo, com pesquisa exploratória, bibliográfica e documental.

Palavras-chave: apreciação probatória; direito probatório; discricionariedade; *standards* probatórios; sistema da persuasão racional.

VENANZONI, Victória Santos Marques Dias. **Judicial conviction and value of proof through the CPC/2015's 371 article: limits and possibilities in the Democratic Rule of Law.** 2022. 233 pages. Dissertation (Masters in Legal Science) – North of Paraná State University, Jacarezinho, 2022.

ABSTRACT

The research deals with an analysis of the 2015 Code of Civil Procedure's 371 article, which innovated by removing the possibility for the judge to decide freely on the evidence contained in the records that was allowed by 1973 Code of Civil Procedure's 131 article. The question that is intended to be answered, throughout the dissertation, is the following: how should it be interpreted the CPC/2015's 371 article so that there is no discretion in the assessment of proof and what should it be the limits and possibilities of this activity in the Democratic State of Law? Before specifically going into the investigation for this answer, the research exposes the definition of proof, indicating its function, object and recipient, as well as the concept of truth for the process, with an analysis of evaluation systems that exists in Brazil: the tabuled proof system, the intimate conviction system and the free motivated conviction system. At this point, an historical resumption is made on the CPC/1973's 131 article evidential valuation, which allowed a wide judicial discretion in the assessment of proof. Then, an analysis of the Federal Constitution of 1988 is carried out, which started to regard the proof as a fundamental right, because it influences in the outcome of the process and allows the participation of the parties in the realization of justice. Furthermore, the neoprocedualism and the need for evidence to be valued according to constitutional precepts are examinated. In the second chapter of the research, the debate and legislative process of the CPC/2015 are analyzed, being also studied in detail its 371 article, which gave rise to the debate of a discursive appraisal of the proof, overcoming the discretionary behaviors that are present in legal positivism. For a better understanding in the change of the evidence valuation system, an explanation is made about the Thomas Kuhn's theory of paradigms and scientific revolution, as well as the Lenio Streck's study on the fight against discretion and judicial protagonism. In the third and final chapter, an analysis is made of how 371 article of CPC/2015 must be interpreted. It is discussed about the need for judicial decisions to be within constitutional limits and for magistrates to observe the duty of motivation in its complete form, acting as true "Hermes" judges, as established by the theory of legal argumentation. Also, probabilistic criteria and evidentiary standards are presented, as well as the need to study neuroscience in law, as mechanisms to control the evaluation of evidence and judicial conviction itself. It is verified that currently the Judiciary has been going through a revolution, in the search for the end of solipsism and a greater rationality, with the 371 article of CPC/2015 being one of the institutes based on this objective. However, in practice, the change in the value of evidence hasn't been widely accepted by the legal community yet, requiring the use of control mechanisms for a true transformation. The scientific method used is the deductive, with an exploratory, bibliographical and documentary research.

Keywords: evidential evaluation; evidential right; discretion; evidential standards; rational persuasion system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **14**

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ NA SUA VALORAÇÃO: DO ART. 131 DO CPC/1973 AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS SURGIDOS EM 1988 ..... **22**

1.1 Conceito, função, objeto e destinatário da prova **33**

1.2 O direito à prova e a busca pela verdade **39**

1.3 Os sistemas de valoração de provas **44**

1.3.1 Sistema legal ou da prova tarifada 46

1.3.2 Sistema da íntima convicção do juiz 50

1.3.3 Sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado 54

1.4 O art. 131 do CPC/1973 e a ampla discricionariedade do juiz na valoração das provas **62**

1.5 Direito fundamental à prova a partir da Constituição Federal de 1988 ..... **70**

1.6 O neoprocessualismo e a necessidade de as provas serem valoradas conforme os preceitos constitucionais **73**

2. UMA MUDANÇA DE PARADIGMA: O FIM DO PROTAGONISMO JUDICIAL E O SURGIMENTO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO NA VALORAÇÃO DAS PROVAS A PARTIR DO ART. 371 DO CPC/2015 ..... **80**

2.1 Debate e processo legislativo do CPC/2015 a fim de solucionar os problemas anteriores **85**

2.2 A retirada da expressão "livremente" do art. 371 do CPC/2015, o fim do livre convencimento e o advento da valoração discursiva da prova **94**

2.3 A superação da ideia de "decido conforme a minha consciência", da discricionariedade e do protagonismo judicial como uma fatalidade positivista **104**

2.4 Análise da mudança no sistema da valoração das provas a partir dos estudos de Thomas Kuhn e Lenio Streck **115**

3. DEPOIS DA MUDANÇA: A BUSCA POR UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO ART. 371 DO CPC/2015 127

3.1 Vedação ao *non liquet* e exigência de fundamentação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito 133

3.2 A necessidade do dever de completude da motivação das decisões e da observância das noções de coerência e integridade do direito 146

3.3 Aplicação da teoria da argumentação jurídica na apreciação das provas e a busca pelo "juiz Hermes" 161

3.4 O uso de critérios probabilísticos na análise da prova e de *standards* probatórios como meios de controle do convencimento judicial 182

3.5 A contribuição da neurociência como linguagem não corporal no processo civil e no exercício da valoração das provas 202

CONSIDERAÇÕES FINAIS 213

REFERÊNCIAS 217

INTRODUÇÃO

O processo é uma ferramenta imprescindível do Estado Democrático de Direito, que, em seu monopólio da justiça se auto-intitulou como dono da jurisdição, do dever de dizer, aplicar e dar o direito a quem se socorresse do Estado-Juiz para resolver uma pretensão. É por intermédio de um processo que os direitos são resguardados e amparados, preventivamente, no decorrer de uma lesão, ou assegurados, quando diretamente atacados. Trata-se do direito fundamental de ação – ou inafastabilidade da jurisdição – que é corolário do acesso à justiça, sendo uma garantia de todos os cidadãos, indistintamente. A esse direito se associa intrinsecamente o direito à tutela jurisdicional de mérito, integral, célere e efetiva. Sem um processo, não há que se falar na materialização desses interesses. E é justamente na análise do desenvolvimento do processo civil, com todas as suas formalidades, histórico, institutos e garantias constitucionais fundamentais, que esta pesquisa firma a sua razão de ser.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015, que passou a vigorar em março de 2016, foi considerado, à época de sua promulgação, por grande parte da doutrina, um verdadeiro avanço democrático, por se tratar da primeira regulamentação legislativa, no âmbito processualista civil, aprovada em uma fase de bastante debate quanto à existência de um constitucionalismo democrático.

Em verdade, os Códigos de Processo Civil anteriores, datados de 1939 e de 1973, foram concebidos em períodos de exceção, o que já distinguiu em muito quais seriam os rumos a serem tomados pela nova codificação, que em sua própria exposição de motivos estabelecia, de maneira clara e concisa, os objetivos da reforma processual.

Ou seja, quando se tem em conta que o CPC/2015 foi o único diploma processual na história brasileira estabelecido em bases democráticas, visualiza-se a importância de conjugar os estudos e a interpretação de seus dispositivos à Carta Magna de 1988, em verdadeira constitucionalização do processo civil, porquanto fora desenvolvido em consonância com os valores, diretrizes e normas fundamentais da Constituição da República Brasileira.

De fato, as principais finalidades do CPC/2015 visavam alcançar os desejos mais profundos – tidos como impalpáveis até então – tanto dos processualistas, quanto dos demais operadores do direito: a busca de uma maior celeridade dos julgamentos, a segurança jurídica para serem garantidos os direitos dos cidadãos (com o surgimento dos chamados precedentes), e uma maior democratização do próprio processo às partes litigantes, que

poderiam, juntamente do juiz, estabelecer qual a melhor saída para a resolução do conflito, de forma conjunta, tudo com vistas a uma prestação jurisdicional de melhor qualidade.

Sob a perspectiva teórica da Crítica Hermenêutica do Direito, que busca compreender e interpretar a ciência jurídica como um todo, bem como seus segmentos de maneira pormenorizada, é possível afirmar que o CPC/2015 inovou ao dispor sobre os mecanismos que pudessem transformar o processo civil de maneira eficiente. E isso se deu não unicamente com o fomento às técnicas autocompositivas, o surgimento de um enfoque precedentalista, o dever de fundamentação do juiz e a vedação às decisões-surpresa: houve mudanças também no que diz respeito ao direito probatório.

Sabe-se que a arcaica divisão entre verdade em formal e material não mais se justifica. Atualmente o processo, seja ele penal ou civil, deve buscar a verdade sobre as alegações deduzidas pelo autor e réu para que ao final o conflito seja solucionado de forma justa, conforme os preceitos e garantias constitucionais, concedendo-se uma prestação jurisdicional adequada às partes.

De fato, as provas judiciais constituem instrumento apto a reconstruir os fatos jurídicos, por serem um conjunto de meios, atividades e resultados que tem como finalidade apurar a veracidade das alegações formuladas nos autos. Dentro do processo, as provas auxiliam na formação da convicção do juiz, na medida em que reconstroem os fatos relevantes para a resolução da lide, sendo também um meio democrático de participação direta das partes litigantes na busca da efetivação da justiça, uma vez que é por meio da produção probatória que irão comprovar suas alegações, para que o juiz defina a quem deve ser concedido o direito. Nota-se, pois, que a prova, dentro do processo, constitui verdadeiro direito fundamental, corolário do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, tratar sobre o direito probatório não é algo simples, posto que caracteriza uma garantia da ciência processual que sempre se modifica, na tentativa de contribuir na efetivação dos preceitos constitucionais.

Com a entrada em vigor do CPC/2015, como dito, o debate quanto ao direito probatório ganhou nova roupagem. É cediço que as partes, com a promulgação do referido diploma legal, assumiram especial relevância, o que, na instrução processual, pode se dar através da produção de provas. É a partir dos meios de prova elegidos pelos sujeitos processuais que serão carreados ao processo informações consubstanciadas em documentos, laudos técnicos, depoimentos das próprias partes, oitiva de testemunhas, inspeção *in loco* do

próprio magistrado, dentre outras possibilidades, que vão, pouco a pouco, formando o convencimento do juiz a respeito da verossimilhança das alegações fáticas e da adequada aplicabilidade da legislação àquele caso concreto.

Dentre as principais inovações trazidas pelo CPC/2015 no que diz respeito à prova, pode-se citar, como exemplo, a implementação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º), que relativizou a distribuição estática anteriormente existente no CPC de 1973, ao estabelecer que as provas devem atender às especificidades de cada caso, para que se alcance a mais adequada reconstrução dos fatos e, consequentemente, decisões cada vez mais justas. Mas essa não foi a única inovação trazida pelo CPC/2015 no que concerne ao direito probatório: o legislador retirou a possibilidade de o juiz valorar *livremente* a prova.

Com efeito, a codificação processual civil de 1939, em seu art. 118, dispunha que o juiz, no momento de apreciar as provas constantes nos autos, formaria livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias levados ao seu conhecimento, inclusive aqueles que não haviam sido alegados pelas partes, devendo indicar em seu pronunciamento quais fatos e/ou circunstâncias motivaram efetivamente o seu convencimento. Percebe-se, pelo teor dessa disposição legal, a grande margem de discricionariedade atribuída ao magistrado para conduzir o processo e a fundamentação de suas decisões. Ainda nesse sentido, porém na codificação imediatamente posterior, aduzia o CPC/1973, em seu art. 131, que ao juiz incumbia apreciar livremente a prova, de acordo com os fatos e circunstâncias levados à dialética processual, mesmo que não suscitados pelas partes, devendo apontar, na sentença, os motivos que levaram à formação de seu convencimento.

O teor da legislação permaneceu quase que inalterado até então, de tal sorte que a hodierna expressão legal possa ser considerada um avanço nesse contexto de valoração das provas a partir da análise subjetiva do Estado-Juiz. Estatui o atual Código de Processo Civil, no art. 371, que o magistrado “apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015, online).

Nota-se, desde pronto, que a expressão “livremente” foi excluída da codificação de 2015, além do que a simples leitura do artigo de lei, em comparação aos seus equivalentes anteriores, parece transferir o foco do processo da pessoa do juiz para os elementos de prova que devem ser por ele sopesados para que se tenha um raciocínio conclusivo em relação à demanda proposta. Isso porque já existe em cada magistrado uma formação particular única,

um jeito próprio de se expressar, uma singularidade na maneira de conduzir os atos de um processo.

Ou seja, o legislador retirou da redação do art. 371 do CPC/2015 a possibilidade de o juiz valorar livremente a prova, o que era permitido pelo art. 131 do CPC/1973 (que possibilitava a ocorrência de amplos subjetivismos, discricionariedades e arbitrariedades), passando a adotar o sistema da persuasão racional na valoração de provas, de modo que muitos estudiosos afirmam não mais existir no processo civil contemporâneo o princípio do livre convencimento. Este entendimento, contudo, ainda não é unânime.

De fato, o denominado princípio do livre convencimento do juiz foi empregado por tanto tempo e se tornou tão naturalizado que, quando foi retirada pelo art. 371 do CPC/2015 a possibilidade de se decidir livremente sobre a prova, isso causou posicionamentos e discussões – teóricas e práticas – diversas sobre a questão: uns dizem que ainda existe o princípio do livre convencimento do juiz na apreciação das provas e que ele continuará a ser empregado, outros dizem que esse comportamento está sendo abolido, com a estreita observância do dever de fundamentação das decisões e de integridade e coerência do direito.

A dissertação, pois, pretende tratar dessa polêmica mudança. Em verdade, o problema que a pesquisa busca responder é o seguinte: como o art. 371 do CPC/2015 (que trata do convencimento judicial na valoração probatória) deve ser interpretado para que não haja discricionariedade? O que se almeja é uma resposta conclusiva, porém não exaustiva, com relação ao assunto.

E a pesquisa se justifica justamente na necessidade de se analisar como o art. 371 do CPC/2015 deve ser interpretado e compreendido pelos profissionais do direito, em que medida ele mudou o sistema da valoração de provas, e quais são os limites e possibilidades do convencimento judicial nessa atividade para que se assegure ao máximo as garantias constitucionais do processo e os interesses das partes, conforme o quanto determinado pelo Estado Democrático de Direito, examinando também o art. 131 do CPC/1973 e a ampla discricionariedade e subjetivismo do juiz na valoração das provas que antes existia, por que esse mecanismo tinha críticas, com enfoque no direito fundamental à prova a partir dos preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Disso, verifica-se ser importante a discussão sobre a mudança de paradigma surgida após a promulgação do CPC/2015, em que houve o fim do protagonismo judicial e o surgimento do convencimento motivado na valoração das provas, com a realização de uma

análise do art. 371 do CPC/2015 e do próprio debate e processo legislativo do CPC/2015, para verificar se atualmente referido dispositivo vem sendo interpretado pelos juízes e tribunais da forma mais adequada, conforme os preceitos constitucionais, ou se mesmo com a mudança legislativa, a prática de se decidir livremente sobre as provas continua a ser a mesma, permanecendo a discricionariedade judicial no processo civil brasileiro.

Observa-se, pois, que o tema objeto da dissertação está intimamente ligado à área de concentração do programa de Mestrado em Ciência Jurídica, vez que está inserido dentro do campo das Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão.

Com efeito, a pesquisa tem como escopo colaborar com uma compreensão mais profunda e integrada das mazelas existentes, voltada às questões de inclusão social, por dizer respeito à forma como o Poder Judiciário vem enfrentando as inovações trazidas pelo CPC/2015, quais são os limites da sua atuação no Estado Democrático de Direito, de modo a contribuir para a articulação de ações capazes de interferir positivamente nas dinâmicas tanto sociais quanto jurídicas. A dissertação, ainda, adere à linha de pesquisa da Função Política do Direito, em razão de se pautar em uma visão crítica e constitucional do processo civil no âmbito do direito probatório.

A pesquisa, em verdade, está vinculada aos temas de Cidadania e Acesso à Justiça (ao tratar do direito fundamental das partes à prova e a uma valoração pelo juiz que seja devidamente fundamentada, conforme os preceitos estabelecidos pela CF/1988), Função Política do Processo (preocupando-se quanto à efetivação das garantias fundamentais processuais), e Democracia e Justiça Distributiva (ao se analisar se o art. 371 do CPC/2015 vem sendo interpretado de modo constitucionalmente adequado, deixando-se de lado o livre convencimento na valoração probatória).

Não há, pois, como negar o mérito em se analisar e discutir se o art. 371 do CPC/2015, depois de passados mais de cinco anos de sua promulgação, vem sendo interpretado e aplicado conforme o quanto almejado pelo legislador processual civil e pelo próprio Estado Democrático de Direito, deixando-se de lado o (tão utilizado) sistema do livre convencimento na valoração das provas, o que é tema de enorme relevância social, por estar atrelado à busca de uma justiça cada vez mais adequada, efetiva e de qualidade.

A fim de atingir o propósito desta pesquisa, o método científico utilizado foi o dedutivo, em que se parte de premissas maiores e gerais tidas como verdadeiras, para, através de argumentos particulares e de um raciocínio lógico, chegar-se à verdade daquilo que é

proposto, ou seja, à conclusão formal, fundamentando-se em um silogismo (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2017, p. 65-68). Conforme Severino, o método dedutivo é pautado inicialmente num raciocínio antecedente, o qual é constituído de princípios universais e plenamente inteligíveis. Por meio desse raciocínio anterior, e de forma lógica, chega-se a um consequente menos universal. As afirmações do raciocínio antecedente são universais e previamente aceitas, sendo que delas decorre, de maneira lógica e necessária, a conclusão, que é uma afirmação do raciocínio consequente. Ou seja, através da dedução, passa-se das premissas à conclusão (p. 76, 2014).

Ademais, mesmo tendo sido empregado o método dedutivo, houve também a utilização da técnica comparativa (pois os artigos 131 do CPC/1973 e 371 do CPC/2015 foram analisados conjuntamente, tendo sido feita uma comparação sobre o que estabelecia o art. 131 do CPC/1973 quanto à valoração das provas, e o que mudou com o novo dispositivo trazido pelo CPC/2015). Ainda, foi feita uma explanação documental, com levantamento de dados e análise de sua significância, isso tudo embasado em pesquisas bibliográficas, leitura de obras doutrinárias, artigos científicos, revistas jurídicas, teses, dissertações e outros demais textos e materiais relevantes para o desenvolvimento do assunto, destacando-se a pesquisa no âmbito do Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Teoria Geral do Processo, com enfoque no anterior Código de Processo Civil de 1973, no anteprojeto do CPC/2015 e na própria Lei nº 13.105/2015.

A pesquisa é elaborada a partir de três subdivisões. No primeiro capítulo, é feita uma explanação acerca do conceito de prova como sendo o meio pelo qual as partes reconstroem no processo os fatos por ela narrados, a fim de que ao juiz seja possibilitado chegar o mais próximo possível da verdade, formando o seu convencimento e decidindo de forma justa. São também indicados a função, objeto e destinatário da prova, bem como a definição de verdade para o processo, sendo ainda analisados os modelos de valoração das provas já existentes no processo civil brasileiro: o sistema legal ou da prova tarifada, o sistema da íntima convicção – aqui, é feita uma breve análise do instituto do Tribunal do Júri no processo penal – e o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional (adotado pelo legislador a partir do CPC/1973). Neste ponto, é feita uma retomada histórica e uma reflexão crítica sobre a valoração probatória a partir do art. 131 do CPC/1973, que permitia ao magistrado apreciar livremente os elementos de prova constantes nos autos, sendo-lhe dada ampla discricionariedade para tanto. Depois, é feita uma análise da Constituição Federal de 1988, que passou a encarar a prova como um direito fundamental, por influir no resultado do

processo e permitir de forma mais democrática a participação das partes na realização da justiça. Ainda, é analisado o neoprocessualismo e a necessidade de as provas serem apreciadas conforme os preceitos constitucionais, buscando-se o fim do protagonismo judicial, com a necessidade de edição de uma nova lei processual que se adequasse aos fins do Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo, é realizada uma análise sobre o debate e processo legislativo do CPC/2015 (que visava solucionar os problemas anteriores), sendo também estudado de forma pormenorizada o art. 371 do novo diploma processual, que retirou a possibilidade de o magistrado valorar de maneira livre a prova, o que deu margem para a discussão de uma apreciação discursiva da prova, com a superação dos comportamentos discricionários e da ideia de "decido conforme a minha consciência", o que é prática inerente ao positivismo jurídico, possibilitando também uma mudança de paradigma. Neste ponto, é feita uma análise da mudança no sistema da valoração das provas a partir de um paralelismo com o que dispõe Lenio Streck e a teoria de Thomas Kuhn: aqui, discorre-se sobre as fases de uma revolução científica, em que há a substituição de um paradigma por outro. Dentro da temática tratada pela dissertação, o paradigma anterior é o art. 131 do CPC/1973, que possibilitava o subjetivismo; esse paradigma é posto em cheque em razão das garantias constitucionais, na busca da ruptura da discricionariedade, sendo substituído por um novo paradigma, que é o art. 371 do CPC/2015. A pesquisa demonstra claramente que o sistema processual civil está atravessando a "revolução", não se sabendo ao certo se o novo paradigma será, de fato, confirmado e estabelecido, uma vez que na prática ainda são cometidos subjetivismos na apreciação probatória.

Encaminhando-se para as questões conclusivas, o terceiro capítulo da dissertação trata do debate sobre o que deve ser feito após a mudança no sistema da valoração das provas no processo civil. O que se busca nessa parte, na verdade, é discorrer sobre qual deve ser a interpretação constitucionalmente adequada do art. 371 do CPC/2015. Para tanto, é feita uma análise sobre os limites da atuação do Poder Judiciário na formação do convencimento judicial, com uma explanação, bem resumida, sobre a vedação ao *non liquet* e o dever de motivação das decisões como exigência racional do Estado Democrático de Direito, refletindo sobre como deve ser um pronunciamento judicial considerado adequadamente fundamentado. Neste ponto, é feita uma verificação de que o dever de motivação das decisões deve ser exercido em sua completude, sendo ainda tecidas considerações sobre a necessidade de observância das noções de coerência e integridade do direito no pronunciamento judicial.

Também é analisado se a teoria da argumentação jurídica pode contribuir na atividade da valoração probatória, e de que forma isso pode ocorrer, sendo feitas considerações sobre o modelo de juiz Hermes, que é aquele mais próximo ao quanto almejado pelo Estado Democrático de Direito. É feita, ainda, uma breve explanação acerca do uso de critérios probabilísticos e de *standards* probatórios como meios de controle do convencimento judicial e da valoração da prova, a partir dos estudos de Rafael Auilo. Por fim, analisa-se como a neurociência – que é um tema muito pouco debatido no processo civil, mas que em muito pode acrescer na discussão do convencimento do magistrado – pode contribuir no debate com relação à decisão judicial, especialmente no que concerne à apreciação da prova.

A dissertação conclui que apesar da mudança de paradigma, com a supressão do vocábulo "livremente" do art. 371 do CPC/2015 e a necessidade de o processo e o exercício da valoração das provas pelo juiz serem pautados numa maior racionalidade, ainda existe certa resistência em se abandonar de vez o paradigma anterior da discricionariedade e subjetivismo. Os magistrados e tribunais ainda estão atravessando a revolução. Por esse motivo, faz-se necessária a adoção de certos mecanismos, tais como o uso de critérios probabilísticos e de *standards* probatórios, a observância ao dever de completude da motivação e da argumentação jurídica, para que a transformação na forma de se valorar a prova de fato aconteça por completo.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ NA SUA VALORAÇÃO: DO ART. 131 DO CPC/1973 AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS SURGIDOS EM 1988

A atividade jurisdicional exercida na sociedade é indispensável e se legitima porque existem conflitos entre pessoas, os quais devem ser solucionados, com a busca da pacificação – que é essencial em um convívio em sociedade, uma vez que "a proliferação de conflitos constitui fator de instabilidade e desorganização da própria sociedade". E como os conflitos são muito diferentes uns dos outros, cada qual possuindo peculiaridades, o sistema deve ser flexível para que possa dar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva a quem possua o direito, produzindo, assim, resultados que sejam legítimos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 32-33). "A tutela jurisdicional tem de ser efetiva. Tem de ter condições de promover na forma específica a proteção do direito material" (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 29).

> Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser ou de qualquer modo não foi satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito [...] A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de *processo* [...] E chama-se *direito processual* o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz ou pelo árbitro, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado. *Direito material* é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens, relações e utilidades da vida (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 63-64, grifos dos autores).

Logo, o direito processual está umbilicalmente ligado do direito material, uma vez que seus institutos (jurisdição, ação, exceção, processo) foram criados e encontram justificativa no Estado e na necessidade de se garantir que o ordenamento jurídico tenha autoridade. Em verdade, o "objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos, e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 64).

> Pelo Direito Processual o Estado também presta um serviço, porquanto dirime as questões que surgem entre os indivíduos e os grupos, e estes e as diversas áreas do governo. O juiz, no ato de prolatar uma sentença, sempre o faz em nome do Estado. A jurisdição, que é o ato através do qual o Poder Judiciário se pronuncia sobre o objeto de uma demanda, é indiscutivelmente um serviço público [...] O interesse do Estado em fazer justiça opera-se, concretamente, através do interesse das partes na demanda. O Direito Processual objetiva, pois, o sistema de princípios e regras, mediante os quais se obtém e se realiza a prestação jurisdicional do Estado necessária à solução dos conflitos de interesses surgidos entre particulares, ou entre estes e o próprio Estado (REALE, 2002, p. 345-346).

Como se sabe, no processo de conhecimento, ultrapassada a fase postulatória, com o devido ajuizamento da ação pelo autor (através da petição inicial), da apresentação de contestação pelo réu, e posterior réplica, há dois caminhos processuais que podem ser seguidos: o do julgamento do processo no estado em que se encontra (ao analisar a matéria que está sendo discutida e as provas já exibidas pelas partes, o juiz entende não ser o caso de colher outras provas, proferindo julgamento com ou sem resolução do mérito), ou o seu saneamento e organização (quando houver a necessidade de serem produzidas novas provas, para que somente então seja possível ao magistrado proferir o julgamento).

Nesse último caso, e antes de julgar a demanda, o juiz possibilitará aos litigantes que apontem, ou melhor, que especifiquem as provas que considerem pertinentes para formar a sua convicção, conforme as peculiaridades do caso. Ou seja, as partes indicarão ao juiz as provas que pretendem produzir, e este irá verificar se as provas requeridas são pertinentes para a resolução da causa, indicando, ainda, os pontos/questões controvertidos (isto é, o que ainda precisa ser debatido de modo mais específico, os assuntos nos quais o julgador ainda não formou sua plena convicção). Verifica-se, pois, que esse momento de saneamento é de suma importância para que sejam corrigidos eventuais erros, bem como organizados os próximos atos processuais, para que seja dada às partes a decisão mais justa possível, fazendo valer os objetivos da jurisdição.

De acordo com o princípio dispositivo, o juiz depende, na instrução do processo, da iniciativa das partes com relação às provas que serão produzidas e das alegações em que se fundamentará a sua decisão. E essa iniciativa das partes no desenvolvimento do processo é consequência da sua própria estrutura (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 88).

Como se sabe, muitos fatores podem influenciar na regulamentação dos poderes do juiz dentro do processo, tais como os político-filosóficos, os técnicos, e até mesmo os locais, não podendo ser esquecido, porém, o principal dogma do juiz, que é o zelo pela imparcialidade. Na verdade, com o passar do tempo, os poderes do magistrado foram sendo

aumentados, ficando responsável não apenas por impulsionar o andamento da causa, como também por determinar a produção de provas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 88).

> Com o objetivo de dar ao juiz as necessárias condições para o desempenho de suas funções, o direito lhe atribui determinados *poderes* a serem exercidos no processo ou por ocasião dele. Tais poderes agrupam-se em duas categorias principais: a) *poderes administrativos* ou de polícia [...] e b) *poderes jurisdicionais*, que se desenvolvem no próprio processo, subdividindo-se em *poderes-meios* (abrangendo os *ordinatórios*, que dizem respeito ao simples andamento processual, e os *instrutórios*, que se referem à formação do convencimento do juiz) e *poderes-fins* [...] O juiz tem também *deveres* no processo. Todos os poderes de que dispõe caracterizam-se como poderes-deveres, uma vez que não lhe são conferidos para a defesa de interesses seus ou do próprio Estado, mas como instrumento para a prestação de um serviço à comunidade e particularmente aos litigantes. Não só o dever de sentenciar ele tem, mas ainda o de conduzir o processo segundo a ordem legal estabelecida (devido processo legal), propiciando às partes todas as oportunidades de participação a que têm direito e dialogando amplamente com elas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 388, grifos dos autores).

No direito probatório, o princípio dispositivo é característica do sistema *common law*, e "determina que a obtenção das provas tendentes a servir de base para o julgamento é prerrogativa das partes. Já o princípio inquisitório, comum aos ordenamentos oriundos do *civil law*, compreende que essa tarefa é do juiz" (PITTA, 2019, p. 102, grifos do autor).

No ordenamento jurídico brasileiro, como a prova se destina a formar o convencimento do julgador, este pode, de ofício, iniciar a atividade probatória, no sentido de determinar provas não requeridas pelas partes e que sejam relevantes para o deslinde da causa, ou de mandar que sejam complementadas as provas já realizadas. Deve, ainda, ser capaz de determinar qual dos litigantes tem condições de produzir a prova, distribuindo o ônus probatório (CROELHAS, 2013, p. 19).

Como se sabe, uma decisão correta não é centrada exclusivamente na figura do magistrado, devendo haver a participação das partes, que tem de provar os fatos que embasam as suas alegações. Esse exercício, além de ser um direito fundamental, é também um ônus.

Conceitualmente, o ônus da prova é a atribuição, à parte, da incumbência de comprovar os fatos que lhe são favoráveis no processo, caso as provas ali existentes não sejam suficientes para tanto. Ou seja, o ônus da prova é imprescindível quando *não* há provas de determinada alegação nos autos – uma vez que o juiz não pode deixar de decidir sob o argumento de que não conseguiu formar seu convencimento sobre os fatos da causa

(vedação ao *non liquet*). E é para essas hipóteses em que o magistrado ainda não formou o seu convencimento que a lei fixa as regras sobre distribuição do ônus da prova, a fim de que a demanda seja solucionada e de que seja aplicado o direito ao caso concreto. Isso porque o processo não pode durar indefinidamente na busca da verdade. Pelo contrário, é preciso que haja a rápida conclusão da lide, sob pena de grave afronta ao direito fundamental à razoável duração do processo, às garantias da celeridade e efetividade (TALAMINI, 2016, online, grifo nosso). Verifica-se, pois, que as regras do ônus da prova buscam evitar decisões judiciais fundadas na insuficiência de provas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 435).

Na verdade, a importância de se dividir e distribuir o ônus da prova está justamente no fato de que em todo e qualquer processo de conhecimento haverá uma decisão final – o ônus da prova, aqui, funciona como regra de julgamento. Além disso, é por meio dele que os litigantes saberão de antemão quais são as suas responsabilidades probatórias para que o processo atenda às suas pretensões, sem que haja surpresas – nesse caso, o ônus da prova caracteriza regra de procedimento (AUILO, 2021, p. 161, grifo do autor).

> A distribuição do ônus da prova, na visão clássica, repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* – e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus). O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a ideia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova. Do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, as provas dos pressupostos de exceção (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 434, grifos dos autores).

Saliente-se, porém, que essa distribuição do ônus da prova não ocorre mais de forma estática, mas sim de forma dinâmica, conforme as condições da parte de cumprir o encargo e de obter a prova almejada (o que foi uma inovação do CPC/2015 em seu art. 373, § 1º, mas que não será objeto de aprofundamento desta pesquisa).

Se, por outro lado, as provas das alegações das partes já estão no processo, independentemente de quem as produziu, as regras do ônus da prova são desnecessárias, devendo o juiz reconhecer os efeitos que ela produz, adequando os fatos às normas jurídicas pertinentes (TALAMINI, 2016, online).

De acordo com Aury Lopes Júnior, ao serem atribuídos poderes instrutórios ou investigativos a um juiz, em qualquer fase do processo, de forma consciente ou mesmo inconsciente, ele pode ir atrás de fatos (provas) que justifiquem uma decisão que na verdade já foi tomada, o que pode acontecer não apenas no processo penal – âmbito de suas investigações – mas também no processo civil (2012, p. 540). Para o estudioso, "atribuir poderes investigatórios ao juiz é violar de morte a garantia da imparcialidade", uma vez que é criada a figura do juiz-ator, o que é uma característica dos poderes inquisitórios ou neoinquisitórios (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 544-545). Os poderes instrutórios, assim, permitem que o juiz seja parcial.

E conforme Jacinto Coutinho, nesse caso, é aberta ao juiz a possibilidade de decidir antes mesmo de provar, de modo que ele determina e vai atrás das provas apenas para conformar a sua decisão, a fim de legitimá-la (2001, p. 37). Para Aury Lopes Júnior a solução, pois, é que a gestão das provas fique exclusivamente nas mãos das partes, cabendo ao juiz um papel de espectador, o que é essencial para seja afirmada a imparcialidade (2012, p. 545).

Croelhas, por sua vez, assume posição contrária, no sentido de que tais poderes instrutórios do juiz, *no que concerne ao âmbito do direito processual civil*, não impedem que seja garantida a imparcialidade do julgador, uma vez que não são absolutos, sendo limitados pela própria controvérsia imposta pela parte litigante. Esses poderes são também restringidos pela desnecessidade de produção de provas de fatos que sejam notórios ou incontroversos no processo, bem como pela real necessidade da prova de ser produzida para que se forme o convencimento judicial. Ainda, referidos poderes são limitados pelo princípio e garantia constitucional da duração razoável do processo, que não deve ter dilações indevidas (2013, p. 22, grifo nosso).

Ou seja, via de regra, e por conta do princípio dispositivo, cabe à parte a iniciativa do processo. No que concerne, porém, ao impulso para a produção de provas, o magistrado acaba atuando de forma mais ativa, fazendo uso de seus poderes instrutórios, conforme os limites impostos na lei, o que não significa desrespeito à imparcialidade – até porque o juiz decide sobre a produção de determinada prova sem saber qual resultado será obtido por meio dela (CROELHAS, 2013, p. 19-20).

> O juiz encontra a legitimidade da sua atuação funcional à medida que consegue, utilizando-se dos instrumentos do direito, transformar sua autoridade formal em autoridade prática, dentro da diversidade social das partes em litígio, e conciliando os valores descritos na Constituição e nas leis para resolver situações de conflito,

> instaurando o consenso onde há diferenças. A independência do Poder Judiciário e o próprio poder do juiz repousam na autoridade funcional que tem o magistrado de fazer valer seus atos e decisões, porquanto a essência do poder jurisdicional se traduz na força de suas decisões, racionalmente tomadas e formalmente publicizadas, realizando uma justiça concreta, ainda que de conteúdo político-social. O exercício racionalizado do poder jurisdicional se expressa na fundamentação ou motivação das sentenças judiciais (BASTOS, 2011, p. 12).

Com todo o respeito ao notável processualista e estudioso Aury Lopes Júnior, esta pesquisa se filia à posição de que o poder instrutório que é atribuído pelo art. 370 do CPC/2015 ao magistrado não corresponde a um poder discricionário, sendo, na verdade, uma "prerrogativa indispensável ao exercício da função judicante, considerando que a ele, juiz, incumbe a política de administração da justiça". Assim, quando o julgador determina a produção de uma prova que não foi requerida pelas partes, agindo de ofício, não há que se falar em poder discricionário de sua parte, uma vez que está se utilizando de um poder-dever que lhe é outorgado pela lei, tudo na busca de se fazer valer o direito. Ao exercer esse poder instrutório, porém, não deve deixar de garantir o devido processo legal, observando o contraditório, sob pena de manifesta ilegalidade (BASTOS, 2011, p. 21-22).

> Outro dever do juiz moderno é o de ter *iniciativas probatórias* em certos casos e em alguma medida. A visão tradicionalista do processo, com exagerado apego àquela ideia de um *jogo* em que cada um esgrima com as armas que tiver, levava à crença de que o juiz, ao tomar alguma iniciativa de prova, arriscar-se-ia temerariamente a perder a *imparcialidade* para julgar depois. Tal era o fundamento do *princípio dispositivo*, naquela visão clássica segundo a qual só as partes provariam e o juiz permaneceria [...] simplesmente recebendo as provas que elas trouxessem, para afinal examiná-las e valorá-las. Mas a vocação solidarista do Estado moderno [...] exige que o juiz seja um personagem participativo e responsável do drama judiciário, não mero figurante de uma comédia. Afinal, o processo é hoje encarado com um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes – ele é uma instituição do Estado, não *um negócio combinado em família* (DINAMARCO, 2009. p. 228-229, grifos do autor).

Ressalte-se, por oportuno, que o dever de o magistrado esclarecer as alegações de fatos relevantes da causa, sendo-lhe permitido determinar a produção de provas de ofício (art. 370 do CPC/2015) decorre da necessidade da busca pela verdade. Permanecendo eventuais dúvidas a respeito dos fatos, a determinação de novas provas pelo juiz permite que sejam reunidos maiores elementos de convencimento, o que, por sua vez, irá permitir que a decisão final seja o mais próxima possível do que efetivamente ocorreu (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 286).

Disso se verifica que o poder instrutório é autônomo, estando desvinculado da vontade e atuação das partes, pois enquanto os litigantes buscam defender seus interesses particulares no processo, o juiz atua em nome do interesse público. Mas apesar de ser possível fazer uso desse poder em qualquer fase processual, é conveniente que o magistrado o faça subsidiariamente, somente após as partes indicarem as provas que pretendem produzir e se verificada a necessidade de novas provas para a formação do seu convencimento (BORGES; VALENTE, 2015, p. 15).

> Os poderes de iniciativa do juiz com relação à prova dos fatos controvertidos, seja no processo penal, seja no processo civil, têm importante reflexo na relevância da distribuição do ônus da prova. Em um imaginário sistema puramente inquisitório, em que o Estado chamaria a si toda a função de investigar a verdade dos fatos, perderia todo o sentido a disciplina legal do ônus da prova. No processo civil atual é crescente o entendimento de que o juiz dispõe de poderes de iniciativa probatória [...] conquanto limitados a certas situações, como a dos direitos indisponíveis, hipossuficiência de uma das partes etc. Isto não interfere na imparcialidade do juiz, até porque ele não conhece o resultado da prova ordenada de ofício (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 436).

Nesse sentido, não se deve perder de vista que os elementos probatórios, destinados ao convencimento judicial, pertencem ao processo, e é por isso mesmo que o magistrado deve observar a imparcialidade no ato de decidir, apreciando o conjunto dos autos sem qualquer preconceito ou prevalência àquela prova produzida em razão de sua determinação. Os poderes instrutórios, pois, “incorporam-se e coordenam o princípio do contraditório no sentido da mitigação da desigualdade entre as partes” (BASTOS, 2011, p. 22-23).

> A participação ativa do juiz na instrução da causa, sem excessos ou abusos, mas com moderação, não ofende a sua imparcialidade. Antes, a evidencia, pois o seu objetivo é atingir um juízo de verossimilhança mais próximo possível do real, atribuindo o direito objetivo da lide a quem efetivamente o merecer [...] A função judicante impõe ao juiz o poder-dever de descobrir a verdade, de modo que o limite da ação instrutória do magistrado está na utilidade daquilo que busca demonstrar: se a prova é útil, ainda que não requerida pelas partes, deverá o juiz ordenar a sua produção. O processo, por sua publicização, ordena ao magistrado que busque não apenas substituir as partes na composição dos conflitos, mas fundamentalmente realize justiça, atribuindo direito a quem efetivamente o tiver. Por fim, o comando atual na leitura da regra atinente à iniciativa probatória do juiz no processo civil se resume no dever de agir para obter algo útil ao esclarecimento da verdade (BASTOS, 2011, p. 24-25).

Com efeito, a forma de se encarar o princípio dispositivo a partir do CPC/2015 “rompe com a tradicional doutrina, traduzindo-se apenas na liberdade que as partes têm, em face da

natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, ou dele desistir, uma vez iniciado". Aos litigantes incumbe privativamente a iniciativa das alegações e dos pedidos. Porém, uma vez iniciado o processo, o juiz não fica adstrito àquelas provas requeridas pelas partes para formar a sua convicção, podendo agir de ofício, através de seus poderes instrutórios, determinando a realização de diligências que sejam necessárias ao esclarecimento dos fatos, "dirigindo materialmente o processo ao seu fim que é a solução do conflito com justiça, independentemente da lide versar sobre direitos disponíveis ou indisponíveis" (BASTOS, 2011, p. 19). No processo civil, pois, a intenção do legislador ao conferir poderes instrutórios ao juiz tem como finalidade fazer com que haja o melhor deslinde da causa (SANTOS, 2010, p. 15).

O legislador ainda não encontrou uma forma de expungir os poderes instrutórios do julgador na tarefa de produção de provas, até porque se trata de uma figura que não deve ser mera espectadora do processo, tendo a função pública de ordená-lo e de determinar os atos que sejam necessários para que haja uma decisão justa e célere. De fato, podem sim ocorrer excessos no exercício desses poderes – como muito bem indicam os estudiosos Aury Lopes Júnior e Jacinto Coutinho. Mas a inércia do juiz, no caso da determinação de produção de provas, pode acabar por transformar o processo num jogo dos litigantes, que podem agir de forma protelatória se forem os únicos responsáveis por indicar os elementos probatórios que desejam trazer aos autos.

> Na sistemática brasileira, o juiz preside a fase de produção de provas e determina quais espécies de prova serão produzidas pelas partes, concedendo-lhes oportunidade para que façam requerimentos neste sentido, sem que a lei tenha, em momento algum, condicionado a validade do ato ao atendimento de qualquer pedido das partes. De fato, as garantias probatórias das partes nesta fase estão quase que integralmente limitadas pela atuação do juiz, inclusive em relação à distribuição do ônus probatório, que segue uma regra que, apesar de flexível, se encontra no âmbito de decisão da corte [...] Neste sentido, é de se reconhecer a importância da atuação do juiz na averiguação dos fatos. A ideia [...] no entanto, é de, considerando esta importante contribuição, propor uma regulamentação adequada para as fases iniciais do procedimento, de forma que o juiz não seja sobrecarregado com atos ordinários e que podem ser realizados pelas partes e advogados sem sua participação direta (PITTA, 2019, p. 105-106).

Ou seja, o grande problema, no processo civil, corresponde não à atribuição de poderes instrutórios ao juiz – uma vez que esses poderes são limitados pelas garantias constitucionais do devido processo legal, com respeito ao contraditório, ao princípio dispositivo, à imparcialidade – mas sim sobre como deve se dar seu convencimento e

fundamentação para que esses mesmos poderes sejam exercidos de forma legítima (o que é um debate bastante interessante, mas que não corresponde ao cerne desta pesquisa, apesar de permeá-la).

De tudo o que até inicialmente foi exposto, verifica-se que a prova é um instrumento imprescindível para um pronunciamento judicial justo, pois somente com um conjunto de provas convincente é que o juiz tem condições de julgar o caso que lhe é posto à análise. Ou seja, sem as provas, o juiz decidiria no escuro, às cegas. Não conseguiria, sozinho, chegar à verdade dos fatos. Por conseguinte, muito provavelmente sua decisão não consolidaria os ideais de justiça. O próprio ato de julgar não atingiria seu fim.

De acordo com Liebman *apud* Dinamarco, o ato de julgar significa valorar um fato que aconteceu no passado com base no direito vigente, estabelecendo-se qual a norma jurídica que deve ser aplicada ao caso concreto (2005a, p. 20-21). E para que se determine qual norma deve ser aplicada, é preciso que aqueles fatos ocorridos no passado cheguem ao conhecimento do magistrado, pois a ele é incumbida a função de julgar (AUILO, 2021, p. 28).

Como dito, o juiz, no início do processo, não tem conhecimento de quais são as informações relevantes para o julgamento da causa (a não ser que, desde logo, o direito da parte litigante se mostre evidente). À vista disso, o processo deve dispor de elementos suficientes para que o magistrado saia do estado de obscuridade, sendo-lhe apresentada a realidade sobre a qual proferirá o julgamento (DINAMARCO, 2017, p. 47).

Desse modo, para que o juiz possa exercer a função jurisdicional que lhe é incumbida, é preciso que fique demonstrado, no processo, se os fatos ali narrados ocorreram ou possuem a probabilidade de vir a ocorrer (AUILO, 2021, p. 28-29).

> Isso não quer dizer que erros não possam ser cometidos ou que o próprio sistema não seja alvo de imperfeições. Inclusive, o próprio sistema admite determinadas situações em que a pacificação do conflito não se dê de modo justo, como no caso de decisões que valoraram de forma equivocada a prova [...] mas já transitadas em julgado, com prazo da propositura da demanda rescisória escoado *in albis*. Outro caso que poderia ser considerado injusto, tendo como premissa a *ausência da descoberta da verdade dos fatos*, seria o próprio julgamento com base no ônus da prova; não tendo o órgão julgador se convencido sobre a ocorrência ou não de determinado(s) fato(s), a solução é julgar com base no ônus probatório. De qualquer forma, um dos meios para se buscar uma solução justa passa especificamente pela vontade de se alcançar a verdade (AUILO, 2021, p. 28, grifos do autor).

Essas indicações iniciais demonstram a importância do direito probatório, na medida em que a prova "serve tanto para pacificar conflitos (direito autônomo à prova), como para solucioná-los de forma justa (princípio do contraditório)" (AUILO, 2021, p. 28).

Nesse ponto, é importante ressaltar que a legitimidade da decisão e a pacificação social a que ela se destina dependem diretamente da participação dos litigantes na formação do convencimento do juiz. E isso evidencia a democracia sendo aplicada ao processo, diante da influência exercida pelas partes na formação da decisão – o que acaba por legitimar a própria atuação jurisdicional (APRIGLIANO, 2011, p. 71).

Assim, o princípio do contraditório, alçado a direito fundamental (art. 5º, inciso LV, da CF/1988), tem, como uma de suas facetas, a participação dos litigantes na formação do convencimento judicial, o que se dá de três formas distintas, uma vez que as partes participam *pedindo*, *alegando*, e também *provando* (DINAMARCO, 2016, p. 344-348, grifo nosso). No que concerne ao direito à prova, pois, é certo que "o princípio constitucional do contraditório se eleva ao ponto de máxima importância (...), pois o que legitima a coisa julgada material é a participação efetiva das partes no processo" (CROELHAS, 2013, p. 30).

"O acesso à ordem jurídica justa passa, portanto, pela necessidade de se encarar o princípio do contraditório como um instrumento de garantia às partes de influenciarem positivamente na cognição do juiz e na formação de uma decisão em seu favor" (AUILO, 2021, p. 20).

> Não há Estado Constitucional, que é Estado Democrático, sem direito à participação no processo [...] a democracia no Estado Constitucional só se faz plena com a possibilidade de as partes influenciarem diretamente a outorga de sentido ao texto, de influenciarem a reconstrução do sentido normativo dos textos jurídicos e do Direito não legislado no processo. Trata-se de acrescentar à dimensão representativo-legislativa da democracia a sua dimensão participativo-jurisdicional, cuja ideia mais bem acabada se encontra hoje consubstanciada no direito fundamental ao contraditório (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 19).

E essa participação das partes no processo através da produção de provas gera não apenas o exercício do contraditório, como garante também:

> [...] uma maior possibilidade de acertamento dos fatos por parte do Estado-juiz e isso leva invariavelmente ao aumento da probabilidade de serem produzidas decisões mais justas em contraposição à diminuição na quantidade de decisões equivocadas (injustas). Contudo, essa participação ativa das partes não deve implicar

> a figura de um juiz passivo e que está à espera da apresentação das provas, mesmo porque atualmente não cabe mais esta figura no processo civil. A bem da verdade, assim como as partes, o juiz também deve ter atitude positiva, buscando também sempre esclarecer os pontos que lhe despertam dúvidas, exercendo seus poderes instrutórios concedidos legalmente (AUILO, 2021, p. 31).

De efeito, durante muito tempo o mundo dos fatos foi apartado do mundo do direito, como se a sua análise fosse objeto de um estudo de segunda categoria, coadjuvante e com menos importância para a ciência jurídica, limitando-se aos modos e meios pelos quais esses fatos eram apresentados na demanda, o que era permitido e proibido nos autos, com quase nenhuma preocupação com o resultado final apurado (CROELHAS, 2013, p. 13).

No entanto, há alguns anos, o direito probatório (que cuida dos fatos) passou a assumir uma notória relevância na ciência jurídica, uma vez que a participação das partes através da produção de provas é um dos meios de consolidação da democracia dentro do processo, o que é essencial no Estado Democrático de Direito.

No Poder Judiciário, inclusive, a prova assume especial destaque, por influir diretamente no resultado da lide, caracterizando-se como uma das formas de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, uma vez que "ela é o meio disponível para convencer o juiz sobre a necessidade de tutela de direitos lesionados ou ameaçados de lesão" (CROELHAS, 2013, p. 24).

Com efeito, o estudo do convencimento judicial é um dos principais assuntos no estudo do direito probatório, uma vez que os demais temas relacionados à prova com o convencimento judicial orbitam, em maior ou menor grau. E o controle desse convencimento judicial tem ganhado destaque na medida em que as discussões sobre o direito processual evoluem, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe um espírito democrático para o processo – além disso, a hermenêutica jurídica contribui para a evolução do processo civil, uma vez que sua finalidade é a de conferir maior cientificidade ao estudo do direito, através da criação de métodos de análise e interpretação das normas jurídicas (AUILO, 2021, p. 22-23). A prova, pois, é verdadeira matéria processual, uma vez que está diretamente ligada à formação do convencimento do juiz no processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 426).

> O capítulo que regula a prova e o direito probatório em um Código de Processo Civil é dos mais delicados. O legislador infraconstitucional deve ter presente a existência do direito fundamental à prova e à sua adequada valoração e o direito à

> adequada formação do convencimento judicial para sua justa organização (art. 5º, LVI, *contrario sensu*, CF). Neste particular, o legislador infraconstitucional tem de ter presente temas [...] a respeito do problema da valoração da prova (livre valoração, valoração vinculada) e da formação do convencimento judicial (modelos de apreciação da prova – prova acima da dúvida razoável, clara e convincente, preponderância de prova) (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 32-39, grifo dos autores).

No que concerne especificamente à valoração das provas, no âmbito do processo civil, o CPC/2015 inovou no art. 371, ao retirar a possibilidade de o juiz decidir livremente – o que era permitido pelo antigo art. 131 do CPC/1973. Mas antes de se discutir como aconteceu essa mudança, e se mesmo com ela o juiz ainda pode valorar de maneira livre a prova (objeto central da presente dissertação), é preciso, primeiramente, que seja feito um estudo no que diz respeito ao direito probatório, qual o conceito de prova e os sistemas de valoração – indicando qual foi o sistema adotado pelo legislador processual civil em 1973 – tratando, ainda, de como o direito à prova passou a ser encarado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, para que somente então possa ser discutida a valoração da prova no CPC/2015. E esse estudo inicial é o que passa a ser feito a seguir.

1.1. Conceito, função, objeto e destinatário da prova

Com efeito, o instituto da prova é um mecanismo de materialização dos princípios processuais constitucionais, uma vez que encoraja a participação popular e possibilita o exercício pleno do contraditório através da sua produção. Sendo, pois, uma forma de assegurar o contraditório, o direito à produção de provas é tido como uma garantia que influencia diretamente nos pronunciamentos judiciais, consistente na possibilidade de dizer e contradizer em um inter-procedimental marcado pela paridade de partes, caracterizando o seu óbice uma ofensa às garantias constitucionalmente positivadas.

Isso porque a prova é “instituto essencial para a realização do Estado Democrático de Direito, sendo fator indispensável à composição da ideia de um processo justo, impedindo, em face de sua essência, a tomada de decisões arbitrárias” (REICHELT; PORTO, 2017, p. 304). Mas o que significa prova?

Conforme Eduardo Cambi, o termo prova é plurissignificante, podendo ser conceituado como meio, atividade e resultado. É meio, por ser instrumento colocado à

disposição das partes para comprovar a veracidade de suas alegações. É atividade, pois submetida a um procedimento que disciplina sua admissibilidade, produção e valoração. E é resultado, porque sua realização objetiva a formação do convencimento judicial (2014, p. 21).

De acordo com Carnelutti, a prova é o meio formal em que se busca traduzir o fato controvertido, o qual está condicionado às percepções obtidas por terceiros (como exemplo, pode-se citar a prova testemunhal e a prova pericial) e demais deduções extraídas de outros locais (como a prova documental). A lei, porém, a fim de evitar erros ou mesmo atos que não sejam pertinentes na análise dessas percepções e deduções, impõe limites para a forma como a prova deve ser produzida (2002, p. 48-49). Ou seja, a prova é todo e qualquer elemento material dirigido ao magistrado para esclarecer o que foi alegado pelas partes no que diz respeito às circunstâncias fáticas (RUBIN, 2013, online).

Conforme De Plácido e Silva, a prova, no meio jurídico, consiste na forma por meio da qual é demonstrada a veracidade de um fato material ou de um ato jurídico. Nesse conceito, ainda, está incluída a soma de meios para constituição da própria prova (SILVA, 2014, p. 1707). Santiago Santis Melando, por sua vez, conceitua a prova a partir da sua etimologia:

> Prueba, como la mayoría de las voces, llega a nuestro idioma procedente do latim […] vienem de probus, que quiere decir bueno, recto, honrado. Así, pues, lo que resulta probado, es bueno, es correcto, podríamos decir auténtico; que responde a la realidad. Esta, y no otra, es la verdadera significación del substantivo probo y del verbo probar: verificación o demonstración de autenticidad (1979, p. 33).

Para Chiovenda, a prova é o meio pelo qual o juiz forma a sua convicção quanto à existência ou não de fatos pertinentes para o processo (2002, p. 209). Já para Marinoni e Arenhart, o conceito de prova não se restringe ao âmbito processual, dizendo respeito à descoberta da verdade (2010, p. 250). De fato, neste ponto, e no que concerne à prova, juridicamente, referido vocábulo pode assumir diversos significados, conforme o emprego que lhe é dado: pode significar diretamente o ato de provar; em outras circunstâncias é tido como sinônimo de meio de prova; podendo também representar o resultado dos meios de prova produzidos, o que demonstra a importância da prova no processo, que pode ter diversas dimensões. Ou seja, a prova é o meio, regulado pela lei e de acordo com parâmetros fixados pelo direito e por critérios racionais, que se destina a convencer o Estado-juiz da validade das alegações feitas dentro do processo (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 261-263).

> [...] juridicamente compreendida, a prova é a própria convicção acerca da existência dos fatos alegados, nos quais se fundam os próprios direitos, objetos da discussão ou do litígio. Em consequência, somente há prova quando, pela demonstração, se produz uma luz suficiente para achar a verdade, ou quando os elementos componentes da demonstração estabeleceram uma força suficiente para produzir a certeza ou convicção. A força da prova objetiva ou da prova material produzindo a prova subjetiva ou convicção, é que forma integralmente a prova jurídica, gerando os efeitos pretendidos, isto é, os de estabelecer uma demonstração inequívoca acerca dos fatos alegados ou afirmados (SILVA, 2014, p. 1707).

A prova, pois, é tudo aquilo que pode "influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor" (BUENO, 2010, p. 261), sendo o "meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais" (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 334).

> As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ou não ser verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou cada uma das partes a propósito de dada pretensão deduzida em juízo constituem as *questões de fato,* que devem ser resolvidas pelo juiz à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 426, grifos dos autores).

Neste ponto, é importante citar a diferença existente entre as questões de fato e de direito, para que fique mais didático entender as premissas básicas do direito probatório.

> Pode-se dizer que se está diante de uma questão de fato quando há dúvidas sobre a ocorrência, não ocorrência ou modo-de-ser de um fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito. Uma questão de fato é aquela que envolve a verificação das circunstâncias em que se poderia considerar existente ou não o suporte necessário para aplicação do direito [...] Se o [...] estudo daquela determinada questão for voltado para a discussão sobre a (forma de) ocorrência ou não de determinada situação da vida real ela será considerada como sendo *de fato.* Questões de direito, por sua vez, são definidas pelas dúvidas oriundas da escolha e determinação das normas jurídicas que serão impostas no momento do julgamento, bem como da dúvida quanto ao próprio conteúdo e significado dessas normas jurídicas. Ou seja, as questões de direito são aquelas questões que suscitam dúvidas relacionadas com a determinação das normas jurídicas a serem aplicadas ao caso concreto ou relacionadas com o próprio significado das normas jurídicas (AUILO, 2021, p. 166-167, grifo do autor).

De fato, a prova é relacionada com a reconstrução do passado: o seu objetivo é saber o que aconteceu, é a busca da verdade dos fatos, o que serve de suporte imprescindível para o convencimento do juiz. Apesar disso, a prova não necessariamente deve ser vista de modo linear: ela possui um caráter multifacetário, podendo ser resumida como um aspecto argumentativo teórico, que serve como fundamento para a solução racional feita pelo julgador, conforme as peculiaridades de cada caso (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 263).

Assim, a prova tem como função dar às partes o real panorama, alcance e chance de êxito dos argumentos por elas trazidos no processo. “A prova é exatamente um dos meios pelos quais as partes podem influenciar o juiz na busca de uma decisão favorável. Aliás, ela é uma das premissas mais importantes na formação de sua convicção” (AUILO, 2021, p. 28-30).

Quanto à importância do direito à prova, de acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, trata-se de “um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo”. Sem a sua efetividade não seria possível a própria garantia do direito ao processo (2015, p. 427).

Com efeito, a produção da prova pode se dar de diversas formas, através da oitiva de testemunhas, depoimento pessoal das partes, confissão, perícias, inspeção judicial, juntada e exibição de documentos ou coisas, etc. Na verdade, não há limitações quanto aos meios de prova, desde que a prova seja lícita e idônea (é permitida, portanto, a existência de provas atípicas). As provas, inclusive, podem ser produzidas no curso da ação (quando são chamadas de casuais), ou mesmo ser pré-constituídas (quando forem produzidas de forma preventiva, para indicar a existência de um ato ou negócio jurídico) (MILANI, 2016, online). No que concerne às provas, pois, a “liberdade é a regra; a exceção fica por conta das restrições legais. Esse é o sistema presente no Código de Processo Civil (e também na própria Constituição Federal)” (AUILO, 2021, p. 49).

E apesar de a prova dizer respeito aos fatos, não são todos que devem por ela ser abarcados: os fatos notórios (por todos conhecidos), impertinentes (estranhos à causa), irrelevantes (que apesar de pertencerem à causa, não geram influência na decisão), incontroversos (admitidos ou confessados por ambos os litigantes), impossíveis ou que tenham sua existência ou veracidade presumidos pela lei, não são admissíveis de serem provados, ou seja, não são objeto de prova (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p.

433). Saliente-se, neste ponto, que o direito não é objeto de prova, já que é dever do magistrado conhecê-lo. Excepcionalmente, o juiz pode pedir prova da existência de lei municipal ou estrangeira – é o que se depreende do art. 376 do CPC/2015 (CROELHAS, 2013, p. 17).

Assim, os fatos controvertidos, que de acordo com Carnelutti são os fatos afirmados, porém não admitidos (2002, p. 42), é que serão objeto de prova, uma vez que se ambos os litigantes, em suas alegações, fizerem afirmações que sejam idênticas, estas não serão objeto de prova, por serem fatos incontroversos (CROELHAS, 2013, p. 17).

Além de precisarem ser controversos, os fatos alegados pelas partes precisam também ser pertinentes para que possam ser objeto de prova, sendo necessária, aqui, ser feita uma distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de relevância:

> O juízo de admissibilidade difere do de relevância, porque a admissibilidade é um requisito de legalidade e constitucionalidade, já que, para ser a prova admitida, deve respeitar a forma e o procedimento previsto na lei, bem como não estar em contraste com nenhum outro valor ou bem assegurado na constituição e nas leis, que impeçam o ingresso da prova em juízo. As regras de admissibilidade são, pois, regras de exclusão ou regras que limitam a possibilidade de se valer de determinados meios de prova. Já o juízo de relevância implica um juízo preliminar de utilidade da prova, isto é, somente as provas que possam contribuir à demonstração do fato jurídico é que podem ser consideradas relevantes [...] Um fato é pertinente quando guarda relevância com aquilo que está sendo discutido no processo (*res in iudicium deducta*), não sendo estranho à causa (CAMBI, 2006, p. 262-264, grifo do autor).

E no que concerne aos fatos, é importante, ainda, fazer uma distinção entre os fatos primários, que são indicados na petição inicial e na contestação, e que têm a finalidade de demonstrar ao juiz qual das partes litigantes possui razão na demanda; e os fatos secundários, que não possuem o condão de demonstrar a veracidade das alegações, mas que indiretamente auxiliam o juiz a se convencer de que elas são verdadeiras. De fato, somente os fatos primários devem ser alegados; os fatos secundários podem ser apreciados pelo juiz mesmo que não tenham sido afirmados (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 264).

De acordo com Melendo, na verdade, os fatos não são provados, uma vez que eles existem. O que se prova, na verdade, são afirmações que podem se referir a fatos. O litigante, no processo, formula afirmações, reais ou fictícias, sobre o que entende ser seu direito. As provas, nesse sentido, verificam se as afirmações da parte coincidem com a realidade (1979, p. 12).

Frise-se, ademais, que os litigantes devem indicar, nas oportunidades que possuem de participar no processo e dentro dos limites jurídicos, todas as provas que desejam produzir para confirmar as suas alegações, bem como os meios de prova para tanto. Esse é, justamente, o exercício do direito à prova, que corresponde ao próprio direito de se provocar a atividade jurisdicional (CAMBI, 2006, p.19).

É importante ressaltar, todavia, que a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova não se mostra como algo aconselhável, uma vez que pode ser que a prova não se funde em bases científicas suficientemente sólidas para justificar seu acolhimento em juízo (como o soro da verdade, por exemplo), podendo, ainda, possibilitar a ocorrência de manipulações e fraudes dentro do processo (cite-se, como exemplo, a hipótese de prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de contrato de certo valor). Saliente-se, por oportuno, que não são admitidas no processo as provas ilícitas, que são aquelas obtidas por meio ilícito: é o que se depreende do art. 5º, inciso LVI, da CF/1988 (as provas ilícitas, inclusive, são tidas como sendo provas vedadas, por serem contrárias à norma legal e aos princípios gerais do direito). Na verdade, essas provas ilícitas são banidas do processo porque são obtidas através de afronta aos direitos fundamentais – como a intimidade, o sigilo das comunicações, etc. – pouco importando a relevância de seu conteúdo: por terem ilegitimidade constitucional, não devem embasar qualquer decisão (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 428-430).

No mais, e de acordo com a doutrina, o único destinatário da prova é o magistrado – uma vez que a finalidade da prova é a formação do convencimento judicial. Por exemplo, ao juiz cabe dar à confissão (que é um meio de prova), o valor segundo seu poder de convencimento, em consonância com as demais provas produzidas, não podendo decidir de forma totalmente livre, mas fundamentada.

Todavia, atualmente se entende que os "destinatários da prova são também as partes e a própria sociedade, para que se possa acompanhar o raciocínio do juiz em sua valoração, o exame acurado das provas e, sobretudo, para que se cumpra a função política da motivação" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 433-434).

> Tendo a atividade jurisdicional o objetivo de manter a integridade do ordenamento jurídico, com sua consequente pacificação, é a prova (e o resultado dela, principalmente) um dos instrumentos aptos a fazer com que a jurisdição cumpra uma de suas funções sociais e inclusive a sua função jurídica [...] A determinação verdadeira dos fatos é um critério excelente para a solução adequada dos conflitos [...] É inquestionável, portanto, que para que o juiz julgue bem e os erros sejam os

> menores possíveis, a realidade fática seja devidamente conhecida. É nesse ponto que a prova assume sua relevância, a qual se constitui como meio imprescindível de averiguação da verdade dos fatos que fundamentam as pretensões das partes (AUILO, 2021, p. 31-32).

Como já dito, a descoberta da verdade no processo é meio de concretização dos fins da jurisdição (AUILO, 2021, p. 27). Assim, a prova caracteriza um dos mais importantes institutos do direito processual e da jurisdição, em razão da necessidade de se buscar a verdade – uma vez que é indispensável a demonstração dos fatos para a garantia e segurança das partes. De fato, a prova se relaciona tanto com a justiça material (que corresponde à aplicação adequada da norma jurídica ao caso concreto, por meio da possibilidade de serem reconstruídos os fatos passados no processo), como também com a justiça processual (que está ligada ao devido processo legal e à possibilidade de as partes participarem do processo, alegando, provando e exercendo, consequentemente, o contraditório) (AUILO, 2021, p. 40). Logo, "a busca da verdade dos fatos no processo tem total relevância para o processo" (AUILO, 2021, p. 32). Mas o que é a verdade? É o que se passa a expor a seguir.

1.2. O direito à prova e a busca pela verdade

É consolidado o entendimento de que o processo deve ser encarado como um instrumento à disposição da sociedade para que possa atingir as finalidades social, política e jurídica (AUILO, 2021, p. 27). De fato, o que diferencia a jurisdição das demais funções do Estado é justamente a sua finalidade pacificadora, ou seja, a pacificação de conflitos é a principal finalidade da jurisdição, sendo, consequentemente, também o principal objetivo do direito processual. E isso tem um viés social, "uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária de seus membros e felicidade pessoal de cada um". Pode-se dizer, pois, que o objetivo do Estado contemporâneo é o bem comum, com a pacificação da justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 45-46).

> Seja ao legislar ou ao realizar atos de jurisdição, o Estado exerce seu *poder*, o poder estatal [...] É antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa [...] O processo é, nesse quadro, um *instrumento a serviço da paz social* [...] a instrumentalidade do processo [...] é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-

> material e ao mundo das pessoas, dos grupos e do Estado [...] Falar da instrumentalidade nesse *sentido positivo* é portanto alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à *ordem jurídica justa*. Para tanto não só é preciso ter a consciência dos *objetivos a atingir*, como também conhecer e saber superar os *óbices* [...] Fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu *aspecto negativo* [...] ele não é um fim em si mesmo [...] Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele também é instrumento (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 64-65, grifos dos autores).

Ou seja, entre os seus objetivos, o processo almeja concretizar a pacificação social, buscando-se, também, a justiça no caso concreto. E para que essa solução justa seja alcançada, são utilizados diversos meios, sendo a busca da verdade um deles. De fato, para vários autores, a finalidade da prova é a busca da verdade, uma vez que dentro do processo isso se mostra imprescindível, pois "quanto mais fundamentada uma decisão nas provas idoneamente produzidas, maior será a probabilidade de certeza na definição dos fatos e, portanto, mais a decisão estará apta a pacificar o conflito de modo justo". Assim, a descoberta da verdade no processo é meio de concretização dos fins da jurisdição (AUILO, 2021, p. 27).

Porém, não se está aqui a tratar da já abandonada e superada dicotomia entre verdade material e verdade processual, sequer da verdade absoluta ou real, posto que isso significa uma utopia. A verdade a que esta pesquisa se refere corresponde àquela baseada no material probatório que é disponibilizado no processo, ou seja, àquela verdade que é possível de ser encontrada, "considerada em seus próprios *limites processuais*, isto é, relativa e adequada ao conjunto probatório trazido aos autos". Sabe-se que a verdade existente no processo está condicionada às limitações da cognição humana que, por sua vez, está restrita à quantidade e qualidade de informações que estão disponíveis para a formação do convencimento judicial (AUILO, 2021, p. 42-43, grifo do autor). Conforme Streck, "se no campo da filosofia, já não se acredita mais em essências, qual é a razão de os juristas continuarem a acreditar na 'busca da verdade real?'" (2017, p. 10).

> [...] o processo pode não ser o local mais adequado para se estabelecer uma certeza absoluta em torno dos fatos trazidos com as alegações e provas das partes. Embora a teoria processual e a própria ideia de realização da justiça dependam do estabelecimento da *verdade dos fatos*, por mais que isso possa parecer paradoxal, não se pode negar que a busca desenfreada por ela não passa de mera utopia. A essência da verdade não é tangível [...] O conhecimento dos fatos basicamente se dá por meio da atuação dos sujeitos parciais da relação jurídica processual. E como são sujeitos parciais, as provas não serão produzidas de acordo com o objetivo de se buscar a retratação da situação fática, mas sim com o objetivo de convencer o órgão jurisdicional (AUILO, 2021, p. 40-41, grifo do autor).

Nesse sentido, a reconstrução dos fatos trazidos pelas partes, no processo, é influenciada por questões de ordem subjetiva, inerentes aos próprios litigantes que reconstroem os fatos, e ao órgão julgador, que irá valorar o que por eles foi produzido (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 38-39).

Quando a prova é produzida de ofício, ou ela é trazida por um objeto (prova documental ou pericial), ou por uma outra pessoa que se localiza entre o fato ocorrido e a verdade propriamente dita (prova oral), quando então a verdade pode ser modificada ao longo do processo (AUILO, 2021, p. 41). Ou seja, a forma como a prova é apresentada pode alterar o seu real conteúdo, distorcendo a realidade. O próprio julgador, inclusive, deve ter em mente a possibilidade de as coisas terem ocorrido de outra forma que não aquela apresentada através das provas produzidas nos autos (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 51).

> [...] pode-se conceituar verdade como sendo a conformidade entre uma noção idealizada de algo que realmente aconteceu no mundo fático [...] A prova é utilizada como forma de convencer o juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes ao processo. Nesse diapasão, infere-se que a prova deve ser lida como probabilidade de verdade para a formação do convencimento judicial. A verdade dos fatos lógica e puramente científica, sem restrições ou limitações, não pode ser alcançada pelo processo judicial, por questões de economia processual, celeridade, e mesmo pelo fato de ser impossível reconstruir na lide um fato que ocorreu no passado, pois o resultado de tais empreitadas nunca representariam a verdade real (CROELHAS, 2013, p. 25).

Ademais, é ingênuo acreditar que o juiz analise uma prova de forma totalmente objetiva. As próprias normas de justiça processual e de política legislativa determinam que sejam respeitados limites ao exercício probatório e à busca da verdade. Um exemplo disso é a necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III, da CF/1988), e o direito à intimidade (AUILO, 2021, p. 41).

Diante de tudo o que foi até o momento exposto, fica evidente que a verdade não é algo absoluto:

> No processo não se busca nunca uma verdade absoluta [...] Isso não quer dizer que no processo não se busque a *verdade* ou que ela deva ser algo construído a partir de um consenso. A *verdade* – enquanto correspondência entre o fato e a alegação sobre – é uma só, embora cada sujeito possa ter inúmeras versões sobre ela. Nesse sentido, não se deve confundir uma possível inexistência de verdade com a dificuldade em encontrá-la. A verdade – ou ao menos o seu conhecimento – existe; ela apenas é condicionada a limitações culturais, técnicas e factuais [...] a verdade de uma

> alegação de fato corresponde necessariamente [...] à existência de uma justificação válida que sustente a veracidade da alegação. A verdade, portanto, não é uma criação fictícia, sociológica ou filosófica, nem também um dogma. Ela é fruto de uma racionalidade cognoscível e demonstrável (AUILO, 2021, p. 42-43, grifos do autor).

Para Aury Lopes Júnior, o mito da verdade real está diretamente ligado ao sistema inquisitório; com o falso interesse público que serve de argumento para as atrocidades; com os sistemas políticos autoritários; com a busca de uma verdade custe o que custar, legitimando inclusive a tortura em alguns casos; e com a figura do juiz-ator, sendo usado para justificar os abusos do Estado, na lógica de que "os fins justificam os meios". Para ele, a verdade real é imaginária e impossível de ser encontrada, sendo, na verdade, um erro grave falar em "real", quando se está tratando de fatos pretéritos, posto que o "real só existe no presente" (2012, p. 566-568).

Nesse sentido, e de acordo com Ferrajoli *apud* Lopes Júnior, a verdade processual não pretende ser real. Ela não é encontrada através de indagações inquisitivas que não digam respeito ao objeto processual, estando condicionada ao respeito aos procedimentos e às garantias da defesa, sendo também controlada quanto ao método de aquisição e tendo um conteúdo informacional mais reduzido que a hipotética verdade substancial (2012, p. 567).

Conforme Habermas citado por Croelhas, a verdade é um conceito dialético que se constrói a partir da argumentação desenvolvida pelos sujeitos no processo, com a colaboração das várias versões parciais que são apresentadas no deslinde da causa – o que demonstra a importância do contraditório no seu pensamento. Para ele, pois, a verdade não se descobre, mas é criada por meio da prova. O processo é o local em que ocorre a argumentação por meio de uma participação dialética, e a verdade é aquilo que as partes, em consenso, chegam, fundamentada na verossimilhança e no diálogo argumentativo (2013, p. 28-29).

"A verdade é uma só, embora existam inúmeras versões das partes. Seja no processo civil, seja no processo penal (...) busca-se a verdade enquanto correspondência da ocorrência de determinado fato no mundo real com a alegação desse mesmo fato". Diante disso, a prova deve ser tratada como "manifestação de uma probabilidade da realidade narrada em juízo. Ou seja, não é necessário provar a existência ou inexistência de um fato de modo absoluto", uma vez que isso foge do campo das ciências (AUILO, 2021, p. 42-44).

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, no processo penal, o sistema da livre investigação das provas sempre foi algo predominante na busca do descobrimento da verdade real (ou material), sendo que apenas "*excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade*

formal, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real". No processo civil, porém, essa máxima não é seguida de forma estrita: na maioria dos casos que cuidem de direitos disponíveis, como o juiz depende dos litigantes para o descobrimento da verdade, "pode satisfazer-se com a chamada *verdade formal* (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos)". Em outras palavras, o convencimento do magistrado pode ser satisfeito com a prova que foi produzida por iniciativa das partes, "limitando-se a acolher o que estas hajam levado ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios" (2015, p. 89, grifos dos autores).

> A verdade por muito tempo foi encarada de maneira objetiva, e classificada como verdade formal (verdade encontrada no processo) e verdade material (que seria a verdade real do mundo fático). Essa divisão ainda tinha mais um desdobramento, pois por muito tempo os operadores do direito vertiam a compreensão de que no processo de natureza criminal haveria de se buscar a verdade real, uma vez que o bem jurídico em jogo era a liberdade do ser humano, o que justificaria um esforço das partes do processo no sentido de reconstruir o que de fato ocorreu no passado; já para as decisões nos processos de natureza civil o juiz poderia se contentar com a verdade formal (CROELHAS, 2013, p. 18).

Essa divisão, porém, não faz mais sentido, uma vez que é impossível encontrar uma verdade pura. Por conta disso, deve-se ter em vista que o juiz não deve se ater a um formalismo exacerbado ao investigar os fatos que lhe são indicados pela partes e ao valorar as provas produzidas nos autos: ele deve formar o seu convencimento a partir da verdade possível (OLIVEIRA, 2010, p. 222).

A verdade processual trazida na decisão nem sempre irá corresponder à verdade real (posto que a obtenção dessa verdade absoluta tornaria o processo inexequível, contrário aos ideais da própria jurisdição). Apesar disso, ela é "fruto da certeza que o juiz tem acerca da conformidade existente entre a alegação dos fatos e a realidade" (CROELHAS, 2013, p. 30).

> [...] o ato de provar, mesmo com a limitação do processo, busca expor os fatos controversos, de forma a obter a maior proximidade possível com a verdade, a ponto de gerar o convencimento judicial, não abandonando o ideal da busca da verdade, mas sabendo que essa deve ser sempre tratada como um agente norteador, pois ainda que utópica, e incapaz de legitimar uma decisão, a procura consciente da verdade dentro da estrutura processual legitima a sentença (CROELHAS, 2013, p. 15).

Isso tudo demonstra que apesar de serem vários os meios de prova, a verdade nunca chega ao processo de forma absoluta. Para a filosofia, sequer existe uma verdade, já que a

percepção das pessoas a quem as provas são apresentadas são diferentes, o que, consequentemente, modifica a própria verdade. À vista disso, o processo deve buscar a verdade possível ao caso, permitindo ao juiz um convencimento necessário à sua decisão (CROELHAS, 2013, p. 17-18). Logo, a verdade real e absoluta é algo utópico e ideal; a essência da verdade é algo intangível (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 254).

A fim de serem evitadas arbitrariedades, o julgador não pode perder a dimensão da verdade processual objetivamente realizável. Sabe-se que o conhecimento humano da verdade é imperfeito e incompleto, mas não é por isso que deve ser afastada a sua cogitação ou busca (CAMBI, 2020, p. 417). Ou seja, a verdade processual não pode ser limitada a um exercício da vontade do julgador, decidindo conforme a sua consciência, "*como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva*" (STRECK, 2017, p. 19, grifo do autor).

A verdade, "valor político que não pode ser renunciado nas sociedades democráticas", que processualmente se objetiva e que interessa para o controle dos fundamentos da decisão judicial, é a que decorre das provas existentes nos autos. Um fato é tido como verdadeiro se for confirmado pelas provas produzidas no processo (CAMBI, 2020, p. 424-423).

Enfim, a finalidade da prova não é a busca da verdade (como afirmam alguns autores), mas sim a busca do convencimento judicial (CROELHAS, 2013, p. 32). E no que concerne especificamente ao convencimento judicial na valoração das provas, é preciso que antes de adentrar necessariamente no que a legislação processual civil dispõe sobre a questão, sejam apresentados os sistemas de valoração de provas existentes, o que passa a ser feito.

1.3. Os sistemas de valoração de provas

Como se sabe, no processo de conhecimento o intelecto do juiz atua com base em fatos, em maior ou menor grau de intensidade. Os sujeitos do processo saem de um estado de incerteza quanto à veracidade das alegações contidas nos autos e, por meio da atuação judicial, chegam a um resultado certo, apesar de não ser possível se chegar a uma verdade absoluta (AUILO, 2021, p. 137). A prova, nesse contexto, é primordial para a formação do convencimento judicial e prolação de uma decisão. Mas estudar a prova não é um assunto fácil, sendo necessário retomar historicamente como o exercício da valoração de provas foi se desenvolvendo e evoluindo.

Antes disso, porém, é importante dizer que o procedimento probatório é dividido em duas fases: primeiro, há a produção de provas, o que é feito pelas partes; depois, é feita a sua apreciação e avaliação – fase que compete exclusivamente ao juiz (CROELHAS, 2013, p. 40).

> A prova manifesta-se especialmente como uma fonte de conhecimento que influencia diretamente no convencimento do julgador. Entretanto, a determinação de como deverá o julgador laborar sobre o material probatório, integrante de um determinado processo, é questão que se enquadra na problemática atinente ao modo de valoração das provas (ALMEIDA, 2014, p. 02).

De fato, no que concerne à segunda fase do procedimento probatório, o juiz, ao realizar a atividade de valorar a prova, determina o valor concreto que deve ser dado a ela quanto à certeza e credibilidade, confrontando isso com os outros meios probatórios carreados aos autos, de modo que o conjunto formado a partir da valoração e interpretação daquela prova resulta na sua própria apreciação. Esta, por sua vez, consiste nas operações mentais realizadas pelo magistrado através das fontes de provas, e que tem como finalidade verificar a certeza sobre as alegações feitas pelos litigantes (AROCA, 2011, p. 589-591).

Saliente-se, ademais, que na fase de valoração, há etapas que devem ser seguidas pelo juiz, as quais estão interligadas e que são consecutivas: trata-se da percepção, representação ou reconstrução, e o raciocínio dedutivo, indutivo ou abdutivo. Em um primeiro momento, o magistrado tem contato com os fatos que lhe são trazidos pela prova mediante a percepção ou observação, o que se dá de modo direto ou indireto, quando então realiza uma representação ou reconstrução histórica deles, em seu conjunto. É a partir de então que é feito o raciocínio (ECHANDÍA, 1972, p. 290-292).

Com efeito, o processo de valoração das provas não pode ser encarado como uma simples reflexão subjetiva, devendo, na verdade, ser pautado em parâmetros objetivos. Essa fase, inclusive, sequer pode ser confundida com o juízo de admissibilidade de prova feito pelo juiz: trata-se de situações jurídicas distintas, que ocorrem em diferentes momentos processuais. O juízo de admissibilidade da prova é questão de direito, que acontece antes de a prova vir a ser produzida: as partes informam ao juiz o que pretendem provar e ele, por meio desse juízo, seleciona as provas que serão pertinentes para o julgamento da causa, determinando então a sua produção. A valoração, por outro lado, é ato posterior à própria produção de provas; é uma fase complexa, em que são analisadas as provas que serão

responsáveis pelo convencimento judicial. Portanto, é correto dizer que “a procedência da demanda depende, em muito, de como as provas são valoradas” (CROELHAS, 2013, p. 41).

> Para a realização de um adequado julgamento, necessário se faz que o magistrado possa analisar e valorar devidamente o conjunto probatório colacionado aos autos. Essa valoração consiste em determinar o valor probatório alcançado por cada meio em relação a um direito específico e tem por objeto estabelecer quando e até que ponto pode ser considerada verdadeira, sobre as bases probatórias, a alegação formulada pela parte relativa ao direito controvertido (ALMEIDA, 2014, p. 01).

De fato, a “valoração da prova pelo juiz é um dos temas mais antigos do direito probatório. Estudá-lo significa analisar e entender o que são e como funcionam os modelos de convencimento do órgão jurisdicional” (AUILO, 2021, p. 33), ou seja, como funcionam os sistemas de valoração de provas: o sistema da prova tarifada, o sistema da íntima convicção e o sistema da persuasão racional, o que passa a ser feito a partir de agora.

Antes de tudo, porém e no que concerne aos modelos de valoração das provas, é importante ressaltar que a sua evolução histórica não se deu de modo linear. Ao contrário, foi bastante pendular, incidindo em alguns momentos no sistema da íntima convicção, e em outros momentos no sistema da prova legal, retornando à íntima convicção com uma nova roupagem, e estacionando então no livre convencimento motivado (AUILO, 2021, p. 34).

Assim, a escolha da presente pesquisa em apresentar os sistemas de valoração das provas da forma que se passa a expor a seguir leva em consideração o quanto disposto pela doutrina, no sentido de que o direito probatório evoluiu do sistema da prova legal para o sistema da íntima convicção, e posteriormente, para o sistema do livre convencimento motivado. Há autores, porém, que tratam o tema como se o sistema da íntima convicção precedesse ao sistema da prova legal (é o caso de Rafael Stefanini Auilo). E nenhuma dessas formas de apresentação do assunto está errada, posto que, como dito, tais modelos existiram de forma pendular.

1.3.1. Sistema legal ou da prova tarifada

O sistema legal ou da prova tarifada de valoração de provas tem suas origens no Direito Romano primitivo e no Direito Medieval, na época das ordálias e dos juramentos, bem

como no antigo processo germânico, que se fundava na religião e nas superstições, época em que a prova era uma invocação divina. Nesse momento histórico, o juiz não era incumbido de examinar o caso, mas apenas de auxiliar as partes na obtenção da decisão divina. Esse modelo de valoração probatória também foi predominante na Europa, "no sistema romano-canônico, com a determinação de regras aritméticas e de uma complicada doutrina envolvida num conjunto de presunções, na tentativa de resolver tudo através da lógica escolástica" (ALMEIDA, 2014, p. 02).

Há quem sustente, porém, que o sistema da prova legal não surgiu dos juízos de Deus, mas de uma fase posterior a ele, no século XIII, com o objetivo de racionalizar a valoração probatória e de excluir as provas irracionais fundadas em questões divinas, limitando "o exercício da função judicial em razão da ideia preconcebida da imperfeição do homem e de sua natureza corrupta, bem como da desconfiança em relação aos embates políticos e econômicos daqueles tempos" (PITT, 2008, p. 95-97). Na verdade, o que se almejava com a adoção desse sistema era limitar o exercício da atividade judicial, isso baseado na ideia de que o homem teria uma natureza corrupta (KNIJNIK, 2001, p. 30). Para Knijnik, pois, o sistema legal surgiu do escopo de dar fim às arbitrariedades oriundas da íntima convicção, garantindo racionalidade no acertamento fático – o que, na prática, não aconteceu (2001, p. 18).

> O sistema da prova legal pretendia ainda, em um período posterior de seu desenvolvimento, permitir que o legislador pudesse limitar o magistrado a realizar julgamentos com base nas máximas de experiência, evitando-se, assim, a arbitrariedade, fonte de resultados absurdos na apreciação da prova, que poderiam surgir em razão de posicionamentos discriminatórios do juiz em razão do sexo, religião, condição social, ou mesmo aos próprios interesses dos poderosos e soberanos. Com a máxima da experiência legal, o legislador estabelecia regras legais de valoração da prova, orientando o juiz para qual máxima de experiência poderia ser aplicada ao caso concreto, diminuindo, assim, seu âmbito de arbitrariedade na escolha. Há ainda quem defenda que o sistema da prova legal surgiu para limitar a livre apreciação da prova, sujeita à mais absoluta discricionariedade na apreciação do julgador, o que, por vezes, poderia levar à arbitrariedade e à injustiça das decisões. Procurou-se garantir segurança jurídica à população no que tange à apreciação da prova (ALMEIDA, 2014, p. 03).

Com efeito, por muitos séculos os sistemas jurídicos da *civil law* adotaram o sistema da prova legal na valoração probatória, aplicando regras elaboradas por legisladores e juristas que estabeleciam as prioridades e o valor dos tipos e meios de prova de forma genérica (TARUFFO, 2008, p. 133).

Conforme esse modelo, o juiz aprecia as provas através de valores preestabelecidos, de forma que a parte que possua mais provas a seu favor seja a vencedora da demanda (DIAS, 2002, p. 99). É, pois, atribuído aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, o qual é aplicado pelo magistrado de forma mecânica (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 91). Ou seja, cada prova tem um valor pré-concebido já previsto em lei, que apenas regulariza a produção probatória, uma vez que conforme o resultado obtido, há uma decisão preestabelecida a ser adotada (CROELHAS, 2013, p. 42-43).

> O valor de cada prova se dá por meio de regras previamente definidas, em regra na lei, e não pelo magistrado. A lei estabelece os juízos imperativos e faz isso impondo normas que graduam, limitam ou até mesmo excluem a eficácia das fontes ou dos meios de prova, como se existisse uma verdadeira tabela na qual cada prova teria um valor específico. São regras que vinculam e limitam por completo a formação do convencimento pessoal do juiz, transformando-o quase em uma máquina de processamento de dados (AUILO, 2021, p. 35).

Nesse modelo, o juiz não possui nenhuma liberdade na atividade de valorar as provas constantes dos autos. Sequer é dada importância ao seu convencimento, uma vez que deve seguir o quanto disposto em lei no que concerne à carga de convencimento das provas (ALMEIDA, 2014, p. 02).

> Sistema da prova legal é a ordem processual em que preponderem regras de valoração da prova estabelecidas pela lei em caráter geral e abstrato, e não pelo juiz, em cada caso que julga. O legislador estabelece juízos valorativos ao impor normas que graduam, exaltam, limitam ou excluem a eficácia das variadas fontes ou meios probatórios, isso através de tabelas de valores a serem observadas pelos juízes em geral (CROELHAS, 2013, p. 42).

Ou seja, as regras oriundas desse modo valorativo determinam as hipóteses em que o juiz deve ou não considerar provados os fatos, e se existe prova plena ou semiplena, indicando o valor de cada meio de prova e os casos em que o direito deva ser provado por um tipo de prova específico. Assim, cada prova tem seu valor determinado para cada fato ou direito em uma tabela, que deve ser estritamente seguida pelo julgador. Este, na verdade, exerce o papel de mero aplicador da norma, uma vez que fica preso ao formalismo e ao valor tarifado (AROCA, 2011, p. 593).

Nesse sistema, pois, a verdade é estabelecida pela lei, a qual, por conta própria, determina o valor das hipóteses fáticas – por essa razão, não haveria, aqui, que se falar em

probabilidade, mas sim em verdades absolutas dadas pelo legislador (AUILO, 2021, p. 43).

> [...] à época em que pensado, o referido modelo era caracterizado por uma notável racionalidade social: de um lado se garantiu de certo modo um controle maior sobre eventuais arbítrios dos juízes (sobretudo aqueles que funcionavam nas instâncias mais baixas e não gozavam de confiança do ambiente em que judicavam), por outro lado, a própria tarifação das provas decorria em grande escala das máximas de experiência presentes no senso comum do povo. As regras do modelo tarifário, determinando analiticamente os valores quantitativos que se deviam atribuir a cada meio de prova, formalizavam os vários preconceitos sociais, raciais, de gênero, religiosos, profissionais, de classes e por esta razão funcionavam no senso de direcionar as decisões do juiz segundo critérios que eram aceitos em determinados contextos sociais. As regras de prova legal instituíam métodos diretos destinados a racionalizar a valoração da prova, reduzindo a quase zero o arbítrio subjetivo do juiz e configurando o julgamento sobre fatos como decorrente de verdadeiro cálculo matemático (AUILO, 2021, p. 35-36).

Conforme Bacila *apud* Lopes Júnior, por meio desse tabelamento de provas o juiz ficava impedido de fazer uma análise mais inteligente e que se adequasse às especificidades do caso concreto. O medo da falha humana fez com que esse sistema falhasse como um todo (2012, p. 561). Não era levada em conta a capacidade técnica do juiz, que era impossibilitado de apreciar o caso concreto que lhe era levado à análise e de realizar as suas funções precípuas de aplicação do direito e concretização da justiça (ALMEIDA, 2014, p. 04).

A principal crítica surgida desse sistema de valoração de provas é no sentido de que, se realmente fosse possível tarifar toda e qualquer prova, os juízes não seriam mais necessários, uma vez que a justiça poderia ser automatizada e predeterminada, o que, como se sabe, é impossível, uma vez que são infinitas as situações que podem surgir que o direito, sozinho, não consegue dar conta de resolver. Ademais, “as próprias máximas de experiência que embasam a criação das regras de prova legais variam de lugar em lugar e de tempo em tempo”. Assim, o juiz e a racionalidade são imprescindíveis para que seja aplicado um direito mais justo. Há casos, porém, em que o convencimento judicial pode ser predeterminado pela lei, e essas situações devem ser respeitadas pelo magistrado, como é o caso, por exemplo, da impossibilidade do uso da prova unicamente testemunhal quando assim a lei o vedar, nos termos do art. 442, do CPC/2015 (AUILO, 2021, p. 36-37).

> No sistema legal de provas o legislador previa *a priori*, a partir da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova (estabelecendo uma tarifa probatória ou tabela de valoração das provas). Era chamado de sistema legal de provas, exatamente porque o valor vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades de cada caso. A confissão era considerada uma prova

> absoluta, uma só testemunha não tinha valor etc. Saltam aos olhos os graves inconvenientes de tal sistema, na medida em que não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso [...] Resquícios da estrutura lógica desse modelo podem ser observados no sistema brasileiro, em que o art. 158 do CPP exige que a prova nas infrações que deixam vestígios deve ser feita por exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. É um exemplo de que a lógica do sistema legal de provas não foi completamente abandonada (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 561).

No processo civil, apesar de referido sistema de valoração das provas não ser o principal modelo adotado pelo legislador, permanece sendo admitido em casos específicos, taxados pela lei. É o caso, por exemplo, da exigência da escritura pública para a comprovação de determinados negócios jurídicos nas hipóteses especificadas em lei, tais como o artigo 108 do Código Civil e o art. 406 do CPC/2015.

> Pensar que a prova legal seja uma disciplina de valor absoluto é igual a permitir que as mesmas arbitrariedades que se pretende evitar com ela sejam, ao invés, permitidas. Com efeito, a existência de dispositivos legais tarifando a prova apenas *direciona* a apreciação das provas pelo órgão julgador, estabelecendo parâmetros que devem ser por ele observados. Em caso de eventual violação a princípios e garantias constitucionais decorrente da aplicação das normas de prova tarifada, o órgão julgador deve afastar ou modular adequadamente sua aplicação (princípio da razoabilidade) [...] A prova legal, portanto, funciona como verdadeira baliza criada pelo legislador para limitar em alguns momentos eventuais arbitrariedades por parte do magistrado, sem que isso, no entanto, signifique abandono do modelo da valoração racional da prova (AUILO, 2021, p. 96-97, grifo nosso).

De todo o exposto, verificou-se que o esquema adotado pelo modelo da prova legal, que em sua origem se destinava a excluir a arbitrariedade do juiz, na busca de se alcançar uma racionalidade na análise da questão fática, não dava conta de ser ditado unicamente pela lei, fazendo-se necessária também a utilização da atividade cognitiva do juiz, da sua consciência, uma vez que é impossível aplicar o direito através da letra fria da lei, pautada unicamente no seu grau de objetividade. Houve, assim, a evolução para o sistema da íntima convicção.

1.3.2. Sistema da íntima convicção do juiz

O sistema da íntima convicção do juiz, ou sistema do convencimento moral ou *intime conviction* ou *secundum consicientiam*, é aquele no qual a valoração da prova se dá de forma

aleatória, pautada unicamente no valor que o magistrado quiser dar para cada prova produzida, sem que para tanto precise motivar a sua escolha. Nesse sistema, pois, o magistrado pode decidir a questão que lhe é trazida com base em suas impressões pessoais, inclusive na sua ciência privada (ou seja, no conhecimento adquirido fora do processo), não havendo o dever de fundamentar suas decisões, nem de se utilizar da lógica (DINAMARCO, 2017, p. 125).

Ou seja, o juiz "aplica um dogma, uma verdade que é inquestionável sob o ponto de vista do controle externo" (AUILO, 2021, p. 43), podendo "decidir com base na prova dos autos mas também sem provas e até mesmo contra a prova" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 91). A decisão exarada pelo juiz nesse modelo de valoração de provas pode, pois, ser arbitrária. É o que ocorria, por exemplo, nos julgamentos da santa inquisição (DIAS, 2002, p. 99).

Na verdade, referido modelo de valoração de provas tem suas origens no Direito Romano, tendo sido recuperado e reutilizado na era moderna, em substituição ao sistema da prova legal, após a Revolução Francesa de 1789 (MATTA, 2004, p. 234), com o surgimento do Iluminismo, a retomada das ciências, a superação do sistema feudal e a recuperação da noção de Estado, com a unificação da jurisdição (OLIVEIRA, 2010, p. 159).

> O princípio da íntima convicção surge como uma superação do modelo de *prova tarifada ou tabelada.* O juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer a critérios de avaliação das provas. Estabelece, aqui, um rompimento com os limites estabelecidos pelo sistema anterior, caindo no outro extremo: o julgador está completamente livre para valorar a prova (íntima convicção, sem que sequer tenha de fundamentar sua decisão). Para sair do positivismo do sistema anterior, caiu-se no excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento, em que o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão. Evidentes os graves inconvenientes que traz esse sistema. Contudo, é adotado no Brasil, até hoje, no Tribunal do Júri, onde os profanos julgam com plena liberdade, sem qualquer critério probatório, e sem a necessidade de motivar ou fundamentar as suas decisões (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 561, grifo do autor).

Com efeito, ao permitir que o juiz tenha plena liberdade, sem que precise justificar as suas escolhas – podendo julgar de forma contrária às provas produzidas nos autos – esse sistema encontra falhas, da mesma forma que o sistema da prova tarifada. De fato, aqui, o magistrado é soberano para investigar a verdade e valorar as provas, não havendo qualquer regra legal que condicione a sua atuação quanto aos meios de prova e métodos de avaliação utilizados. É permitido, inclusive, que o juiz embase seu convencimento fora daquilo trazido

no processo – isto é, extra-autos. “A exortação absoluta do sistema na íntima convicção reconduz a uma subversão sistêmica, na medida em que a decisão brotaria de um juízo inatingível” (ALMEIDA, 2014, p. 04-05).

Nesse modelo, pois, não há qualquer comprometimento do magistrado com relação ao seu convencimento, de forma que o resultado das provas trazidas aos autos depende única e exclusivamente de sua consciência, mesmo que nisso não haja qualquer racionalidade (MENDES, 1961, p. 306).

> Referido sistema poderia até mesmo ser entendido como irracionalista e intuicionista, dispensando a motivação da decisão sobre a prova, uma vez que essa pode ser intuitiva e, portanto, indemonstrável, inexteriorizável e informulável. O magistrado é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas, sendo que sua consciência não se encontra vinculada a qualquer regra geral no tocante à avaliação probatória. Portanto, pelo caminho da íntima convicção, poder-se-ia também atingir julgamentos pautados na irresponsabilidade e arbitrariedade, uma vez que o julgador poderia decidir sem ao menos motivar sua manifestação de forma consciente, deixando de expressar os motivos que o levaram àquela conclusão (ALMEIDA, 2014, p. 04).

E por ser um convencimento arbitrário, esse sistema de valoração das provas é abandonado pelo Estado Democrático de Direito – que prevê a garantia do devido processo legal, bem como o dever de motivação das decisões judiciais. A partir da Constituição Federal de 1988, pois, referido modelo de valoração probatória se tornou incompatível com o quanto pregado pelo constituinte. Isso não significa, porém, que tenha sido extinto em sua totalidade: de forma excepcional ele permanece no Brasil no que se refere ao Tribunal do Júri, no julgamento de crimes dolosos contra a vida, em que um corpo de jurados, chamado de Conselho de Sentença (art. 74 do Código de Processo Penal), decide o caso que lhe é apresentado conforme a sua própria consciência, sem que sejam estabelecidas regras sobre a plenitude ou suficiência da prova, e sem que seja preciso fundamentar essa decisão (AUILO, 2021, p. 34).

Ou seja, atualmente, esse modelo de valoração de provas não se aplica ao processo civil, incidindo apenas nos julgamentos do Tribunal do Júri, realizados no âmbito do processo penal, conforme determina o art. 5º, inciso XXXVIII, da CF/1988 (ALMEIDA, 2014, p. 05), e os artigos 406 a 497, do CPP, sendo assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida e conexos (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 991).

No júri popular, pois, os jurados decidem em segredo e sem qualquer motivação, conforme a sua íntima convicção. A sentença judicial apenas indica as consequências da decisão do júri, devendo ter coerência legal com o quanto decido pelo Conselho de Sentença (CROELHAS, 2013, p. 44).

De acordo com Aury Lopes Júnior, apesar desse tipo de julgamento encontrar amparo constitucional, está eivado de muitos absurdos, uma vez que a liberdade do réu é determinada sem que seja feito qualquer juízo de racionalidade ou fundamentação:

> [...] no Tribunal do Júri, qualquer esperança de ser julgado a partir da prova judicializada cai por terra [...] os jurados julgam por livre convencimento *imotivado*, sem qualquer distinção entre atos de investigação e atos de prova. O golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório [...] A decisão dos jurados é absolutamente ilegítima porque carecedora de motivação. Não há a menor justificação (fundamentação) para seus atos. Trata-se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão. E poder sem razão é prepotência. A situação é ainda mais grave se considerarmos que a liberdade de convencimento (imotivado) é tão ampla que permite o julgamento a partir de elementos que não estão no processo (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 1051-1052, grifo do autor).

E o processualista continua com suas críticas quanto à adoção do sistema da íntima convicção no tribunal do júri:

> A "íntima convicção", despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgamento pela "cara", cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar [...] Os jurados podem então decidir completamente fora das provas dos autos sem que nada possa ser feito. Possuem o poder de tornar o quadrado, redondo, com plena tolerância dos Tribunais e do senso comum teórico, que se limitam a argumentar, fragilmente, com a tal "supremacia do júri", como se essa fosse uma "verdade absoluta", inquestionável e insuperável (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 1052-1053).

E os problemas da íntima convicção no Tribunal do Júri não terminam no que até o momento foi exposto. De fato, se o réu submetido a julgamento for condenado ou absolvido e se entender que a decisão dos jurados é manifestamente contrária às provas dos autos, poderá ser interposto recurso de apelação com base no art. 593, III, "d", do CPP, de forma que, se o Tribunal de Justiça acolher o recurso, será realizado novo julgamento, por novo corpo de

jurados. Mas se nesse novo júri ele for mais uma vez condenado ou absolvido com uma decisão novamente contrária às provas dos autos, nada mais pode ser feito, uma vez que o art. 593, § 3º do CPP não permite nova apelação fundada nesse mesmo motivo, prevalecendo o veredicto dos jurados, que é tido como soberano. "Logo, se os profanos julgarem (condenarem ou absolverem) duas vezes contra a prova dos autos, estará juridicamente avalizado o absurdo" (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 562).

A presente pesquisa não se presta a tratar da questão de ser o Tribunal do Júri, nos dias atuais, um instituto adequado ou não ao quanto determinado pelo Estado Democrático de Direito. O que se pretende demonstrar, com essas críticas, é a fragilidade do sistema da íntima convicção em referido procedimento, mesmo que tenha amparo constitucional nesse sentido. Isso tudo apenas demonstra as falhas da íntima convicção, que possui uma arbitrariedade que não se coaduna com os ideais democráticos e de justiça.

Apontar os problemas desse sistema de valoração é até mesmo redundante. A arbitrariedade gerada por esse modelo, que pode valorar a prova através de opiniões pessoais, subjetivas, e até mesmo contrárias às provas dos autos, traz aos jurisdicionados e à sociedade como um todo insegurança jurídica (CROELHAS, 2013, p. 44).

De fato, ao desvincular por completo da figura do juiz a necessidade de valorar as provas de acordo com o constante nos autos, podendo decidir de forma arbitrária e transformando sua decisão em uma verdadeira deliberação política, o sistema da íntima convicção, com o tempo, passou a ser repudiado (sendo permitido apenas em casos específicos, como o já indicado Tribunal do Júri), e deu margem para que se discutisse um modelo de valoração da prova pautado na racionalidade (AUILO, 2021, p. 34).

Surgiu, então, o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, que passa a ser exposto a seguir.

1.3.3. Sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado

As experiências processuais demonstraram que os sistemas anteriores de valoração das provas de íntima convicção do juiz e prova tarifada eram insuficientes, por serem extremos. A íntima convicção foi refutada porque seu exercício permitia a ocorrência de arbitrariedades e ilegalidades, uma vez que o convencimento judicial sem qualquer necessidade de

fundamentação e oriundo das vontades do julgador (amores, desamores, humores e preconceitos) era impossível de ser controlado. O modelo tarifário, por outro lado, retirou do juiz a possibilidade de valorar a prova em concreto, caso a caso. Por essa razão, não deu conta de abranger todas as situações da vida para que se determinasse o valor de cada prova. Assim, "ambos os extremos do convencimento judicial se mostraram equivocados, seja pela possibilidade de arbitrariedades, seja pela clara artificialidade". Diante disso, surgiu o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, como um contraponto aos modelos anteriores de valoração da prova (AUILO, 2021, p. 36-37).

Na verdade, o sistema do livre convencimento motivado é misto, na medida em que admite a liberdade judicial no exercício de valoração da prova, impondo ao magistrado, por outro lado, que observe regras lógicas e também as máximas de experiência. O que difere esse modelo, contudo, do sistema da íntima convicção, é que na persuasão racional se exige a fundamentação da decisão, com a indicação, pelo juiz, dos motivos e circunstâncias que geraram aquela valoração – o que não ocorre no outro sistema (CROELHAS, 2013, p. 45).

Para Vilar Filho, a mudança do sistema da prova legal para o sistema do livre convencimento motivado "fez com que a questão da prova saísse de uma dimensão estritamente jurídica, na medida em que atribuiu ao juiz, e não mais ao legislador, a função de valorar a prova". A identificação da verdade passou, pois, a ser verificada pelo juiz conforme cada caso, sem a existência de critérios preexistentes (2006, p. 46).

> O sistema da prova legal era baseado em uma generalizada falta de confiança nos julgadores, muitas vezes corruptíveis ou até mesmo ignorantes, que tornavam perigosas as decisões a seu critério. Entretanto, o novo julgador, surgido na era moderna, apresentava-se como um agente público estatal, que desempenhava profissionalmente suas funções, decidindo de forma neutra e responsável [...] A aplicação de um sistema assim entendido não se evidencia apenas na mera contraposição ao sistema da prova legal ou ao sistema da íntima convicção [...] surgindo, antes, com intensidade e densidade próprias. O livre convencimento motivado não se caracteriza pela mera ausência de critérios pré-legais, que presidiriam a valoração a prova, mas apenas por um modo qualitativamente distinto de realizar essa valoração, cujo fundamento da decisão encerra-se na própria consciência do julgador, a qual deve ser formada atendendo-se a critérios lógicos aplicados à comprovação dos fatos no caso e à aplicação do direito a estes. Esse fundamento revelar-se-á, em suma, na motivação fática e jurídica realizada pelo julgador em sua manifestação decisiva (ALMEIDA, 2014, p. 06).

O sistema da persuasão racional, que se consolidou principalmente com a Revolução Francesa, "regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente a sua convicção", situando-se entre os sistemas da prova legal e

da livre apreciação das provas. O juiz não fica desvinculado das provas e dos elementos constantes nos autos; no entanto, a sua apreciação não depende de critérios legais preestabelecidos. “O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais”. O convencimento deve ser motivado, não podendo ser desprezadas as regras legais existentes e as máximas de experiência (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 91-92).

> Concebia-se o livre convencimento de forma a aproximá-lo da convicção íntima, mas na crença de que o *subjetivismo judicial* não seria algo danoso, pois decorrente da própria experiência de vida do ser humano – ser racional [...] Posteriormente, é acrescentado o vocábulo *motivado* justamente para lhe trazer um pouco mais de racionalidade [...] Este significado mais racional da própria ideia do livre-convencimento motivado surge para salvaguardar o jurisdicionado de uma excessiva liberdade na valoração da prova (AUILO, 2021, p. 37-38, grifos do autor).

De fato, no sistema do livre convencimento motivado, o julgador decide a matéria fática através da convicção formada a partir de um confronto dos vários meios de prova. Após a produção probatória e por meio de uma análise racional, o juiz chega às suas conclusões. Nesse modelo, pois, o magistrado é livre para formar seu convencimento, dando às provas – que não possuem hierarquia entre si – a importância que entender cabível, conforme as peculiaridades de cada caso. Todavia, isso não significa que ele possa decidir o caso extra-autos, ou seja, fora daquilo alegado no processo, conforme sua opinião pessoal: pelo contrário, deve agir com *racionalidade*. A sua convicção, pois, vai se formando aos poucos, de forma paulatina, conforme as provas sejam produzidas, “sendo que, ao final, a valoração racional da prova deve ser expressa através dos fundamentos da decisão, que se baseiam em critérios lógicos” (ALMEIDA, 2014, p. 05, grifo nosso).

De acordo com Manus, o sistema do livre convencimento motivado permite ao magistrado “avaliar a prova diante da lei e do entendimento jurisprudencial cristalizado, agregando suas experiências profissionais e de vida, bem como suas convicções, mas jamais ignorando a lei, a prova dos autos e o entendimento sumulado a respeito de cada tema”, devendo ser respeitado o devido processo legal, em atenção aos direitos e garantias dos litigantes (2019, online).

Assim, a persuasão racional, no sistema do devido processo legal, é o convencimento judicial que tem liberdade intelectual, mas que também se funda na prova existente no processo, estando acompanhado de uma fundamentação na qual sejam indicados os caminhos

do raciocínio que levaram o juiz à conclusão. Haveria, pois, nesse sistema, o poder de *livre convencimento motivado à luz dos autos,* em que cada espécie de prova é apreciada e valorada pelo juiz por meio de técnicas diversas, conforme o caso. Nesse ponto, é importante fazer uma distinção entre prova direta e indireta. A prova direta busca provar o próprio fato relevante para o julgamento da causa, como o depoimento de uma testemunha que assistiu à prática de um homicídio. A prova indireta ou indiciária, por sua vez, não tem como objeto direto o fato a ser provado, mas algum outro que a ele ligado faça com que o juiz presuma, de forma lógica e conforme as máximas de experiência (que é o conhecimento comum), a existência ou inexistência do fato a ser provado. É o caso, por exemplo, da testemunha que não presenciou o homicídio, mas que encontrou alguém com uma arma na mão ao lado da vítima. Através de uma operação lógica, e baseado nas máximas de experiência, o juiz pode, nessa situação, presumir a autoria do crime – sendo essa uma presunção relativa, que admite prova em contrário. Disso se verifica que os indícios não constituem prova, mas fatos que podem influir para que o magistrado tire conclusões sobre o que deva ser provado, sendo que o "indício será tanto mais convincente quanto mais próximos estiverem o fato indiciário e o fato a ser provado" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 437-438, grifo dos autores).

> Persuasão racional ou livre convencimento motivado significa, assim, que o julgador atuará com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que o conduziram à decisão. A decisão é fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo, devendo-se preferir a probabilidade lógica à probabilidade quantitativa. A verdade jurídica depende não da impressão, mas do raciocínio do juiz, que não pode julgar simplesmente segundo suas opiniões pessoais, mas segundo as regras da lógica de reconstrução da verdade. Apesar de apreciar as provas livremente, o juiz não segue suas impressões pessoais, mas tira suas conclusões das provas colacionadas aos autos, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas. Nesse sistema, o livre convencimento do julgador é limitado às provas dos fatos que foram realizadas no processo e pela racionalidade, visto que não se permite uma análise fulcrada em critérios irracionais, a exemplo da fé (ALMEIDA, 2014, p. 05).

No sistema do livre convencimento motivado, o juiz analisa os elementos e provas dos autos sem conceber, de forma prévia, uma fonte ou meio de prova como sendo protagonista. Na verdade, ele analisa a prova conforme o grau de influência que ela causa em seu convencimento. Assim, o poder de convencimento das provas não se dá pela letra fria da lei, mas pelo intelecto do magistrado, de forma relativamente subjetiva, porém racional, conforme o que consta dos autos, e fundamentadamente (AUILO, 2021, p. 38).

E essa valoração é considerada racional porque o juiz, ao julgar, leva em consideração a credibilidade de cada prova, sendo a análise realizada através do intelecto (raciocínio judicial) e não por impulsos ou desejos pessoais (DINAMARCO, 2017, p. 126). Desse modo, as decisões emotivas, fundadas em elementos externos aos autos, são repelidas, uma vez que o uso desses elementos externos, para julgar, viola o devido processo legal – compreendidos aqui os princípios do contraditório e da não surpresa. De fato, se o magistrado tiver conhecimento prévio dos fatos que julga, deve atuar como testemunha, e não como juiz (AUILO, 2021, p. 39).

> O convencimento do juiz deve ser formado por elementos concretos vindos dos autos, porque o emprego de outros, estranhos a estes, transgrediria ao menos as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, sendo fator de insegurança para as partes. Mesmo os resultados da inspeção judicial, que consiste no exame de pessoas ou coisas pelo próprio juiz, só poderão ser levados em conta quando regularmente documentada nos autos a diligência. Assim é a regra do livre convencimento, que provavelmente representa o mais importante entre todos os pilares do direito probatório. Ela tem por premissas a necessidadede julgar segundo as imposições da justiça em cada caso e a consciência da inaptidão do legislador a prever tão minuciosamente todas as situações possíveis, que lhe fosse factível editar tabelas tarifárias indicando o valor probatório de cada fonte ou meio de prova, em cada situação imaginável. A esperança de que isso pudesse um dia ser feito constituiria uma utopia e um absurdo enorme (CROELHAS, 2013, p. 45-46).

Ou seja, mesmo sendo livre, o convencimento judicial deve ser racional, pautado no material colhido no processo (nas provas constantes dos autos), não podendo jamais ser emocional. O juiz, nesse sentido, deve expor o convencimento a que chegou de modo fundamentado, indicando como as provas foram valoradas em concreto, sem hierarquia pré-estabelecida ou tabela de valor (CROELHAS, 2013, p. 45).

Neste ponto, é preciso salientar que o convencimento judicial passa por dois importantes institutos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a independência funcional do juiz e o livre convencimento motivado. Quanto à independência funcional, que caracteriza uma garantia constitucional (conforme art. 95, da CF/1988), esta se mostra imperiosa para que o juiz exerça as suas funções, uma vez que “garante a tomada de decisões próprias, sem imposições ou influências externas, mesmo de órgãos superiores da magistratura. E isso, por conseguinte, permite o proferimento de decisões imparciais e equidistantes”. Aliada a esta independência funcional está a regra do livre convencimento motivado, que permite ao juiz valorar os elementos probatórios da causa conforme sua inteligência e sensibilidade, sem estar necessariamente vinculado a critérios legais que

predeterminem o valor de cada meio ou elemento de prova no caso concreto (AUILO, 2021, p. 21-22).

Ressalte-se, por oportuno, que as máximas de experiência não são vedadas pelo ordenamento jurídico: o art. 375 do CPC/2015 dispõe que "o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial" (BRASIL, 2015, online). Isso significa que o juiz, no intuito de formar seu convencimento e na busca de conhecer os fatos que sejam relevantes para o julgamento do feito, pode aplicar, como meio de raciocínio, "juízos formados calcados na observação do que geralmente acontece", ou seja, as regras gerais não codificadas, mas construídas da experiência de um determinado local e tempo, concernentes a determinado estado de coisas, e que "representam a experiência da cultura média" de uma comunidade (CROELHAS, 2013, p. 46).

Conforme Auilo, as máximas de experiência são juízos hipotéticos, gerais e abstratos, que são criados de forma indutiva, com base no que acontece corriqueiramente, todos os dias. "Quando um fato se repete inúmeras vezes e tal fato é sempre observado pelo juiz, refletindo-se a ordinariedade das coisas, ele pode ser elevado à categoria de máxima de experiência", sendo usado como um ponto de partida para o raciocínio judicial. Por ser um "aspecto subjetivo inerente ao modelo do livre-convencimento motivado", deve ser feito um controle sobre a sua utilização (2021, p. 63-65).

> O juiz para formar o seu raciocínio sobre o litígio, vale-se de regras de experiência, ditas comuns e técnicas. Essas regras têm o objetivo de permitir, entre outras coisas, a análise da relação entre indício e o fato essencial. As regras de experiência comum decorrem de generalizações formadas no seio da sociedade, as quais podem ter base em crenças religiosas, regras de moral ou mesmo em leis naturais, lógicas ou científicas. Enquanto isso, as regras de experiência técnica derivam do pensamento técnico e científico sobre uma determinada situação (MARINONI, 2009, p. 142).

Isso tudo, no entanto, não significa que o juiz tenha plena liberdade ou poderes absolutos ao valorar a prova através do sistema da persuasão racional:

> Diante dessa grande liberdade conferida ao juiz parece óbvia também a importância da criação de determinados limites. Afinal, a liberdade enquanto poder está associada invariavelmente à ideia de dever; dever de exercer de forma escorreita e dentro da própria lei a função jurisdicional. E este dever é traduzido pela imperiosidade do magistrado de agir de modo racional (AUILO, 2021, p. 22).

De acordo com Leone *apud* Lopes Júnior, a liberdade do juiz, no sistema do livre convencimento motivado, não é absoluta: não se pode substituir a prova por meras opiniões, por mais honestas que sejam (2012, p. 562). Ainda, a convicção do juiz deve respeitar o tempo do processo: o tempo da produção da defesa, da produção de provas e da própria maturação do ato decisório. Assim, "o livre convencimento é, na verdade, muito mais *limitado* do que *livre*. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle" (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 563, grifos do autor). Nesse sistema, pois:

> Não existem limites e regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção) [...] o alcance dessa *liberdade* que o julgador tem para formar a sua convicção [...] se refere não à submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição [...] todas as provas são relativas, nenhuma delas tem maior prestígio ou valor que as outras, nem mesmo as provas técnicas (a experiência já demonstrou que se deve ter cuidado com o endeusamento da tecnologia e da própria ciência) (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 562, grifo do autor).

Saliente-se, por oportuno, que no sistema do livre convencimento motivado a exigência de motivação das escolhas feitas pelo julgador é imprescindível, sendo, na verdade, o próprio pilar de sustentação da persuasão racional. O juiz, pois, ao proferir seu convencimento, deve elaborar uma argumentação que defenda o seu ponto de vista, e isso é feito não apenas em benefício das partes litigantes, que fazem parte do processo, mas da sociedade como um todo, uma vez que a "decisão judicial envolve uma atividade persuasiva do juiz sobre si próprio, sobre as partes, e sobre a sociedade" (AUILO, 2021, p. 39-40).

Com a exigência de motivação, ainda, é controlado o próprio raciocínio do juiz na atividade valorativa: verifica-se se o seu convencimento foi racional e se está de acordo com o quanto apresentado nos autos, ou se a sua decisão se pautou em convicções íntimas e em impressões pessoais – o que é repudiado pelo sistema da persuasão racional. O dever de fundamentar, pois, é tido como "uma garantia contra o arbítrio que o sistema do livre convencimento poderia gerar" (CROELHAS, 2013, p. 45).

Ou seja, a liberdade na valoração, aqui, está intimamente ligada ao juízo de probabilidade, que de acordo com Calamandrei *apud* Auilo, é oriundo da compreensão mais razoável e aprofundada dos fatos "a partir de todas as provas que eram necessárias serem

produzidas (ampla atividade probatória)", de modo que o juiz interpreta as alegações que lhe são trazidas no processo pelas provas, chegando, então, a um resultado sobre o que seria ou não a verdade (2021, p. 43-45).

> [...] o juízo de probabilidade tem importância no campo do próprio resultado produzido a partir da prestação da tutela jurisdicional final concedida pelo órgão julgador; ele se relaciona com a verdade do e no processo e, por conseguinte, com a própria consecução dos escopos da jurisdição. Tem-se, portanto, que no processo não é possível a descoberta de uma verdade absoluta. A convicção do Estado-juiz, formada a partir de uma livre e racional valoração da prova, decorre de um juízo de probabilidade e é este juízo que sustentará a justiça de uma decisão [...] A decisão final deve aproximar-se da melhor forma possível da verdade, aqui colocada como um limite ideal a ser alcançado (AUILO, 2021, p. 45).

Nesse sentido, por exemplo, é discutível a validade da juntada de cartas psicografadas por médiuns no processo como meio de prova. A justificativa de negar essa prova porque o Estado é laico é inválida, já que se não há uma religião oficial, todas elas são admitidas. O problema, na verdade, está na ausência de argumentos lógicos para controlar a racionalidade discursiva dessa prova, que inviabiliza o exercício do contraditório e da ampla defesa. A credibilidade das cartas deve ser analisada pela autenticidade e veracidade: a autenticidade pode ser provada pela assinatura da pessoa falecida, cujo espírito se comunica com o médium; a veracidade é mais difícil de ser provada, pois depende da crença de cada um, da idoneidade e confiabilidade do médium. Por depender unicamente da fé, a carta psicografada não pode ser usada como único meio de prova, já que a convicção precisa ser racionalmente motivada. Esse documento, porém, pode ser usado no Tribunal do Júri (em que prevalece o sistema da íntima convicção, como visto). Todavia, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença pode ser anulada se ficar evidente que a convicção dos jurados contrariou de forma manifesta a prova dos autos. Disso, verifica-se que uma condenação baseada apenas na carta psicografada e que destoe do conjunto probatório, não pode produzir efeitos jurídicos válidos. De fato, a convicção judicial deve se pautar em dados da vida real, e não apenas na fé (CAMBI, 2020, p. 445-446).

> [...] no livre-convencimento motivado (valoração racional da prova) a prova é analisada em conjunto com todos os elementos probatórios dos autos, sem uma pré-valoração definida pelo espírito do julgador ou pela própria lei. Portanto, no livre-convencimento motivado, a prova analisada contextualmente impõe que o órgão julgador atribua a ela sempre valores prováveis e nunca valores absolutos – aliás, a imposição de valores absolutos em face de uma determinada prova pelo órgão julgador é um sinônimo de uma possível nulidade da decisão, já que não é lícito

> àquele que analise uma determinada prova como *a rainha das demais provas*, sem contextualizá-la. Verdade, pois, dentro do sistema do livre-convencimento motivado, é aquela alegação de fato que, com base nas provas produzidas, garante um grau adequado de confirmação lógica. O grau de confirmação lógica, por sua vez, dependerá da adoção desse ou daquele *standard* da prova (AUILO, 2021, p. 44, grifos do autor).

Em conclusão, no sistema da persuasão racional (vigente no ordenamento jurídico brasileiro), o juiz aprecia a prova das alegações de fato em conformidade com o modelo de constatação empregado para a análise da questão em concreto trazida pelas partes, o que é feito de forma livre, sem qualquer elemento que a priori vincule o seu convencimento. No entanto, ao valorar livremente a prova, deve indicar os motivos que levaram à decisão (STRECK, 2017, p. 35). E de acordo com Pitt, "este sistema pressupõe julgadores qualificados e conscientes de seu papel na sociedade" (2008, p. 101), uma vez que:

> O "livre-convencimento", decorrência lógica da autonomia judicial e da necessária realização dos escopos da jurisdição, deixa em favor do Estado-juiz certo grau de subjetividade na valoração das provas produzidas. Aliás, trata-se da liberdade que é inerente ao próprio modo de agir do operador do direito (as leis que regem o modo de agir do sujeito são normalmente mais abstratas) e ao próprio juiz enquanto pessoa (e não um mero robô ou computador). No entanto, como qualquer liberdade, esta pode vir a ser utilizada de forma equivocada. Pode haver um abuso dela (AUILO, 2021, p. 24).

Feito esse estudo inicial sobre os sistemas de valoração das provas, é necessário, a partir de agora, identificar como o sistema da persuasão racional – adotado pelo legislador brasileiro – era entendido no CPC/1973, quão ampla era a liberdade do magistrado, se havia abusos no exercício de valoração probatória, e se esse *livre* convencimento motivado estava de acordo com os ideais constitucionais surgidos a partir da Constituição Federal de 1988 e defendidos pelo Estado Democrático de Direito.

1.4. O art. 131 do CPC/1973 e a ampla discricionariedade e subjetivismo do juiz na valoração das provas

No processo civil, no que concerne à valoração das provas, antes da entrada em vigor do CPC/2015, o art. 131 do CPC/1973 assim estabelecia: "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" (BRASIL, 1973, online, grifo nosso). Verifica-se, disso, que o legislador processual, à época, adotou o sistema do livre convencimento motivado.

De acordo com o acórdão 0001378-98.2013.5.04.0001, do Tribunal Regional Federal da 4ª região, trazido na obra de Streck:

> Embora constitua direito da parte a produção da prova, é curial que cabe ao julgador, calcado no princípio do livre convencimento motivado e no princípio da liberdade objetiva da demonstração dos fatos, *conferir à prova o valor que possa merecer*. Colhida a prova, cabe ao julgador sopesá-la no conjunto dos demais elementos produzidos, no exercício de sua liberdade de análise da matéria trazida a juízo [...] de forma devidamente fundamentada, nos exatos termos [...] do artigo 131 do Código de Processo Civil (STRECK, 2017, p. 27-28, grifo nosso).

Ou seja, apesar de o magistrado dever indicar as razões que formavam o seu convencimento, ele tinha ampla discricionariedade em apreciar as provas produzidas nos autos, dando a cada uma delas o valor que julgasse conveniente. Isso ocorria de forma livre, sem qualquer parâmetro a ser observado.

No CPC/1973, pois, imperava o princípio da livre investigação das provas, com doses de dispositividade (com as partes participando efetivamente no processo). Isso permitia ao magistrado atuar na colheita de provas que se fizessem necessárias ao esclarecimento da verdade, reforçando os seus poderes diretivos. O sistema adotado, assim, representou "uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 90).

De fato, a adoção do sistema do livre convencimento motivado gerou uma série de liberdades ao julgador, possibilitando uma carga subjetiva muito forte no que concerne à valoração probatória. E isso trouxe problemas a partir do momento em que o juiz passou a extrapolar essa liberdade que lhe havia sido concedida. É certo que "quando a liberdade no trato da prova vem concebida de forma absoluta e incontrolável, desgarrada de critérios de racionalidade e regras legais, outro não é o resultado que o abuso do livre-convencimento motivado" (AUILO, 2021, 67).

Com efeito, o ato judicial de indicar os motivos do convencimento judicial, e de escolher determinada prova em detrimento de outra para embasar uma decisão, por si só, possibilita a ocorrência de arbitrariedades e discricionariedades. Isso porque a decisão pode

ser fundamentada em fato ou circunstância extraída dos autos, porém alheia ao debate entre as partes (VARGAS, 2017, online).

Ora, essa plena liberdade garantida ao juiz na valoração das provas pelo CPC/1973 possibilitou a institucionalização da ideia do "decido primeiro e fundamento depois" ou "decido como quiser desde que indique motivos que formaram meu convencimento". A liberdade na valoração de provas, dessa forma, e desde que cumpridas as formalidades, era plena. Corriqueiramente os tribunais se utilizavam e invocavam o sistema do livre convencimento motivado para se abster de discutir a decisão dada pelo juiz de primeiro grau. Há, inclusive, decisões de tribunais superiores indicando a existência de um "direito de julgar" dos magistrados que não poderia ser cerceado (LIMA; LOPES, 2020, online). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

> [...] 1. *No sistema da persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos*, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção [...] (REsp 1175616/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/03/2011, DJE 04/03/2011) (BRASIL, 2011, online, grifo nosso).

Saliente-se, também, o voto do Ministro do STJ, Humberto Gomes de Barros, no AgRg em REsp nº 279.889/AL, julgado em 03/04/2001, DJE 11/06/2001, trazido na obra de Streck:

> *Não me importa o que pensam os doutrinadores.* Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição [...] *Decido, porém, conforme a minha consciência.* Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim, porque pensam assim.* E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, *e a doutrina que se amolde a ele.* É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições.* Não somos aprendizes de ninguém (STRECK, 2017, p. 24, grifos do autor).

No mesmo sentido, é outro julgado semelhante:

> [...] em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual o

> juiz pode julgar dispensável a produção de prova testemunhal, quando as provas carreadas são suficientes para julgamento do feito. De fato, *não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar* (STJ - AgRg no REsp 1504544/PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 01/09/2015, DJE 14/09/2015) (BRASIL, 2015, online, grifo nosso).

Como se sabe, o CPC/1973 foi promulgado em um período extremamente autoritário no Brasil. Na verdade, a própria história política e jurídica foi marcada pela presença de regimes autoritários no direito, o que gerou na sociedade uma modernização controlada e imposta pelos "donos do poder". As decisões públicas foram por muito tempo – e ainda são, em muitos casos – proferidas por agentes que buscavam moldar a comunidade segundo a sua convicção, o que acabou atingindo também o Poder Judiciário (LIMA; LOPES, 2020, online).

Na verdade, a discussão sobre o papel do juiz na jurisdição data do século XIX, a partir de Oskar Bülow, quando o magistrado passou a ser encarado como porta-voz do sentimento jurídico do povo, com poderes que ultrapassam a lei (STRECK, 2017, p. 47-48).

> Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é "prover", "fazer o que seja necessário"; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que "o problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça"; para Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdicção, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei (STRECK, 2017, p. 48).

No Brasil, essa atribuição dos sentidos em favor do juiz atravessou o século XX, estando presente na concepção instrumentalista do processo, com estudiosos que defendem a existência de finalidades metajurídicas, podendo o juiz fazer determinações que não estejam na lei, uma vez que "o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da 'boa escolha dos juízes' e, consequentemente, de seu – como assim assinalam alguns doutrinadores – 'sadio protagonismo'" (STRECK, 2017, p. 48).

Esse tipo de pensamento do juiz como "boca da lei" – podendo inclusive "ficar acima da lei" nos casos que se fizessem necessários para o bem comum – permaneceu patente no ordenamento jurídico brasileiro. O legislador processual civil, em 1973, ao encarar o juiz como um protagonista, como um ser atuante na aplicação do direito e na produção de provas, permitiu que lhe fosse dada uma ampla liberdade na valoração dessas mesmas provas (uma

vez que o modelo da prova tarifada não dava conta de suprir todas as situações cotidianas). Mas para que essa sua atuação fosse "legítima", deveria haver um mínimo de motivação: por isso o livre convencimento *motivado* foi o sistema adotado na valoração probatória. Isso, contudo, como vem sendo apontado, não impediu que abusos fossem cometidos.

E esses abusos são visíveis de três distintas formas: através da valoração implícita da prova, pela sua supervaloração, ou pelo abuso no uso da prova atípica (AUILO, 2021, p. 67). No que diz respeito à valoração implícita da prova, de acordo com Michele Taruffo *apud* Auilo, referido fenômeno ocorre quando o juiz não explica os critérios e escolhas que motivaram a valoração probatória, havendo uma fundamentação deficiente ou inexistente. Essa valoração implícita também acontece quando houver uma valoração unilateral da prova – nesse caso o magistrado motiva o seu convencimento com base em apenas uma prova, sem cuidar dos demais elementos de prova constantes dos autos que poderiam confrontar a posição por ele assumida. Ou seja, "só são analisadas provas que justifiquem o entendimento adotado, o que implica uma fundamentação incompleta da decisão". Há, ainda, uma valoração implícita abusiva quando *o* "*juiz primeiro decide, depois fundamenta*" – ocasião em que ao invés de fazer um exame completo sobre todos os elementos de prova a partir de todas as versões dos fatos alegados pelas partes, o julgador escolhe de antemão, e de forma subjetiva e discricionária, apenas uma das versões, limitando-se a analisar e determinar a produção de provas que confirmem exclusivamente a versão por ele escolhida (2021, p. 68-70, grifo do autor). Nesse último caso, "o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procurar expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz, para justificar a conclusão" (WATANABE, 2012, p. 69).

Neste ponto, e conforme Ernane Fidélis dos Santos *apud* Streck, existe o pensamento de que para que haja a imparcialidade, é necessário que o juiz tenha uma completa independência, sem que precise se sujeitar a qualquer autoridade superior no julgamento. Ou seja, ele é soberano, nada se sobrepõe a ele, nem mesmo a lei. No mesmo sentido, conforme Rui Portanova *apud* Streck, o juiz deve dar alcance universal à ordem de valores existente em sua consciência, sendo que depois vê esses mesmos valores nas regras jurídicas, que não são postas por si só, sendo a própria motivação ideológica da sentença. Assim, para ele, o magistrado, apesar de estar dentro do sistema jurídico, tem liberdade para assumir posição diante da lei, a fim de que faça valer o sentimento de justiça da comunidade em que está inserido (ou seja, o juiz seria "a boca da lei"). E é muito difícil acreditar que algo possa

limitar essa liberdade de o juiz agir como quiser, pois nem a lei, nem os princípios, podem, de forma prévia e plena, controlá-lo. O juiz, pois, primeiro busca a solução, e depois se vale da lei para motivar sua decisão (2017, p. 42-43).

Sustente-se, ainda neste ponto, o quanto trazido por Paulo Queiroz *apud* Streck, no sentido de que o juiz, quando condena ou absolve, faz isso por que quer fazê-lo, de modo que a condenação ou absolvição não são atos de verdade, *mas atos de vontade.* Assim, por mais que existam motivos legais ou não para condenar, o juiz condena porque quer condenar e porque acredita ser importante fazê-lo. Da mesma forma, absolve porque quer absolver, e acredita ser importante tal decisão – e tal pensamento ainda é muito existente nos dias atuais, no sentido de que a interpretação precede a aplicação da lei: é a partir da interpretação que a norma jurídica em abstrato passa a ter incidência nas situações fáticas (2017, p. 43, grifo do autor).

A supervaloração da prova (que é outra forma de manifestação de abuso no sistema do livre convencimento motivado) é quando o juiz, possuindo poucos ou nenhum elemento probatório, dá um valor excessivo a uma única prova ou se utiliza de critérios subjetivos – como as máximas de experiência e as presunções judiciais – para motivar a sua decisão, ao invés de julgar o feito com base nas regras de distribuição do ônus da prova. Muitas vezes essa supervaloração é disfarçada de uma valoração normal, sendo fundamentada de forma convincente, o que, contudo, não retira os abusos nessa prática cometidos – aqui, mais uma vez, pode-se notar o uso da fundamentação de forma manipulada, para dar ares de legitimidade (AUILO, 2021, p. 70-71).

Por fim, no que diz respeito ao abuso da prova atípica, é importante ressaltar que como o modelo do livre convencimento motivado permite que o sistema da admissão e valoração das provas seja aberto, o uso da prova atípica pode servir de instrumento para afrontar à lei. Uma prova ilícita, por exemplo, pode ser mascarada como prova atípica para ser introduzida no processo. Tal prática de camuflagem, porém, configura abuso do próprio princípio de atipicidade das formas, bem como do livre convencimento motivado. Ainda, pode haver abuso quando o julgador, sobre o pretexto de estar analisando prova atípica, profere decisão surpresa, sem permitir que haja oportunidade de as partes se manifestarem de forma prévia sobre os elementos probatórios considerados atípicos (AUILO, 2021, p. 72-74), conduta essa que fere as garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que:

> As partes [...] têm o direito de serem ouvidas antes de ser proferida qualquer decisão. Por certo, eventual decisão fundada em prova sobre a qual as partes não foram ouvidas, ou não tinham como supor que seria eventualmente utilizada pelo magistrado no momento de valoração do acervo probatório, caracteriza verdadeiro abuso ao qual não se deve fechar os olhos. É imprescindível que o contraditório seja plenamente respeitado pelo órgão julgador, alertando as partes sobre qual comportamento processual poderá ser adotado e em que medida (AUILO, 2021, p. 74).

Na verdade, sendo prova típica ou atípica, o juiz deve valorá-la sem qualquer hierarquia ou determinação de importância preexistente, sob pena de cometer abusos em sua atividade. Na verdade, todas as atitudes acima expostas configuram formas de abuso na liberdade de convencimento conferida ao juiz – o que era uma prática corriqueira não apenas no CPC/1973, permanecendo também hoje, nos dias atuais, em muitos casos.

> O resultado a que chegamos com referência a tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir [...] a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito. De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de "certo espaço de jogo" será havida como sendo a melhor e a "justa". É problema da hermenêutica jurídica indagar onde e como e com que latitude essa discricionariedade existe (ENGISH, 1996, p. 227).

Muitos estudiosos dizem que o problema da crise judiciária está na morosidade, no fato de que os juízes não estão preparados para realizar uma gestão do Poder Judiciário. Para esses estudiosos, se os juízes forem melhor preparados, aprendendo a realizar essa atividade de gestão, a crise pode então ser superada (STRECK, 2017, p. 51-52). Para Streck, porém, o grande problema reside na ainda vasta possibilidade de discricionaridade – existente em muitos campos do processo civil, e também na valoração probatória, tema da presente dissertação.

Para ele, a discricionariedade tem origem bastante delineada em Kelsen (na Teoria Pura do Direito) e em Herbert Hart (que tratou da ideia dos *hard cases)*, e possui como objetivo, ao mesmo tempo, resolver questões consideradas insolúveis, através da razão prática – com o uso de solipsimo – e de reafirmar as regras positivistas, em que os princípios gerais do direito, equiparados aos valores, são instrumentos aptos a confirmar esse mesmo solipsismo (STRECK, 2017, p. 108). Para o estudioso, ainda, a filosofia da consciência e a discricionariedade são faces de uma mesma moeda, sendo corriqueiro que se faça essa

combinação a partir da tese de que a interpretação "é um ato de vontade" (STRECK, 2017, p. 40).

> [...] a doutrina indica o caminho para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz [...] E isso "aparecerá" de várias maneiras, como na direta aposta na: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio "sentença como *sentire*"; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a "ponderação de valores" a partir de seus "valores"; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que "os casos difíceis se resolvem discricionariamente"; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma "abertura de sentido" que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete (STRECK, 2017, p. 39).

Para o estudioso, pois, "a tarefa da teoria do direito é a de construir as condições para diminuir e/ou eliminar os espaços de discricionariedade judicial. Menos subjetivismo é igual a mais democracia". Em regimes e em ordenamentos jurídicos democráticos não há mais lugar para que a convicção pessoal do juiz seja critério de resolução das indeterminações da lei, mesmo nos casos difíceis (STRECK, 2017, p. 63-66).

De fato, Lenio Streck entende que o livre convencimento motivado não impõe ao juiz o respeito à corroboração objetiva dos fatos no momento em que valora as provas constantes dos autos. Para ele, o livre convencimento motivado é como se fosse um cheque em branco, de modo que o magistrado julga através de suas íntimas convicções e não das provas apresentadas pelas partes, fazendo uso de um discurso manipulado para que o dever de motivação reste cumprido.

Rafael Stefanini Auilo, por outro lado, defende posição diversa com relação ao conteúdo e à necessidade de manutenção do sistema da persuasão racional, concordando com Streck, porém, no que se refere à imposição, ao juiz, de respeitar critérios racionais no momento em que valora a prova. Verifica-se, assim, que apesar de tais autores partirem de premissas diferentes, os objetivos de ambos estudiosos são os mesmos.

O que é incontestável, porém, é que a valoração das provas, na forma como disposta pelo art. 131 do CPC/1973 – que permitia ao magistrado apreciar *livremente* os elementos probatórios constantes dos autos para formar o seu convencimento judicial – não estava de acordo com disposto pela Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, pela própria constitucionalização do processo civil, uma vez que permitia o exercício de uma ampla discricionariedade, além de subjetivismos, abusos e manipulações do discurso. Por essa razão

é que a expressão “livremente” foi retirada da valoração probatória com a promulgação do CPC/2015, o que será oportunamente analisado.

O que passa a ser feito a seguir, antes de adentrar especificamente na mudança trazida pelo CPC/2015, pois, é uma análise sobre o direito à prova a partir da constituinte de 1988, bem como sobre a necessidade de a prova ser valorada conforme os preceitos constitucionais, o que é determinado pelo neoprocessualismo.

1.5. Direito fundamental à prova a partir da Constituição Federal de 1988

Como se sabe, a partir da Constituição Federal de 1988, foi elencada uma gama de direitos fundamentais (compreendidos os direitos individuais, sociais, políticos e jurídicos), que devem ser assegurados a todos os cidadãos – inclusive dentro do processo – por serem direitos a eles inerentes, constituindo verdadeiros fundamentos do ordenamento jurídico, por criarem pressupostos básicos ligados à dignidade da pessoa humana.

De acordo com Ingo Sarlet, os direitos fundamentais são aqueles direitos do homem reconhecidos e positivados em um determinado ordenamento jurídico, ao passo que os direitos humanos guardam relação com os documentos internacionais, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, tendo, portanto, uma validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um caráter supranacional (2013, p. 389).

Ou seja, os direitos humanos são os direitos inerentes à pessoa que se situam acima do direito positivo e em sua base, sendo reconhecidos internacionalmente. Os direitos fundamentais, por outro lado, são “os direitos reconhecidos e ordenados pelo legislador: portanto, aqueles que, com o reconhecimento do Estado, passam do direito natural para o plano positivo”, no caso, a Constituição Federal. São os direitos concernentes à saúde, educação, segurança, emprego, entre outros, que exigem ações positivas do Estado para que sejam concretizados, sendo que dentro dos direitos fundamentais existem ainda os direitos da personalidade, que estão ligados precipuamente ao âmbito privado, consubstanciando-se em direitos subjetivos. Na verdade, por estarem sob intensa transformação, a relação entre todos esses direitos – humanos, fundamentais e da personalidade – vêm se manifestando por meio de uma nova roupagem, integralizando-se no ordenamento jurídico de forma mais ampla e com graus cada vez maiores de exigência a fim de que sejam protegidos os valores primordiais da pessoa humana. Assim, os direitos humanos se traduzem em exigências de

direitos fundamentais; e os direitos fundamentais se traduzem em direitos da personalidade (BITTAR; BITTAR FILHO, 2015, p. 57-61).

> Principalmente em países que adotam o sistema da *jurisdição una* (em que toda jurisdição é exercida pelo Poder Judiciário) avulta a importância do "terceiro Poder", a quem é confiada a tutela dos direitos subjetivos até mesmo contra o Poder Público, e que tem a função de efetivar os direitos e garantias individuais, abstratamente inscritos na Constituição. Os direitos fundamentais, formulados pela Constituição mediante normas necessariamente vagas e genéricas, quando violados ou postos em dúvida só podem ser afirmados, positivados e efetivados pelos tribunais [...] É perante o Poder Judiciário portanto que se pode efetivar a correção da imperfeita realização automática do direito: vãs seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo. O Poder Judiciário é uno, assim como uma é sua função precípua – a jurisdição –, por apresentar sempre o mesmo conteúdo e a mesma finalidade (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 193-194, grifo dos autores).

De fato, a evolução da humanidade passou a exigir uma nova concepção de efetividade dos direitos fundamentais, colocando-os num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. A CF/1988, além de positivar expressamente os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações/dimensões, permite a existência de direitos fundamentais implícitos, o que demonstra que seu rol não é taxativo. É o que se verifica do art. 5º, § 2º, que dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Em seu art. 5º, § 1º, é estabelecida a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais (BRASIL, 1988, online).

Entre os direitos fundamentais implícitos na CF/1988, pode-se citar o direito à prova. A prova, como visto, é o meio para inserir no processo os fatos ocorridos, ou seja, para demonstrar que os fatos efetivamente aconteceram conforme narrados pela parte, de modo que se forme a convicção do juiz para que o caso concreto possa ser solucionado, com uma justa decisão. Ou seja, é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei para que o litigante confirme no processo a veracidade de suas afirmações em relação aos fatos relevantes para o julgamento (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 427). O exercício do direito fundamental à prova influi, assim, no resultado do processo, influindo também diretamente na busca pela tutela constitucionalmente desejável.

Quanto ao direito à prova como um direito fundamental, este não possui a merecida atenção doutrinária, não sendo estudado separadamente, mas normalmente inserido em outros

direitos constitucionais (CANOTILHO, 2008, p. 169-170). Nem a CF/1988 nem a lei afirmam esse direito de modo amplo e direto, não existindo garantia constitucional específica do direito à prova, podendo ser extraído de uma amplitude mais geral (DINAMARCO, 2005b, p. 47-48).

Ou seja, mesmo não estando contido de forma explícita na CF/1988, o direito a prova é considerado um direito fundamental – e, portanto, cláusula pétrea, conforme art. 60, § 4º, da CF/1988 – sendo derivado de outros direitos fundamentais (CROELHAS, 2013, p. 26). Entre os princípios constitucionais fundamentadores do direito à prova, pode-se citar o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do direito de ação, que permite o acesso à justiça (art. 5º, XXXV), o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*), entre outros (BRASIL, 1988, online).

> O direito à prova não vem expressamente assegurado pela Constituição mas integra as garantias do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, inc. LV), pois tanto se contradiz alegando, como provando. No entanto, não se trata de um direito absoluto, pois, como todos os direitos fundamentais, encontra limites na observância de outros direitos e no próprio direito à prova e à contraprova da outra parte. Daí a razão da existência de limites constitucionais ao direito à prova. Por outro lado, o direito à prova também pode ser limitado por razões intraprocessuais, que objetivam assegurar que a prova seja idônea e válida em relação à sua veracidade (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 427-428).

Quanto aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o direito à prova é assegurado pelo Pacto de São José da Costa Rica, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pela Declaração de Direitos e Liberdades Fundamentais. Referidos documentos, incorporados ao ordenamento jurídico interno, integram o rol dos direitos fundamentais, o que reafirma ser o direito à prova um direito fundamental (PADILHA, 2016, online).

E o direito fundamental à prova assegurado pela Constituição Federal abrange tanto o direito das partes de produzir provas dentro do processo, como também o direito a uma justa apreciação e valoração das provas pelo juiz, na busca ser dada uma tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva.

Como já visto, o CPC/1973, em seu art. 131, adotou o sistema do livre convencimento motivado na valoração das provas. Com a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, a necessidade de o convencimento judicial ser racional e motivado à luz dos autos – e das

provas produzidas no processo – se tornou ainda mais patente (CROELHAS, 2013, p. 44); a própria Constituição Federal instituiu o dever de motivação das decisões em seu art. 93, inciso IX (BRASIL, 1988, online).

Logo, a necessidade de a atividade de apreciação e valoração das provas ser fundamentada passou a ser uma determinação culminada de uma obrigatoriedade ainda maior, uma vez que não apenas o legislador processual civil previu isso, como também o constituinte. Ou seja, o dever de valoração das provas através de uma motivação e de critérios racionais passou a ter um *status* constitucional.

Por conta disso, a disposição do art. 131 do CPC/1973, no sentido de que *o juiz poderia apreciar a prova livremente,* já não estava de completo acordo com os preceitos constitucionais, uma vez que, apesar de ser exigida a motivação nessa atividade, era dada ainda ampla liberdade ao juiz – o que permitia subjetivismos, discricionariedades e arbitrariedades, como já visto. Essa liberdade expressa, inclusive, não se coadunava mais com o quanto determinado pelo neoprocessualismo.

1.6. O neoprocessualismo e a necessidade de as provas serem valoradas conforme os preceitos constitucionais

A prevalência do Estado Democrático de Direito, com a Constituição ocupando o centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, se deu com o fim da segunda guerra mundial, com a crise do legalismo clássico (ZUFELATO, 2012, p. 135). No Brasil, a partir da CF/1988, o ordenamento jurídico como um todo teve a necessidade de ser encarado e interpretado conforme os preceitos constitucionais, para fazer valer os ideias na Carta Magna existentes, dando efetividade e concretude aos seus dispositivos.

Com efeito, a Constituição não pode ser encarada como uma mera folha de papel: ela possui força normativa, deve ser vivenciada. Por essa razão, o ordenamento jurídico deve a ela se adequar. Todos os ramos do direito devem ser interpretados a partir da Constituição e do quanto por ela estabelecido, a fim de lhe ser dada eficácia. E isso não é diferente com o processo civil: ele deve ser utilizado e interpretado a partir dos preceitos da Lei Maior.

É a partir desse ponto de vista que surgiu a necessidade de reformulação da ciência processual com um enfoque constitucional. De fato, a chamada “constitucionalização do

processo civil" é um ponto de vista metodológico e interpretativo da disciplina processual, a partir do qual o processo é analisado como instrumento de efetividade dos valores constitucionais. Na verdade, esse movimento de encarar o processo conforme a Constituição, aproximando seus intitutos do quanto por ela trazido, é conhecido por neoprocessualismo ou direito processual constitucional.

Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas sim de uma colocação científica que parte de um ponto de vista metodológico e sistemático que analisa o processo nas suas relações com a Constituição. De fato, o direito processual, a partir da CF/1988, não pode mais ser encarado como um simples conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material. Na verdade, deve ser visto como um "instrumento público de realização da justiça e preservação do valor de liberdade" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 104-105). Sendo normas supremas, as disposições constitucionais são aquelas às quais todas as outras devem se adequar (REALE, 2002, p. 343), inclusive as normas processuais.

> Hoje acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada da ordem processual mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento da justiça, em garantia de liberdade. Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, o qual fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, estabelece alguns princípios processuais [...] o direito processual é fundamentalmente delineado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 103).

A partir da perspectiva constitucional dos direitos fundamentais, é garantido o direito a um "justo" processo. Ou seja, o processo não é visto de forma estática, estruturado formalmente, sendo, na realidade, encarado como uma garantia mínima de meios e resultados, devendo "ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante". De fato, a experiência histórica vivenciada indicou que a efetividade de um direito não pode ser conduzida apenas aos governantes e às vontades deles, sendo necessária a formulação de técnicas idôneas para garantir e satisfazer, de forma concreta e no maior grau de efetividade possível, os direitos fundamentais. Por conta disso, os magistrados, no plano da jurisdição constitucional, estão sujeitos à lei e, principalmente, à "análise crítica de seu significado, como meio de controle da legitimidade constitucional" (CAMBI, 2020, p. 302-303). De nada adianta alguém ser titular de um direito material se não houver um direito ao processo

indispensável para assegurar a sua eficácia. O processo jamais pode impedir a realização do direito substancial (CAMBI, 2020, p. 305).

A finalidade básica da Constituição, pois, é colocar os direitos acima das decisões do processo político da maioria – uma vez que essas decisões podem muitas vezes se sobrepor aos ditames legais, podendo, inclusive, oprimir as minorias. É neste ponto que o governo constitucional busca proteger a sociedade: através da existência de um sistema de direitos fundamentais, tido como critério que torna válida toda a ordem jurídica (CAMBI, 2020, p. 273). No âmbito jurisdicional, isso é feito por meio das garantias do devido processo legal, que conforme Cintra, Grinover e Dinamarco são:

> [...] o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. São garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição (2015, p. 107).

Ao adotar o devido processo legal, a CF/1988 garante aos litigantes o direito a um justo processo e a uma justa sentença, pois esse é um princípio do qual decorrem todos os demais princípios e regras constitucionais processuais (NERY JÚNIOR, 2010, p. 79).

Assim, a busca por uma tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, que viabilize um processo que não seja estático, analisado do ponto de vista formal, mas também compreendido como um instrumento mínimo, apto a gerar meios e resultados, está em conformidade com a perspectiva constitucional dos direitos fundamentais, vinculando o legislador a limitar a própria atuação, regulamentando dispositivos da Constituição Federal, a fim de assegurar de forma eficiente a proteção judiciária (CAMBI, 2020, p. 302- 304).

O processo civil contemporâneo passou a se preocupar com a concretização das aspirações das normas de direito material, em especial as normas jus fundamentais. O objetivo do processo, pois, é o de tornar efetivo o direito material (ZOLLINGER, 2005, p. 121), e os próprios direitos fundamentais. Em verdade, o “processo justo depende da igualdade formal e substancial entre as partes, da paridade de armas entre as partes e da igualdade entre o juiz e as partes no momento da condução do processo” (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 35).

> Por *direito ao processo* não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cerceando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional, sempre a partir da consciência de que a própria garantia do *due process* se resolve em um sistema de limitações ao exercício do poder. Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à *ordem jurídica justa* [...] E sempre sobra espaço para desdobramentos das garantias expressas, por mais minucioso que seja o rol. Lembre-se, p. ex., o *direito à prova*, não explicitado mas integrante da garantia do devido processo legal, como corolário do contraditório e da ampla defesa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 109-110, grifos dos autores).

Neste ponto, é importante analisar qual deve ser a figura do juiz a partir do processo constitucionalizado. Para Cintra, Grinover, e Dinamarco, o juiz está entre as partes e acima delas, devendo, por essa razão, e na busca de garantir justiça aos litigantes, ser imparcial. Para que seja assegurada a sua imparcialidade, a Constituição Federal lhe estipula garantias, prevendo também vedações e proibindo juízos e tribunais de exceção. O próprio direito internacional público, no mesmo sentido, coloca sob sua garantia, entre os direitos da pessoa, inerentes à personalidade humana, o direito a um juiz imparcial (2015, p. 76-77). Assim, ao ter autoridade para dirimir o conflito que lhe é posto, o juiz se coloca *super et inter partes* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 388, grifo dos autores).

Contudo, e com o máximo respeito, a presente pesquisa discorda da posição dos autores retrocitados no que concerne à ideia de o juiz estar acima das partes. Conforme muito bem explana Croelhas, posição na qual esta dissertação se filia:

> O juiz é um sujeito do processo, e no moderno cenário processual marcado pelo diálogo das partes, não se deve falar em uma posição superior do mesmo frente aos demais participantes, entretanto ele deve manter a imparcialidade necessária para decidir o feito, mesmo porque o juiz age com base no interesse público para a obtenção de uma sentença justa, devendo conduzir todo o feito com observância do devido processo legal, oportunizando a participação efetiva de todos os sujeitos, bem como fomentando o diálogo no processo (2013, p. 19).

Essa visão do processo pelo prisma da democracia e do maior envolvimento dos sujeitos está intimamente ligada ao Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/1988), ao incentivar a participação popular no exercício da função jurisdicional (SILVA; NEVES, 2017, p. 100). Os direitos fundamentais apenas podem ser exercidos em contextos

democráticos. A democracia contemporânea é caracterizada por um contexto amplo das garantias institucionais no qual é possível a ocorrência dos direitos fundamentais (ALVES, 2014, p. 37-38).

> [...] os conflitos passaram a se configurar de modos diferentes, ganhando destaque aqueles de dimensões metaindividuais, que transcendem as esferas individuais de direitos por envolverem grupos, categorias ou classes de pessoas em busca da fruição de direitos fundamentais de caráter comunitário, genericamente referidos à qualidade de vida [...] Não só os conflitos se modificaram, como se modificou o próprio Poder Judiciário. O juiz não é mais a simples *vox legis*, ou mero intérprete indiferente dos textos legais, mas um autêntico porta-voz dos valores postos na Constituição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 36, grifo dos autores).

Com efeito, a função do julgador, a partir da visão do processo constitucionalizado, é a de encarar com seriedade as disposições constitucionais, impedindo que os direitos fundamentais se tornem promessas não cumpridas, motivando suas decisões objetivamente, sem atitudes arbitrárias que os coloque no lugar dos legisladores. Ainda, devem verificar as consequências oriundas de sua atividade decisória "para o Estado Democrático de Direito, para a ordem pública, para a economia, para o exercício da cidadania e, enfim, para o bem-estar social", principalmente quando se tratar da imposição de políticas públicas (CAMBI, 2020, p. 447).

O grande desafio a partir do neoprocessualismo é o de serem desenvolvidas "técnicas que evitem a manipulação dos juízes pela expansão tecnológica e por todas as formas de poder que ela alimenta". O Poder Judiciário deve ter sua independência, disso não há duvidas, uma vez que para que os direitos fundamentais sejam efetivados e concretizados, as pressões da maioria e dos detentores do poder devem estar longe. Sem independência no Judiciário, não há como ser garantida a própria democracia. Verifica-se, pois, que o papel do juiz contemporâneo é o de defender de forma objetiva *e independente* os preceitos constitucionais, "servindo como uma contraestrutura instituída ou um contrapoder que deve ser capaz de contrariar qualquer ato ou manobra violadoras da Constituição". No entanto, deve-se impedir, por meio do exercício das funções judiciais, a superveniência de um "superpoder", capaz de gerar de abusos e desvios (CAMBI, 2020, p. 274, grifo nosso).

Como já dito ao longo deste primeiro capítulo, os poderes do magistrado devem ser limitados dentro do processo, sob pena de serem proferidos pronunciamentos judiciais ilegítimos e injustos.

> Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(ría)mos continuar a delegar ao juiz a apreciação discricionária nos casos de regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado. É preciso entender que o sujeito solipsista – que está na base de afirmações do tipo "*decido conforme a minha consciência"* – é uma construção filosófica [...] Essa concepção tem como ponto de partida o *cogito ergo sum* de Descartes, passando pelas mônadas de Leibniz, pelo *eu penso* de Kant, até chegar a seu extremo em Nietzsche com sua *vontade de poder* (STRECK, 2017, p. 68, grifos do autor).

De acordo com Lenio Streck, o sujeito solipsista é aquele viciado em si mesmo (STRECK, 2017, p. 17). Para o estudioso, mais a fundo, o solipsismo é uma corrente filosófica em que se diz existir apenas um sujeito que comanda o mundo, de forma consciente ou inconsciente. Logo, o mundo seria um mero esboço do que esse sujeito imagina, quer e decide que é. Ou seja, o sujeito não sai de si mesmo no momento de decidir – e isto está presente em uma ideia já sedimentada no imaginário dos juristas, no conhecido jargão "sentença vem de *sentire*" (STRECK, 2017, p. 69).

> [...] para o solipsismo filosófico [...] o mundo seria/é apenas o resultado das representações que realizamos a partir de nosso "feixe de sensações". Ora, definitivamente, depois do giro ontológico-linguístico, não é mais possível pensar que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista). O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está à nossa disposição. Este é um espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros, como que para dar uma espécie de "testemunho da verdade". Essa é uma experiência intersubjetiva que está plasmada na ideia de que a linguagem é a condição de possibilidade para acessarmos o mundo. E é exatamente por isso que podemos dizer, sem medo de errar, que o sujeito solipsista foi destruído (embora sobreviva em grande parte do ambiente jusfilosófico) (STRECK, 2017, p. 69-70).

Com a constitucionalização do processo civil, o surgimento do neoprocessualismo e a busca de um processo pautado cada vez mais nos ideais democráticos, não fazia mais sentido o uso de um comando processual pautado num sistema de livre convencimento (com juízes solipsistas), uma vez que isso dava margem para que abusos, arbitrariedades e discricionariedades fossem cometidos, permitindo a ocorrência de "decisões conforme a consciência do julgador" – o que ia contra os preceitos constitucionais e contra a evolução do próprio Estado Constitucional contemporâneo, que não permite que sejam tomadas, no

processo, decisões pautadas em subjetivismos e critérios pessoais. “A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que magistrados e promotores tenham sobre as leis ou fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produto de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 869). De acordo com Marinoni e Mitidiero:

> Se é verdade [...] que o Estado Constitucional se singulariza pelo seu dever de promover adequada tutela aos direitos mediante sua própria atuação, então um Código de Processo Civil deve reproduzir e densificar o modelo de processo civil proposto pela Constituição. Do contrário, incorre o Estado Constitucional na proibição de proteção insuficiente e, em alguns casos, mesmo na proibição de ausência de proteção ao direito fundamental ao processo justo. Em semelhante situação, o legislador infraconstitucional encontrar-se-ia em mora com os compromissos assumidos pelo Estado Constitucional. Isto quer dizer que no plano infraconstitucional um Código de Processo Civil tem de significar a garantia de um sistema constitucionalmente orientado para todo o processo civil. Assume aí a condição de centro normativo infraconstitucional do processo civil (2010, p. 51).

No mesmo sentido, os estudiosos ainda acrescentam que:

> Para que o direito processual civil possa realmente ter a sua âncora na Constituição e ser compreendido como verdadeiro instrumento de efetiva proteção dos direitos, é fundamental que todo o processo civil seja orientado pelo direito material. Muito especialmente, que todo o processo seja pensado a partir da teoria da tutela dos direitos. Vale dizer: em atenção às situações substanciais carentes de tutela no plano do direito material [...] Um Código de Processo Civil que não se preocupa em bem relacionar direito e processo a partir de adequada teorização do sistema de tutela dos direitos, mediante o emprego de expressões suficientemente abertas que permitam a adequação da ação à tutela do direito pretendida pelo demandante, não pode ser encarado como um Código realmente engajado na efetivação do direito material nas suas mais variadas manifestações (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 61).

Houve, portanto, a necessidade de o CPC/1973 se adequar a esses ditames constitucionais (defendidos pelo neoprocessualismo), exaurindo de seus dispositivos legais a possibilidade do cometimento de subjetivismos e discricionariedades pelo juiz. Para tanto, foi realizada uma completa reforma processual, com a promulgação de um novo *codex:* o CPC/2015. E a necessidade de não se permitir o cometimento de arbitrariedades pelo juiz se estendeu também ao sistema de valoração das provas, com o surgimento do art. 371 do CPC/2015, em substituição ao antigo art. 131 do CPC/1973. Mas como se deram todas essas mudanças? Tudo isso passa a ser analisado no capítulo a seguir.

2. UMA MUDANÇA DE PARADIGMA: O FIM DO PROTAGONISMO JUDICIAL E O SURGIMENTO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO NA VALORAÇÃO DAS PROVAS A PARTIR DO ART. 371 DO CPC/2015

Passadas quase três décadas da promulgação da CF/1988, houve a necessidade de não apenas se interpretar o processo civil conforme os preceitos constitucionais – e o pregado pelo neoprocessualismo – mas de adequar a própria letra da lei ao quanto estabelecido pela Carta Magna, uma vez que as alterações advindas do Estado Democrático de Direito geraram três consequências: o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma interpretação constitucional (BARROSO, 2015, online). Foi promulgado, então, em 2015, o Novo Código de Processo Civil (não tão "novo" nos dias atuais).

Com efeito, o CPC/2015 é considerado "a primeira grande regulamentação brasileira sobre processo civil a ser aprovada em período democrático", uma vez que os Códigos anteriores (datados de 1939 e 1973), foram editados em períodos de exceção (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online).

> É preciso ter claro que o direito processual contemporâneo deve se enquadrar nos ditames desses pilares fundamentais que a *constitucionalização do direito* aportou à ciência jurídica, não somente no sentido tradicional, formal, de supremacia normativa da Constituição, mas sim na acepção de um *novo modelo de exercício da jurisdição civil,* pautado numa nova modalidade de norma jurídica e de hermenêutica constitucional, com clara alteração do papel do juiz e das técnicas decisórias (ZUFELATO, 2012, p. 136).

A partir da leitura do CPC/2015, logo em seu art. 1º, é possível observar que a vontade do legislador, com a reforma processual, foi a de tornar o processo civil mais ordenado e disciplinado, interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da Constituição Federal (BRASIL, 2015, online). Isso não significa que a lei processual tenha perdido seu valor, ou que a sua importância na contemporaneidade tenha sido diminuída. O que mudou foi a forma de se encarar e adequar a aplicação da lei processual à realidade social e às necessidades naturais, sob a ótica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/1988).

De efeito, com o advento do CPC/2015, a atividade jurisdicional foi adaptada às necessidades atuais, cabendo ao magistrado, após analisar as peculiaridades do caso concreto e o subsumir à legislação ordinária, procurar o significado da norma à luz da Constituição Federal, atribuindo-lhe nova interpretação, com apoio nos princípios da justiça e nos direitos fundamentais, conferindo significado ao direito material a partir de um enfoque constitucional, de modo a oferecer a todas as partes do processo um julgamento célere, efetivo, adequado e justo (CRUZ; CRUZ, 2010, p. 03-09).

Isso significa que, antes de ser ordenado pelo texto normativo, o sistema processual civil deve se subordinar aos valores e princípios constitucionais, a fim de serem protegidos os direitos fundamentais de todos os cidadãos, permitindo a existência de uma sociedade livre e organizada, o que deve ser feito pelos juízes antes de ser aplicada a lei ao caso concreto, sob pena de se agir contrariamente à ordem constitucional.

> É importante frisar o fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, porque, além de retirar do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual (fenômeno da descodificação), ressalta o caráter publicístico do processo [...] O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum. A preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por exemplo, na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc. (CAMBI, 2008, p. 114).

Disso, verifica-se que o CPC/2015 não apenas consolidou a necessidade de se encarar o processo de forma mais constitucionalizada, como também criou mecanismos próprios para a efetivação das garantias fundamentais processuais. Entre esses mecanismos, pode-se citar, por exemplo, o surgimento de um enfoque precedentalista, a fixação dos elementos essenciais da sentença, a primazia do julgamento de mérito, a paridade de tratamento entre as partes litigantes, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e a vedação às decisões-surpresa, com respeito ao princípio do contraditório. Isso tudo, além de fazer valer os preceitos constitucionais, possibilitou também a chamada democratização do processo (ASSAF FILHO, 2015, p. 02). Neste ponto, o incentivo aos métodos autocompositivos (conciliação, mediação e arbitragem) é exemplo de como o legislador

processual civil considera importante a participação dos litigantes no exercício do poder, na busca de solucionar os conflitos trazidos à apreciação judicial (TRIGUEIRO; BORGES, 2019, p. 321).

Com efeito, o CPC/2015, em seu conteúdo, possui normas destinadas a efetivar as "garantias constitucionais do processo, com alusões ao contraditório, à ampla defesa, à inafastabilidade do controle jurisdicional, ao juiz natural, à paridade em armas, ao processo em tempo razoável, à irretroatividade da lei processual" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 145).

Por essa razão, o CPC/2015 é considerado um avanço democrático, por buscar alcançar os desejos mais profundos – impalpáveis até então – dos operadores do Direito: a busca de uma maior celeridade dos julgamentos, a segurança jurídica para serem garantidos os direitos dos cidadãos, e uma maior democratização do próprio processo às partes litigantes, que junto do juiz estabelecem qual a melhor saída para a resolução do conflito. O que o CPC/2015 almeja, em resumo, é tornar o processo eficiente.

Em verdade, os mecanismos trazidos pelo CPC/2015 têm a finalidade de concretizar os direitos fundamentais. No entanto, eles não produzem seus efeitos de forma automática; pelo contrário, demandam a participação de todos os sujeitos envolvidos no processo: enquanto ao juiz cabe o dever de fundamentar as suas decisões, as partes devem colaborar para que se alcance um justo pronunciamento judicial (MITIDIERO, 2009, p. 140).

Essa colaboração, porém, não deve ser entendida apenas como uma colaboração entre as partes (uma vez que possuem interesses divergentes no litígio), mas também como uma colaboração *do juiz para com as partes*, o que se dá "mediante o cumprimento dos deveres judiciais de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes" (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 48, grifo nosso).

> [...] o novo CPC implementa um sistema comparticipativo/cooperativo pautado nos direitos fundamentais dos cidadãos e no qual todos os sujeitos processuais assumem responsabilidades e possibilidade de interlocução. Assim, é certo que o processo civil contemporâneo se acha constitucionalizado, uma vez que seus princípios básicos correspondem a direitos fundamentais assegurados pelo Estado Democrático de Direito. Hoje o que empolga o processualista comprometido com o seu tempo é o chamado processo de resultado. Tem-se plena consciência de que o processo como instrumento estatal de solução de conflitos jurídicos deve proporcionar a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico substancial a possibilidade de usufruir concretamente os efeitos dessa proteção. Também o novo CPC insere, em suas normas fundamentais, a imposição ao juiz de, ao aplicar o ordenamento jurídico, observar a legalidade e a eficiência (art. 8º), princípios preconizados pela

> ordem constitucional como indispensáveis à implementação da segurança jurídica no seio do Estado Democrático de Direito (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online).

E o objetivo do CPC/2015 de tornar o processo mais eficiente, ao mesmo tempo em que busca concretizar os direitos fundamentais insculpidos na CF/1988, se deu não unicamente com o fomento às técnicas autocompositivas, o surgimento de um enfoque precedentalista, a necessidade de fundamentação das decisões e a proibição às decisões surpresa: foi preciso também uma mudança na forma de se encarar e valorar a prova.

Com efeito, na busca de dar uma resposta adequada à tutela jurisdicional pretendida, o juiz é soberano na análise e valoração das provas produzidas pelas partes no processo. Em sua decisão, deve indicar as razões da formação do seu convencimento, o que não pode se dar de forma livre, como ocorria no art. 131 do CPC/1973, mas de modo vinculado ao quanto produzido nos próprios autos, conforme dispõe o art. 371 do CPC/2015, que deixou de lado o sistema do *livre* convencimento motivado, e passou a adotar um sistema de valoração em que o magistrado deve fundamentar suas decisões com base numa maior racionalidade, nos elementos constantes nos autos, motivando a escolha pelos elementos formadores de convicção apresentados pelas partes.

> [...] uma das grandes inovações do CPC/2015 foi a nova redação dada ao art. 131, atual art. 371, deixando de lado o "livremente" para qualificar como o juiz apreciará a prova. Também o artigo 389 do Projeto oriundo do Senado, que dizia que "A confissão extrajudicial será livremente apreciada pelo juiz", teve retirada a expressão "livremente". Some-se a isto: o art. 10, que ampliou o contraditório (art. 10), o art. 489, que tratou de estabelecer critérios que devem estar presentes na fundamentação da decisão judicial e art. 926, que trouxe o dever de coerência e integridade. Em comum a todos eles a eliminação do livre convencimento. A partir do CPC 2015, portanto, não poderá o juiz ou tribunal referir que "a decisão *x* foi exarada desse modo em face da livre apreciação da prova ou de seu livre convencimento" [...] por uma decorrência lógica, não poderá o juiz fundamentar a decisão alegando que "julgou segundo a sua consciência", uma vez que isso seria repristinar a expressão derrogada, conspurcando, assim, a vontade legislativa (STRECK, 2017, p. 33).

Conforme Silva e Neves "para evitar arbitrariedade, a apreciação das provas realizada pelo juiz é limitada pela motivação, de modo que ele atribui à prova, produzida pelas partes, o valor e o grau a partir do seu convencimento", desde que justifique publicamente as razões de sua convicção, de sorte que as partes possam impugnar a decisão exarada pela via recursal (2017, p. 109).

De fato, no processo deve ser buscada a verdade real e não a formal. Não sendo possível a verdade real, pelas razões já explicitadas no primeiro capítulo deste trabalho, deve-se buscar a verdade "processualmente possível". E com o advento do CPC/2015, o juiz não pode examinar as provas conforme a sua livre consciência e perspectiva, devendo, obrigatoriamente, para dirimir o conflito, analisar e valorar o quanto produzido pelas partes fundamentando sua decisão, sob pena de nulidade.

> [...] o risco da onipotência judicial não fica afastado com o emprego do princípio da persuasão racional do juiz e do respeito aos princípios e as garantias constitucionais. O órgão judicial, ao justificar determinada visão dos fatos, com base em critérios vagos e indefinidos, não pode se valer de fórmulas puramente retóricas, destituídas de conteúdo, ao aludir, por exemplo, a "verdade material", a "prova moral", a "certeza moral", a "prudente apreciação", ou a "íntima convicção". Tais expressões, como outras similares, dão margem ao subjetivismo e a manipulação semântica, por não assegurarem nenhuma racionalidade na valorização da prova, assim como implicam falsa motivação da decisão e, ainda, impedem o efetivo controle da atividade judicial por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior (CAMBI, 2020, p. 425).

A partir do CPC/2015, pois, o juiz deve assumir um novo papel na valoração de provas, deixando de lado seu livre convencimento, para um convencimento fundamentado e motivado, pautado em questões de ordem prática e não pessoais. Deve avaliar a prova dos autos diante da lei e do entendimento jurisprudencial consolidado (a partir dos precedentes), mas também com base em suas experiências profissionais de casos correlatos, conforme as circunstâncias de cada caso, para que a prova seja, de fato, exercida, apreciada e valorada como um verdadeiro direito fundamental.

> O CPC/2015, ao retirar o poder de livre convencimento ou livre apreciação, assume um nítido sentido "não protagonista", afastando o velho instrumentalismo e os fantasmas do antigo "socialismo processual" (Bülow, Menger, Klein). Não se pode mais invocar, igualmente, o princípio [...] da presunção racional. O novo Código não compactua com essas visões ultrapassadas, mesmo que venham com epípetos como "racional", etc. Trata-se de uma opção paradigmática feita pelo legislador (STRECK, 2017, p. 34).

Ou seja, o princípio do livre convencimento do juiz na valoração das provas deixou de existir, de maneira expressa, com o CPC/2015. Isso, porém, não significa que essa forma de apreciação das provas tenha deixado de existir na prática: não há muita unanimidade se o art. 131 do CPC/1973 foi, de fato, superado pelo art. 371 do CPC/2015. Nem se sabe ao certo

como esse novo dispositivo legal deve ser interpretado para que atinja aos fins a que se destina. Tudo ainda é muito vago e impreciso.

O que se sabe, com veemência, é que o CPC/2015 buscou realizar uma mudança de paradigma no que concerne à valoração de provas: retirou a liberdade do juiz, anteriormente existente no CPC/1973, a fim de retirar também a possibilidade da existência de discricionariedades e arbitrariedades na valoração das provas. O que se buscou, com isso, foi combater o protagonismo judiciário e a ideia do "decido conforme a minha consciência".

Mas antes de necessariamente adentrar nessa discussão – que é a problemática central da presente dissertação – é preciso entender as discussões que permearam a mudança legislativa, estudar o próprio debate e processo legislativo do CPC/2015, bem como analisar o art. 371 do CPC/2015, o que passa a ser feito a seguir.

2.1. Debate e processo legislativo do CPC/2015 a fim de solucionar os problemas anteriores

O CPC/1973, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a sofrer algumas reformas, para se adequar, pelo menos de forma mínima, aos preceitos contidos no texto constitucional e ao quanto pregado pelo neoprocessualismo. Os legisladores viram, então, a necessidade de ser editado um novo *codex* processual civil, haja vista que o CPC/1973, mesmo com as suas reformas, não dava conta de alcançar o processo civil de resultados. Por essa razão, passou a ser discutida a edição de uma nova norma processual, completamente adequada a um processo constitucional.

Conforme a exposição de motivos do CPC/2015, o CPC/1973 operou de forma satisfatória por duas décadas. A partir da década de 1990, foram necessárias reformas (para a adequação da lei processual ao texto constitucional e às próprias mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições), as quais geraram mudanças significativas em seu conteúdo. Foi o caso, por exemplo, da inclusão do instituto da antecipação de tutela em 1994, a alteração do regime do agravo em 1995, e as leis posteriores que modificaram a fase de execução. Todas essas reformas foram bem recebidas pela comunidade jurídica, tendo gerado resultados positivos no ordenamento processual. Naturalmente, essas alterações, aos poucos, foram comprometendo a forma sistemática do CPC/1973, o que acabou por enfraquecer a coesão entre as normas processuais. Isso gerou uma desorganização, comprometeu a celeridade

processual e trouxe questões inevitáveis a serem debatidas com relação a temas processuais polêmicos (SENADO FEDERAL, 2015, p. 24).

E “sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”. Houve, por esses motivos, a necessidade – de caráter não apenas acadêmico, mas pragmático – de se obter uma maior funcionalidade das normas processuais, mantendo e aperfeiçoando os institutos introduzidos pelas reformas ocorridas na década de 1990. Foi então, editado um novo Código, que não buscou romper abruptamente com o passado, mas dar um passo à frente, fazendo permanecer os institutos cujos resultados foram positivos, e adicionando outros a fim de dar maior eficiência ao sistema (SENADO FEDERAL, 2015, p. 24-25).

> No campo do direito processual civil, as inserções e atualizações sofridas pelo Código de 1973 foram inúmeras, sobretudo a partir da década de 90 [...] É bem verdade que as alterações legislativas vividas no país em relação aos diplomas normativos pré 1988, em boa parte, é uma exigência de adaptação da legislação infraconstitucional aos ditames e preceitos que a nova ordem constitucional impôs [...] Na seara do processo civil, embora a preocupação com a constitucionalidade das leis processuais seja sempre uma constante, o mote mais sensível tem sido a busca de *eficiência* e *efetividade*, num contexto de *processo civil de resultados*, em expressão largamente usada pela doutrina. Ademais, à jurisdição civil costuma-se atribuir uma série de qualidades negativas – tais como lentidão, altos custos, aumento exponencial das decisões finais de mérito, etc. – que pressionam o Poder Legislativo a buscar “*novas*” *soluções*. Fruto deste anseio de mudanças é o Projeto de Lei nº. 166 de 2010, aprovado no Senado Federal em 15 de dezembro de 2010 (ZUFELATO, 2012, p. 133-134, grifos do autor).

De acordo com Marinoni e Mitidiero, o CPC/1973, mesmo com suas reformas, não apresentava de forma rigorosa ordem e unidade, pois apenas podia ser compreendido como um sistema se houvesse um esforço doutrinário para acomodar seus elementos. Era oportuno, pois, que se buscasse a sistematização do processo civil, tendo sido esse, inclusive, um dos propósitos do projeto do novo CPC (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 55).

Como se sabe, porém, antes de um novo diploma legal ser integrado ao ordenamento jurídico brasileiro, ele deve passar por discussões e aprovações. Com o CPC/2015 não foi diferente: antes de sua edição, o projeto do novo *codex* foi muito debatido. E isso não se deu de um dia para o outro: foram anos até que os juristas responsáveis por sua edição chegassem

a um consenso sobre os seus institutos, e para que a nova lei processual que se almejava editar fosse realmente encarada como um avanço democrático no processo civil.

Foi nesse panorama de busca por mudanças e de o texto processual se adequar ao texto constitucional que foi editado o projeto do Novo CPC. Referido projeto teve a finalidade de seguir a orientação consolidada na jurisprudência e doutrina sobre temas que eram muito discutidos, excluindo aqueles institutos do CPC/1973 que se tornaram obsoletos com o tempo e/ou que não se mostraram efetivos para atender aos fins do processo (KOURY, 2013, p. 93).

Nesse sentido, a própria exposição de motivos do CPC/2015 assim dispôs:

> Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica [...] Não se deixou de lado, é claro, a necessidade de se construir um Código coerente e harmônico *interna corporis*, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade. De fato, essa é uma preocupação presente, mas que já não ocupa o primeiro lugar na postura intelectual do processualista contemporâneo (SENADO FEDERAL, 2015, p. 25, grifo do autor).

O CPC/2015, assim, teve sua tramitação inaugural quando foi apresentado ao Congresso Nacional o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, elaborado em 2009 por uma comissão de juristas renomados, podendo-se citar, entre eles, Fredie Didier Júnior, Luiz Henrique Volpe Camargo, Alexandre Freitas Câmara, Daniel Mitidiero, José Manuel Arruda Alvim, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Cássio Scarpinela Bueno, Dierle Nunes, Kazuo Watanabe, Lenio Luiz Streck, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier, entre outros grandes processualistas (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online).

O Anteprojeto do CPC foi apresentado em 08 de junho de 2010 ao Senado Federal, tendo sido convertido no Projeto de Lei do Senado de nº 166/2010 (PLS 166/2010). De acordo com o ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux – presidente da comissão de juristas que compunha o projeto do CPC – o PLS 166/2010 buscava manter os mesmos fundamentos técnicos das reformas ocorridas na década de 1990 em relação ao CPC/1973, com a finalidade de gerar maior acesso à justiça por meio do processo. O projeto teve, então, seu relatório final apresentado ao Senado Federal em novembro de 2010, tendo sido aprovado

em 1º de dezembro de 2010, com poucas alterações em seu conteúdo. Logo após, foi enviado para tramitação na Câmara dos Deputados, convertendo-se no Projeto de Lei nº 8.046/2010 (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online).

Ali, houve um aprimoramento do texto do projeto, de forma a aproximá-lo o máximo possível dos ideais de constitucionalização e democratização do processo civil. Foi nesse momento em que se passou a discutir a adoção de premissas cooperativas, comparticipativas e policêntricas, com a delimitação de uma legislação processual que desse fim ao protagonismo tanto do juiz, quanto das partes, fomentando a participação de todos os sujeitos processuais, em igual grau de importância. Em março de 2014 o texto então foi aprovado, com sua remessa ao Senado Federal para tramitação final (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online).

Após, foi designada Comissão Especial para analisar o projeto e elaborar um relatório final, o qual foi aprovado em dezembro de 2014 (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online). Na verdade, o projeto de lei do CPC/2015 recebeu, ao mesmo tempo, críticas e elogios, tendo havido dissenso da doutrina com relação à sua aprovação (ZUFELATO, 2012, p. 134). Por isso mesmo é que demoraram cerca de cinco anos para que finalmente fosse aprovado.

Em 16 de março de 2015, foi sancionada pela então Presidenta da República Dilma Rousseff a Lei nº 13.105/2015: o CPC/2015, que passou a vigorar em todo o território nacional a partir do dia 18 de março de 2016 (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online).

Com relação às inovações advindas do projeto que geraram intensos debates pelos juristas e renomados processualistas, pode-se citar a criação de uma parte geral ao CPC, em que se pretendia tratar de temas gerais aplicáveis à jurisdição civil, em todas as suas espécies e procedimentos – o que era inexistente no CPC/1973 (ZUFELATO, 2012, p. 134), com a repetição dos princípios constitucionais logo nessa parte geral. Tal atitude, pelo legislador, demonstrou a preocupação de serem concretizadas as promessas da Carta Magna no sentido de ser o processo efetivo, reafirmando-o como um instrumento para a aplicação da própria Constituição (KOURY, 2013, p. 93).

Nesse sentido, logo em seu artigo 1º, o projeto dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (SENADO FEDERAL, 2010, p. 01). Isso demonstra que o que se almejava era “consagrar, de uma vez por todas, e em todos os seus sentidos, a *constitucionalização do direito processual civil*” (ZUFELATO, 2012, p. 134, grifo do autor).

E essa opção em trazer os princípios e garantias constitucionais como sendo também princípios e garantias processuais indicou o compromisso do legislador com o "modelo constitucional de processo, com as suas linhas mestras, positivando, no ordenamento infraconstitucional, o pensamento externado, doutrinariamente, de que não se pode pensar em processo desvinculado da Constituição" (KOURY, 2013, p. 94).

> O impulso para a edição de um novo código parte da conclusão de que, se o processo civil tradicional não é capaz de garantir de forma adequada os direitos, é preciso pensar em um novo modelo processual. O novo CPC somente pode ser interpretado a partir de suas premissas, de sua unidade, e especialmente de suas normas fundamentais, de modo que não será possível interpretar/aplicar dispositivos ao longo de seu bojo sem levar em consideração seus princípios e sua aplicação dinâmica (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online).

Para Marinoni e Mitidiero, o fato de o projeto do CPC/2015 iniciar indicando quais são os direitos fundamentais existentes no âmbito do processo civil tem um simbolismo importante, uma vez que a enunciação das garantias processuais logo na parte geral do Código traz a ideia de que a própria lei processual – infraconstitucional – é um desdobramento da Constituição, sendo que a sua interpretação deve se dar conforme os princípios fundamentais previstos na Lei Maior (2010, p. 16). Na verdade, para referidos autores, as linhas fundamentais do CPC devem ter como base a própria ideia de Estado Constitucional e o modelo de processo trazido pela Constituição (KOURY, 2013, p. 95).

> O formalismo do processo civil é um *formalismo-valorativo*, que se estrutura a partir de valores encarnados nas normas constitucionais. Daí a razão pela qual principia bem o Projeto do Código de Processo Civil. A legislação infraconstitucional deve ser compreendida como concretização de direitos fundamentais processuais civis. Logo, também deve ser interpretada de maneira conforme aos direitos fundamentais, haja vista a eficácia irradiante a eles inerente, oriunda de sua dimensão objetiva (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 15, grifo dos autores).

O CPC/2015, ao atender às críticas de grande parte da doutrina e trazer uma parte geral em sua introdução, indicando os princípios constitucionais que são considerados importantes para todo o processo civil, elencando também as regras gerais que podem ser aplicadas a todas as outras normas do Código, buscou solucionar questões difíceis ao indicar como deve se dar o funcionamento de todo o sistema processual (SENADO FEDERAL, 2015, p. 35-36).

A positivação de princípios e garantias fundamentais do processo na parte geral do CPC/2015, conforme previu o seu projeto, buscava concretizar a própria ideia de constitucionalização do processo, sendo por esse motivo uma inovação que causou um enorme avanço no tratamento das questões processuais no plano infraconstitucional, repercutindo em todos os seus ramos e não apenas no processo civil (KOURY, 2013, p. 99), uma vez que o CPC se aplica subsidiariamente a outras searas processuais, quando não houver norma disciplinando o que se discute (como questões processuais trabalhistas relacionadas ao consumidor ou a direitos difusos e coletivos, por exemplo). Isso porque, como já visto, a "construção de uma identidade constitucional e a consistência judicial são pressupostos para se assegurar o direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição" (CAMBI, 2020, p. 732).

E reafirmando tudo isso, a própria exposição de motivos do CPC/2015, em seu primeiro parágrafo, salientou que "um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito" (SENADO FEDERAL, 2015, p. 24).

> Como está ressaltado e exposto na Exposição de Motivos, "os trabalhos da Comissão orientam-se precipuamente por cinco objetivos": a) o da *harmonia com a Constituição Federal,* (b) o da fidelidade ao *contexto social* mediante a maior aderência possível às realidades subjacentes ao processo, (c) o da *simplificação* dos procedimentos, eliminando formalidades ou atos desnecessários ou inúteis, (d) o do *maior rendimento possível,* para otimização dos resultados de "cada processo em si mesmo considerado" e (e) o de "imprimir maior grau de *organicidade ao sistema,* dando-lhe, assim, maior coesão" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 144, grifos dos autores).

E essa coerência substancial deve ser encarada como objetivo fundamental e mantida em termos absolutos no que diz respeito à Constituição Federal de 1988, uma vez que "é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais". À vista disso, o que se buscou com a edição do CPC/2015 foi tornar o processo civil mais célere, justo, menos complexo e mais próximo às necessidades sociais. Por meio da simplificação do sistema, o que se almejou foi a existência de uma coesão mais visível, que permitisse ao juiz intensificar sua atenção no mérito da causa (SENADO FEDERAL, 2015, p. 25-26).

> Nas alterações das leis, com exceção daquelas feitas imediatamente após períodos históricos que se pretendem deixar definitivamente para trás, não se deve fazer "taboa rasa" das conquistas alcançadas. Razão alguma há para que não se conserve ou aproveite o que há de bom no sistema que se pretende reformar. Assim procedeu a Comissão de Juristas que reformou o sistema processual: criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado [...] Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo (SENADO FEDERAL, 2015, p. 37).

O que se buscou evitar, com o CPC/2015, foi a compreensão de que o direito processual seja encarado como uma ciência extremamente "formal, abstrata, com fórmulas puras e regras vazias, destituídas de conteúdo e neutras quanto a valores". Com a sua edição, o legislador processual quis desenvolver ainda mais a técnica processual, a fim de promover a tutela do direito material da forma mais adequada possível às evoluções da sociedade (CAMBI, 2020, p. 305).

Todavia, como se sabe, a construção – e concretização – de uma tutela jurisdicional adequada, que possa de modo efetivo realizar os direitos materiais, depende da união de vários elementos que orbitam num processo, tais como a conformação e adequação dos procedimentos, a existência de formas mais apropriadas de tutela jurisdicional, e a discussão quanto à extensão dos poderes das partes litigantes e também dos poderes/deveres do órgão judicial na figura do magistrado (CAMBI, 2020, p. 309).

Nesse sentido, uma das maiores mudanças no sistema processual trazida pelo CPC/2015 – e com a finalidade de conformá-lo aos preceitos constitucionais – diz respeito à edição de normas que visam à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência, dando ao *codex* um nítido caráter precedentalista. E isso foi feito a fim de se garantir o princípio (constitucional) da segurança jurídica, protegendo e preservando as expectativas das partes litigantes, que devem ser poupadas de eventuais surpresas por parte do juiz (SENADO FEDERAL, 2015, p. 28-29). E conforme a exposição de motivos do CPC/2015:

> Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário. Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de

> causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma (SENADO FEDERAL, 2015, p. 29, grifo do autor).

Isso demonstra que o CPC/2015 entendeu como indispensável não apenas a alteração da letra fria da lei (com a revogação do Código anterior e a edição de uma nova lei processual), mas também a mudança de mentalidade por parte dos juízes, que "devem estar intimamente ligados aos valores e princípios consagrados pelo Estado Brasileiro na Carta Constitucional, em busca dos fins sociais do direito, alcançáveis por meio do processo" (ZUFELATO, 2012, p. 148). Na verdade, a discussão sobre o livre convencimento motivado "constitui um dos eixos das notáveis preocupações que permearam a redação do CPC/2015", por envolver questões ligadas à hermenêutica e aos princípios democráticos (WILD, p. 13, 2018).

Como já abordado no primeiro capítulo da presente dissertação, as teorias e sistemas de valoração probatória que apostam na vontade do julgador (sendo esse o principal problema do livre convencimento), a partir da análise do art. 131 do CPC/1973, permitem o cometimento de arbitrariedades e discricionariedades (STRECK, 2017, p. 57), bem como o estímulo a se decidir desconsiderando a prova produzida nos autos, o que resultava em grave desvio da função jurisdicional (MANUS, 2019, online), viabilizando também decisões com constitucionalidade duvidosa, "em detrimento da lógica participativa de construção de provimentos" que era buscada pelo legislador com a edição do novo *codex* que almejava priorizar os princípios do contraditório, da cooperação e da boa-fé processual (VARGAS, 2017, online).

Como se sabe, ao exercer a função jurisdicional de dizer o direito, o Poder Judiciário, por meio de seus julgadores, deve conceder segurança jurídica aos jurisdicionados. Para tanto, é imprescindível que o magistrado decida, de forma obrigatória, conforme as provas produzidas no processo. "Resulta, pois, que a segurança jurídica a que os jurisdicionados têm direito é decorrente da efetiva apreciação da prova produzida nos autos, que fundamentará a decisão judicial e que, portanto, jamais poderá ser negligenciada" (MANUS, 2019, online).

Todavia, de acordo com Marinoni e Mitidiero, o projeto do novo CPC "*não se ocupou (...) dos modelos de apreciação da prova, tema intimamente ligado à formação do convencimento judicial.* Com esta omissão, perdeu a oportunidade de tornar ainda mais permeável ao direito material o processo" (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 40, grifo dos autores).

Mas isso não significa que o tema não tenha feito parte dos debates de elaboração do CPC/2015. Lenio Streck, inclusive, afirma que quando das discussões do novo Código – e do modelo de valoração de provas a ser por ele adotado – travou "uma batalha hermenêutica para retirar o livre convencimento de sua redação, o que aconteceu abrindo-se espaço para os elementos de coerência e integridade (art. 926, CPC)" (STRECK, 2017, p. 57).

Trata-se da chamada "emenda Streck", que defendia no Anteprojeto do CPC/2015 a retirada do livre convencimento do texto codificado. O que Lenio Streck almejava com isso era positivar no novo Código "uma teoria da decisão judicial democrática, institucionalizando as noções de coerência e de integridade como parâmetros a serem observados pela jurisprudência", conforme defende a teoria do jurista norte-americano Ronald Dworkin. Tal teoria busca efetivar a igualdade no plano processual a partir de exigências que ampliam a responsabilidade política dos juízes – que devem respeitar a coerência e integridade do direito – o que reforça a própria ideia de força normativa da Constituição (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online).

Em seus argumentos para defender a extinção do modelo do livre convencimento motivado no CPC/2015, Lenio Streck assim dispôs:

> Travei uma batalha contra o poder discricionário, travestido de livre convencimento, que infestava o Projeto em sua redação original. Dizia eu que de nada adiantará exigir do juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação (vejam-se os artigos 499 e seguintes do Projeto) se ele tiver a liberdade de invocar a "jurisprudência do Supremo", que afirma que o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes. Dá-se com uma mão e tira-se com a outra [...] De há muito venho alertando a comunidade jurídica para esse problema do protagonismo judicial, que deita raízes em uma questão paradigmática e não meramente "técnica" [...] Depois de muita discussão, o relator do Projeto, Dep. Paulo Teixeira, obtendo a concordância de um dos protagonistas do Projeto, Fredie Didier, aceitou minha sugestão de retirada do livre convencimento. Considero isso uma conquista hermenêutica sem precedentes no campo da teoria do direito de *terrae brasilis*. O Projeto, até então, adotava um modelo solipsista *stricto sensu*, corolário do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (2015a, p. 34, grifos do autor).

Nesse ponto, e conforme Delfino e Lopes, é importante trazer a justificativa (elaborada por Streck) para a proposta de supressão do livre convencimento motivado no novo CPC:

> [...] embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos, enfim, a

> interpretação e aplicação do direito, em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado "coparticipação", com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do 'livre convencimento'. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito (DELFINO; LOPES, 2015, online).

Com a "emenda Streck", que como dito buscava retirar do sistema processual civil o livre convencimento, houve ofício de associações de juízes para que a ideia fosse vetada (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online). Na verdade, entre esses pedidos de veto, buscava-se a não recepção do art. 489 do CPC/2015 (que trata da determinação de fundamentação de todas as decisões judiciais), ao argumento de que a regra constante nesse dispositivo iria contribuir para o congestionamento da justiça, impactando "de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos" (SOUSA; DELFINO, 2015, online).

Fato é que, mesmo com os intensos debates sobre o tema, a "emenda Streck" acabou sendo acatada, tendo sido retirada do CPC/2015 a possibilidade de o juiz decidir *livremente* sobre a valoração das provas. E é sobre isso que se passa a expor a seguir.

2.2. A retirada da expressão "livremente" do art. 371 do CPC/2015, o fim do livre convencimento e o advento da valoração discursiva da prova

Como já exposto ao longo da presente dissertação, com o surgimento do movimento neoprocessualista, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, a edição do CPC/2015, o que se busca é "estabelecer condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional" (STRECK, 2017, p. 21).

Para se adequar a esse fortalecimento da democracia, houve a necessidade de a valoração probatória, realizada pelo juiz, sofrer alterações, uma vez que o sistema do livre convencimento, mesmo motivado, permitia a ocorrência de subjetivismos,

discricionariedades, arbitrariedades. À vista disso, o CPC/2015 modificou drasticamente o modelo de valoração probatória, estabelecendo, em seu art. 371, que "*o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento*" (BRASIL, 2015, online, grifo nosso). E isso não se dá mais da forma como antes estabelecido pelo art. 131 do CPC/1973, que dispunha que o magistrado apreciaria *livremente* a prova (BRASIL, 1973, online, grifo nosso).

Como já reiterado algumas vezes ao longo do presente trabalho, e conforme Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery *apud* Manus, o magistrado é soberano na análise das provas constantes no processo, devendo, porém, indicar as razões de seu convencimento (o que já era determinado pelo próprio art. 131 do CPC/1973). No antigo *codex*, como essa atividade ocorria de forma livre, o juiz poderia valorar a prova pautando-se em critérios extra-autos: o seu único dever, porém, era a necessidade de fundamentar a decisão. O CPC/2015, em seu art. 371, retirou essa liberdade do magistrado, que ainda deve motivar as razões de seu convencimento, mas agora *sempre vinculado à prova dos autos* (2019, online).

Com a subtração dessa liberdade judicial, o que o legislador processual civil almejou foi que o convencimento judicial obrigatoriamente passasse a se fundar na análise das provas produzidas nos autos, e no próprio dever constitucional de motivação das decisões (presente no art. 93, IX, da CF/1988), sob pena de, não o fazendo, a decisão ser considerada nula e, consequentemente, inválida (MANUS, 2019, online). Ou seja, no CPC/1973, a despeito de precisar fundamentar a sua decisão, o juiz poderia valorar a prova de modo livre. Com o CPC/2015, além de ter que observar o dever de fundamentação, a apreciação judicial passou a ser uma atividade limitada pelas próprias provas existentes nos autos.

E essa mudança foi necessária porque com o desenvolvimento da sociedade e a expansão da noção de justiça, decisões que não guardem lógica com os fatos – e com o quanto existente nos autos – devem ser desprezadas. Isso demonstra a importância que o direito probatório passou a assumir, pois é através da prova que não apenas é formado o convencimento judicial, mas que se impede também o cometimento de arbitrariedades pelo juiz, ao se determinar como deve ocorrer a sua apreciação (CROELHAS, 2013, p. 13), que com o CPC/2015 deve se pautar cada vez mais em critérios lógicos e racionais.

Com o art. 371 do CPC/2015, adotou-se, pois, "o princípio da aquisição processual", o qual determina que uma vez produzida a prova, deve ela ser integrada ao processo. Essa absorção ou incorporação da prova nos autos faz com que seja irrelevante verificar qual das

partes litigantes foi a responsável pela produção do elemento de prova (salvo quando estiver sendo discutida a própria distribuição do ônus da prova). De acordo com esse princípio, estando as provas nos autos, deve o julgador obrigatoriamente se ater a elas para proferir a sua decisão (MANUS, 2019, online).

Neste ponto, e de acordo com Streck, a escolha e a decisão precisam ser diferenciadas. De fato, a decisão judicial não pode ser encarada como uma atividade em que o magistrado, diante das muitas possibilidades na solução de um caso que lhe é levado à análise, escolhe aquela que entenda ser mais adequada (2017, p. 116).

> [...] decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença [...] destes dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância [...] a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá [...] *arbitrariedade*. Portanto, quando um jurista diz que "o juiz possui poder discricionário" para resolver os "casos difíceis", o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier. Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que *a comunidade política constrói como direito* (STRECK, 2017, p. 116-117, grifos do autor).

E nessa mesma linha de raciocínio, o estudioso continua:

> Esse *todo que se antecipa*, esse todo que se manifesta na decisão, é [...] pré-compreensão (que não pode ser confundida, como muitas vezes acontece na doutrina brasileira, *com a mera subjetividade ou pré-conceitos do intérprete*). E esse ponto é absolutamente fundamental! Isso porque é o modo como se compreende esse sentido do direito projetado pela comunidade política (que é uma comunidade – virtuosa – de princípios) *que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada de maneira que, somente a partir desse pressuposto, é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas* (STRECK, 2017, p. 117, grifos do autor).

Isso significa que toda decisão deve estar baseada em um compromisso de o julgador colocar aquele caso que está sob sua análise dentro da cadeia de integridade do direito. A decisão não pode ser um processo de escolha do juiz sobre as muitas possibilidades de julgamento da demanda. Deve, na verdade, ser um processo de estruturação da interpretação, que deve ser a mais correta e adequada possível, conforme o sentido do direito da comunidade política em que está inserido (STRECK, 2017, p. 117-118).

A retirada da expressão *livremente* pelo legislador, porém, gera debates no que diz respeito ao modelo de valoração das provas adotado a partir de então pelo legislador. Alguns estudiosos dizem que com isso houve a extinção do livre convencimento motivado. Outros autores, em contrapartida, dizem que tal sistema continua a existir, mesmo com a mudança do texto legal. É o caso, por exemplo, de Rafael Stefanini Auilo.

Para o estudioso, a exclusão da palavra *livremente* no art. 371 do CPC/2015 não significa que o modelo do livre convencimento motivado tenha sido extinto, sendo substituído por outro sistema de valoração (íntima convicção ou prova tarifada), mas apenas que houve a necessidade de reforçar que a apreciação da prova deve ser feita da forma mais racional possível, sem valores predeterminados pela lei ou pela convicção pessoal do julgador (AUILO, 2021, p. 38).

> [...] o atual Código de Processo Civil retirou a palavra "livremente" quando trata do sistema de valoração da prova que deve ser adotado pelo juiz (artigo 371). Isso não significa dizer que simplesmente o livre-convencimento motivado tenha sido extinto, dando-se lugar a algum dos outros dois sistemas de valoração. Em verdade, a exclusão da palavra "livremente" busca apenas reforçar a ideia de que a análise das provas deve sim ser feita sem valores pré-concebidos (seja pela lei, seja pela própria convicção íntima do julgador), mas respeitando sempre também critérios racionais (AUILO, 2021, p. 183).

Para Auilo, pois, mesmo com a entrada em vigor do CPC/2015, o livre convencimento continua a existir, devendo agora, porém, ser limitado pelo agir do juiz, que deve se dar dentro da lei e da própria atividade que realiza. Para o estudioso, pois, a liberdade na formação do convencimento judicial permanece, por ser necessária para a apreciação dos fundamentos fáticos e jurídicos da demanda, mas é limitada por deveres, de modo que a valoração da prova deve se dar de forma racional, à luz dos autos e fundamentadamente. E é necessário esse controle para que os fins da jurisdição possam ser alcançados (2021, p. 184-185).

No mesmo sentido, para Fernando da Fonseca Gajardoni, a ausência no CPC/2015 de dispositivo exatamente correspondente ao quanto estabelecido pelo antigo art. 131 do CPC/1973, não acarreta a afirmação de que tenha deixado de vigorar no Brasil o sistema do livre convencimento motivado (VARGAS, 2017, online).

> O fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir. E não deixou por uma razão absolutamente simples: o princípio do livre convencimento motivado jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite. Foi concebido, sim, como antídoto eficaz e necessário para combater os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro, suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, desde os tempos coloniais [...] A afirmação de que não há mais no Brasil o sistema do livre convencimento parte de um manifesto erro de premissa. A boa previsão legal de standards mínimos de motivação no Novo CPC (art. 489, § 1º, do CPC/2015) não afeta a liberdade que o juiz tem para valorar a prova. Autonomia na valoração da prova e necessidade de adequada motivação são elementos distintos e presentes tanto no CPC/1973 quanto no CPC/2015 (GAJARDONI, 2015, online).

E o professor continua:

> [...] os artigos 371 e 372 comprovam a afirmação de que subsiste a liberdade de valoração da prova no CPC/2015, ao indicar que o juiz apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado (isso não é livremente?), devendo, contudo, indicar as razões da formação do seu convencimento. O fato de haver no Novo CPC regra expressa estabelecendo o dever de respeito aos precedentes (art. 927 do CPC/2015) também não impacta no livre convencimento. Além de a disposição não trazer nada de muito novo – visto que o Judiciário é um poder verticalizado, em que as instâncias inferiores devem, como regra, aplicar a lei tal como interpretada pelas cortes superiores [...] a novel regra é de interpretação da lei, não de valoração da prova (que continua sendo livre). Evidentemente, a livre valoração da prova pelo juiz só é possível e recomendável através do exercício do contraditório cooperativo, em que as partes, através do cumprimento do adequado ônus argumentativo, influenciem na formação da convicção do órgão julgador (GAJARDONI, 2015, online).

Para o estudioso, o contraditório cooperativo, que já era existente no *codex* de 1973, não influencia na liberdade de o magistrado valorar a prova, havendo, na sua atividade de interpretar, liberdade de convicção. O professor ainda salienta que o art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC/2015 comprova seus argumentos, pois em uma análise deste dispositivo a *contrario sensu*, pode-se observar que o juiz pode deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pelo litigante, desde que demonstre fundamentadamente a existência de distinção no caso em julgamento (é o instituto do *distinguishing*) ou a superação do entendimento (instituto do *overrulling*). Para o estudioso, pois, o art. 371 do CPC/2015 apenas disciplinou de forma mais clara como deve se dar a atividade do julgador, persistindo porém, a sua autonomia para decidir, uma vez que "na Justiça dos homens o fator humano é insuprimível. Por isso, enquanto os julgamentos forem humanos, a livre convicção do

julgador, dentro de algumas importantes balizas, sempre estará presente" (GAJARDONI, 2015, online).

De acordo com Oliveira, há três aspectos que devem ser analisados no que corresponde ao conteúdo da definição do sistema de valoração das provas a partir do CPC/2015:

> O advérbio *livremente* definia a formação do convencimento do juiz no código de 1939, ao passo que no de 1973 passou a qualificar a apreciação da prova. Hoje não há mais menção ao vocábulo. Sobre o cerne do convencimento, o código de 1939 impunha o dever de o juiz indicar como objeto da motivação de seu convencimento, *os fatos e circunstâncias*. No código de 1973, essa indicação ficou circunscrita aos *motivos* de formação do convencimento. Atualmente, as palavras motivação (como objeto) e motivos (como causa) foram substituídas pelo vocábulo razão. O dever de indicação agora incide sobre as *razões* da formação do convencimento. O terceiro aspecto diz respeito aos limites da atividade, de formação do convencimento do juiz, no código de 1939, e de apreciação da prova, no código de 1973. Ambas as atividades estavam delimitadas pelos fatos e circunstâncias constantes dos autos. Agora, a delimitação está centrada na prova que faz parte dos autos. Com a particularidade da independência de quem a tenha produzido (2016, p. 84, grifos do autor).

Para Oliveira, mesmo que se sustente com a retirada do vocábulo "livremente" o fim do modelo do livre convencimento motivado, tal alteração não ocasionou qualquer outra mudança que atingisse o âmago do sistema de valoração das provas, uma vez que o CPC/2015 não definiu quais são os critérios de apreciação da prova (2016, p. 90-91).

> O problema está situado na forma de o juiz apresentar suas justificativas ao apreciar a prova e se convencer: o que é inadmissível hoje, e já era antes mesmo do novo CPC (2015), é o juiz afirmar seu convencimento com base em sua consciência, sem apontar, com precisão, os aspectos da prova e os raciocínios probatórios que utilizou para se convencer da ocorrência ou não dos fatos. Neste ângulo de análise, faz sentido a retirada do advérbio *livremente* do ato de apreciar a prova [...] Se por um lado o magistrado continua livre de provas com valorações prévias, por outro lado, não está livre de manter permanente diálogo com as partes sobre as provas, para a construção de justificativas e demonstrações dos raciocínios probatórios utilizados para fundamentar suas decisões. A clareza das razões de formação do convencimento é que permitem aferir a coerência e a integridade da atividade jurisdicional (OLIVEIRA, 2016, p. 92, grifo do autor).

De acordo com o estudioso, apesar de ter havido a supressão do vocábulo "livremente" no art. 371 e um deslocamento de capítulo do sistema da persuasão racional (que nos códigos de 1939 e 1973 se situava no capítulo dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz, passando, a partir do CPC/2015, a estar nas disposições gerais do capítulo das provas, do

procedimento comum), não se pode dizer que o juiz perdeu o poder de apreciar as provas com liberdade. O juiz continua apreciando e dando o valor que julga merecer a prova, conforme as presunções legais e regras de experiência, levando-se em conta, ao mesmo tempo, uma certa racionalidade (OLIVEIRA, 2016, p. 91).

Outros autores, porém, defendem o fim do livre convencimento pelo art. 371 do CPC/2015, salientando que a sua redação foi certeira, uma vez que a democracia não se coaduna com a existência de decisões calcadas em critérios pessoais. Na verdade, a decisão judicial é um ato de responsabilidade política do juiz que, para ser democrática e legítima, precisa ser construída de forma intersubjetiva no processo, atendendo-se a princípios constitucionais fundamentais, como o contraditório (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online).

Lúcio Delfino é um desses autores que assume posicionamento diverso de Gajardoni, ao dispor, junto de Ziel Ferreira Lopes, que a redação do art. 371 do CPC/2015 é notória, sendo, na realidade, "um dos pontos altos do novo CPC: representa passo fundamental para a superação de resquícios do velho positivismo fático (realismo jurídico) que ainda tem lugar de relevo na mente de muitos profissionais que militam no foro" (DELFINO; LOPES, 2015, online).

> Acertou o legislador ao proscrever do sistema processual esse rastro autoritário ainda sustentado pelo CPC-1973 e que mantém escancarada, em pleno século XXI, uma janela para emanações concretas da ideologia socialista no palco processual (Menger, Klein, Bülow), confiando aos julgadores liberdade para decidirem conforme pensam e segundo a prova que melhor se amolde ao seu pensamento, desde que depois se justifiquem, como se o dever de fundamentação (por mais oneroso que se apresente) impermeabilizasse sozinho o livre atribuir de sentidos (DELFINO; LOPES, 2015, online).

De acordo com Streck, "expungir a livre apreciação e/ou o livre convencimento é sepultar o que restou do socialismo processual do final do século XIX – início do século XX". No ordenamento jurídico brasileiro, em que se prega a democracia, com a existência de uma constituinte compromissária, não se pode pensar no magistrado como um sujeito "acima das partes" ou como "guardião-da-parte-que-falhou". Igualmente, decisões que disponham que o juiz pode dar à prova o valor que entender adequado (pode-se citar como exemplo a hipótese de uma testemunha ser considerada prova superior a uma escritura pública) devem ser censuradas pela doutrina. É claro que pode acontecer de um depoimento testemunhal valer mais que uma escritura (até porque esta prova documental possui

presunção de veracidade relativa), mas isso deve ser verificado por meio de uma motivação que não se baseie no livre convencimento judicial. Dito isso, pode-se afirmar que está errado dizer que com o CPC/2015 o juiz possa dar às provas o valor que entender adequado (STRECK, 2017, p. 34-35).

Neste ponto, Streck tem razão ao dispor que decisão não é escolha, e que o direito não é filosofia nem moral. O sentimento de justeza cada indivíduo tem em seu íntimo, o que não significa que o julgador tenha que dar essa mesma resposta no exercício da atividade jurisdicional. Deve-se tomar cuidado para que a democracia não seja substituída pela juristocracia (substituição do legislador pelo magistrado). Em um Estado Democrático de Direito, entre a opinião do juiz e a lei, deve prevalecer a lei (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online).

> A verdade é que o "princípio" do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC, que [...] alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é encarado como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais. O que se quer do juiz não é que se torne *simples estátua na proa do navio* (ou um *robô*), em recuo ao liberalismo processual, mas sim que assuma definitivamente sua *responsabilidade política*. Suas pré-compreensões, seu pensar individual ou sua consciência não interessam aos jurisdicionados. Pertencem a ele e interessam a si próprio e àqueles com quem convive ou que com ele pretendam coexistir. A jurisdição tem por escopo resolver conflitos conforme o direito, a surgir da interpretação das leis, dos princípios constitucionais, dos regulamentos e dos precedentes com DNA constitucional (DELFINO; LOPES, 2015, online, grifos dos autores).

Com efeito, se o convencimento judicial na apreciação das provas, para fins de controle público, não pode mais se dar de forma livre com o advento do CPC/2015 e seu art. 371, a expressão "livre convencimento motivado" é extremamente contraditória: se o convencimento deve ser fundamentado, ele já não é livre (VARGAS, 2017, online). O correto, pois, com a edição do novo diploma processual civil, é se falar em sistema da persuasão racional na valoração probatória, e não em *livre* convencimento motivado.

De fato, "livre convencimento tem um nome: solipsismo; filosofia da consciência; subjetivismo" (STRECK, 2017, p. 37), não se coadunando tal expressão aos ideais democráticos. Isso porque "o Direito é a intersubjetividade institucional por excelência: uma prática interpretativa, intermediada pela linguagem pública. Nada é mais antitético ao Direito que o livre convencimento". Portanto, continuar a falar em *livre* convencimento demonstra a

resistência de setores do direito brasileiro – aqui incluída parte expressiva da doutrina processual – em deixar de lado as velhas teses protagonistas e instrumentalistas que permearam o século XX (STRECK, 2019, online, grifo nosso).

Há alguns autores, porém, que mesmo concordando que o sistema da valoração das provas deva, com o CPC/2015, ser pautado cada vez mais em critérios racionais, continuam a se utilizar da expressão "livre convencimento motivado" para tratar do modelo de valoração probatória. É o caso de Rafael Stefanini Auilo, como já dito.

E o estudioso continua a fazer uso dessa expressão ao argumento de que uma das características mais marcantes da subjetividade presente no sistema do livre convencimento motivado é a que diz respeito à liberdade do juiz de escolher os elementos de prova que irão nortear a sua convicção diante do material probatório produzido nos autos, uma vez que não se determina de maneira prévia uma vinculação a um determinado elemento de prova, não havendo hierarquia entre as provas – isto, é claro, quando não houver disposição em lei específica determinando o contrário (são os casos em que o CPC desde logo tarifa o valor da prova). Os próprios tribunais seguem nesse sentido, uma vez que é consolidado o entendimento de que o juiz não fica restringido/adstrito a eventual laudo pericial, podendo formar a sua convicção em qualquer outra prova constante dos autos (AUILO, 2021, p. 49-51).

> O próprio artigo 371 do Código de Processo Civil [...] expõe a ideia de um regime pelo qual o órgão julgador não tem sua convicção aprioristicamente presa a nenhuma valoração imposta pela lei. Ao contrário, entende-se que ele é livre para formar sua convicção a partir de qualquer das provas dos autos, exigindo-se em contrapartida expressamente o dever de fundamentação [...] No entanto, embora o referido artigo 371 do Código de Processo Civil deixe clara a opção do legislador em permitir que o magistrado possa analisar e escolher livremente os elementos de prova que comporão seu convencimento, a análise de todo o sistema processual acaba por trazer exceções à referida regra [...] Oportuna a conclusão parcial de que não há, *a priori*, qualquer delimitação legal sobre a escolha do elemento de prova pelo magistrado na formação de seu convencimento, embora existam ainda alguns resquícios do sistema da prova legal, implicando a adoção de valores predeterminados em lei em hipóteses excepcionais (AUILO, 2021, p. 53-55, grifo do autor).

Ou seja, para o estudioso, quando se fala em liberdade da prova, isso diz respeito à sua admissão livre e aberta, desde que seja relevante para o deslinde da causa, e desde que pautada em critérios de utilidade, o que decorre do próprio caráter publicístico do processo (AUILO, 2021, p. 47-48). Não há qualquer hierarquia entre as provas, sejam elas típicas ou

atípicas: sendo lícitas (ou seja, produzidas conforme os ditames do devido processo legal e as demais garantias constitucionais) podem servir de embasamento para o convencimento do juiz. Disso, verifica-se que a "liberdade do magistrado somente é limitada em razão dos critérios objetivos adotados pela lei" (AUILO, 2021, p. 57, grifo do autor).

A Primeira Turma do STF, nesse sentido, nos EDcl no RE nº 656.820/DF, que teve como relator o ministro Luiz Fux, julgado em 06/12/2011, DJE 01/02/2012, como indicou Auilo em sua obra, entendeu que:

> A preferência do julgador por esta ou por aquela prova inserida no âmbito de seu livre convencimento motivado, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, se pela análise das provas em comunhão estiver convencido da verdade dos fatos (AUILO, 2021, p. 49).

Com todo o respeito ao nobre estudioso, esta dissertação, apesar de concordar com as considerações no que concerne à livre admissão de provas (lícitas) no processo civil – o que sequer é objeto de debate pela doutrina e jurisprudência – entende que a liberdade na produção de provas, por si só, não é tida como justificativa suficiente para se falar na continuidade do sistema do *livre* convencimento motivado, posto que ele não se coaduna com o quanto pregado pelo Estado Democrático do Direito. Como já dito, a melhor expressão, após a edição do CPC/2015, é no sentido de o legislador ter adotado o modelo da persuasão *racional* do juiz na valoração probatória.

> [...] o Estado Democrático de Direito, a decisão pública não pode depender *em nada* da vontade pessoal do juiz. Juiz decide; não escolhe, por mais que a isto se acople um raciocínio adjudicador — justificação ornamental, não estruturante à decisão. "Autonomia na valoração da prova" e "necessidade de adequada motivação" *não* são "elementos distintos", como afirma Gajardoni. A prevalecer o "decido-primeiro-e-fundamento-depois", a tal "*disciplina mais clara do método de trabalho do juiz"* aparece como despistadora do subjetivismo, até para o próprio intérprete. Ao invés de fundamentar a partir da própria consciência (ou das essências), se trata de compreender, "re-conhecer" na *tradição* as determinantes da decisão. Por isso os princípios fecham a interpretação, talham o acontecer da norma no caso concreto. Sentidos são historicamente indisponíveis [...] Daí por que a emenda streckiana-dworkiniana do art. 926 do novo CPC traz uma grande inovação ao velar pela *coerência* e *integridade* da jurisprudência, dotando-a de *consciência histórica* (DELFINO; LOPES, 2015, online, grifos dos autores).

A supressão, pois, pelo art. 371 do CPC/2015 da possibilidade de o juiz apreciar livremente a prova, com a adoção da valoração discursiva e a necessidade de ser cada vez mais fundamentado o convencimento judicial, está diretamente relacionada ao comportamento que o Estado Democrático de Direito almeja dar fim: a ocorrência de discricionariedades, arbitrariedades, subjetivismos; que os julgadores – que não possuem legitimidade democrática – não ajam conforme suas convicções pessoais, devendo suas funções e poderes ser limitados pelas leis e pela observância de critérios racionais, com controle na atividade interpretativa, para que por meio da valoração probatória não sejam distorcidos os conteúdos legais e constitucionais (STRECK, 2017, p. 37-38). Ou seja, não há como se falar em uma valoração probatória pautada no Estado Democrático de Direito se essa mesma valoração for livre, sem que haja controle.

Mas esse comportamento ainda está longe de ser uma prática recorrente pelos tribunais, havendo uma grande dificuldade do Poder Judiciário em se livrar da filosofia da consciência. E é sobre a necessidade de superação dessas atitudes solipsistas que se passa a expor a seguir.

2.3. A superação da ideia de "decido conforme a minha consciência", da discricionariedade e do protagonismo judicial como uma fatalidade positivista

Como dito, mesmo com a supressão da possibilidade de o juiz valorar a prova de maneira livre, a partir do art. 371 do CPC/2015, devendo seu convencimento judicial ser pautado numa máxima fundamentação e objetividade (o que está de acordo com o quanto pregado pelo Estado Democrático de Direito, pela Constituição Federal, e pelo próprio neoprocessualismo), ainda há uma grande dificuldade por parte dos magistrados de se desvencilharem da discricionariedade.

Conforme Lenio Streck, "*o direito não é* (e não pode ser) *aquilo que o intérprete quer que ele seja*". Isso não significa que a doutrina não deva doutrinar: na verdade, esse é o seu papel. O comportamento que se reprova é o de o julgador estar compromissado apenas com a sua consciência, não se subordinando a nada, a não ser à sua própria razão – o que é verificável em parcela considerável dos magistrados brasileiros e em seus pronunciamentos. Na verdade, a própria lei infraconstitucional, em algumas hipóteses, permite que esse comportamento seja praticado: é o caso do art. 208, do CPP (2017, p. 24-26, grifo do autor).

> Com efeito, "o deferimento de compromisso à testemunha contraditada e que não poderia prestá-lo, a teor da letra do art. 208, última parte, do Código de Processo Penal, não vicia a ação penal, mas exterioriza-se como mera irregularidade, pois, não encerrada a instrução e dentro do princípio do livre convencimento motivado, o juiz, não adstrito a critérios de valoração apriorístico, *atribuirá ao depoimento o peso que sua consciência indicar*, mediante fundamentação...". Ou seja, em *ultima ratio*, em plena vigência da Constituição de 1988, o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador. Consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo tema [...] A pergunta que se põe é: onde ficam a tradição, a coerência e a integridade do direito? (STRECK, 2017, p. 26-27, grifos do autor).

No processo penal, pois, o paradigma representacional se manifesta através do sistema inquisitório. Já no processo civil, isso ocorre por meio do protagonismo/ativismo judicial, que encobre a filosofia da consciência. E não apenas a interpretação da lei depende da vontade do julgador, como a própria produção da prova (STRECK, 2017, p. 27-28).

E isso, de acordo com Streck, talvez possa ser justificado pelo próprio conteúdo do CPC/2015, que ao mesmo tempo em que retira o livre convencimento, institucionalizando em seus dispositivos a necessidade de respeito à coerência e à integridade nas decisões judiciais – o que demonstra a busca pelo fim do protagonismo judicial – convive com institutos que fazem com que a discricionariedade permaneça no sistema processual civil, como a positivação da ponderação no art. 489, § 2º; a manutenção da ideia de lacunas e obscuridades e a possibilidade de julgamento através da equidade no art. 140 (2017, p. 105).

> Esse tipo de mixagem, como a existente no CPC/2015, é fruto do reconhecimento de que a compreensão sobre o papel do juiz é assunto complexo. Historicamente, os juízes eram acusados de ser a boca da lei. Essa crítica decorria da cisão entre questão de fato e questão de direito, isto é, a separação entre fatalidade e validade (problemática que atravessa os séculos). As diversas teorias críticas sempre aponta(ra)m para a necessidade de rompimento com esse imaginário exegético. Ocorre que, ao mesmo tempo, a crítica do direito, em sua grande maioria, sempre admitiu – e cada vez admite mais – um alto grau de discricionariedade nos casos difíceis, nas incertezas designativas, enfim, na zona de "penumbra" das leis (STRECK, 2017, p. 105).

Mas antes de se adentrar especificamente na possibilidade do cometimento de discricionariedades mesmo com o advento do CPC/2015, é preciso que se faça uma análise sobre o que é protagonismo judicial, judicialização, ativismo, que são expressões corriqueiramente utilizadas como sinônimas do subjetivismo judicial, mas que possuem

algumas diferenças conceituais que contribuem na análise de questões ligadas ao arbítrio judicial.

Fazendo-se uma retomada histórica sobre o tema, sabe-se que no absolutismo monárquico de Montesquieu o juiz apenas pronunciava e aplicava a lei, sem que houvesse qualquer comprometimento com a justiça social. O monarca, na idade média, era a figura cujas decisões deveriam ser obedecidas sem qualquer limitação, posto que sua legitimidade era divina. O Judiciário, neste momento, exercia uma atividade neutra, subordinando-se às leis impostas pelo soberano. A modificação do papel dos magistrados se deu apenas na era moderna, no século XVIII, com o surgimento das teorias iluministas e da profissionalização. No entanto, foi apenas com a jurisdição constitucional que o Judiciário passou a assumir um papel protagonista, sendo-lhe concedida maior liberdade de interpretação dos casos levados à sua análise, a fim de fazer surgir um direito vivo, pautado no contexto social em que inserido (DEGRAF; GADONSKI, 2021, p. 75).

Na contemporaneidade, como já dito inúmeras vezes ao longo desta dissertação, o juiz passou a assumir um papel relevante, exercendo uma verdadeira função social ao interpretar a norma jurídica e adequá-la ao caso concreto conforme suas peculiaridades; e isso se deu com a finalidade de serem alcançadas a paz e a justiça social, tudo sob o viés da igualdade. Conforme Dorneles *apud* Degraf e Gadonski, essa função social, no âmbito do direito, consiste no estabelecimento de diretrizes para que sejam restringidos institutos individualistas, de forma a se permitir a efetivação da igualdade material entre as pessoas, ao mesmo tempo em que seja garantida a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, com a promoção do desenvolvimento nacional em prol de toda a comunidade (2021, p. 74).

No entanto, essa passagem do “juiz boca da lei” para o juiz “boca do direito” implica numa tensão (FACHIN; SAMPAR, 2020, p. 85-86). Com efeito, o Estado Democrático de Direito surgiu da combinação do Estado de Direito com a democracia, com a Constituição limitando o exercício político e criando direitos e deveres que devem ser respeitados. Isso demonstra que há uma tensão entre a própria Constituição (norma superior de um povo, que estabelece direitos fundamentais) e a democracia (vontade da maioria). A jurisdição constitucional atua como fator contramajoritário a essa tensão, o que demonstra a sua importância. Neste ponto, as Cortes Constitucionais – que possuem um papel central na política atualmente – ganham destaque principalmente em países de democracia fragilizada, ao serem responsáveis pela preservação da normalidade das instituições, impondo limites às

atuações constitucionais, a fim de estabilizar as movimentações próprias do regime democrático (BAHIA; SILVA NETO, 2021, p. 97-98).

E esse poder conferido pela jurisdição constitucional de os juízes anularem atos (normativos ou mesmo administrativos) dos outros poderes (Legislativo e Judiciário) é exercido ao argumento de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, na busca de serem concretizados os preceitos constitucionais. Todavia, trata-se de um poder perigoso, que possibilita a ocorrência de ativismo judicial, o que transforma a democracia em juristocracia: os juízes não são mais apenas juízes, tornando-se também legisladores (BAHIA; SILVA NETO, 2021, p. 93-94).

Conforme Barroso *apud* Albuquerque, Barros e Luna, o ativismo judicial está ligado a uma grande participação do Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais, com a sua intervenção nas atividades de desempenho originário dos Poderes Executivo e Legislativo (p. 255, 2021). Ou seja, o ativismo corresponde a uma intensa participação do Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais, interferindo num espaço que naturalmente pertence aos outros dois poderes (BARROSO, 2018, p. 2182), havendo uma supervalorização da figura e vontade do juiz, que não se submete a elementos jurídicos para proferir a sua decisão, embora aparentemente demonstre isso (TASSINARI, 2012, p. 129).

Isso indica que o ativismo judicial tem raízes solipsistas, o que é algo extremamente problemático, uma vez que a democracia e o desenvolvimento da sociedade – e do próprio direito – passam a depender das posições individuais dos julgadores. De acordo com Streck, só se pode falar em ativismo judicial numa efetiva jurisdição constitucional – no Brasil, essa jurisdição constitucional é recente, uma vez que antes de 1988 não existia o controle de constitucionalidade (2017, p. 23).

Neste ponto, no entanto, é preciso fazer uma diferenciação: o ativismo judicial não é necessariamente sinônimo de judicialização (PAULO; CORRÊA, 2021, p. 235). No ativismo, há a substituição dos juízos políticos e morais pelo magistrado, o que acaba enfraquecendo o direito. A judicialização, por sua vez, é contingencial, sendo impossível a sua não ocorrência em razão das características da Constituição brasileira, do próprio ordenamento e da complexidade social (2017, p. 126). Na verdade, a judicialização corresponde à discussão final, pelo Judiciário, de questões políticas, sociais e morais tidas como relevantes, as quais, tradicionalmente, deveriam ser discutidas pelos Poderes Legislativo e Executivo (BARROSO, 2017, p. 06).

> [...] a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa) [...] a judicialização apresenta-se como uma *questão social.* A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvam um comprometimento de todos os poderes constituídos (TASSINARI, 2012, p. 21-22, grifo da autora).

Como se sabe, como os juízes não são eleitos, sendo admitidos em seus cargos por meio de concursos públicos, não possuem qualquer representatividade política (legitimidade democrática) para fazer valer suas ideologias pessoais nos casos concretos que analisam, restando-lhes apenas as legitimidades legal e burocrática (ROSA JÚNIOR, 2013, online). Essa falta de representatividade política dos julgadores, porém, não impediu a ocorrência do protagonismo judicial.

Conforme Barroso *apud* Paulo e Corrêa, podem ser indicadas causas para o aumento do protagonismo judicial nas democracias contemporâneas, tais como o reconhecimento da importância do Poder Judiciário, que deve ser forte e independente; o descrédito na política por conta da crise de representatividade e de funcionalidade do parlamento; a preferência, pelos atores políticos, de que o Judiciário seja palco para a discussão de questões morais polêmicas (2021, p. 235). Além disso, a transição tardia de um Estado para a democracia, com a expansão dos direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 144-146), o fato de o Brasil não ter passado pelo Estado de Direito e a cultura do litígio ainda existente na sociedade, contribuíram para a expansão do protagonismo judicial (PAULO; CORRÊA, 2021, p. 236). Pode-se citar, ainda, como fator contribuinte ao fortalecimento do protagonismo judicial, o fato de o direito ser uma ciência aberta.

Com efeito, como as normas jurídicas não conseguem abarcar todas as situações cotidianas, havendo regras imprecisas e vagas (HART, 2001, p. 138), uma corrente doutrinária denominada positivista, e liderada principalmente por Herbert Hart (juiz britânico estudioso da moral e da filosofia política), confiou na discricionariedade dos juízes para a solução dos casos não previstos em lei, permitindo a ocorrência do subjetivismo judicial para que fossem efetivadas as promessas constitucionais, o que abalou, em contrapartida, a própria democracia (MOTTA, 2012, p. 32-33).

De acordo com Hart, no direito existem casos fáceis, que são aqueles que estão dentro dos limites pensados pelo texto legal, e os casos difíceis (denominados pelo estudioso como *hard cases)*, que são aqueles que não possuem norma a ser subsumida para a solução da controvérsia. Os casos difíceis ocorrem justamente por conta da abertura do direito, quando não há um núcleo de certeza, pairando a penumbra ou ambiguidade na aplicação da norma. Como as decisões judiciais são tomadas por agentes políticos, elas não podem deixar de ser prolatadas mesmo em casos difíceis, lacunas ou anomias (é o princípio da vedação ao *non liquet*). A solução, nessas hipóteses, é dada com base na discricionariedade dos juízes. E isso pode ser explicado com o seguinte exemplo: imagine-se uma placa que disponha "proibidos veículos no parque". Essa determinação, de forma incontestável, abrange carros e motos. Mas a sua linguagem deixa uma zona de penumbra: skates e patinetes, drones, ou a pretensa necessidade de uma pessoa ser atendida por uma ambulância no parque estão dentro dessa proibição? Ou esses meios de transporte podem transitar dentro do parque? Para Hart, a resposta vai depender da consciência do que cada juiz considera como sendo veículo (HART, 2001, p. 136-142).

> A textura aberta das regras advém [...] dos termos gerais aplicados para prescrever as condutas. Porém mesmo diante de regras gerais orais, em casos particulares concretos, podem surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por estas. Os limites de aplicação da regra estão na linguagem. O que obriga o intérprete a fazer uma escolha entre qual significado aplicar. E, nesse sentido Hart prega um poder discricionário aberto pelos limites apresentados pela linguagem. Reconhece explicitamente Hart a função criadora dos tribunais, posto que elaborem o direito na mesma medida em que os funcionários da administração o fazem com sua competência de editar atos administrativos para dar concreção a certa lei (LEITE, 2012, online).

Ou seja, o positivismo de Hart possibilita que aos juízes seja conferida uma ampla autoridade, podendo, de forma legítima (para o estudioso) decidir da forma como lhes aprouver quando não for clara a aplicação da norma ou quando houver indeterminação linguístico-textual (MOTTA, 2012, p. 73). E nesses casos difíceis o julgador não apenas aplica a norma (que não é clara), mas é responsável também pela sua criação, por haver mais de uma resposta que possa solucionar a questão em concreto. É aí que se abre espaço para a discricionariedade, a qual, contudo, segundo Maccormick, estará fundada na teoria jurídica e na jurisprudência, de forma que haja também uma racionalidade no ato decisório (2010, p. 169-171).

Para Maccormick, pois, e concordando com Hart, pode haver mais de uma solução para um mesmo caso. E isso ocorre porque cada pessoa pondera valores de modo distinto, não havendo como demonstrar se a abordagem realizada por uma é superior àquela feita por outra. É por isso que se faz necessária a figura do julgador, que deve ser um sujeito sábio e experiente, devendo também haver o controle de suas decisões (2008, p. 221-222).

De fato, encarar a decisão como um ato de poder não deve ser uma aposta do direito, uma vez que o direito existe justamente para se opor e controlar o poder. Na verdade, se o direito for instrumento de poder, ele não é direito, mas arbítrio. E o arbítrio é o contrário de direito (STRECK, 2014. p. 182).

De acordo com Taruffo *apud* Auilo, o juiz atua de modo discricionário ao determinar se uma prova foi ou não suficiente para a demonstração de um fato. Logo, essa atividade não se funda em critérios objetivos (com exceção das hipóteses em que se permite o sistema da prova legal), mas sim na cultura da pessoa média, conforme o momento histórico e a sociedade em que está inserida (2021, p. 62).

Para Cappelletti, como os juízes são criadores do direito, podem, em suas atividades, fazer uso da discricionariedade:

> Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda a atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo [...] dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de conciliações superada (CAPPELLETTI, 1993, p. 05).

Para o estudioso, porém, e da mesma forma como dispõe Maccormick, a discricionariedade não deve ser confundida com a total liberdade do julgador. Sequer é sinônimo de arbitrariedade. O juiz, mesmo sendo de forma inevitável criador do direito, não o é livre de vínculos, havendo limites a essa liberdade (1993, p. 23-24).

Dworkin, em contrapartida a esses estudiosos que encaram o juiz como criador da norma, vê nessa possibilidade de protagonismo um problema democrático. Para o jurista norte-americano, decidir livremente e atribuir novos significados normativos é uma atividade

exclusiva do Poder Legislativo, não podendo se estender ao magistrado, o qual, na solução do caso, acaba legislando de forma retroativa, uma vez que atribui novo sentido a uma regra que foi formulada antes que ocorresse o fato por ele analisado (2010, p. 241), rejeitando de forma enfática o positivismo jurídico (LEITE, 2012, online).

Para o estudioso, nos casos difíceis em que nenhuma regra possa ser aplicada, os juízes devem se utilizar dos princípios. No entanto, essa escolha de princípios para solucionar o caso não pode se dar de forma livre, como se fosse uma loteria ou sorteio: devem existir sistemas de padronização e verificação para tanto, tais como os precedentes. Esses sistemas não impedem que os julgadores inovem juridicamente; contudo, determinam um dever de argumentação maior por parte dos magistrados (DWORKIN, 2002, p. 119).

Para demonstrar sua teoria, Dworkin cria a figura do "juiz Hércules", que se trata de um sujeito dotado de sabedoria, paciência e sagacidade, o qual concorda que a legitimidade para criar e extinguir direitos pertence apenas à lei, sendo seu apenas o dever de seguir as decisões anteriores dos tribunais que sejam semelhantes, ou que tenham o mesmo fundamento racional do caso levado pelas partes à sua análise (1999, p. 165). Trata-se, pois, do "magistrado ideal que, ao interpretar o complexo sistema jurídico, pode dar decisões únicas e infalíveis. Seria um juiz capaz de resolver todas as complexas questões contemporâneas, como se fosse um verdadeiro engenheiro social" (CAMBI, 2020, p. 152).

O "juiz Hércules", assim, não é solipsista, nem protagonista ou alguém que decide sozinho, conforme a sua consciência. As suas incumbências são aquelas a que todos os demais operadores do direito deveriam se subordinar, gerando a concretização de direitos de forma justa, íntegra e coerente (MOTTA, 2012, p. 78-79). Na verdade, o juiz "Hércules" é apenas uma metáfora para demonstrar a "morte" da corrente solipsista, o que não significa "*a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto*. Por isso, a necessidade de compreendê-lo dentro do espaço intersubjetivo de significações, em que as decisões devem encontrar fundamento" (STRECK, 2017, p. 118, grifo do autor).

Para Paulo e Corrêa, a decisão judicial não pode ser discricionária nem ativista, devendo estar "baseada em deveres e valores morais comunitariamente compartilhados, em um exercício de responsabilidade política dos juízes, na qual impera o dever de justificação e racionalização das suas decisões". Neste ponto, e de acordo com os autores, os artigos 489 e 926 do CPC/2015 indicam a necessidade de racionalidade das decisões, em razão tanto do dever constitucional de fundamentação, quanto da função que exercem e significam na sociedade e no sistema jurídico em que inseridos. Ou seja, a discricionariedade judicial deve

ser combatida “pela busca da racionalização do discurso jurídico” (2021, p. 233-234), posição à qual esta pesquisa se filia.

> Afirmar que a interpretação do direito consiste num ato de vontade, corresponde [...] a convalidar a tese do ativismo judicial, pois é quando as decisões judiciais passam a ser movidas por desejos, não por critérios de constitucionalidade [...] acreditar que a decisão judicial ou a promoção de arquivamento (ou um pedido de absolvição feitos pelo MP) são produtos de um ato de vontade (de poder) nos conduz inexoravelmente a um fatalismo. Ou seja, tudo depende(ria) da vontade pessoal (se o juiz quer fazer, faz; se não quer, não faz...!). Logo, a própria democracia não depende(ria) de nada para além do que alguém quer (STRECK, 2017, p. 45-46).

No entanto, como bem constata Auilo, sabe-se que a formação do convencimento judicial não é integralmente regulada por normas, não sendo também baseada em critérios *exclusivamente* jurídicos. O sistema da persuasão racional, no âmbito da valoração das provas, mesmo que não seja mais dotado de liberdade (como era no CPC/1973), permite que o magistrado, baseado nos sensos comuns e elementos de prova, dê o valor merecido a cada prova constante nos autos, uma vez que a “visão contemporânea da ciência jurídica (e da ciência processual, mais especificamente), é clara no sentido de que o direito é composto pelo fato, pela norma e pelo valor dado a ambos. E quando se fala em valor, não é possível refutar as influências extrajurídicas” (AUILO, 2021, p. 58-59, grifo do autor).

Isso não garante ao juiz, porém, uma liberdade: o que se busca – com o advento do art. 371, do CPC/2015 – é minimizar a ocorrência de discricionariedades nessa tarefa de apreciação da prova, evitando-se protagonismos e ativismos através da utilização de critérios racionais, objetivos e lógicos para que haja o controle da convicção judicial e a superação da ideia do “decido conforme a minha consciência”.

> É inevitável a conclusão de que o juiz, como qualquer outro ser humano, tem seu pensamento imerso no que se denomina senso comum e isso também se traduz no momento em que decide no processo. O raciocínio do magistrado não é um simples silogismo em que se é possível abstrair toda e qualquer interferência do mundo exterior. Isto não quer dizer que o raciocínio do juiz não deva conter uma estrutura minimamente lógica. Ao contrário. A estrutura argumentativa dos motivos que levaram o magistrado a decidir de um determinado jeito garante um critério de racionalidade e de controle sobre o resultado final e toda decisão deve contê-la [...] O magistrado, ao interpretar a norma, o fará com base numa pré-compreensão constituída com base nas noções múltiplas do conhecimento, nas noções de cultura, nos lugares-comuns. Trata-se do plano de fundo que o juiz invariavelmente estará inserido e dele se servirá, isto é, a tradição daquele tempo e lugar que move o órgão julgador no momento em que ele está defronte ao texto a interpretar (AUILO, 2021, p. 59-61).

Neste ponto, é importante fazer uma distinção: com a mudança no sistema da valoração das provas a partir do art. 371, do CPC/2015, o que se busca é o fim da discricionariedade, do subjetivismo, com o fomento à imparcialidade. Isso, porém, não significa que o juiz deva ser neutro.

Muitas vezes, a neutralidade é entendida como sinônimo de imparcialidade, o que está terminantemente equivocado. O juiz não pode ser uma figura neutra e inerte, que assiste a lide e permite que o processo seja um jogo entre as partes, agindo como mero espectador. Pelo contrário, ele deve atuar, mas o seu agir deve se dar de forma imparcial, sem que se paute em interesses pessoais (SANTOS, 2010, p. 03-04).

> Imparcialidade [...] não se confunde de modo nenhum com neutralidade. O juiz natural não pode ser neutro e indiferente à sorte do direito material afirmado em juízo. Rigorosamente, o juiz que se omite quando é o caso de agir é tão parcial quanto aquele que julga propositadamente a favor do litigante que não tem razão no seu pleito. A neutralidade judicial é um mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo ao manche do litigante mais forte, é incompatível com nosso Estado Constitucional, que tem na realização da justiça um de seus valores supremos (preâmbulo constitucional). Juiz imparcial não significa juiz neutro. O juiz do processo civil do Estado Constitucional é um juiz que é ativo na condução do processo em colaboração com as partes. A condução ativa do processo de modo nenhum configura hipótese de parcialidade judicial, justamente porque imparcialidade e neutralidade não se confundem (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 32-33).

Isso demonstra que a neutralidade não se coaduna com um processo pautado nos ditames constitucionais. De fato, um juiz neutro pode perfeitamente ser parcial, pois ao deixar de determinar a realização de uma prova que não foi requerida pelas partes, mas que é imprescindível para a formação do convencimento, não estará exercendo a imparcialidade, uma vez que a sua omissão pode acabar por beneficiar o litigante ao qual não assiste o direito. Assim, ao contrário do que num primeiro momento se possa imaginar, um julgamento parcial não diz respeito apenas a uma atitude ativa por parte do magistrado, podendo igualmente dizer respeito a um comportamento omisso (SANTOS, 2010, p. 11).

É importante, neste ponto, salientar o que dispõe José Carlos Barbosa Moreira:

> Não me parece que a nossa legislação processual deixe de ministrar ao juiz os instrumentos de que precisa para conduzir bem o processo, inclusive em matéria de instrução probatória [...] Não; ao juiz incumbe precipuamente julgar. Que é julgar? Julgar é aplicar a norma ao fato. Então, é preciso que o juiz conheça tanto a norma quanto o fato. Isto será dentro da sua função precípua. Ele não está fazendo as vezes de ninguém quando procura inteirar-se melhor dos acontecimentos que deram

> origem ao litígio – é claro, respeitados os limites que lhe são postos pelo pedido do autor e pela sua respectiva causa [...] isso nada compromete a imparcialidade do juiz. Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; e até diria – se considerarmos que essa atitude do juiz implica parcialidade – que a omissão em determinar a prova também implicará parcialidade, porque se a prova não for feita, dessa falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que estaríamos colocando o juiz na desconfortalíssima posição de ter de ser sempre parcial (MOREIRA, 1994, p. 95).

Com efeito, de tudo o que foi exposto, é evidente que somente através de um convencimento judicial racionalizado é que será possível o combate à discricionariedade e ao ativismo judicial. No Brasil, com o advento do CPC/2015 e o fomento à observância dos precedentes, com a uniformização das respostas judiciais (art. 927, do CPC/2015), o dever de coerência e integridade, bem como de fundamentação das decisões, busca-se a não expansão do protagonismo judicial (PAULO; CORRÊA, 2021, p. 244). Ou seja, a resposta correta e adequada, pelo Judiciário, é aquela que se harmoniza com a jurisprudência, ao mesmo tempo em que esteja de acordo e encontre justificação na moral política da comunidade em que a decisão produzirá seus efeitos (MOTTA, 2012, p. 77).

Todas essas determinações trazidas pelo CPC/2015 resolvem em parte os problemas da discricionariedade e ativismo, mas não de forma completa. Depende-se muito da postura e comportamento adotados pelos juízes para que haja uma maior racionalização das decisões judiciais (PAULO; CORRÊA, 2021, p. 244).

Atualmente, e de acordo com Leite, os juízes, mesmo de forma inconsciente, estão mais próximos da fórmula hartiana, uma vez que os valores morais por eles empregados, ao prolatar suas decisões, “não correspondem àqueles advindos de construção histórica-política, nem de uma moral política objetiva, ou de análise de decisões políticas anteriores, seguidas de uma teoria a respeito de como o direito deva ser interpretado”. Ou seja, suas decisões estão eivadas de discricionariedade e subjetivismos, não havendo qualquer segurança jurídica (2012, online).

> O combate à discricionariedade judicial será, pelo visto, eterno. Alguns mecanismos, como os precedentes, e algumas teorias, como a do direito como integridade e a da margem de apreciação – dentre muitas outras – exercem o papel substancial para a delimitação da atuação jurisdicional [...] Juízes não podem fazer política ao decidir, tampouco impor suas próprias visões de mundo, cruzando competências constitucionais e administrativas. Isto não significa que as suas decisões não tenham efeito político prático, mormente ao fato de se fundamentarem em princípios e valores morais, que são emanados pela comunidade política, ou que pelo menos estão latentes nela. Ainda, não se pode ignorar que avanços democráticos efetivos

> foram concretizados a partir da atuação mais proativa da instância judiciária. Contudo, não se pode legitimar o arbítrio jurisdicional com base em acertos históricos, principalmente pela falta de legitimidade democrática para decidir sobre desacordos políticos e interesses sociais, os quais é à competência legislativa estatal resguardada (PAULO; CORRÊA, 2021, p. 245).

Isso tudo demonstra que a superação da ideia do "decido conforme a minha consciência", da discricionariedade e do protagonismo judicial como uma fatalidade positivista são ideias há muito tempo debatidas, porém relativamente novas no âmbito da prática. E isso não é diferente com relação ao comportamento dos juízes na atividade de valoração das provas: o sistema processual civil, a partir do CPC/2015, e mais especificamente, do seu art. 371 (tema central de discussão da presente dissertação) caracterizou uma mudança de paradigmas, o que passa a ser tratado a seguir.

2.4. Análise da mudança no sistema da valoração das provas a partir dos estudos de Thomas Kuhn e Lenio Streck

O princípio do livre convencimento do juiz na valoração das provas deixou de existir, de maneira expressa, com o CPC/2015. Isso, porém, não significa que essa forma de apreciação das provas tenha deixado de existir na prática: não há muita unanimidade se o art. 131 do CPC/1973 foi, de fato, superado pelo art. 371 do CPC/2015, uma vez que ainda se fala na existência da persuasão racional; a própria atitude dos juízes, com falsas fundamentações e manipulações do discurso, ainda fazem permanecer, de maneira camuflada, o livre convencimento.

O que se pode afirmar com veemência é que o sistema processual civil brasileiro está passando por uma revolução no que concerne à questão do convencimento judicial – e mais a fundo da valoração probatória – com a ruptura de paradigmas há muito tempo vivenciados. E para que se compreenda melhor o tema, é importante analisar o que Thomas Kuhn (físico e filósofo da ciência norte-americano) dispõe sobre a revolução científica e a quebra de paradigmas.

Mas antes de avançar em suas ideias, é importante destacar o significado de paradigma para o estudioso, que pode assumir dois sentidos distintos:

> De um lado, indica toda a constelação de crenças, vaIores, técnicas, etc..., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal (KUHN, 1998, p. 218).

As revoluções, por sua vez, são conceituadas como "episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo incompatível com o anterior" (KUHN, 1998 p. 125). Ou seja, em uma revolução, o que ocorre é a substituição de uma tradição paradigmática por outra, o que pode se dar de forma parcial ou total (SEABRA, 2016 p. 148).

Com efeito, em sua principal obra "Estrutura das Revoluções Científicas", datada de 1962, Kuhn estabelece que as revoluções científicas que produzam mudanças metodológicas, ontológicas e semânticas acarretam uma *incomensurabilidade global* entre tradições paradigmáticas, produzindo a substituição – total ou parcial – de um paradigma existente na sociedade por outro (SEABRA, 2016, p. 145, grifo nosso).

Para tanto, o estudioso indica, através de um viés histórico, como se dá evolução de uma ciência até que atinja a sua maturidade: em seu desenvolvimento, a ciência passa por etapas sucessivas, que podem ser cumulativas (chamadas de mudanças intraparadigmáticas) e não cumulativas (são as mudanças interparadigmáticas), sendo que é nesta última etapa não cumulativa em que ocorre a "substituição de um paradigma por outro, através de uma revolução" (SEABRA, 2016, p. 146).

No entanto, antes mesmo que ocorram as revoluções, a ciência, em seu desenvolvimento, passa pelos estágios pré-paradigmático e paradigmático. No período pré-paradigmático, grupos de estudiosos de uma determinada área do saber competem entre si para determinar qual deles estabelecerá os fundamentos que servirão como norte das pesquisas a serem realizadas. Essas competições se resolvem através da persuasão, o que gera um consenso e comprometimento de todos os estudiosos àquele único paradigma, que passa a direcionar as pesquisas da área de conhecimento. É nesse momento em que a ciência atinge seu estágio paradigmático ou de maturidade, chamado de "ciência normal", ocasião em que os cientistas vertem suas investigações na explicação de novos fatos ou na resolução de novos problemas. Nessa etapa é realizado um progresso intraparadigmático, que aprofunda e amplia o paradigma escolhido (SEABRA, 2016, p. 147).

O grande problema é que no decorrer do desenvolvimento da ciência normal, surgem problemas (chamados de anomalias) que resistem à abordagem dada pelo paradigma, o que acarreta uma crise no campo de conhecimento que acaba por dividir a pesquisa científica em dois grupos: os estudiosos que encaram a anomalia como um problema, tentando resolvê-lo conforme o paradigma vigente; e os cientistas que buscam uma nova abordagem para a questão surgida, na busca de se descobrir um novo paradigma, praticando uma "ciência extraordinária" (SEABRA, 2016, p. 147).

De acordo com Kuhn, essa crise na área do saber pode gerar a descoberta de um novo paradigma capaz de solucionar a anomalia. E quando isso ocorre, há uma disputa entre tradições paradigmáticas rivais: se os estudiosos adeptos do novo paradigma conseguirem convencer (por meio da persuasão) os defensores do antigo paradigma de que sua proposta é mais promissora para nortear a prática científica, haverá então a revolução científica (SEABRA, 2016, p. 147), na qual "um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior" (KUHN, 1998, p. 125).

Em seus estudos, Kuhn ainda define as tradições paradigmáticas como sendo incomensuráveis, havendo entre elas certa incompatibilidade. E isso acontece porque cada paradigma estatui os problemas que são tidos como mais relevantes, os instrumentos científicos possuem finalidades distintas, existem conceitos específicos, enfim, o mundo é percebido através de sentidos diferentes. E essa incomensurabilidade deve ser verificada em suas três formas: metodológica, ontológica e semântica. A incomensurabilidade metodológica é quando há divergência na determinação dos problemas relevantes pelos paradigmas, na forma de resolução desses problemas e nos métodos e técnicas a serem utilizados para tanto. A incomensurabilidade ontológica, por sua vez, acontece quando os pesquisadores encaram um mesmo fenômeno com sentidos distintos. Por fim, a incomensurabilidade semântica diz respeito aos diferentes conceitos empregados pelas comunidades científicas norteadas cada qual pelo paradigma por elas adotado (SEABRA, 2016, p. 148-149), isto é, "dentro do novo paradigma, termos, conceitos e experiências antigos estabelecem novas relações entre si" (KUHN, 1998, p. 189).

Essa concepção de revolução científica, porém, foi refutada pelos filósofos da ciência Imre Lakatos (por considerá-la irracional) e Karl Popper (por considerá-la relativista) (SEABRA, 2016, p. 150-151). Ao rebater essas críticas, Kuhn, em seu artigo "O que são revoluções científicas?", datado de 1987, reformula a ideia inicial de revolução científica, entendendo-a como a substituição de um paradigma por outro que acarreta uma

incomensurabilidade meramente semântica. Ou seja, as revoluções são “descobertas que não podem ser acomodadas nos limites dos conceitos que estavam em uso antes de elas terem sido feitas” (KUHN, 2003, p. 25). Isso significa que as revoluções científicas que substituem paradigmas têm como principal característica a transformação da semântica, em razão da divergência de conceitos apresentados pelo anterior e pelo novo paradigma. O estudioso, ainda, elenca três características para que se compreenda a natureza das revoluções: o holismo, a mudança referencial e a realocação das categorias taxonômicas (SEABRA, 2016, p. 151-152).

O holismo significa que as mudanças revolucionárias não ocorrem de forma gradual. A mudança referencial corresponde à transformação das palavras e expressões ligadas à natureza (KUHN, 2003, p. 41-42). A realocação de categorias taxonômicas diz respeito à “realocação dos termos em padrões de similaridade”. Isso tudo demonstra que a revolução científica, para Kuhn, passou a ser assim entendida apenas com relação aos termos linguísticos ligados à natureza (SEABRA, 2016, p. 152-153).

> [...] a nova concepção de Kuhn conseguiu solucionar os problemas relacionados com a acusação de irracionalismo, pois ao determinar que o principal caráter da revolução é a mudança semântica ou referencial, o autor consegue estabelecer uma forma de comunicação entre paradigmas diferentes e a consequente tradução de linguagem entre paradigmas. Ela permite que tradições paradigmáticas diferentes possam colocar em termos com as significações de seu paradigma o que a outra comunidade científica está tentando dizer. Com isso, cria-se um fio condutor entre as duas concepções, o que possibilita comparar quem tem o melhor apuramento teórico, dando uma base racional às revoluções científicas (SEABRA, 2016, p. 155).

No mesmo sentido, essa nova concepção de revolução científica também conseguiu dar conta das críticas de relativismo defendidas por Popper, que alegava que se não há progresso científico, não pode haver uma comparação de teorias (para ele, como a teoria de Kuhn, em cada período de tempo, tem um paradigma, em cada um desses períodos haveria também uma verdade distinta, o que demonstrava o relativismo de suas ideias). Ao reformular sua teoria, Kuhn contorna o problema do relativismo, pois como a revolução agora traz apenas o aspecto semântico da incomensurabilidade, isso possibilita a comparação de linguagens entre os paradigmas, sendo possível verificar se um é melhor que o outro, permitindo que haja o progresso científico (SEABRA, 2016, p. 155-156).

Feito esse recorte teórico de Kuhn, é possível aplicar a questão da substituição de paradigmas e a ocorrência da revolução no âmbito do convencimento judicial na valoração

das provas, tema central da presente pesquisa, com base também no quanto trazido por Lenio Streck em sua obra “O que é isto – decido conforme a minha consciência”, datada de 2017.

Com efeito, e como já explicitado no tópico anterior, a cultura jurídica brasileira de apenas reproduzir as decisões dos tribunais contribuiu fortemente para o protagonismo judicial, de modo que são as decisões as responsáveis pela produção de conceitos, o que é acatado de maneira passiva pela doutrina. Tais comportamentos contribuíram em muito para o surgimento de uma espécie de positivismo jurisprudencialista, em que o julgador cria o direito para o caso concreto sem se vincular a nenhum critério prévio, como se fosse um realismo jurídico (STRECK, 2017, p. 106).

De fato, “deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que ‘constrói’ o seu próprio objeto de conhecimento”, o que é uma prática corriqueira pelos juristas. É o que se vê em muitos artigos, livros, entrevistas e julgamentos, em que os juízes – desembargadores e também ministros – indicam que estão decidindo “de acordo a sua consciência” ou seu “entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Isso, aliás, muitas vezes é justificado no poder discricionário (2017, p. 20). Ou seja, “mesmo que se afirme que a Constituição é o norte da interpretação, doutrina e jurisprudência ainda insistem na tese de que o ‘produto’ desse processo hermenêutico ‘deve ficar a cargo da convicção do juiz’, fenômeno que aparece sob o álibi da discricionariedade” (STRECK, 2017, p. 53).

Os jurisdicionados, assim, ficam dependentes da consciência dos julgadores, o que demonstra “um quadro triste e acinzentado de uma justiça ainda emaranhada em resquícios positivistas, enlameada no paradigma da filosofia da consciência no qual o livre convencimento motivado encontra *porto seguro*, e onde julgadores valoram a prova a seu bel-prazer”, ainda que com falsas fundamentações, decidindo conforme a sua consciência (DELFINO; LOPES, 2015, online, grifo dos autores).

Esse tipo de comportamento acarreta a fragilização do direito, o que é agravado por fatores endógenos (tais como o ensino jurídico fragmentado, a cultura de converter a ciência jurídica em manuais, o panprincipiologismo, a aposta na discricionariedade, entre outros) e exógenos (aqui incluídos os discursos que ao tentarem corrigir o direito, encaram-no como uma mera racionalidade instrumental, fazendo uso do ativismo para transformar esse instrumento – o que é perceptível não apenas nas decisões, como na própria legislação e nos projetos que almejam reformar os mecanismos processuais). Disso resulta que o direito é visto como sendo um objeto manipulável pelo intérprete (STRECK, 2017, p. 129).

> [...] tanto na operacionalidade *strictu sensu* como na doutrina, são perceptíveis, no mínimo, dois tipos de manifestação do paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário. O primeiro trata do problema de forma mais explícita, "assumindo" que o ato de julgar é um ato de vontade [...] nesse primeiro grupo devem ser incluídas as decisões que, no seu resultado, implicitamente trata(ra)m da interpretação ao modo solipsista [...] que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si ou, ainda, baseadas em leituras equivocadas de autores como Ronald Dworkin ou até mesmo Gadamer, confundindo a "superação" dos métodos com relativismos e/ou irracionalismos. No segundo grupo, encontramos as decisões que buscam justificações no plano de uma racionalidade argumentativa, em especial, os juristas adeptos das teorias da argumentação jurídica [...] Também nestas estará presente o problema paradigmático, uma vez que as teorias da argumentação são dependentes da discricionariedade (STRECK, 2017, p. 23-24).

As teorias do direito não quiseram fundar suas epistemologias numa racionalidade que cuidasse das escolhas e justificações judiciais. À vista disso, buscou-se uma razão teórica pura, em que o direito deveria ser encarado como um objeto a ser analisado conforme uma lógica formal rígida. O direito, como objeto, era produto do sujeito do conhecimento, que no positivismo jurídico se tratava do juiz solipsista. Para essa corrente, questões relativas à legitimidade da decisão não eram debatidas. Havia uma separação entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política (STRECK, 2017, p. 72-73).

> [...] a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para produção do conhecimento científico no direito. Isso levou [...] a uma aposta em uma racionalidade teórica asfixiante que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido. Em outras palavras, o positivismo atinge seu desiderato [...] quando transforma a lei em uma razão autônoma [...] os fatos sociais, os conflitos, enfim, a faticidade, não faziam parte das "preocupações" da teoria do direito (STRECK, 2017, p. 73).

Ao tomar para si a condução da prova no processo, como se a sua produção pudesse ser dirigida por sua consciência, o juiz pratica a discricionariedade, que "é o que sustenta o principal inimigo do direito democrático: *o positivismo jurídico*". Quando se estuda o positivismo, o que se examina também são as rupturas paradigmáticas, uma vez que a principal característica do positivismo, que é a discricionariedade, está intimamente ligada ao paradigma da subjetividade (esquema sujeito-objeto) (STRECK, 2017, p. 67-68, grifo do autor).

> [...] o positivismo aposta na discricionariedade porque o paradigma filosófico sob o qual está assentado não consegue apresentar uma solução satisfatória para a aporia decorrente da dicotomia "razão teórica-razão prática". Sendo mais explícito: na medida em que esta questão carece de solução, os positivistas preferiram – e ainda preferem – limitar a discussão da Teoria do Direito aos aspectos da razão teórica, deixando as questões relativas à razão prática fora de seu campo de preocupações. E, ao contrário do que pensa parcela considerável dos juristas, a interpretação acaba, exatamente por isso, relegada a um plano secundário (o exemplo maior é o de Kelsen). É por isso que ocorre a aposta do positivismo na discricionariedade. Também por essa razão é que as posturas positivistas admitem múltiplas respostas no Direito (STRECK, 2017, p. 75).

Com efeito, o positivismo defendido por Kelsen não discute o caso concreto: isso é incumbência dos juízes, os quais não seguem qualquer método ou critério para a interpretação. Até mesmo Hart, considerado positivista moderado, ao buscar resolver os casos difíceis através da interpretação das normas abertas (como já visto no tópico anterior), não cede espaço aos princípios – para Hart, o problema é a existência de legislação de textura aberta, o que não impede que o juiz seja parcial; logo, os sistemas comprometidos com a legislação de textura aberta precisam ter regramentos precisos, não podendo haver pré-compreensões dos julgadores. Por conta disso, as normas devem abarcar todos os casos, mas como ela é limitada, havendo muitos sentidos para uma mesma regra, a prática da discricionariedade pelo juiz surge como resposta a esses problemas (STRECK, 2021, p. 78).

Isso demonstra que Kelsen superou o positivismo exegético, tratando das dimensões semânticas e sintáticas dos discursos jurídicos, mas não aprofundou em sua teoria a aplicação concreta do direito, a sua interpretação, relegando a pragmática para o plano da discricionariedade do juiz, sendo esse um desvio impossível de ser corrigido para o estudioso. Assim, a interpretação do direito, em Kelsen, "é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista", sendo esse o grande erro de sua tese. O positivismo normativista pós-kelseniano, no mesmo sentido, permite a ocorrência de decisionismos e protagonismos judiciais (STRECK, 2017, p. 93-96).

> [...] a hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do direito no Brasil (perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais) continua sendo entendida como sendo esse (mero) saber "operacional" [...] de que falavam Kelsen e outros positivistas. E esse saber operacional permanece calcado exatamente na "hipótese positivista" ou "fator discricionário": quando a razão teórica não consegue responder a todas as perguntas [...] delega-se o poder de "colmatar o sistema", paradoxalmente, àquilo que o positivismo queria "isolar", à razão prática, que, como sabemos, vem "eivada" de subjetividade. Graças a isso, domina, no âmbito jurídico, o modelo assentado na ideia de que "o processo/procedimento interpretativo" possibilita que o sujeito [...] alcance "o exato sentido da norma" [...] Ocorre que, paradoxalmente [...] aquilo que era o "exato

> sentido" somente assim o era *in abstracto;* diante dos casos, as respostas passam a ser múltiplas (STRECK, 2017, p. 79).

Com efeito, o art. 131 do CPC/1973, ao permitir que o juiz valorasse a prova de maneira livre, adotava como paradigma o positivismo jurídico, uma vez que para que a atividade valoratória ocorresse, era necessário também o exercício da discricionariedade (e essa foi a ciência normal, aplicando analogicamente o conceito de Thomas Kuhn, por muitas décadas).

O grande problema é que a discricionariedade, no positivismo, é uma fatalidade. A razão prática para essa teoria é resolvida pelo subjetivismo e arbítrio judicial, e isso sempre foi aceito pelo positivismo como um pressuposto teórico ou mesmo como uma consequência de não se dar importância ao mundo pragmático (STRECK, 2017, p. 110). Para Streck, "apostar na razão teórica é acreditar na possibilidade de respostas antes das perguntas", o que não é aceito pela hermenêutica por ele defendida: as respostas, sentidos e interpretações somente ocorrem a partir do caso em concreto a ser decidido (2017, p. 76).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do movimento neoprocessualista, como já visto, surgiu uma ciência extraordinária pautada no "*direito a uma resposta correta, entendida como 'adequada à Constituição'*" (STRECK, 2017, p. 100, grifo do autor). E essa resposta correta não poderia estar fundamentada no subjetivismo e arbítrio judicial. Por essa razão, houve a necessidade de adequação do sistema processual civil, com o advento do CPC/2015 e de seu art. 371, que expungiu a liberdade do juiz na valoração das provas. Surgiu, então, um novo paradigma, pautado no racionalismo, na exata fundamentação das decisões, na necessidade de coerência e integridade.

E esse novo paradigma entende que o direito não pode ser encarado como uma mera racionalidade instrumental. Na tarefa de interpretação da norma, há um acontecimento (que não se mostra aparente) que determina o direito de forma profunda, o qual não pode mais ficar alheio ao contexto de legitimação democrática. A abordagem do direito de forma unicamente teórica, sem se pensar nas implicações do mundo prático (conforme determinado pelo positivismo) causa uma *asfixia da realidade* (STRECK, 2017, p. 98-99, grifo do autor).

> [...] reivindicar a possibilidade de os juízes proferirem julgamentos ideológicos como se isso fosse uma crítica à "neutralidade", nada mais é do que *colocar no lugar do "velho juiz" um "agora juiz ativista",* não mais "escravo da lei" e, sim, "senhor dos sentidos da lei". O que é isto, senão uma forma de solipsismo? Nesse

> contexto, ocorre uma equivalência de argumentos realistas, pragmaticistas, discricionaristas, etc. E quem vence o debate, ao fim e ao cabo, é o positivismo (STRECK, 2017, p. 92).

Nesse ponto, é importante ressaltar que a ruptura – buscada pelo CPC/2015 – do paradigma pautado na discricionariedade não deve se aplicar apenas à questão do convencimento judicial, com o fim do solipsismo, mas também ao próprio neoprocessualismo, que tem o dever de descontinuar o constitucionalismo anterior. Se isso não for feito, haverá uma contaminação do velho positivismo (e do problema da discricionariedade) nesse novo modo de se encarar o processo. E é justamente isso que a Crítica Hermenêutica do Direito, defendida por Streck, busca superar: o sujeito solipsista, dando mais importância ao mundo prático (2017, p. 110-111).

> Combater a discricionariedade e as diversas formas de positivismo quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade. Portanto, não será o juiz, com base na sua particular concepção de mundo, que fará correções morais de leis "defeituosas" [...] Mas atenção: essa crítica ao subjetivismo – que é, fundamentalmente, uma crítica ao pragmati(ci)smo – não implica a submissão do Judiciário a qualquer legislação que fira a Constituição, entendida no seu todo principiológico. Legislativos irresponsáveis – que aprovem leis de conveniência – *merecerão a censura da jurisdição constitucional.* No Estado Democrático de Direito, nenhum ato do Poder Executivo ou Legislativo está imune à sindicabilidade de cariz constitucional! (STRECK, 2017, p. 123, grifo do autor).

Todas essas questões são tratadas pelo *pós-positivismo* de Dworkin e Friedrich Müller. Para este último estudioso, inclusive, o pós-positivismo corresponde a uma teoria que, sabedora da discricionariedade não enfrentada pelo positivismo, busca encontrar soluções para a concretização do direito, através de perspectivas teóricas e práticas. Mas é em Dworkin que se encontra uma teoria hermenêutica do direito pós-positivista, com a busca da resposta correta e o estudo de qual deve ser o significado prático dado à interpretação através do papel da história – o que já era tratado por Gadamer – com a finalidade de enfrentamento do subjetivismo e a construção da integridade do direito (STRECK, 2017, p. 112-113, grifo do autor).

Para que haja uma efetiva teoria pós-positivista, dois elementos são imprescindíveis: não fazer uso de mixagens teóricas que ainda continuam baseadas sob o positivismo (mesmo que isso ocorra de forma parcial), e o enfrentamento do solipsismo, existente em todas as

formas de positivismo. Para a superação do positivismo, pois, deve-se enfrentar e romper com a subjetividade e a filosofia da consciência. E a hermenêutica, neste ponto, cuida de pensar numa teoria da decisão judicial livre de discricionariedade (STRECK, 2017, p. 114-115). Ou seja, trata-se de um novo paradigma, que busca consolidação no sistema processual vigente.

> Uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade. E isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo [...] saltamos de um legalismo rasteiro que reduzia o elemento central do direito, ora a um conceito estrito de lei [...] ora a um conceito abstrato-universalizante de normas [...] para uma concepção de legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade [...] Obedecer "à risca o texto da lei democraticamente construída" (já superada – a toda evidência – a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a "exegese" à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária. Falamos hoje, pois, de uma "outra" ou de uma nova legalidade [...] "cumprir a letra da lei" significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável STRECK, 2017, p. 97).

Nesse novo paradigma pautado no Estado Democrático de Direito, há uma forte preocupação com as democracias e com a própria legitimidade do direito em razão das tragédias históricas vivenciadas, o que até então era rejeitado pelo positivismo, que não assumia um conteúdo valorativo (STRECK, 2017, p. 77).

> Os regimes totalitários e as atrocidades cometidas sob o pálio do direito deveriam ter-nos ensinado que o direito deve ser mais do que instrumento, técnica ou procedimento. É como dizer: depois dos fracassos do positivismo em expungir a moral do campo jurídico, algo tinha que ser feito. Dito de outro modo: o direito não pode(ria) ficar imune aos influxos das profundas transformações ocorridas no campo dos paradigmas filosóficos (STRECK, 2017, p. 09).

E nessa substituição de paradigmas que ocasionaram uma revolução no sistema processual civil houve a ocorrência do principal fenômeno observado por Kuhn: a transformação da semântica. De acordo com Streck, houve uma reviravolta ontológico-linguística na interpretação do direito, o que ocasionou uma *ruptura paradigmática* e a superação do *positivismo* (2017, p. 70, grifos do autor).

Com efeito, o que se esperava com a transição da epistemologia para a hermenêutica era que essa ruptura paradigmática, colocando-se fim ao positivismo jurídico, fosse

recepcionada pelos aplicadores do direito (STRECK, 2017, p. 80), fato que não aconteceu. Na verdade, não foram ainda construídos alicerces para que se possa compreender o que é um paradigma e qual o papel do positivismo jurídico. Em muitos julgamentos pelos tribunais e em conferências, é comum ouvir que os juízes não devem cumprir a letra fria da lei, havendo dois tipos do magistrados: os positivistas (que estão apegados na lei) e os críticos pós-positivistas (que fazem uso dos princípios, que seriam a positivação dos valores). De acordo com essa tipificação, os juízes positivistas devem deixar de existir, enquanto os pós-positivistas são os modelos ideais de julgadores. No entanto, para Streck, o uso desenfreado dos princípios nada mais é do que um desdobramento do velho positivismo que se busca combater (2017, p. 92).

> [...] desde quando obedecer a uma lei nos seus mínimos detalhes é "ser um positivista"? Na verdade, confundem-se conceitos. Vejamos: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar [...] algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas, que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um "fechamento semântico" do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma "questão menor" (lembremos, aqui, de Kelsen): o problema do direito não está no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das "normas jurídicas" (STRECK, 2017, p. 92).

O grande problema vivenciado atualmente é que a discricionariedade judicial continua sendo encarada como a solução para os problemas ligados à decisão, tendo se tornado a própria condição de possibilidade da decisão. Indagações sobre como controlar a decisão judicial continuam, assim, a ser um dilema (STRECK, 2017, p. 110). Para Streck, "parece que os processualistas e os magistrados não queriam/querem abrir mão do 'livre convencimento' ou 'livre apreciação da prova'" (2017, p. 130).

Todas essas considerações demonstram que o novo paradigma ainda não foi amplamente aceito pela comunidade jurídica, o que, por sua vez, indica que o processo civil está no meio do processo de ruptura, ou seja, no meio da revolução, a qual somente será atravessada após a integral substituição do paradigma anterior pelo novo.

Por esses motivos é que se faz importante discutir como o art. 371 do CPC/2015 deve ser interpretado, como ele vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores, que deveres precisam ser estritamente observados pelo juiz na atividade de valoração probatória, e se a

teoria da argumentação jurídica e outras demais teorias conhecidas, bem como a aplicação da neurociência na decisão judicial, podem contribuir no tema, o que passa a ser analisado no terceiro e último capítulo da presente dissertação.

3. DEPOIS DA MUDANÇA: A BUSCA POR UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO ART. 371 DO CPC/2015

Como explanado ao longo do primeiro e segundo capítulos da presente pesquisa, a forma de se valorar a prova dentro do processo sofreu grandes mudanças com o passar dos tempos. A íntima convicção deu lugar ao sistema da prova tarifada, que por sua vez deu lugar ao sistema da persuasão racional, o qual também sofreu mudanças na forma de ser encarado a partir da promulgação do CPC/2015.

Fato é que mesmo com a exclusão pelo legislador processual civil da possibilidade de o juiz decidir *livremente* sobre a prova, isso não necessariamente significa que o exercício da valoração probatória tenha passado a se pautar numa estrita racionalidade com o advento do art. 371, do CPC/2015. Como visto, o que se vive atualmente é uma revolução de pensamento e de comportamento judicial: o paradigma anterior pautado no subjetivismo ainda não foi ultrapassado, encontrando seus resquícios. Não houve, pois, uma mudança de paradigmas por completo. E isso não é difícil de ser notado.

Streck, neste ponto, e a fim de demonstrar que não houve a ruptura do paradigma anterior, traz diversos julgados posteriores à entrada em vigor do CPC/2015 que continuaram a embasar suas decisões num convencimento judicial livre, fundamentando isso, inclusive, em dispositivos do CPC/1973, já revogado:

> "*Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de produção de prova quando o magistrado, entendendo substancialmente instruído o feito, motiva a sua decisão na existência de provas suficientes para formação de seu convencimento.*" (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 684319/MG, julgado 07.06.2016). "*Cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.*" (STJ, 2ª T., AgInt no AgRg no AREsp 833106/SC, julgado em 02/06/2016). [...] "*Em nosso sistema processual civil vigora o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, pelo qual o juiz tem liberdade para valorar as provas produzidas, devendo expor, racionalmente, quais os motivos que o fizeram chegar àquela conclusão, na forma do disposto nos artigos 130 e 131 do CPC/73 e artigos 370 e 371 do NCPC.*" (TJ/RJ, 20ª CC, 008848-61.2002.8.19.0014 – Apelação julgada em 15.06.2016). [...] "*Ademais, o juiz é o destinatário da prova, em decorrência do princípio do livre convencimento. Inteligência do art. 130 do CPC.*" (TJ/RJ, 9ª CC, 0015106-38.2012.8.19.0208 – Apelação, julgado em 14.06.2016) (STRECK, 2017, p. 35, grifos do autor).

Referidos julgados demonstram que "*quaisquer semelhanças com os inúmeros verbetes jurisprudenciais da atualidade (...) em torno do livre convencimento, não parece ser mera coincidência*". É bastante palpável e perceptível que os reflexos do paradigma anterior ainda persistem, mesmo com a mudança do texto de lei retirando a liberdade na apreciação das provas. Ainda permanece patente, pois, a ideia de que a sentença vem de *sentir* (WILD, 2018, p. 127, grifos do autor).

De fato, mesmo com a adoção do sistema da persuasão racional do juiz, a discussão sobre os limites da atuação do Poder Judiciário e do próprio convencimento judicial são debates mais pertinentes do que nunca. Isso porque no modelo da persuasão racional da valoração das provas ainda persiste uma "*liberdade objetiva* por parte do magistrado, o qual deve atuar com base em normas superiores de limitação de sua convicção", mesmo sem haver previsão expressa nesse sentido (AUILO, 2021, p. 85, grifo do autor). E esse resquício de liberdade pode acabar por permitir o cometimento de certos abusos pelo magistrado.

> [...] o livre-convencimento motivado pressupõe uma série de *liberdades* na análise do juízo fático pelo órgão julgador, trazendo uma carga subjetiva muito grande na definição da valoração da prova [...] essa concepção de *liberdade* na análise do juízo fático pode trazer invariavelmente problemas no momento da valoração da prova, fazendo com que o magistrado extrapole os critérios subjetivos do livre-convencimento motivado. E quando a liberdade no trato da prova vem concebida de forma absoluta e incontrolável, desgarrada de critérios de racionalidade e regras legais, outro não é o resultado que o abuso do livre-convencimento motivado (AUILO, 2021, p. 67, grifos do autor).

De acordo com Lenio Streck, a partir do CPC/2015 houve uma ruptura do direito processual com o protagonismo judicial, quando o livre convencimento foi retirado do diploma legal, dando-se enfoque a um convencimento ainda mais motivado. No entanto, para o estudioso, apesar de tradicionalmente se pensar que o sistema do livre convencimento motivado seja a melhor alternativa possível no trato da valoração das provas se comparado com os anteriores modelos da íntima convicção e da prova tarifada, ainda assim se trata de um sistema que esconde uma "discricionariedade racionalizada" – isso porque esse sistema permite, nas entrelinhas, como dito acima, a ocorrência de uma liberdade objetiva. Para ele, há um problema mais profundo e filosófico de os operadores do direito acreditarem resolver o caso da discricionariedade e depois cair numa zona de penumbra, tornando-se o livre convencimento motivado um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que busca combater arbitrariedades, acaba também sendo "um álibi invocado para

total discricionariedade, que não conhece limites nem nos casos fáceis em que Hart se detinha" (2017, p. 33).

> Com a experiência de termos vivenciado, até a sanção do CPC/2015, a aposta no protagonismo, especialmente através da adoção das teses favoráveis ao livre convencimento – repristinando velhas teses do "socialismo processual" [...] – o que construímos? A resposta parece simples: o resultado foi um "sistema" pelo qual os juízos de primeiro grau foram transformados em "instâncias de passagem". E como são as fundamentações? Um tipo de "fundamentação" em que os enunciados assertóricos (performativos) se bastam, algo como: "decido conforme a súmula X" ou "decido conforme decidi anteriormente...". O que resta do Direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos. Milhares de processos são "resolvidos" no atacado. Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir "*teses*" jurídicas [...] as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc.). E as ações são julgadas por "pilhas". Por isso, a repergunta: as duas décadas de fortalecimento do protagonismo judicial redundaram em quê? O que ocorreu é que voltamos a *um lugar de onde nunca saímos* (STRECK, 2017, p. 126-127, grifos do autor).

Para o estudioso, discutir a decisão judicial é uma questão de democracia. Com efeito, criticar a discricionariedade não é uma proibição para se interpretar. Dizer que a lei pode ser vaga e ambígua, e que os princípios são abertos em seu significado, é uma verdade até mesmo para a dogmática jurídica. O que se deve ter em mente é que a efetivação do quanto disposto na lei, subsumindo-a ao caso concreto, não pode jamais depender da subjetividade, da vontade do intérprete. A discricionariedade, como se sabe, transforma os julgadores em legisladores, o que é típico do próprio positivismo, em que as coisas se limitam aos conceitos e às concepções de mundo daquele que julga, tido como verdadeiro protagonista. As consequências disso, como se sabe, são inúmeras (STRECK, 2017, p. 104-105).

> [...] o ponto fulcral não está no exegetismo, no positivismo fático (por todos, basta examinar as teses do realismo jurídico nas suas variadas perspectivas) e nem nas teorias que apostam na argumentação jurídica como um passo para além da retórica e como um modo de "corrigir as insuficiências do direito legislado". Na verdade, o problema, em qualquer das teses que procuram resolver a questão de "como se interpreta" e "como se aplica", *localiza-se no sujeito da modernidade, isto é, no sujeito da "subjetividade assujeitadora*", objeto da ruptura ocorrida no campo da filosofia pelo giro ontológico-linguistico e que não foi recepcionado pelo direito [...] Isso significa poder afirmar que qualquer fórmula hermenêutico-interpretativa que continue a apostar no solipsismo estará fadada a depender de um sujeito individual(ista) [...] expungir o livre convencimento não equivale à proibição de interpretar (STRECK, 2017, p. 107, grifo do autor).

Mas o que referido autor quer dizer com isso? Como se sabe, o constitucionalismo é antitético ao positivismo, mas há um principal elemento que ainda não foi de todo superado: a discricionariedade. Não existe ainda uma teoria da decisão que ponha fim a esses problemas. No direito brasileiro, a grande conquista que chegou perto disso foi a Constituição Federal de 1988, que serve de vetor para a atividade do juiz. O conteúdo principiológico nela previsto é tão vasto que, mesmo com alterações em seu texto, persistirão as possibilidades de impedir que atos antidemocráticos sejam realizados por parte do Executivo e do Legislativo. A "aplicação do direito (...) é uma garantia importante para a democracia e o desenvolvimento da sociedade", e isso é mais fácil de ser vislumbrado quando se dá conta de que a Constituição prevê como deve ser um Estado Democrático de Direito. Por qual motivo, então, a sociedade dependeria de juízes subjetivistas para concretizar a Lei Maior? As decisões judiciais não podem ser dadas em razão de critérios pessoais, não podem estar pautadas na "filosofia da consciência" de cada julgador (STRECK, 2017, p. 125-127).

Nesse sentido, e conforme Cambi, os obstáculos que impedem que o Poder Judiciário tenha uma efetiva corresponsabilidade política na concretização dos direitos fundamentais devem ser superados, devendo ser superados também os seguintes fatores pelo estudioso elencados:

> [...] a) o conservadorismo dos operadores jurídicos (incluindo-se os magistrados), decorrente especialmente da formação universitária dominada por concepções retrógradas da relação entre direito e sociedade; b) o cinismo de uma cultura jurídica que não leva a sério os direitos constitucionais, transformando-os em meras declarações programáticas, mais ou menos utópicas; c) o desempenho rotinizado na aplicação da justiça retributiva, positivamente hostil à justiça distributiva e despreparado para ela; d) uma organização judiciária deficiente, precária e com enormes carências tanto em recursos humanos quanto em recursos técnicos e materiais; e) o elevado custo, de um lado, e a ausência de previsão orçamentária, de outro, para promover a eficiência dos serviços judiciários; f) a falta de administração judiciária profissionalizada, capaz de gerir e planejar as complexidades do Poder Judiciário; g) a ausência de opinião pública forte e de movimentos sociais organizados para a defesa dos direitos humanos-fundamentais; h) a propagação de um direito processual formalista, não voltado à realização, célere, adequada e efetiva, da tutela dos direitos materiais (CAMBI, 2020, p. 277).

Com efeito, o Poder Judiciário, ao ser responsável por buscar garantir a justiça, não pode vincular suas decisões às opiniões pessoais que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, uma vez que os sentidos sobre as leis e sobre esses mesmos fenômenos decorrem não de um indivíduo isolado, sendo, em verdade, produtos de uma

intersubjetividade. Deve-se desmistificar a ideia – positivista, de acordo com Streck – que continua existente numa "espécie de *plenipotenciariedade do sujeito da modernidade,* que se manifesta tanto na política (...) como no direito, por intermédio do solipsismo judicial. O Direito não é aquilo que o judiciário diz que é", nem corresponde ao que a doutrina e jurisprudência dizem que é por meio de seus enunciados com pretensões objetivadoras. Para o autor, o direito não pode ser aprisionado a um emaranhado de conceitos, como se fosse um dicionário (STRECK, 2017, p. 127-128, grifo do autor).

Comportamentos autoritaristas, guerras mundiais e ditaduras foram o resultado direto da busca pela pureza do direito, de conceitos longe do mundo prático. O positivismo fracassou, mas ainda continua patente no exercício da decisão judicial. Por todas essas razões, em tempos de giro linguístico (como dispõe Streck) e Estado Democrático de Direito, não se pode mais afirmar que sentença vem de *sentire.* O juiz, os demais participantes da relação processual, bem como a própria dogmática jurídica, devem estar "*sempre e necessariamente vinculados e sustentados por um processo de compreensão que envolve o surgimento de qualquer enunciado teórico no direito"* (STRECK, 2017, p. 128, grifos do autor).

> Consequentemente, torna-se necessário entender – e, fundamentalmente, reconhecer – essa circularidade entre uma situação prática em que todos os agentes do direito estão previamente envolvidos e *a prática simplesmente instrumental* de interpretação/aplicação das normas: a primeira é aquela na qual fazemos parte de um *a priori* compartilhado [...] A segunda é simplesmente produto da operação instrumental dos intérpretes e "operadores" do direito. Pensar que a segunda "prática" pode substituir a primeira é o grande equívoco da teoria do direito na contemporaneidade. Essa "segunda prática" acaba subestimando o direito e o seu grau de autonomia, tornando-o refém de discursos instrumentalistas (STRECK, 2017, p. 129, grifos do autor).

Conforme Streck, o direito está sendo cada vez mais banalizado e simplificado pela dogmática jurídica, a qual, por sua vez, está cada vez mais tecnificada, conforme a massificação do direito assim o exige. Há, devido a isso, um aumento nos setores de cursinhos de preparação para concursos, resumos e manuais, sendo que os juristas visam cada vez mais à simplificação dos diversos ramos do direito, pautando-se em uma cultura *standard.* Grande parte da produção doutrinária apenas reproduz as decisões dos tribunais, limitando-as a meros verbetes. Esse comportamento, contudo, precisa ser mudado. Deve-se aprender a criticar as decisões dadas pelo Judiciário, principalmente as decisões finais. "Caso contrário, podemos fechar os cursos de pós-graduação, as faculdades, etc. E parar de

escrever sobre o direito. Afinal, se o direito é aquilo que o judiciário diz que é, para que estudar?" (2017, p. 89-91).

> Seria extremamente relevante se a doutrina processual enfrentasse o problema de frente, dizendo de que modo o livre convencimento é compatível com a democracia e com os demais dispositivos do CPC. Alias, se olharmos bem, veremos que todas as vezes em que o velho CPC usava as palavras "livre", não encontraremos correspondência no Novo Código. E isso deve ter alguma importância (STRECK, 2017, p. 37-38).

De fato, a atuação do Poder Judiciário, através de seus juízes, deve ser limitada: as decisões judiciais devem estar pautadas dentro do quanto estabelecido pela Constituição, sob pena de ilegalidade. Mas isso, por si só, não retira a possibilidade de que abusos sejam cometidos. E "são justamente esses abusos que fazem com que alguns doutrinadores defendam a extinção (sem propor alternativas) do livre-convencimento motivado" (AUILO, 2021, p. 69).

Por essa razão, existe a necessidade de a doutrina estudar e indicar quais são os limites do convencimento judicial, especialmente no que compete à valoração das provas, para que não sejam cometidas arbitrariedades. Para Rafael Auilo, deve-se ter em mente que a "ausência de todo e qualquer critério racional, permitindo-se a livre escolha indiscriminada" pelo juiz é algo que deve ser repudiado. Todavia, não se nega a "necessária liberdade do magistrado no trato da prova" (2021, p. 55).

Isso porque a valoração das provas no ordenamento jurídico brasileiro não ocorre de forma mecânica, como se o juiz fosse um robô que estabelece valores predeterminados. Na verdade, o sistema da persuasão racional é misto, por ter tanto um conteúdo subjetivo quanto um conteúdo racional. Na atividade de valoração, devem ser realizados ao menos três atos pelo juiz: a valoração da credibilidade, que corresponde à autenticidade e confiança que se deposita nos elementos de prova, que devem indicar uma representação confiável dos fatos, sendo o ponto de partida para que haja uma análise racional pelo magistrado (o juízo positivo da credibilidade permite a continuação da análise da prova, enquanto o juízo negativo afasta o uso da prova na formação do convencimento judicial); a verificação da eficácia da prova, que diz respeito à análise da prova de confirmar ou refutar a ocorrência do fato, estando relacionada com a capacidade de a prova apreciada acrescentar ou não informações úteis ao juiz; e a valoração contextual da prova, quando o julgador irá analisar de modo completo todas as provas colacionadas aos autos (AUILO, 2021, p. 86-89).

> [...] o conjunto probatório é uno e indivisível, resultando da união de todas as provas que foram trazidas aos autos, bem como da aplicação de determinadas regras de direito probatório (presunção judicial, máximas de experiência, prova legal, etc.). Aliás, a análise e valoração da prova deve ser feita independentemente de quem as trouxe aos autos, se o autor, se o réu ou mesmo se foi produzida de ofício. Trata-se de aplicação concreta e positivada do *princípio da comunhão da prova.* A valoração contextual da prova garante que a decisão do órgão julgador seja coerente e completa, já que assegura que o magistrado não vai deixar indiscriminadamente de considerar uma ou outra prova, nem mesmo demais regras de direito probatório (AUILO, 2021, p. 90, grifo do autor).

Apesar de todas essas considerações, é imperioso ressaltar que o sistema da persuasão racional não dispõe como e dentro de quais limites o juízo fático deve se desenvolver. Sabe-se apenas que deve haver a maior racionalização possível, a fim de que não ocorram arbitrariedades. É a partir daí que surge a discussão sobre como esse modelo de valoração de provas deve ser estruturado. A melhor resposta na busca de se evitar abusos dentro da persuasão racional está na fundamentação das decisões, com a adoção de critérios racionais e lógicos (AUILO, 2021, p. 78).

E sendo a motivação das decisões um aspecto que influi diretamente na valoração das provas e na própria forma como o art. 371 do CPC/2015 deve ser interpretado, o assunto passa a ser exposto a seguir.

3.1. Vedação ao *non liquet* e exigência de fundamentação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV, estabeleceu o princípio da vedação ao *non liquet,* ao determinar que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ter sua apreciação suprimida pelo Poder Judiciário. Isso significa que qualquer pessoa (física ou jurídica) pode recorrer ao Judiciário para ver seu direito contemplado, o qual, por sua vez e por meio de seus juízes e tribunais, não possui autonomia de não decidir sobre as lides que lhe são levadas, ficando silente sobre a questão posta (PAULO; CORRÊA, 2021, p. 235).

Isso não significa, porém, que o julgador possa proferir qualquer tipo de decisão, apenas para obedecer ao dever de decidir. Na verdade, a atividade de julgar é bem mais complexa do que se imagina, havendo alguns limites que devem ser seguidos para que o processo cumpra seu papel constitucional.

Como já dito ao longo do presente trabalho, sabe-se que para que haja uma correta decisão, esta não deve ser centrada unicamente na figura do magistrado: deve haver a participação e cooperação das partes, que assumem especial relevância com a promulgação do CPC/2015, o que, na instrução processual, pode se dar através da produção de provas. E para que haja uma correta decisão, os poderes do juiz, dentro do processo, devem ser limitados, sob pena de haver uma decisão ilegítima e injusta. Entre esses limites ao exercício de decidir, pode-se citar o dever de fundamentação das decisões judiciais, considerado um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

> Como é difícil (senão inviável mesmo) separar o ato de interpretar e aplicar o direito [...] não se constata com facilidade (se é que se pode vislumbrar) distinção entre justificação e fundamentação ou motivação dos atos decisórios, isso porque tudo parece se mesclar na organização, concatenação e construção lógica, jurídica e processual das decisões judiciais. A justificação, a evitar a arbitrariedade e a fundar uma decisão justa e racional, imbrica-se e constitui-se com o próprio ato de fundamentar (CAMARGO, 2019, p. 103).

Com efeito, de acordo com o art. 93, inc. IX, da CF/1988, lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disporá sobre o Estatuto da Magistratura, vinculando-a à observância de um rol de princípios orientadores, dentre eles, o de que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade" (BRASIL, 1988, online, grifo nosso), o que é reafirmado pelo art. 11 do CPC/2015, que possui o mesmo texto legal (BRASIL, 2015, online). O art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro (decreto-lei nº 4.657/1942) estabelece que todas as decisões, sejam elas das esferas administrativa, controladora ou judicial, devem ser motivadas, não podendo estar fundadas em valores jurídicos abstratos (CAMBI, 2020, p. 447-448).

> A exigência de fundamentação das decisões judiciais ou da "motivação de sentenças" radica em três razões fundamentais: (1) controle da administração da justiça; (2) exclusão do caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas (CANOTILHO, 1997, p. 816).

A fundamentação, motivação ou justificação das decisões é um direito fundamental do cidadão, que é inclusive assim considerado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos

– TEDH (STRECK, 2017, p. 32). “No mundo todo se clama por maiores controles nas fundamentações. A Corte Europeia dos Direitos Humanos considera a motivação um direito fundamental” (trata-se da proibição do *lack of reasoning*, conforme art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) (STRECK, 2017, p. 121, grifo nosso).

As exceções ao dever de fundamentação das decisões podem ocorrer nos casos que impliquem no direito à intimidade e às situações em que o sigilo não prejudique a publicidade das informações, limitando-se a questão debatida às partes, seus advogados, defensores públicos e Ministério Público (MARQUES; CAMBI, BRITO, 2021, p. 12).

Isso significa que toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada e explicada pela autoridade que a proferiu de forma clara, expressa e coerente, com a exposição das razões de fato e de direito que levaram ao convencimento quanto ao mérito ou à existência de óbices processuais que teriam impedido a análise da decisão, de modo que a atividade judiciária seja transparente, permitindo-se o seu controle, para que as partes e terceiros possam compreender a decisão e, se for o caso, impugná-la (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 73). Ou seja, no âmbito constitucional, o dever de motivação das decisões “é forma de controle popular sobre o exercício do poder que atende à garantia da segurança jurídica” (SOUZA NETTO *et al.*, 2021, p. 404).

Na realidade, a fundamentação da decisão acaba por ser uma garantia da própria justiça, por reproduzir o caminho lógico percorrido pelo magistrado para chegar à sua conclusão. Se a decisão, nesse caso, estiver eivada de erro, será muito fácil encontrar através dos fundamentos em que momento o juiz se desorientou (CALAMANDREI, 1971, p. 143).

> A legitimidade da atuação do Estado-juiz [...] decorre principalmente – dentre outras coisas – do dever que lhe é imposto de fundamentar as suas decisões (Constituição Federal, artigo 93, inciso IX). Em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, não se admite qualquer decisão judicial carente de fundamentação, pois é exatamente a fundamentação que servirá como verdadeira garantia do controle da atividade jurisdicional por todos, órgãos superiores e jurisdicionados. Trata-se de uma prestação de contas para toda a sociedade, de um pressuposto político do Estado Democrático de Direito que o magistrado enquanto representante do Estado deve seguir (AUILO, 2021, p. 22).

Além de possibilitar que da decisão se recorra, a fundamentação é meio de se evitar que o juiz decida com base em suas impressões pessoais, cometendo arbitrariedades. Ou seja, trata-se de um dever que busca romper com o paradigma do subjetivismo. Ademais, ao proferir decisão fundamentada, o juiz estará observando o dever de cooperar com as partes

(art. 6º do CPC/2015), evitando que sejam tolhidas de surpresa ao assegurar o prévio contraditório caso surjam fundamentos novos que possam influir no teor do julgamento (fato ou direito supervenientes, por exemplo), ou se forem constatadas nulidades absolutas, conforme estabelece o art. 10 do CPC/2015, que é norma fundamental do processo civil, a qual cuida do princípio da vedação às decisões surpresa (BRASIL, 2015, online).

Tradicionalmente, a doutrina encarava o dever de motivação das decisões como uma garantia das partes, que poderiam impugnar a apreciação judicial para ver seu direito reformado. Era apenas por isso que as leis processuais asseguravam a necessidade de fundamentação. Com o passar do tempo e o surgimento do Estado Democrático de Direito e da necessidade de o processo se pautar nos preceitos constitucionais, esse dever passou a ser dotado de uma *função política*, "cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 92, grifos dos autores).

> Por imposição constitucional, todas as decisões do Poder Judiciário têm de ser motivadas (art. 93, IX, CF). Ainda que nossa Constituição não previsse expressamente o dever de motivação, a exigência existiria como decorrência de nosso Estado Constitucional e, muito especialmente, do direito ao contraditório. A motivação é um parâmetro seguro para aferição da observância do direito ao contraditório, sem adequada fundamentação as decisões judiciais são inválidas. Um Código de Processo Civil dentro de um Estado Constitucional deve se preocupar em explicitar quais os critérios que devem ser observados para que se considere motivada uma decisão. Mais do que isso, deve levar em consideração os critérios que dimanam da própria Constituição para aferição da correção da motivação das decisões judiciais (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 41).

A fundamentação das decisões individualiza as normas aplicáveis ao caso que se discute, permite a qualificação jurídica dos fatos e indica as próprias consequências jurídicas decorrentes desses fatos, estando ligada à ideia de coerência e coordenação. Além disso, ela faz com que o juiz fique vinculado às provas produzidas, permitindo o conhecimento dos pontos que devem ser atacados na interposição de um eventual recurso, na propositura de uma ação rescisória ou na impetração de mandado de segurança pelas partes, sendo forma de se garantir a uniformização dos entendimentos dos tribunais. Do ponto de vista político, a motivação indica o grau de imparcialidade do juiz, da sua coerência e razoabilidade na prolação da decisão (AUILO, 2021, p. 80-81).

Ou seja, o dever de fundamentação se caracteriza como sendo uma garantia contra o arbítrio judicial, serve como garantia contra o subjetivismo, possibilita às partes que conheçam os fundamentos da decisão, é meio de impugnação e de controle do raciocínio juiz, e contribui para que haja maior grau de previsibilidade e segurança das normas jurídicas (CAMBI, 2020, p. 428-429).

Nesse diapasão, "*a motivação confere transparência à decisão judicial, permitindo um controle generalizado e difuso sobre o modo pelo qual o juiz administra a justiça*". Trata-se, pois, não de uma garantia exclusiva das partes ou de seus advogados, mas da própria opinião pública (BADARÓ, 2009, p. 60).

O dever de fundamentação das decisões é tão importante que não apenas o juiz como também o árbitro (que é considerado órgão jurisdicional), deve motivar clara e precisamente as suas decisões, conforme determina o artigo 26 da Lei de Arbitragem. Tal dever "decorre da própria concepção do *rule of law*, e sua imperiosidade é constitucional (AUILO, 2021, p. 40).

Outrossim, a fundamentação é algo que deve ser observado também por todos os demais sujeitos do processo (princípio da cooperação processual), o que acaba por permitir "uma tutela jurisdicional mais adequada, célere e efetiva, com distribuição da justiça e diminuição de processos e recursos que sejam meramente protelatórios". O dever de motivação é, pois, um efetivo instrumento de economia processual e de utilização e acionamento da máquina judiciária apenas nos casos em que realmente seja preciso um pronunciamento. Ou seja, trata-se de um mecanismo pautado nos preceitos constitucionais, apto a concretizar as finalidades do Estado Democrático de Direito (MARQUES; CAMBI; BRITO, 2021, p. 16).

Na verdade, as decisões judiciais devem ser bem fundamentadas para que os destinatários da justiça possam ter a real dimensão do sentido atribuído, pelo Judiciário, aos direitos discutidos no processo. Por essa razão, pode-se dizer que o dever de motivação exerce uma função endoprocessual, ao buscar convencer os litigantes das razões que geraram o convencimento do magistrado, o que facilita a impugnação da decisão por meio do recurso, uma vez que a parte sabe quais argumentos deve rebater, como já dito. Ao mesmo tempo, exerce uma função extraprocessual, por servir de mecanismo de controle democrático do exercício do poder, sendo dirigido à sociedade como um todo, que tem o direito de conhecer as razões da decisão para poder exercer a cidadania e o controle social do poder jurisdicional (CAMBI, 2020, p. 439).

Saliente-se, por oportuno, que o juiz pode fundamentar uma decisão de ofício, desde que ouça as partes previamente (já que são vedadas as decisões-surpresa, sob pena de anulação da sentença em caso de inobservância desse dever). A ausência de fundamentação, contudo, fere o princípio do contraditório.

Neste ponto é importante salientar que a partir do CPC/2015 e de um processo pautado nos preceitos constitucionais e na cooperação entre os sujeitos processuais, o direito ao contraditório deixou de ser destinado tão somente aos litigantes, envolvendo direta e igualmente também o juiz. E isso, por si só, demonstra o dever que o juiz tem em esclarecer suas decisões, que se manifesta e se materializa de modo concreto na observância do dever de fundamentação, deixando claro como formou o convencimento a respeito dos fatos, das provas e do direito envolvido. "Isso porque, se as partes pudessem alegar e provar livremente, mas o juiz estivesse desobrigado de considerar as provas e manifestações ao julgar, não se poderia falar em contraditório efetivo, senão em princípio a impor forma, sem conteúdo" (SIQUEIRA, 2018, online).

Por essa razão, deve o juiz fundamentar de forma completa a decisão que profere, sem fazer remissões ao alegado pelas partes, deixando claras as razões que o fizeram julgar daquela forma. É o que se verifica do art. 489, § 1º, do CPC/2015, que indica, de forma exemplificativa, quando a decisão (seja ela interlocutória, sentença ou acórdão), não é considerada fundamentada, sendo passível de nulidade:

> Art. 489 [...]§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 2015, online).

Com efeito, o que o art. 489,§ 1º, do CPC/2015 almeja é gerar um maior controle das decisões judiciais, sendo um dispositivo corolário da própria democracia (STRECK, 2017, p. 121). De acordo com o referido dispositivo, depreende-se que o legislador adotou o princípio da completude da motivação mitigado, ao estabelecer que não é considerada

motivada aquela decisão que não enfrente todos os argumentos trazidos no processo capazes de contribuir na conclusão adotada pelo magistrado (CAMBI, 2020, p. 426).

Todavia, de acordo com Cambi, esse princípio não exige que o julgador enfrente todos os fundamentos trazidos pelas partes. Quando um fundamento é suficiente para acolher o pedido ou para rejeitá-lo (com o julgamento da improcedência), não existe razão para que o magistrado analise os demais fundamentos jurídicos alegados pelas partes (2020, p. 428).

Isso significa que o juiz deve analisar todos os argumentos de fato e de direito que sejam objetivamente capazes de alterar o resultado da lide, indicando a conclusão e a interpretação a serem utilizadas, não precisando responder todas as questões suscitadas: as alegações irrelevantes e impertinentes devem ser afastadas. Se o magistrado se basear nas principais alegações, nas provas mais relevantes e no direito aplicado ao caso concreto, a decisão será suficientemente motivada (RODAS, 2015, online). Ademais, se houver motivo suficiente para proferir a decisão, o juiz pode julgar a lide de forma antecipada, conforme o art. 355, inc. I, do CPC/2015 (BRASIL, 2015, online).

> Para atender essa garantia constitucional e cumprir o objetivo político de controle das decisões judiciais, a motivação deve ser suficiente para que aquele que a analisa sinta que o juiz decidiu como decidiu, pois todos os fundamentos adotados assim o levariam a fazer [...] Busca-se que a decisão seja coerente, que reflita exatamente aquilo que retratado nos autos e que analise por completo todas as questões que tenham alguma relevância para a solução da demanda. Todas essas premissas garantem que seja realizado o controle do convencimento judicial – peça chave para que os fins da jurisdição sejam alcançados de forma certeira (AUILO, 2021, p. 22-23).

O dever de fundamentação das decisões é ainda mais complexo quando se problematiza o que é uma decisão suficientemente motivada. Não é possível dizer qual é a decisão correta sem se falar no problema do regresso ao infinito, já que motivar é um ato que pode ser feito indefinidamente, havendo uma série ilimitada de alegações que podem ser questionadas pelos litigantes (CAMBI, 2020, p. 428).

Nesse sentido, é impossível imaginar uma situação que seja bem fundamentada em todos os seus aspectos. Isso, porém, não retira a necessidade de motivação das decisões judiciais, de o juiz buscar racionalmente os melhores argumentos para por fim ao litígio. O dever de fundamentação é, assim, um mandamento de otimização ou um princípio que deve ser cumprido na melhor extensão possível, devendo “ser obedecido, no caso concreto, de acordo com a ponderação de outros valores em conflito (limites jurídicos) e das possibilidades

fáticas disponíveis (limites fáticos)". A fundamentação das decisões, pois, deve se pautar no conjunto dos fatos jurídicos pertinentes e relevantes para a solução do caso concreto (CAMBI, 2020, p. 428-429).

> *Se o contraditório significa dever de diálogo e tem por objetivo influir no convencimento judicial, então é evidente que a sua última expressão está na apreciação séria e detida, na motivação da decisão, dos fundamentos arguidos pelas partes em suas razões processuais.* É claro que isto não significa que o órgão jurisdicional está obrigado a rebater todos os *argumentos* levantados pelas partes [...] Significa, contudo, que o juiz tem o dever de analisar todos os *fundamentos* – isto é, todas as proposições que por si só podem determinar a procedência ou a improcedência do pedido – por elas sustentados em suas manifestações processuais. Vale dizer: o parâmetro para aferição da fundamentação de uma decisão, no Estado Constitucional, não é somente interno. *Não basta que nela conste o esquema lógico-jurídico pelo qual o juiz chegou às suas conclusões. O critério é também externo: a adequada motivação deve ser aferida também em função da atividade das partes* (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 128-129, grifos dos autores).

Com efeito, o dever de fundamentação é levado a sério quando o juiz motiva tanto as questões jurídicas, quanto e, principalmente, as questões fáticas. A motivação fictícia, na qual se omite a justificação da decisão sobre as questões fáticas, havendo abundante motivação das questões jurídicas, deve ser combatida. E o combate ao arbítrio judicial é feito evitando-se os discursos jurídicos pautados na íntima convicção, que se manifesta através das decisões sem qualquer motivação ou que possuam motivação fictícia (CAMBI, 2020, p. 424-425).

> É claro que deve o juiz necessariamente motivar sua decisão de forma racional, isto é, de forma encadeada e sem incorrer em qualquer contradição lógica. Para que a decisão possa ser considerada fundamentada no Estado Constitucional, contudo, haja vista especialmente os atuais contornos do direito ao contraditório e o dever de diálogo que este acarreta, o parâmetro da correção da decisão é também externo. Vale dizer: tem o juiz o dever de analisar, séria e detidamente, os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais. Isso não quer dizer, todavia, que o juiz deve analisar toda e qualquer proposição que a parte tenha levantado para defesa de sua posição jurídica em juízo. De modo nenhum. Deve analisar apenas os fundamentos, isto é, as proposições que por si sós podem levar à procedência ou à improcedência do pedido. Não tem o dever de analisar um a um os argumentos sustentados pelas partes. Fundamentos não se confundem com argumentos. Os argumentos são simples reforços retóricos realizados em torno dos fundamentos (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 42).

"A motivação devida no Estado Constitucional é aquela que justifica racionalmente a decisão tomada em efetivo diálogo com as posições jurídicas levantadas pelas partes" (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 42). De fato, as decisões judiciais devem se legitimar

socialmente. As decisões politicamente ultrajantes não substituem o julgador, mas geram o descrédito das instituições jurídicas e dos processos de aplicação do direito, o que é prejudicial para a sociedade, que fica menos coesa e também instável (CAMBI, 2020, p. 424).

Ressalte-se, por oportuno, que além de motivar a própria decisão judicial, o juiz deve também motivar a valoração da prova, indicando as razões de apreciar determinada prova daquela forma. Portanto, apesar de o ordenamento jurídico não indicar quais devem ser os limites do exercício da valoração probatória – a qual, no Estado Democrático de Direito não pode ser livre, sob pena de afronta aos ditames constitucionais – sabe-se que o convencimento judicial deve estar sujeito a critérios lógicos e racionais de controle da decisão. E isso é feito para que os critérios pessoais e íntimos do julgador fiquem reduzidos (CAMBI, 2020, p. 435).

Nesse sentido o juiz, ao analisar os fatos que sejam pertinentes e relevantes, cumpre uma dupla função: a de considerar provados os fatos que correspondam à história fática narrada nos autos e a de valorar esses mesmos fatos à luz do ordenamento jurídico, enquadrando-os aos princípios e às regras. Mas não basta saber se o fato é pertinente e relevante: o magistrado deve dizer por que considerou aquele fato daquela forma, não podendo utilizar seus conhecimentos pessoais para julgar a lide (exceto quando isso for permitido pela lei), sob pena de agir discricionariamente. Para que o dever de imparcialidade seja obedecido, o juiz não pode ter conhecimento prévio dos fatos controvertidos (CAMBI, 2020, p. 430-431). Ademais, para que se fundamente uma decisão, não é suficiente a mera representação do fato (por exemplo, uma foto falsa pode causar o mesmo estímulo visual que uma foto verdadeira). Por essa razão, o juiz deve qualificar como sendo correta determinada representação fática (CAMBI, 2020, p. 432).

Ou seja, por dever ser um sujeito processual imparcial, sem ter de satisfazer os interesses de qualquer das partes, o magistrado se vale de todos os argumentos possíveis para buscar a reconstrução verdadeira dos fatos controvertidos e, consequentemente, dar uma solução correta, justa e adequada para a controvérsia levada à sua análise. A função principal do juiz, pois, é indicar qual das diferentes narrativas dos fatos (versões fáticas hipotéticas) é a melhor. Isso não impede, porém, que construa uma outra (terceira) versão, caso nenhuma das narrativas alegadas pelas partes venha a lhe convencer. Isso tudo demonstra que o julgador deve se esforçar para que todos os elementos necessários venham ao processo, fazendo com que ele corresponda à realidade na medida do possível. Como já dito inúmeras vezes, o que o juiz busca “é a verdade processualmente objetivável, resultante das provas produzidas e

valoradas. Para fins processuais. verdadeiro equivale ao que foi provado, e falso, ao que não foi provado" (CAMBI, 2020, p. 156-157).

> A busca impessoal da verdade, pelo órgão judicial (art. 370 do NCPC), permite que o Judiciário exerça seu papel de guardião da Constituição, não se limitando o processo a um jogo de sofismas e de artimanhas, pois, se as limitações do conhecimento humano impedem o completo acesso à verdade dos fatos, esses obstáculos não implicam concluir que a verdade não deva ser perseguida ou que se possam considerar justas as decisões baseadas em fatos inteiramente dissociados da realidade da vida ou para legitimar qualquer reconstrução dos fatos juridicamente relevantes [...] O magistrado não se pode contentar com uma igualdade puramente formal, entre os litigantes, tendo o dever de, ao dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça [...] A boa-fé deve nortear a relação entre o juiz e as partes, impondo o dever recíproco de atuar dentro dos parâmetros éticos indispensáveis à resolução racional e pacífica dos conflitos (CAMBI, 2020, p. 466-467).

Com efeito, a narrativa processual a ser buscada pelo juiz é caracterizada pela reconstrução dos fatos considerados juridicamente relevantes e pertinentes para o julgamento do caso concreto. O advogado, por não possuir o dever de buscar a verdade, apresenta a narrativa mais persuasiva que defenda os interesses de seu cliente. Por esse motivo, sua narrativa deve ser boa, ainda que não seja verdadeira. E isso pode ser suficiente para se vencer a causa (especialmente, quando se trata de julgamento pelo Tribunal do Júri, no qual, como visto no primeiro capítulo, os jurados não precisam motivar a sua decisão, em razão da adoção do sistema da íntima convicção). Por outro lado, o juiz, diante do dever de imparcialidade, tem como função procurar a narrativa processualmente verdadeira, isto é, aquela que seja capaz de reconstruir de forma adequada o caso, ainda que não a transcreva de forma boa. Narrações boas, mas que sejam dotadas de enunciados falsos e fatos privados de suporte probatório acarretam decisões equivocadas, viciadas e injustas. "O ideal é que o juiz produza narrações boas e verdadeiras, mas, se não conseguir narrativas boas, deve, pelo menos, esforçar-se para que sejam verdadeiras" (CAMBI, 2020, p. 432-433).

O magistrado, ao decidir a causa e aplicar o direito ao caso concreto, deve levar em consideração regras, princípios, valores e fatos. Como uma norma pode ter vários significados ao ser interpretada e ao se determinar o significado objetivo de seu texto, ele opera uma decisão, construindo e aplicando a norma particular ao caso analisado. O produto disso é a norma jurídica. Para chegar a ela, o juiz parte de um problema trazido pelas partes, mas que também encontra no julgador uma "pré-compreensão" tanto da realidade existencial como do texto a ser interpretado (CAMBI, 2020, p. 433-434).

Para Cambi, pois, “sustentar que o art. 93, IX, da CF/1988 deva ser entendido como princípio é determinar a sua aplicação na medida do possível”, o que permite contornar o problema do regresso ao infinito, evitando um processo interminável de argumentação (uma vez que sempre podem surgir novas informações e melhores alegações). Isso demonstra que não há uma única decisão correta, mas que é preciso traçar uma linha-limite (2020, p. 437), sob pena de desobediência a outros princípios constitucionais (como o da duração razoável do processo, por exemplo).

> A fundamentação das decisões judiciais é ponto central em que se apoia o processo civil do Estado Constitucional e constitui o parâmetro mais fiel da reta observância do direito ao contraditório como dever ao diálogo no processo. A bem acabada densificação de seus contornos na legislação infraconstitucional é uma das tarefas fundamentais dentro de um processo realmente preocupado com a sua qualificação como justo (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 128).

Conforme Cambi, pois, a motivação adequada é aquela que possui justificativas suficientes sobre as questões de fato e de direito, sendo baseada em bons argumentos não apenas para o próprio juiz que profere a decisão, mas para todos aqueles que posteriormente possam valorar as razões do convencimento judicial. O bom juiz é aquele que consegue persuadir a comunidade jurídica, indicando bons fundamentos em suas decisões depois de considerar os pontos relevantes para a solução do caso levado à sua análise, aplicando o mesmo entendimento a casos correlatos (CAMBI, 2020, p. 437-438).

Deve-se ter sempre em mente, nesse sentido, que o juiz, ao interpretar a lei, não realiza um mero pronunciamento, estando envolvidas na sua atividade as responsabilidades pessoal, moral e política (CAMBI, 2020, p. 440). Não há neutralidade nas suas decisões: o que se busca é a imparcialidade. O Estado Democrático de Direito impõe que o juiz motive suas decisões combatendo a sua íntima convicção. Quando a motivação se constitui de argumentos racionais, a própria motivação justifica a decisão, não precisando o magistrado convencer as partes ou a opinião pública de seu “acerto” (CAMBI, 2020, p. 417).

> De fato, se a jurisdição somente atua mediante o devido processo constitucional e se o processo é procedimento que se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, fundamentar a decisão jurisdicional é justificar o órgão estatal julgador, no processo, as razões pelas quais a decisão foi proferida. A justificação assim desenvolvida pelo órgão julgador, porém, não pode ser abstrata, desordenada, desvairada, ilógica, irracional, discricionária ou arbitrária, formulada ao influxo das ideologias, do particular sentimento de justiça, do livre espírito de equidade, do prudente arbítrio ou das convicções pessoais do agente público

> julgador, marginalizando as questões e os argumentos posicionados pelas partes no processo, porque o julgador não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui o monopólio do saber (DIAS, 2012, p. 132).

Desse modo, para que se obedeça ao princípio e garantia constitucional de fundamentação das decisões, devem ser propostas diretrizes de caráter objetivo, o que se aplica também na atividade da valoração da prova, que deve ser igualmente lógica e racional (CAMBI, 2020, p. 435).

Para Rafael Auilo, não há como se pensar num modelo-ótimo de valoração da prova que esteja de modo efetivo em conformidade com as funções da jurisdição sem que haja, em contrapartida, uma liberdade garantida ao juiz no momento de análise da prova. No entanto, mesmo sendo necessária essa liberdade, ela acaba por ser limitada pela legislação, seja por opção de política legislativa (como os casos em que o CPC/2015 define expressamente o valor da prova, fazendo uso do sistema da prova legal de forma excepcional), seja em atenção à necessidade de se buscar uma maior racionalidade nos pronunciamentos judiciais em atenção ao devido processo legal – trata-se da garantia e dever de fundamentação das decisões (AUILO, 2021, p. 129).

> Não se quer, claro, simplesmente dizer que *vale tudo*. Não se defende que a prova pericial pode ser rechaçada sem qualquer fundamento. Em verdade, nem ela, nem qualquer outro elemento pode ser aceito ou rechaçado sem fundamento. Todos devem ser analisados *conjuntamente* e *de forma racional*. É claro que a prova pericial, por ser uma prova técnica, é mais objetiva e, por isso, tem maior possibilidade de convencer o magistrado do que uma prova de cunho subjetivo, como é o caso de depoimentos pessoais e testemunhais. Isso, contudo, não significa que uma seja mais importante que a outra [...] pode-se citar o exemplo do exame de DNA. Embora exista uma tendência a supervalorizar esse tipo de prova pericial, principalmente em razão da sua reconhecida probabilidade de acerto (algo próximo de 99,97%), trata-se de elemento que deve ser analisado em conjunto com as demais provas constantes dos autos [...] e não como uma prova que resolve toda e qualquer questão [...] a possibilidade de ocorrência do erro humano também deve ser levada em consideração quando da análise do exame de DNA (AUILO, 2021, p. 51-52, grifos do autor).

Nesse sentido, o exemplo do DNA corrobora que, no sistema da persuasão racional, o juiz não está limitado ao exame pericial, tendo a liberdade (e também o dever) de analisar o conjunto probatório para exarar a sua decisão, uma vez que não se trata de “um mero homologador de provas – muito menos de laudos periciais” (AUILO, 2021, p. 53).

> [...] o dever de fundamentar de forma completa uma decisão é o maior trunfo racional e instituto garantidor de um controle externo de qualidade e acerto dele (juiz) no momento do julgamento das questões que lhe são colocadas, sendo pressuposto inarredável do controle do exercício da função jurisdicional [...] A liberdade trazida pelo sistema do livre-convencimento motivado possibilita uma maior personalização na entrega da tutela jurisdicional e, por conseguinte, melhores chances de realização de justiça no caso concreto. Por outro lado, uma maior liberdade abre espaço também para possíveis arbitrariedades [...] e a fundamentação da decisão judicial serve exatamente como parâmetro de análise de possíveis arbitrariedades que devem ser sempre repelidas, sob pena de se ofender justamente a concepção de busca da justiça (AUILO, 2021, p. 79).

Com efeito, a partir do CPC/2015 não existe mais espaço para que se pense numa concepção de livre convencimento judicial, não podendo permanecer os verbetes cristalizados pelos códigos processuais anteriores (a partir do novo *codex,* o correto é se falar em sistema da persuasão racional, expressão a que esta pesquisa melhor se filia). Ressalte-se, porém, que "isso não decorre de uma mudança do sistema de valoração probatória, mas, sim, em virtude de uma regulação mais minuciosa do dever de fundamentação das decisões judiciais" (WILD, 2018, p. 133).

Mesmo sendo um dever, porém, isso não significa que a fundamentação das decisões venha sendo estritamente observada pelo Poder Judiciário, que através de seus juízes e tribunais consegue contornar a determinação constitucional. De fato, uma decisão mal elaborada não corresponde apenas àquela pautada na subjetividade explícita. A prolação de decisões com falsas fundamentações e manipulação do discurso é uma prática bastante corriqueira pelos magistrados, que muitas vezes decidem antes mesmo de apreciar as provas constantes dos autos, elegendo um determinado argumento e adotando ele como formador do seu convencimento, deixando de analisar as demais alegações igualmente importantes. Trata-se de uma discricionariedade camuflada. Não há, assim, uma fundamentação completa, pautada em todos os elementos de prova constantes dos autos. E esse não era o intuito do constituinte, ao positivar o princípio, dever e direito fundamental a decisões judiciais devidamente motivadas.

Por conta disso, vem-se discutindo a necessidade de se passar a adotar o dever de *completude* da motivação, com a adoção também das noções de coerência e integridade do direito, o que passa a ser analisado a seguir.

3.2. A necessidade do dever de completude da motivação das decisões e da observância das noções de coerência e integridade do Direito

Como visto, o dever de motivação limita os poderes do juiz, impondo que siga o princípio da legalidade, agindo conforme a norma a fim de que os direitos fundamentais sejam protegidos. Tal dever também tutela o jurisdicionado, uma vez que resguarda a garantia de que os litigantes compreendam as razões que formaram o convencimento judicial na análise do seu caso. A consequência natural deste processo é que as decisões proferidas precisam ser conhecidas, para que às partes seja possível conhecer e analisar se a decisão foi adequada (podendo, inclusive, dela discordar, através dos meios recursais).

A publicização da fundamentação, pois, "confere efetividade à Constituição no que diz respeito à fiscalização dos atos jurisdicionais", sendo "resposta ao anseio social pela efetivação do Estado Democrático de Direito" (SOUZA NETTO *et al.*, 2021, p. 409). "Fato é que, para os Estados de Direito contemporâneos, refutadores do modelo de juiz livre e não motivador, exige-se a justificação das decisões judiciais" (CAMARGO, 2019, p. 103).

> [...] o CPC/2015 manteve a tradição relativa ao *princípio da autoridade* e, também, a liberdade de valoração das provas mas, na linha do que boa parcela da doutrina já vinha assinalando, procedimentalizou os direitos-garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e de fundamentação das decisões judiciárias com vistas a combater a arbitrariedade na eleição de elementos probatórios capazes de propiciar uma aparência (capa) de racionalidade à juízos formulados *a priori*, apostando, nesse sentido, na motivação como elemento de controle das decisões judiciais. Destarte, ainda que os avanços sejam significativos, o CPC/2015 não avançou no sentido de destrinchar a problemática relativa à *epistemologia* da prova [...] Especialmente sua *primeira inferência* remanesce inteiramente nas mãos do julgador a despeito do grande salto qualitativo no sentido de melhor explicitar essa construção no caso concreto (WILD, 2018, p. 133, grifos do autor).

No dia a dia forense, é comum encontrar decisões que não analisam de forma adequada todas as provas produzidas nos autos, bem como sentenças que aparentemente se mostram motivadas, mas que se pautam em um convencimento que apenas indica a hipótese fática que se tornou vencedora e que foi considerada para a resolução do caso, deixando de ser indicados os motivos que levaram à escolha judicial, bem como a justificativa para que as demais hipóteses não fossem utilizadas. Esses tipos de decisão, apesar de externamente parecerem estar de acordo com um processo constitucionalizado, não se coadunam, de fato, a ele, pois não observam o correto dever de esclarecimento e fundamentação. Isso porque o

juiz, ao decidir, “não pode deixar de demonstrar também que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram, sob pena de violação ao princípio do contraditório e da igualdade processual” (SIQUEIRA, 2018, online).

> A despeito do *novo*, o *livre* convencimento vem mantendo seus antigos espaços nos repositórios dos Tribunais em uma aparente linha de continuidade com o CPC/1973, mantendo-se o *clichê* de que *o juiz não está obrigado a enfrentar todos os argumentos expedidos pelas partes.* O fenômeno soa estranho porque são várias as garantias constitucionais reguladas [...] que não sofrem maiores resistências aparentes (veja-se, por exemplo, a “gratuidade de justiça”, a “publicidade”, a “razoável duração do processo”, a “inafastabilidade do Poder Judiciário”, etc.). Aliás, em uma perspectiva histórica, pode-se colher que mesmo na vigência do CPC/1973, várias dessas garantias já vinham sendo objeto de regulação legislativa, inclusive com construções jurisprudenciais tendentes inclusive a lhes conferir maior eficácia possível. Poder-se-ia questionar, portanto, as razões pelas quais a procedimentalização de garantias como o contraditório e da fundamentação não estariam obtendo idêntica densidade na vigência do CPC/2015 ou, em outras palavras, como o *livre convencimento* estaria sendo usado para minar (diluir) tais garantias (WILD, 2018, p. 137-138, grifos do autor).

De fato, o juiz não pode eleger apenas parte da prova para embasar o pronunciamento judicial, ou mencionar de forma genérica que determinada prova não é apta a indicar o direito da parte. O dever de motivação não serve para demonstrar uma escolha, mas sim para justificar de forma completa porque foi feita aquela determinada escolha. É por meio do dever de esclarecimento, observado em sua completude, que as partes irão verificar se o conteúdo de determinada prova foi efetivamente valorado. Por essa razão é que a fundamentação necessária em um processo cooperativo não se resume unicamente a um discurso retórico/persuasivo, devendo o juiz avaliar todo o conjunto probatório dos autos, por completo, indicando as razões que sustentam racionalmente sua conclusão (SIQUEIRA, 2018, online).

Como dito ao longo deste capítulo, a fundamentação deve se pautar nas questões de fato e de direito que sejam principais. Além, pois, de analisar a norma, o magistrado deve examinar de forma pormenorizada os fatos e as provas, indicando os motivos de atribuir maior ou menor relevância para cada um deles, discriminando também as premissas – sejam elas filosóficas, morais, ideológicas ou políticas – que se utilizou para a solução da lide levada à sua apreciação. Na verdade, para Auilo, o art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, estabelece o *dever de completude* da motivação, que estabelece que o juiz deve trilhar um caminho rigoroso no ato da motivação, buscando a maior profundidade e completude possível da decisão. Ou seja, cada alegação trazida pelas partes deve vir acompanhada das razões do

magistrado para julgar daquela forma, relacionando isso com o acervo probatório dos autos. No mesmo sentido, quando um fato for considerado não provado, deve haver uma fundamentação que indique o que faltou para que ele fosse considerado verdadeiro ou falso (2021, p. 81-82, grifo do autor).

Para tanto, no que diz respeito às questões de fato, o juiz deve analisar se existe ligação entre a prova produzida e a alegação fática, verificando a própria credibilidade da prova. Se não houver essa credibilidade (por exemplo, uma testemunha que se contradiz a todo momento, ou um perito que não demonstra possuir os conhecimentos técnicos no tema analisado), o juiz deve indicar isso, salientando os elementos que o levaram a tal conclusão. Ainda, no que concerne às questões de direito, precisa apontar qual norma jurídica é aplicável ao caso, quais os efeitos disso, se há colisão entre normas etc. Ou seja, nada pode deixar de ser verificado, devendo a decisão ser completa na análise dos argumentos, fatos e provas (AUILO, 2021, p. 82-83).

Isso é necessário porque cada fato e alegação são considerados relevantes para a solução da lide, devendo ser objeto de prova a fim de que o magistrado possa estabelecer a relação existente entre eles de forma racional, o que o permitirá concluir quais hipóteses fáticas estão provadas ou sobre quais existem provas mais convergentes ou divergentes (AUILO, 2021, p. 90).

A valoração contextual da prova se mostra ainda mais patente quando houver divergência com relação à veracidade ou não de um determinado fato ou alegação, uma vez que “cada prova pode ser mais ou menos crível, pode estabelecer uma relação maior ou menor com a ocorrência ou não ocorrência do fato”. Nesses casos, a função do magistrado é a de indicar o valor de cada uma dessas provas, realizando confrontos e combinações possíveis para observar se entre as versões narradas existe alguma que tenha maior grau de probabilidade (AUILO, 2021, p. 91).

> O principal fundamento de ordem jurídica (e não política) em favor da adoção de um sistema de livre apreciação advém da natural conclusão de que o órgão julgador, para julgar, deve realizar uma análise global e contextual da prova e não uma análise estanque ou matemática dos elementos trazidos até ele. Impor ao órgão julgador a obediência a valores pré-fixados de prova equivaleria a aprisioná-lo a regras previamente definidas por quem sequer está em contato com o caso, transformando-o em verdadeira máquina de fazer contas, o que não condiz com a sua posição de intérprete e aplicador da norma (AUILO, 2021, p. 77).

No entanto, o dever de completude da fundamentação das decisões, aliado à necessidade de se valorar a prova de forma contextual, não é muito bem recebido pelos tribunais, que não costumam apreciar todas as questões trazidas no processo, principalmente quando entendem que determinada alegação não seria suficiente para formar seu convencimento (AUILO, 2021, p. 89). Há, inclusive, nesse sentido, precedente do STF no sentido de que o dever de motivação das decisões judiciais não exige que a decisão analise de forma pormenorizada cada uma das alegações ou provas produzidas pelas partes (STF, Pleno, RG na QO no AI n. 791-292-PE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/06/2010, DJE 13/08/2010) (BRASIL, 2010, online).

> [...] a existência do dever de completude não é suficiente para o aprimoramento *per se* da motivação das decisões jurisdicionais. Ao contrário, além da necessária aplicação de outros institutos aqui explicados ou mesmo propostos, a própria observação ao referido dever – o que aqui é rogado aos órgãos julgadores – deve vir acompanhada invariavelmente de uma verdadeira mudança de paradigma e conscientização por parte daquele que julga, sob pena de inúmeras decisões jurisdicionais continuarem a vir a ser proferidas de forma lacônica, sem a devida fundamentação, a despeito do que a própria novel legislação processual já prevê como dever do juiz. Nesse diapasão, é importante que inclusive órgãos jurisdicionais revisores estejam atentos para ceifar eventuais decisões que não estejam de acordo com o dever de completude (seja anulando, seja julgando a causa quando em condições para tanto e quando for possível suprir a referida nulidade) (AUILO, 2021, p. 83-84).

"É a motivação que controla a razão do juiz, norteando e delimitando a discricionariedade que lhe é inerente" (SOUZA NETTO *et al.*, 2021, p. 40). É, pois, atentatória ao dever de plenitude da motivação a conduta de o magistrado meramente indicar – de forma parcial e superficial – as provas que confirmam e corroboram a sua conclusão, desprezando os demais elementos de prova constantes dos autos. Isso, por si só, já é suficiente para que se alegue a nulidade do pronunciamento judicial (SIQUEIRA, 2018, online).

De acordo com Teresa Arruda Alvim, o juiz até pode julgar procedente uma ação com base no depoimento de uma única testemunha, mesmo havendo outras três testemunhas com depoimento contrário. Para que esse convencimento judicial seja válido, no entanto, deve esclarecer e fundamentar – com base em critérios lógicos e racionais – o motivo de ter aceito aquele testemunho em detrimento das demais versões narradas por ele recusadas (2002, p. 74).

Essa postura de observância do dever de completude da fundamentação das decisões é uma garantia tanto para as partes (que encontrarão a justificativa para a concessão ou não do

direito, gerando uma melhor conformação do resultado da lide, o que influi diretamente no número de recursos impetrados), quanto para o juiz (que ao motivar a decisão de forma completa fica livre de qualquer arguição de arbítrio ou parcialidade). Aliás, isso gera garantia também para o Estado, que verá a lei sendo aplicada de forma correta na solução da controvérsia, conforme o quanto almejado pelo constituinte (SIQUEIRA, 2018, online).

> O dever de esclarecimento, portanto, decorrente do modelo de processo cooperativo, impõe que todas as provas produzidas pelas partes sejam analisadas e, principalmente, consideradas pelo juiz no momento da sua decisão, por meio da fundamentação. Se as partes produziram as provas, mas o juiz não demonstra que as considerou em seu pronunciamento, a decisão será nula por ofensa ao contraditório e vício de fundamentação. Ou seja, o magistrado não pode julgar com base em uma determinada prova sem deixar claro o porquê de ter optado por esta e não pelas outras (SIQUEIRA, 2018, online).

Logo, em um processo constitucionalizado, a decisão judicial deve ser oriunda de uma valoração das provas, e consequentemente, da formação de um convencimento, pautados na racionalidade e na argumentação. O magistrado deve esclarecer as razões pelas quais os argumentos e as provas de ambas as partes são aceitos ou não. Ou seja, “as razões que fundaram o convencimento do juiz a respeito da prova devem constar da fundamentação da sentença, sob pena de violação ao dever de esclarecimento” (SIQUEIRA, 2018, online).

> E, por favor, nem se alegue que em face do princípio da razoável duração do processo (igualmente constitucional), a fundamentação deverá ser limitada ao ponto de afastar a incidência da novata legislação, permanecendo o velho paradigma de fundamentação "*à la carte*". Em eventual conflito entre as duas normas [...] deverá prevalecer aquela que imponha transparência nas decisões judiciais e ajude a controlar e extirpar do ordenamento jurídico situações de arbítrios e discricionariedades, porquanto de nada adianta falar em acesso à justiça se as alegações colocadas na mesa simplesmente não são apreciadas fundamentadamente [...] Por que resistir ao efeito transparência a não ser para esconder os excessos ou omissões e fugir de um eventual controle? [...] Se antes não tínhamos dispositivo legal no sentido de enfrentamento de todas as teses — o que era desnecessário dada a força normativa constitucional —, agora temos o artigo 489, inciso IV, do NCPC. No entanto, ao que se revela, desculpas das mais esfarrapadas estão vindo à tona para deixar de lado esse avanço (CARDOSO JÚNIOR, 2015, online).

Controlar as decisões judiciais está de acordo com as premissas de um Estado Democrático de Direito, e não implica proibição de interpretar. Partindo da ideia de que interpretar é dar sentido, fica fácil pensar que alguns juízes acreditem que tal atividade pode se fundar em estados de experiências interiores e pessoais. No entanto, isso seria imaginar que

o direito é aquilo que o intérprete quer que seja, o que está completamente equivocado. Há quem acredite que a fundamentação é apenas uma roupagem para justificar o posicionamento adotado por determinado julgador, que forma seu convencimento judicial antes mesmo de trilhar o caminho para tanto. E essas questões são todas relevantes e pertinentes na medida em que decisões arbitrárias, pautadas no livre convencimento, em nada refletem os valores democráticos, apesar de exteriormente se mostrarem corretas por estarem sob o manto da falsa fundamentação (SOUZA NETTO *et al.*, 2021, p. 400).

O grande problema está, pois, em determinar como ocorre e quais devem ser os limites de uma decisão judicial (2017, p. 102). Deve-se ter em mente que controlar as decisões judiciais não significa a diminuição do papel da jurisdição constitucional, uma vez que esse mesmo controle deve também ser feito com relação às atividades dos demais poderes (Legislativo e Executivo). De fato, o Estado Democrático de Direito deve ser encarado como uma conquista, um paradigma a partir do qual o direito deve ser compreendido e aplicado. Em razão de o direito possuir uma dimensão interpretativa, há, em contrapartida, *o dever de se atribuir às práticas jurídicas o melhor sentido possível.* A integridade e a coerência, nesse ponto, surgem para garantir a melhor interpretação possível. Com efeito, "*a jurisdição constitucional deve se constituir na garantia daquilo que é o cerne do pacto constituinte de 1988.* Entretanto, isso não depende (e não pode depender) da visão particularista de juízes ou Tribunais", dependendo, em verdade, do "sentimento constitucional" (STRECK, 2017, p. 124-125, grifos do autor).

Neste ponto, é importante ressaltar que grande parte da doutrina entende que a interpretação – e aplicação – do direito depende de um sujeito cognoscente: o juiz. É por isso que para a hermenêutica não se deve procurar o sentido abstrato das palavras e conceitos, mas sim se colocar na condição concreta do ser humano que compreende (STRECK, 2017, p. 47). Na verdade, ao estar ligada ao dever de motivação das decisões, a hermenêutica atua como cápsula protetora contra decisionismos e arbitrariedades (SOUZA NETTO *et al.*, 2021, p. 411).

De fato, o intérprete deve se situar no campo da lei, não sendo admitida uma interpretação criadora, à margem da lei ou a despeito dela (REALE, 2002, p. 284). Isso porque o direito "é sempre uma prescrição ou imperativo, e não uma simples indicação que possa ou não ser atendida, a critério exclusivo dos interessados" (REALE, 2002, p. 295).

O que caracteriza o pensamento jurídico contemporâneo, porém, é a luta contra todas as espécies de formalismo, uma vez que atualmente se reconhece que a plena compreensão do

direito somente é possível de modo concreto e dinâmico, o que é algo comum da vida humana (REALE, 2002, p. 91). O direito moderno não está preocupado com as normas – como estava a Escola da Exegese – nem tanto com o comportamento dos magistrados, mas sim com o discurso e o raciocínio jurídicos (CAMBI, 2020, p. 154).

> [...] o que determinará a verdade ou a falsidade de um enunciado linguístico não será a sua essência, mas o processo argumentativo utilizado para chegar até ele. Assim, a responsabilidade dos juízes se transforma, cada vez mais, na responsabilidade de fundamentar as suas decisões, sendo que elas não dependem tanto da linguagem empregada pelo texto (textualismo), tampouco da virtude do juiz (realismo), mas principalmente dos limites do raciocínio judicial (CAMBI, 2020, p. 157).

Neste ponto, Streck defende a necessidade de se por fim a qualquer resquício de liberdade, com o fortalecimento de uma "fundamentação da fundamentação", que significa a aplicação radical do art. 93, IX, da CF/1988. De acordo com o estudioso, uma decisão mal fundamentada (aqui compreendidas as sentenças contraditórias, obscuras ou omissas) não pode jamais ser sanada por embargos, estando eivada de uma inconstitucionalidade que a torna nula – já que a fundamentação das decisões é um direito fundamental, pautada no dever de ser dada ao jurisdicionado uma resposta adequadamente motivada na Constituição. E o próprio CPC/2015 reiterou isso, ao trazer também o dever de fundamentação das decisões em seu art. 489, indicando no § 1º quando uma decisão é considerada não fundamentada (STRECK, 2017, p. 120).

> [...] a exigência de fundamentação, singelamente posta no art. 93, IX, da CF/1988, não existe por uma razão simplesmente instrumental. Exigem-se decisões judiciais fundamentadas para assim conquistarmos um melhora no funcionamento da democracia. A fundamentação das decisões é em si mesma um valor democrático, compondo o núcleo daquilo que pode ser nomeado como democracia normativa. Independente de fazê-la funcionar de forma mais eficiente (do ponto de vista econômico da produção) ou não, a exigência de fundamentação representa uma exigência insuperável, sob pena de se dar à democracia uma conformação meramente nominal, princípio que parece ser garantido de forma prática junto ao disposto nos arts. 489, 926 e 927 do novo diploma (OLIVEIRA; MESSIAS, 2017, online).

Além disso, o CPC/2015, em seu art. 926, indica quando uma decisão é tida como fundamentada, ao dispor que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente" (BRASIL, 2015, online). Ou seja, em casos parecidos, deve-se garantir a aplicação de princípios de forma isonômica, o que deve ser buscado em uma

democracia pautada numa Constituição compromissária (STRECK, 2017, p. 101). E isso deve ser entendido como uma exigência democrática e jurídica, e não uma mera idealização. Deve-se levar o texto constitucional a sério. Por isso mesmo é tão importante a atividade de interpretação (STRECK, 2017, p. 122).

> [...] tanto em Gadamer como em Dworkin é possível *distinguir boas e más decisões* (pré-juízos autênticos/legítimos e inautênticos/ilegítimos) que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e o direito a um tratamento igualitário, *os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior*, que decorre da integridade nas decisões que proferem [...] Esse é o papel da doutrina em um país democrático [...] trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmáticas a partir da *obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente*. Numa palavra: a resposta correta (*adequada à Constituição e não à consciência do intérprete*) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc* [...] Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição (STRECK, 2017, p. 119-120, grifos do autor).

Apesar de esse não ser o recorte teórico pretendido pelo presente trabalho, e de não ser possível se aprofundar nos estudos de Ronald Dworkin sobre coerência e integridade do direito justamente por não ser esta a finalidade da pesquisa, é preciso que sejam tecidas algumas breves considerações sobre tais conceitos, a fim de que se possa minimamente entender melhor sobre o que correspondem. E Lenio Streck, estudioso das pesquisas de Dworkin, explica isso de modo muito simples e didático, razão pela qual se passa a expor o que o jurista diz sobre a temática.

De acordo com Streck, haverá *coerência* se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados em uma determinada decisão forem também aplicados para os casos semelhantes, tendo a mesma consideração e tratamento por parte do Poder Judiciário. Ou seja, a *coerência* significa "jogo limpo", na medida em que assegura a igualdade de apreciação e de tratamento de casos idênticos. Isso não significa, porém, que consista apenas no dever de cada nova decisão seguir o que foi decidido anteriormente num caso parecido. Trata-se de algo mais profundo, uma vez que exige a consistência do pronunciamento judicial com a moralidade política (STRECK, 2016, online, grifos do autor).

Já a *integridade* é duplamente composta (o que já era defendido por Dworkin): trata-se de um princípio legislativo que pede aos legisladores que o conjunto de leis seja o mais coerente possível, ao mesmo tempo em que é um princípio jurisdicional que demanda que a lei seja vista como coerente nesse sentido, o que exige dos juízes a construção de

argumentos de forma integrada ao conjunto do direito e a partir da *força normativa* da Constituição, o que, consequentemente, constitui uma garantia contra arbitrariedades interpretativas e atitudes solipsistas-voluntaristas. Assim, a "integridade é antitética ao voluntarismo, ao ativismo e à discricionariedade" (2017, p. 101, grifos do autor), sendo uma virtude política a ser adotada por estar ligada à coerência principiológica existente na lei, na Constituição Federal e na jurisprudência. Ou seja, por mais que o juiz não goste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela advenha, não pode quebrar a integridade do Direito, julgando com um "grau zero de sentido". Logo, a integridade consiste em "tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do Direito um 'jogo limpo'" (STRECK, 2016, online).

> A ideia nuclear da coerência e da integridade é *a concretização da igualdade*, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana [...] Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o drible da vaca hermenêutico* na causa ou no recurso, do tipo "seguindo minha consciência, decido de outro modo". O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento (lembremos do artigo 10 do CPC) que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva "porque quer" (ou porque sim) (STRECK, 2016, online, grifos do autor).

Isso não significa, porém, que os deveres de coerência e integridade sejam sinônimos de segurança jurídica. Trata-se, na verdade, de um vetor principiológico pelo qual todo o sistema jurídico deve ser lido e interpretado. Assim, em qualquer decisão fundamentada, deve também ser respeitada a coerência e a integridade do direito – o que deve ser observado tanto por um juiz de primeiro grau, quanto pelos tribunais, que devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente. É exatamente a adoção desse conjunto íntegro e coerente de princípios que fará com que seja extirpado o livre convencimento, uma vez que a coerência e a integridade não são compatíveis com o voluntarismo judicial. Aliás, "*o dever de fundamentação previsto no art. 93, IX da CF e a coerência e a integridade já por si impediriam o livre convencimento"* (STRECK, 2016, online, grifo do autor).

Dito em outras palavras, uma decisão judicial íntegra e coerente é aquela que irá respeitar o "direito fundamental do cidadão frente ao poder público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador", consolidando o direito – também fundamental – a uma resposta adequada aos preceitos constitucionais, pilares esses que sustentam a própria integridade (STRECK, 2016, online).

> [...] a Constituição diz que a fundamentação é condição de possibilidade de uma decisão ser válida. Mais do que isso, esse dever de fundamentação coloca uma pá de cal sobre antigos entendimentos de que uma decisão poderia ser dada por livre convencimento, desde que esse fosse "motivado" [...] É/seria a morte da Teoria do Direito e do Direito Processual, porque a decisão ficaria refém da (boa ou má) vontade (de poder) do julgador. Se isso é/fosse verdade, o processo seria inútil. E tudo se transforma(ria) em argumentos finalísticos-teleológicos. O processo seria apenas um instrumento ou algo que coloca uma flambagem em escolhas discricionárias, quando não arbitrárias [...] processo é condição de possibilidade. E, nele, a fundamentação da decisão é condição da democracia. Fechando o cerco sobre velhos adágios e serôdias teses, o legislador do CPC estabeleceu algumas blindagens contra a subinterpretação do artigo 93, IX, da CF: os artigos 10 (proibição de não surpresa), 371 (fim do livre convencimento), 489 (os diversos incisos que trazem uma verdadeira criteriologia para decidir) e o 926 (que estabelece a obrigatoriedade de a jurisprudência ser estável, íntegra e coerente) (STRECK, 2016, online).

Neste ponto, e apenas a título elucidativo – já que não se trata da problemática central da presente pesquisa – é interessante indicar o que Dworkin dispõe acerca do juiz Hércules e da necessidade de se decidir com base numa teoria do romance em cadeia.

Como visto de maneira breve no tópico 2.3 deste trabalho, o juiz Hércules corresponde a um juiz ideal, que interpreta o ordenamento jurídico como um todo para proferir suas decisões. Na verdade, trata-se de um profissional que busca a justificação da decisão a partir de uma construção, ou como propriamente indicado por Dworkin, a partir de um romance em cadeia. Nessa construção, cada juiz que decide é responsável por escrever um capítulo, observando aqueles capítulos já escritos por outros autores (ou seja, outros magistrados), para que com isso possa estabelecer uma adequação, o que não necessariamente corresponde a uma tarefa fácil, uma vez que a história/interpretação que o juiz pretende contar nem sempre é compatível com as outras histórias já contadas. A teoria do romance em cadeia, na verdade, foi uma metáfora criada para ilustrar como se dá o desenvolvimento do processo interpretativo. O direito, enquanto integridade, exige que o magistrado interprete e decida a partir da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, buscando a melhor fundamentação jurídica aplicável ao caso concreto, de modo que haja coerência com as decisões passadas, formando-se então uma cadeia de decisões íntegras e coerentes (PRIEBE; SPENGLER, 2020, p. 386).

> Na ideia teórica da integridade, Dworkin percebe a construção da prática jurídica como a elaboração de um romance em cadeia, na qual o juiz figura, igualmente, como autor e como crítico. A tarefa [...] pressupõe que cada romancista pretenda criar apenas um romance a partir do material que recebeu [...] como se fosse obra de um único autor [...] Talvez o maior problema que encontrará o romancista em cadeia diga respeito às suas pré-concepções e ao ajustamento com os capítulos anteriores, pois não será possível perder de vista o respeito ao texto e não lhe é facultado se

> afastar dele [...] Para ser bem-sucedido nesta tarefa, deve o juiz, primeiramente, ler os capítulos anteriores, tentando entender a trama central que norteia o romance. Ao escrever um novo capítulo, deve tentar manter a coerência ao enredo já desenvolvido por seus antecessores. Pela noção do "romance em cadeia", o Juiz, ao decidir, deveria considerar os princípios e valores adotados pelos precedentes judiciais já estabelecidos nos julgamentos que lhe antecederam, buscando decidir de uma forma harmônica com o sistema jurídico vigente e com a sua história (STAATS; MORAIS, 2016, p. 09).

Trata-se de um juiz que não se limita ao texto legal para decidir, pautando seu convencimento também na cadeia de romances a que sua decisão fará parte (PRIEBE; SPENGLER, 2020, p. 394). Cada decisão judicial, pois, corresponde a uma nova etapa do desenvolvimento da política. Por isso mesmo é que deve haver uma coerência entre as etapas, não podendo ser abandonado o que já foi decidido anteriormente sem que haja uma forte justificativa para tanto (STAATS; MORAIS, 2016, p. 10), o que acaba por reduzir a possibilidade de ocorrência de discricionariedades (PRIEBE; SPENGLER, 2020, p. 394).

Feitas essas breves considerações, é preciso que também se analise o próprio exercício de aplicação e interpretação do direito:

> O termo "aplicação do direito" reserva-se [...] à forma de aplicação feita por força da competência de que se acha investido um órgão, ou autoridade. O juiz aplica o Direito porquanto age, não como homem comum, mas como membro do Poder Judiciário [...] A aplicação do Direito é a imposição de uma diretriz como decorrência da competência legal. Mas, para aplicar o Direito, o órgão do Estado precisa, antes, interpretá-lo. A aplicação é um modo de exercício que está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis. Antes da aplicação não pode deixar de haver interpretação, mesmo quando a norma legal é clara, pois a clareza só pode ser reconhecida graças ao ato interpretativo. Ademais, é óbvio que só se aplica bem o Direito quem o interpreta bem. Por outro lado, se reconhecermos que a lei tem lacunas, é necessário preencher tais vazios, a fim de que se possa dar sempre uma resposta jurídica, favorável ou contrária, a quem se encontre ao desamparo da lei expressa. Esse processo de preenchimento das lacunas chama-se *integração do direito* (REALE, 2002, p. 295-296, grifo do autor).

Para Streck, filosoficamente, é impossível que se decida sem qualquer vinculação anterior, uma vez que a própria crítica hermenêutica do direito – a hermenêutica jurídica discute a discricionariedade, buscando evitar o subjetivismo com a fundamentação da decisão e a correta escolha da prova, o que acaba por ser o tema central do presente trabalho – indica que não há como o julgador ficar totalmente livre de pré-compreensões transmitidas pela tradição (2017, p. 36).

Isso porque o direito, diferentemente das demais ciências, “não tem nem pode ter uma postura meramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um dever ser e fazê-lo valer nas situações concretas”. Por isso mesmo é que os ideais positivistas de objetividade e neutralidade não são passíveis de serem realizados. Na verdade, o direito tem a “pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um dado, mas uma criação. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa” (BARROSO, 2001, p. 22).

Ressalte-se, neste ponto, que as decisões judiciais só se legitimam quando observam posturas teóricas procedimentalistas e substancialistas, de acordo com os preceitos constitucionais. A tensão entre jurisdição e democracia é aparente, posto que aos magistrados falta legitimidade democrática por não serem escolhidos pelo povo. O processo, por sua vez, deve ser encarado como um ambiente democrático cujas decisões não decorrem apenas do juiz, mas também do empenho dos demais sujeitos processuais (partes e seus advogados), que participam e contribuem na construção do provimento jurisdicional (SOUSA; DELFINO, 2015, online).

E em razão de o processo não ser produto de uma única pessoa (o juiz, que no Estado Democrático de Direito deve atuar o mais objetivamente possível, sem dar margem para o cometimento de abusos e discricionariedades), a atividade de interpretar e aplicar o direito deve também ser pautada em critérios racionais, o que reafirma a necessidade de um dever de motivação completo:

> [...] como direito é linguagem vertida em texto e todo texto demanda interpretação, a importância da fundamentação está em que nela o juiz deve demonstrar que decidiu juridicamente, e não por pressões externas ou mesmo com base no seu autossenso de justiça. Esse dever é ainda mais sensível no contexto da aplicação de princípios e de normas abertas (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados). Além do dever de debate ser sempre devido diante da necessidade de oportunizar a participação efetiva das partes na reconstrução do sentido normativo das proposições jurídicas, esse campo dos princípios e normas abertas é terreno fecundo para toda sorte de voluntarismos, subjetivismos, discricionariedades e autoritarismos, razão pela qual a imposição de uma fundamentação exauriente e analítica representa imprescindível mecanismo de controle e contenção do poder de julgar (SOUSA; DELFINO, 2015, online).

O juiz, enquanto intérprete que subsume a lei ao caso concreto, na busca da pacificação social, exerce a atividade de analisar o dispositivo legal e de captar o seu pleno

valor expressional. Como a lei é uma declaração da vontade do legislador, deve ser, na medida do possível (conforme o momento histórico-cultural que se vive e as particularidades de cada caso), reproduzida com exatidão e fidelidade. Para tanto, muitas vezes é preciso que o juiz entenda o exato sentido de um vocábulo ou do valor das proposições do ponto de vista sintático. A lei é, pois, uma realidade morfológica e sintática que deve ser estudada primeiramente do ponto de vista gramatical. O juiz enquanto intérprete deve percorrer um caminho na busca de encontrar o sentido rigoroso da norma legal, a qual deve ter seu significado e alcance definidos não pelo arbítrio imaginoso do julgador, mas sim pelo exame imparcial do texto. Após essa perquirição filológica, deve ser realizado um exercício lógico, uma vez que nenhuma norma está solta, separada das demais. O juiz, pois, interpreta "as leis segundo seus valores linguísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema". Essa atividade de compreensão de um preceito, correlacionando-o com as demais normas que com ele se articulam logicamente, é chamada de *interpretação lógico-sistemática* (REALE, 2002, p. 279, grifo do autor).

Assim, apesar de o direito ser vivenciado no dia a dia por todos os indivíduos e grupos nas suas mais diversas relações jurídicas, é certo que a aplicação dessa ciência assume um sentido técnico especial quando a execução da lei é feita por uma autoridade incumbida a tanto, seja ela judicial ou mesmo administrativa. E essa atividade de aplicação do direito dentro do processo, pelo juiz, vai envolver a adequação de uma norma jurídica a um ou mais fatos particulares. É aí que surge o cerne da atividade jurisdicional: a função primordial do magistrado é verificar a adequação (ou inadequação) entre uma regra abstrata e um fato concreto, a fim de ser dada uma resposta à lide levada a sua análise. Isso demonstra que a aplicação do direito não se reduz a uma questão de lógica formal, sendo, na verdade, algo bem mais complexo que envolve fatores lógicos, axiológicos e fáticos, os quais se interligam "segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, à luz dos fatos e de sua prova". De acordo com Miguel Reale, porém, a norma não fica antes, nem o fato vem depois no exercício do raciocínio judicial, que coteja ambos e os afere repetidamente para formar a convicção, raiz da decisão jurídica (2002, p. 300-302).

> Interpretação é argumentação. Por isso, podem ser estabelecidos três círculos hermenêuticos a serem considerados na interpretação jurídica: a) a relação entre a pré-compreensão e o texto: as peculiaridades cosmovitais e a experiência profissional do intérprete influenciam na interpretação; isto permite que, mediante a argumentação jurídica, o intérprete dê uma contribuição produtiva e crítica à aplicação jurídica, tendo como parâmetro o texto da norma e as regras de metodologia jurídica; b) a relação entre a parte e o todo: o intérprete, fundado na

> argumentação sistemática, deve procurar solução hermenêutica em conformidade com a unidade e a coerência do sistema jurídico; c) a relação entre a norma e os fatos, pois a norma é geral e abstrata, enquanto os fatos são concretos e individuais (CAMBI, 2020, p. 151).

Saliente-se, por oportuno, que o dever de fundamentação das decisões e a necessidade de respeito à integridade e coerência no ato de interpretar e aplicar o direito, de nenhuma forma, acarretam violação à independência dos juízes, uma vez que:

> Isso só seria possível se considerássemos que ela significa desprezo à responsabilidade política inerente à judicatura, como se julgadores estivessem autorizados a decidir com desprezo à integridade e à coerência, seguindo unicamente seus critérios pessoais de justiça. Independência não é (ao menos não exclusiva e nem primordialmente) garantia do juiz, mas do jurisdicionado, que, com ela, tem assegurado que sua causa será decidida com base no direito, sem ceder a qualquer tipo de pressão externa (como da opinião pública [...] da moral, da religião, da economia etc.) nem ao seu próprio subjetivismo. Por isso que compelir o juiz a respeitar o contraditório e a fundamentação das decisões em seus perfis de materialidade constitucional é afirmar, jamais negar, a independência do juiz (SOUSA; DELFINO, 2015, online).

Conforme Streck (2017, p. 36), mesmo sendo necessária uma fundamentação da fundamentação, existe uma contradição entre permitir que o juiz valore livremente a prova "sem qualquer elemento que vincule o seu convencimento *a priori*", estabelecendo, porém e ao mesmo tempo, que indique os motivos de seu convencimento, uma vez que:

> [...] se não há elemento *a priori* que vincule o juiz, não há como exigir a indicação dos motivos. Se reconhecermos o dever de motivar a valoração, isso imporia certos constrangimentos ao juiz na hora de valorar a prova. Ademais, não são todos os motivos que são juridicamente válidos para justificar/legitimar uma avaliação judicial da prova, como o sorteio com uma roleta entre uma série de opções interpretativas, apoiar a versão do autor se o seu time de futebol ganhou [...] entre muitas opções absurdas [...] Ademais, se não há nenhum elemento *a priori* que vincule a decisão do juiz, ele não precisaria "motivar" a sua convicção, já que ele pode livremente escolher como irá decidir. A motivação vira apenas uma formalidade desnecessária (STRECK, 2017, p. 36-37).

Por essa razão mesmo é que não se pode mais falar em livre convencimento, mesmo que motivado. Porque se for livre, não terá de seguir nenhum parâmetro, nem mesmo o dever de motivação das decisões. Por isso, mais uma vez, reitera-se que o mais correto, a partir do CPC/2015, é se falar numa persuasão racional na valoração das provas, sem arestas

para que se fale em qualquer liberdade – e consequentemente, sem arestas para que seja possível o cometimento de arbitrariedades no exercício do convencimento judicial.

> [...] a legitimidade da decisão judicial depende da coerência dos critérios utilizados pelo julgador e, portanto, a ponderação dos argumentos se insere em um procedimento racional [...] quanto melhor é a estrutura da fundamentação de uma classe de declarações, tanto mais coerente é essa classe de declarações. Uma fundamentação jurídica que nem sequer implicitamente esteja relacionada a um sistema é uma fundamentação ad hoc. Ao não satisfazer os postulados da universalidade e da generalidade, não satisfaz as exigências elementares de justiça. [...] A fundamentação exige, de um lado, o desenvolvimento de raciocínio tão coerente quanto possível e, de outro, pede um processo de argumentação tão racional quanto possível, voltado à formação de um consenso racional. Na fundamentação das regras do discurso jurídico, uma norma somente pode encontrar consentimento universal quando as consequências de sua observância geral, para a satisfação dos interesses de cada um, podem ser aceitas por todos (CAMBI, 2020, p. 567).

De todo o exposto até aqui, depreende-se que não é qualquer decisão que deve ser aceita socialmente. Determinar a intenção do legislador é um imperativo de ordem jurídica e política, a fim de que o processo constitucional seja viável (o que está de acordo também com o princípio da separação dos poderes) e de que haja uma interpretação na qual o Judiciário não invada a esfera de competência do Legislativo (REALE, 2002, p. 280).

Deve-se ter em mente que a busca pela concretização dos direitos fundamentais não pode ser tal a ponto de transformar juízes em legisladores. De fato, o pronunciamento judicial deve ser legítimo, não podendo o juiz se esconder atrás da suposta neutralidade da norma. Por isso mesmo é que deve haver uma completa fundamentação da decisão. Mas esse dever de motivação, mesmo sendo observado em sua completude, não é suficiente para que se ponha fim aos subjetivismos ainda existentes. “Por isso, para além de princípios e regras, deve haver uma teoria da argumentação jurídica, na qual seja possível buscar uma decisão racionalmente fundamentada” (CAMBI, 2020, p. 439-440), tema que passa a ser melhor analisado a seguir.

3.3. Aplicação da teoria da argumentação jurídica na apreciação das provas e a busca pelo "juiz Hermes"

Como visto até o momento, quando o magistrado decide, ele não pode pautar seu convencimento a partir de sua subjetividade, decidindo com base em traumas pessoais. A interpretação e aplicação do direito ao caso concreto devem partir dos princípios constitucionais, em particular o dever (de completude) da motivação das decisões judiciais, que funciona como forma de blindagem às arbitrariedades e decisionismos (SOUZA NETTO *et al.*, 2021, p. 403).

E quanto à necessidade de racionalidade e correção das decisões judiciais, a teoria da argumentação jurídica é um instrumento do neoconstitucionalismo que busca concretizar tais deveres, não se confundindo, porém, com a retórica (SMJ, 2020, online). Na verdade, trata-se de um tipo de interpretação constitucional pautado numa concepção pós-positivista, que tem como base a qualificação das regras e a sua distinção com relação aos princípios. De acordo com essa teoria, o direito não pode ser estudado como um produto acabado, criado pela ação legislativa, devendo, na realidade, ser encarado como um processo no qual se chega à decisão judicial, o qual deve se basear em uma ótica racional do conjunto de ideias que o compõem para oferecer respostas aos aplicadores do direito. E isso é feito não apenas mediante a análise dos aspectos jurídicos tradicionais, mas também das informações de outras ciências, tais como a Filosofia Política, Sociologia, Teoria da Linguagem, etc. Os princípios, nesta teoria, ocupam lugar de destaque, sendo considerados normas fundamentais de todo o ordenamento jurídico, por possibilitarem a concretização da norma constitucional (DORICO, 2013, online).

> Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mesmo mordazes, tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta de riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas [...] De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer a atenção de filósofos e juristas [...] deixa, porém, de ser mera técnica verbal, para se apresentar também sob a forma de Lógica da Persuasão, implicando trabalhos práticos da linguagem falada e escrita como um instrumento indispensável (REALE, 2002, p. 88-89).

De acordo com Dinamarco, o magistrado, ao estar "inserido nas estruturas estatais do exercício do poder (...) é legítimo canal através de que o universo axiológico da

sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas", determinando a evolução do conteúdo das normas na Constituição existentes (2002, p. 46-47). O grande problema, na verdade, reside no fato de o CPC/2015 trazer ao longo de seu texto orientações restritivas (indicando o que magistrado não deve fazer), mas não dizer o que e como fazer (SMJ, 2020, online). Por esse motivo é que se faz necessário estudar uma teoria da argumentação jurídica.

E vários foram os estudiosos que se prontificaram a desenvolvê-la, partindo cada qual de diferentes vertentes para chegar a um mesmo fim. Alexy e Maccormick foram os principais estudiosos da argumentação jurídica, e pensaram basicamente a mesma ideia, no mesmo momento histórico, porém em locais distintos (SMJ, 2020, online).

Maccormick, por exemplo, elaborou uma teoria da argumentação jurídica fundada na coerência como sendo o dever de todo discurso jurídico (PAULO; CORRÊA, 2021, p. 238), por impor um constrangimento real e importante aos magistrados (MACCORMICK, 2008, p. 265).

> Assim, coerência deve ser buscada para a garantia de uma forma de vida satisfatória, e não como um mero sistema autorreferente à uma certa racionalidade [...] Há um dever jurídico e moral de demonstrar que as decisões decorrem do direito preexistente ou que, mesmo diante de uma situação absolutamente inédita, os fundamentos usados para a solução de casos estão em sintonia com princípios gerais aceitos pela comunidade. Essa exigência, por sua vez, conecta-se com os ideais de igualdade de tratamento e de universalização dos fundamentos da decisão [...] o papel da coerência é o de dar racionalidade à interpretação e aplicação do direito ao "delimitar" as respostas justificadas aceitáveis, tanto nos casos de clara aplicação, quanto nos casos problemas (PAULO; CORRÊA, 2021, p. 239-240).

Em seus estudos, Maccormick utilizou como pressuposto o fato de que qualquer pessoa racional e honesta pode divergir, desde que haja argumentos racionalmente justificáveis. Logo, a argumentação jurídica não engessa o juiz, mas permite que ele decida de forma racional e dialógica. Na verdade, para o estudioso, não se pode dizer que um único modelo argumentativo seja o ideal, uma vez que isso seria dizer que existe uma única resposta correta. Há outros modelos metodológicos que geram outras decisões igualmente corretas. O que deve haver é uma racionalidade na escolha do modelo metodológico a ser usado pelo magistrado. A argumentação jurídica, pois, trabalha com a questão da carga argumentativa, que vai ser maior ou menor a depender da necessidade de se construir uma justificação ou não. Por exemplo, se para decidir o juiz invoca a razoabilidade ou valores, a carga

argumentativa dele é enorme, porque ele deve justificar o que é a razoabilidade naquele caso de forma pormenorizada. Se a argumentação/justificação é defeituosa, haverá abuso no direito de fundamentar, o que significa que o juiz atuou de forma arbitrária, fazendo uso de sua opinião pessoal, o que torna a decisão ilegítima (SMJ, 2020, online).

Robert Alexy, por sua vez, considerado um dos principais estudiosos da teoria da argumentação jurídica, faz uso dos conceitos argumentativos da pretensão de correção e da chamada justificação externa (PAULO; CORRÊA, 2021, p. 238). Para ele, a existência e a eficácia dos fatos dependem diretamente da argumentação jurídica, uma vez que não são encontrados prontos. O magistrado, pois, deve decidir quais argumentos são relevantes e pertinentes para a solução do caso levado à sua análise, baseando sua decisão em parâmetros axiológicos oferecidos pelos princípios e regras jurídicas, com a escolha dos eventos que estejam nas esferas de interesses tutelados pelo ordenamento jurídico (CAMBI, 2020, p. 422).

> [...] tanto regra quanto princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2011b, p. 87).

Na argumentação jurídica alexyana, ainda, os discursos jurídicos se relacionam com a justificação interna e com a justificação externa. Na justificação interna, que cuida do controle lógico da decisão, será observado se foram respeitadas as formas predeterminadas. Ou seja, ela busca deixar claras as premissas que devem ser externamente justificadas, evitando-se que fiquem escondidas as razões nas quais a decisão foi fundamentada e que podem ser objeto de impugnação e críticas pelas partes litigantes. Por essa razão, a justificação interna impõe que o magistrado recorra às regras gerais, contribuindo para a uniformização, a segurança jurídica e a justiça da decisão. Por sua vez, a justificação externa está ligada à dimensão social da decisão, e se baseia na argumentação empírica, na interpretação, na dogmática, no uso dos precedentes judiciais e na argumentação geral prática (CAMBI, 2020, p. 440-441).

> Em síntese, na argumentação jurídica, pode-se fazer distinção entre a justificação interna e externa. A primeira se preocupa com a disciplina das regras e a autoridade (competência) da autoridade interpretativa [...] A justificação externa, por sua vez, não diz respeito aos princípios lógico-dedutivos, preocupando-se com a aceitabilidade racional, que é a aceitabilidade das premissas da justificação interna. Logo, está voltada ao problema da correção ou da justeza da decisão; a partir de

> pontos de vista teleológicos, morais, políticos ou outros, os quais compõem a aceitabilidade racional do ato decisório (CAMBI, 2020, p. 441).

Em outras palavras, e conforme Alexy, a argumentação jurídica deve ser exercida a fim de que sejam dadas decisões judiciais melhores, mais aceitáveis e corretas, devendo para tanto estarem pautadas num discurso racional. Assim, toda decisão/discurso jurídico que seja devidamente fundamentado, terá tanto uma justificação interna (é verificar se a decisão seguiu de forma lógica as premissas da fundamentação), quanto uma justificação externa (é verificar a correção da decisão para além da argumentação e do direito positivo, dando-se enfoque também para as premissas do raciocínio, a sua validade e a coerência da interpretação). Dentro da justificação externa, os principais argumentos a serem seguidos são o do uso de precedentes e o da interpretação (2011b, p. 210-241). Tais argumentos, ao serem aplicados na decisão, acabam por reduzir a possibilidade de que subjetivismos e arbitrariedades sejam cometidos (PAULO; CORRÊA, 2021, p. 242).

Isso demonstra a especial importância do uso de precedentes em sua teoria, os quais podem "conduzir discursivamente a fundamentação de respostas jurídicas coerentes a casos práticos em um movimento de identificação do sentido do direito" (PAULO; CORRÊA, 2021, p. 243). De fato, o uso de precedentes gera tamanha força que, se um litigante pretende afastar a incidência de seu enunciado, deve, para tanto, indicar fortes razões de não aplicação, uma vez que "uma decisão judicial que aspira coerência e racionalidade e, com isso, satisfação da pretensão de correção, não pode desprezar o conjunto das decisões anteriormente dadas pelos tribunais" (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 222).

Conforme Alexy, pois, negar a relação entre a racionalidade discursiva e jurídica é uma contradição performativa (2011b, 317), uma vez que em toda decisão judicial válida se espera que o direito seja aplicado corretamente, o que é uma pretensão à própria justiça. Logo, em todo discurso jurídico válido, deve ser formulada necessariamente uma pretensão de correção (ALEXY, 2011a, p. 48-83).

Segundo Gavião Filho, a pretensão da correção da decisão "se refere a se o ordenamento jurídico vigente é justo ou racional". Isso significa que o conteúdo da decisão deve estar ligado a um ordenamento jurídico válido, estando de acordo com os casos pretéritos, de forma que o discurso esteja pautado na autoridade e institucionalidade do sistema jurídico – isso principalmente nos casos fáceis e claros, uma vez que nos casos

difíceis (*hard cases*), são necessárias valorações adicionais, sistemáticas e transpositivas (2011, p. 160-161, grifo nosso).

Assim, quanto mais fundamentações normativas mútuas um sistema jurídico contém, mais coerente ele é, sendo a sua validade sustentada pela comunidade. Da mesma forma, quanto mais casos práticos estiverem acobertados por esse sistema jurídico, mais coerente ele será (ALEXY, 2007, p. 126-128).

> Visando evitar subjetivismos voluntaristas, a teoria do discurso sustenta: a) que quem afirma algo deve ter uma pretensão de verdade ou de correção; b) a pretensão de verdade ou de correção implica uma pretensão de fundamentação; c) a pretensão de fundamentação exige um dever prima facie de fundamentar o afirmado: quem afirma que sua assertiva é verdadeira ou correta, também sustenta que os demais argumentos considerados não são capazes de infirmar a referida assertiva (afinal, a boa interpretação não deve apenas adaptar-se, mas também justificar (fundamentar) a prática que interpreta); d) as pretensões de igualdade de direitos, não violência e universalidade se formulam com fundamentações [...] Logo, a teoria do discurso revela-se como um meio adequado e necessário para a compreensão teórica da argumentação jurídica (CAMBI, 2020, p. 154-155).

Em sua teoria, ainda, Alexy salienta que todo enunciado dogmático colocado em dúvida deve ser fundamentado por meio do emprego de pelo menos um argumento prático do tipo geral. Assim, todo enunciado dogmático deve passar por uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito, quanto em sentido amplo. Se os argumentos dogmáticos são possíveis, eles devem ser então usados pelo juiz na decisão (2011b, p. 292).

Com efeito, a teoria da decisão tem trabalhado com a dicotomia do contexto da descoberta (interpretação) e o contexto da justificação (é externalizar o contexto da descoberta). Para Alexy é mais interessante um juiz corrupto que decida racionalmente do que um juiz honesto que não decide de forma racional e que possui um alto grau de subjetividade. O que importa é a legitimidade argumentativa, se a decisão é ou não passível de controle – como o juiz não é eleito, a argumentação é o meio de controle da decisão. Assim, a racionalidade para a argumentação jurídica é sinônimo de controlabilidade pela audiência, pelos atores processuais, pela sociedade. A argumentação jurídica traz estabilidade para o sistema, pois ela forma precedentes a serem seguidos em casos semelhantes, impondo que a mesma forma de argumentar seja aplicada nesses casos (SMJ, 2020, online).

Uma decisão mal fundamentada em tese não deixa de ser decisão, mas é uma decisão ilegítima, por não ter seguido critérios de racionalidade. A decisão, pois, tem que ser racional e passível de controle; existem pressupostos que precisam ser observados pelo magistrado no

ato de decidir. Uma argumentação defeituosa gera o abuso do direito de fundamentar, não há legitimidade daquele que julga nesse caso. A teoria da argumentação jurídica defende, então, que deve haver uma imparcialidade argumentativa. Isso significa que casos iguais devem ser decididos de forma igual, e casos que tenham um sinal específico de diferença podem ser decididos de forma diferente, desde que haja a justificação e indicação de qual é essa diferença. Não se exige só a fundamentação, deve haver a enunciação do sinal característico. A imparcialidade argumentativa garante uma estabilidade no sistema (SMJ, 2020, online).

Com efeito, nos tempos primitivos, a garantia da aplicação do direito era a força das armas, fazendo-se uso da violência privada se necessário. Com o passar do tempo, essa segurança de aplicação da ciência jurídica passou a ser oriunda de recursos unicamente verbais (ou linguísticos). Os argumentos jurídicos, pois, acabaram se tornando os instrumentos de persuasão para convencer o juiz no ato decisório. Por essa razão a segurança jurídica é, na contemporaneidade, encarada como um valor irrenunciável, uma vez que gera estabilidade (as decisões não podem ser alteradas de forma discricionária), bem como previsibilidade (ao impor certeza e calculabilidade por parte dos cidadãos aos efeitos jurídicos dos atos normativos, o que acarreta em confiança no ordenamento jurídico) (CAMBI, 2020, p. 441-442).

> A segurança jurídica é um instrumento de realização dos valores da liberdade, da igualdade e da dignidade: i) da liberdade, pois quanto maior é o acesso material e intelectual do cidadão às normas que deve obedecer, maior serão as condições para que possa conceber o seu presente e planejar o seu futuro; ii) de igualdade, pois quanto mais gerais e abstratas forem as normas, e mais uniformemente forem aplicadas, tanto maior será o tratamento isonômico entre os cidadãos; iii) de dignidade, porque quanto mais acessíveis e estáveis forem as normas, bem como mais justificadamente forem aplicadas, melhor será o tratamento do cidadão como ser capaz de definir-se autonomamente. A insegurança jurídica gerada pela instabilidade nas decisões judiciais é um estímulo às aventuras processuais e até mesmo ao abuso do direito processual, além de significar um fator que inibe à observância do cumprimento espontâneo das obrigações no plano do direito material (CAMBI, 2020, p. 442).

Na verdade, garantir a segurança jurídica por meio de decisões pautadas em juízos racionais de correção é uma pré-condição da própria legitimidade do exercício do poder. Para que seja válida, pois, a decisão deve ser correta e completamente motivada, estando pautada em uma ordem jurídica que seja também formalmente válida, racional e justa. Uma decisão motivada a partir de uma lei incorreta ou irracional, mesmo que seja válida no plano formal, é falha e inválida, porque nega a racionalidade e a justiça. Por exemplo, se uma pessoa

desempregada é condenada à prisão pela contravenção penal de vadiagem (art. 59 do Decreto-lei 3.688/1941), ainda que a decisão esteja fundada em lei formalmente válida, não é correta, pois a lei é injusta, contrariando a dignidade humana. Assim, existem valores éticos, políticos e jurídicos que estão além das regras do direito e que lhe prestam legitimidade, os quais devem ser respeitados pelos magistrados (CAMBI, 2020, p. 442-443).

Nesse sentido, sabe-se que a norma jurídica deve ser compreendida não apenas no texto, como também – e principalmente – no ato. O "direito vivente" é fruto mais da argumentação jurídica, da interpretação do ordenamento necessária à concretização dos direitos, do que das normas em si consideradas. A tradição, assim, acaba sendo um mero ponto de partida para que as decisões judiciais sejam legitimadas. De fato, um argumento até então aceito por determinada comunidade não pode deixar de ser aplicado sem que haja uma justificativa, um motivo válido para que haja a sua substituição por outro argumento considerado melhor (CAMBI, 2020, p. 443-444).

A teoria da argumentação jurídica defende, pois, a existência de uma metafundamentação, que corresponde ao dever de o juiz explicar em sua decisão o que foi feito do ponto de vista metodológico; é explicar a justificação, o modelo de argumentação por ele adotado na decisão. Ela, ainda, fala especificamente para a teoria da decisão judicial trazer à luz os desvios, os problemas que existem, os vícios e vieses. Por exemplo, o efeito flash deve ser evitado (é o juiz, a título elucidativo, ver que a testemunha está mal vestida, sentada com uma postura errada na cadeira, e já ter uma propensão a decidir de uma determinada forma; ou, por exemplo, a testemunha ser parecida com a avó do julgador e ele automaticamente assumir uma empatia por ela, considerando verdade tudo o que for por ela narrado) (SMJ, 2020, online).

Disso tudo, verifica-se que a teoria da argumentação jurídica, ao se fundamentar nas regras do discurso (teoria do discurso), é uma teoria processual de correção prática, a qual, contudo, está limitada a uma série de condições ligadas à "sujeição às leis, aos precedentes judiciais, à dogmática jurídica e às limitações impostas pelas regras de ordem processual". Uma norma será correta e válida quando possa ser o resultado de um discurso prático que seja racional e objetivo, preocupado com a correção de afirmações normativas (CAMBI, 2020, p. 444-445). A partir a argumentação jurídica, a própria ideia de livre convencimento precisa ser repensada, uma vez que o convencimento precisa ser racionalmente motivado (SMJ, 2020, online).

Com efeito, uma crítica dirigida aos juízes quando buscam efetivar direitos fundamentais e sociais ou controlar políticas públicas, é o da credibilidade das fontes de informação que usam para decidir. Sabe-se que as teorias normativas dos direitos fundamentais têm falta de rigor e de saber, por abordarem problemas complexos, com a utilização de termos vagos e imprecisos (CAMBI, 2020, p. 449), o que pode acabar gerando problemas ligados à discricionariedade.

Para Streck, o CPC/2015, ao mesmo tempo em que retira o livre convencimento, acaba por possuir uma série de contradições, permitindo, por exemplo, a ponderação como metodologia decisória no seu art. 489, § 2º. Esse uso descriterioso de princípios, que se tornam "álibis persuasivos", acabam por fortalecer o protagonismo judicial. Expressões como "ponderação de valores, mandados de otimização, razoabilidadade e proporcionalidade, justa medida, decido conforme a minha consciência", possuem um poder de violência simbólica muito grande. Nesse sentido, as decisões que se justificam na razoabilidade (com ou sem ponderação de valores) precisam ser extremamente cuidadosas, posto que tal argumento serve de instrumento para a prática de discricionariedades na maioria dos casos. Na verdade, o uso do sopesamento pode dar diversas respostas a casos semelhantes. Por esses motivos é que se deve ter muita cautela na utilização dos princípios e da atividade de ponderação para decidir (STRECK, 2017, p. 57-59).

Ou seja, para o estudioso, a abertura do ordenamento jurídico para a aplicação de princípios, e o uso deles de forma desmedida para a formação do convencimento judicial, servindo de fundamento para as decisões, apenas perpetua o solipsismo. Conforme Ana Paula de Barcellos *apud* Streck, "a ponderação é metodologicamente inconsistente, enseja excessiva subjetividade e não dispõe de mecanismos que previnam o arbítrio" (2017, p. 59).

No mesmo sentido, e de acordo com Daniel Sarmento, o uso desmedido dos princípios acaba gerando decisionismos e a possibilidade de os juízes negligenciarem o dever de fundamentar de forma racional as suas decisões, sob as vestes do politicamente correto. "Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras 'varinhas de condão': com eles, o julgador consegue fazer quase tudo o que quiser" (2006, p. 199-200). Na verdade, a proporcionalidade, a razoabilidade, a dignidade humana e a boa-fé são varas de condão modernas. E o direito não deve ser usado como vara de condão (SMJ, 2020, online).

> [...] *na teoria da argumentação tudo acaba em subsunção.* Aliás, quando no Brasil se usa a ponderação, na realidade, se faz a partir da aplicação direta da proporcionalidade. Quando isso acontece – e não é difícil perceber isso – a proporcionalidade, que deveria ser um princípio, acaba sendo aplicada como se fosse uma regra [...] a proporcionalidade somente tem sentido se entendida como "garantia de equanimidade". Ou seja, a proporcionalidade – admitindo-se-a *ad argumentandum tantum* – não é (e não pode ser) sinônimo de equidade. Fora disso, o "princípio" da proporcionalidade se torna um irmão siamês do livre convencimento, ambos *frutos do casamento do positivismo jurídico com a filosofia da consciência* (STRECK, 2017, p. 61, grifos do autor).

De acordo com Zufelato, o paradigma legalista do século XIX, com o passar dos tempos, perdeu sua força para as teorias que sustentam um novo perfil de fontes do direito, as quais desenvolvem um conteúdo mais aberto das normas jurídicas. Esse fenômeno, apesar de não ter sido iniciado no Brasil, recebeu inúmeros adeptos e teóricos que aderiram à força normativa dos princípios. Apesar de não haver uma uniformidade no tratamento doutrinário sobre o tema das regras e princípios, é nítido que no novo perfil das fontes de direito as normas abertas e de conteúdo moldável possuem efetividade plena. A própria Constituição passou a ser encarada como um *sistema aberto de norma,* com eficácia plena, o que repercutiu diretamente na teoria moderna dos direitos fundamentais e sua força concretizada, passando a incidir em todas as ramificações do direito, sendo visível de forma bastante intensa no direito processual (2012, p. 136, grifo do autor).

> [...] com o advento da "era dos princípios constitucionais" – consequência não apenas do surgimento de novos textos constitucionais, mas, fundamentalmente, decorrentes de uma revolução paradigmática ocorrida no direito –, parcela considerável da comunidade jurídica optou por os considerar como um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como "suporte dos valores da sociedade" [...] As consequências todos conhecemos: sob o pretexto de os juízes não serem mais a boca da lei, os princípios passaram a ser a "era da abertura interpretativa", a "era da criação judiciária"... Em decorrência, estabeleceu-se um verdadeiro "estado de natureza hermenêutico", que redundou em uma fortíssima e dura reação do *establishment* jurídico-dogmático: mudanças legislativas introduzindo, cada vez com mais força, mecanismos vinculatórios [...] isso não é uma peculiaridade do pensamento jurídico brasileiro, podendo também ser notado em várias manifestações teóricas do direito comparado (STRECK, 2017, p. 109, grifo do autor).

Para Lenio Streck, apesar de o papel dos princípios ser o de dar significado ao precedente ou à regra, através da reconstrução de um determinado caso (STRECK, 2017, p. 124), é incompatível com a democracia uma Constituição que conceda a possibilidade de aplicação de princípios ao mesmo tempo em que autoriza o magistrado a buscar onde lhe convier as fontes para complementar a lei. É como se a própria Constituição permitisse ser

complementada por qualquer aplicador, o que desobedece aos princípios democráticos, ao possibilitar a ocorrência de ativismos que geram decisionismos. Isso autorizaria que fossem construídos princípios que substituíssem os dispositivos constitucionais, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito (2017, p. 55).

> A aplicação direta de princípios para solução de casos concretos choca-se com sua natureza prospectiva e exigência de complementariedade, justamente dada pelas regras. As regras, devidamente alocadas dentro do ordenamento jurídico possuem função clara, sendo que haverá perigo iminente se o intérprete, valendo-se equivocadamente dos métodos oferecidos pela teoria do direito, faz, a seu bel prazer sua própria ligação do estado de coisas a ser promovido com os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Outrossim, alçando as máximas ou postulados normativos à categoria de princípios, se lhe atribuiu função e força que não possuem, rompendo com a virtuosidade necessária do ordenamento para o seu correto funcionamento; estar-se-ia exigindo a existência de um princípio para que outro princípio pudesse ser aplicado, gerando um círculo vicioso impossível de se romper (RAMIRO, 2020, p. 520-521).

A aplicação da Constituição de forma desmedida, ou mesmo das leis federais, pelo Judiciário – que deve interpretar o direito de forma correta – é muito grave, uma vez que desvirtua a função judicial (CAMBI, 2020, p. 732). Na verdade, "a ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros poderes, porque é ao Judiciário que cabe a sua guarda" (STRECK, 2013, p. 164).

> [...] julgar com base em princípios e valores não é o mesmo que julgar com base em regras, e isso gera algumas dificuldades e novidades para os magistrados, que passam, na maior parte das vezes, a operar com base no princípio da *razoabilidade* ou da *proporcionalidade*, ponderando princípios à luz das peculiaridades do caso concreto no intuito de encontrar os princípios e valores preponderantes em dada situação [...] Parece-nos que uma das mais relevantes alterações que os princípios e a hermenêutica constitucional aportam ao direito processual seja a radical transformação impingida à jurisdição civil e ao papel do juiz ao conduzir o processo e julgá-lo, de uma postura hipocritamente *neutra* e supostamente *imparcial*, para uma postura *pró-ativa* e construtora de uma decisão judicial pautada nos *valores constitucionais* e na *realidade social* subjacente aos conflitos. Nesse sentido, interpretar regras jurídicas ganhou renovada importância com o processo de constitucionalização do direito e do processo (ZUFELATO, 2012, p 140-141, grifos do autor).

Com efeito, a mudança na forma de julgar e a permissão para o uso de princípios constitucionais quando não houver lei infraconstitucional expressa ou mesmo quando faltar razoabilidade nessa lei, "são um desafio que precisa ser operado com grande dose de cautela

e responsabilidade pelos julgadores, uma vez que se trata de uma enorme ampliação de seus poderes" (ZUFELATO, 2012, p. 144-145).

De acordo com Streck, os deveres de coerência e integridade (estudados no tópico anterior e considerados necessários para que haja uma decisão judicial legítima e justa) são antitéticos ao panprincipiologismo, que corresponde ao comportamento de o magistrado decidir com base em novos princípios, destituídos de normatividade, criados para atingir pretensões preestabelecidas. Trata-se de um movimento que busca camuflar discricionariedades e subjetivismos, fazendo-se uma falsa fundamentação baseada nesses novos princípios que, na verdade, são álibis retóricos para driblar a lei e a própria Constituição. E esse comportamento é contrário aos deveres de coerência e integridade porque a mera invenção de um princípio, por si só, já quebra a integridade e a cadeia coerentista do discurso (STRECK, 2016, online).

> O caráter normativo dos princípios – que é reivindicado no horizonte da teorias pós-positivistas – não pode ser encarado como um álibi para a discricionariedade, pois, desse modo, estaríamos voltando para o grande problema não resolvido pelo positivismo [...] a tese da abertura (semântica) dos princípios – com que trabalha a teoria da argumentação (e outras teorias sem filiação a matrizes teóricas definidas) – *é incompatível com o modelo pós-positivista da teoria do direito* (STRECK, 2017, p. 115, grifo do autor).

E a questão fica ainda mais problemática quando ocorre colisão entre direitos fundamentais no caso levado à análise judicial, uma vez que é exigido do julgador que seja feita uma harmonização de princípios para a solução da lide, o que torna ainda mais complexa a motivação das decisões judiciais (CAMBI, 2020, p. 446). Neste ponto, o art. 489, § 2º, do CPC/2015 estabelece que se houver colisão entre normas, o magistrado tem que justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação realizada, indicando as razões que autorizaram a norma a ser afastada e as premissas fáticas que fundamentaram a conclusão por esse afastamento (CAMBI, 2020, p. 586), fazendo uso dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade para decidir.

> [...] o postulado da proporcionalidade é mais amplo que o da razoabilidade, já que aquele não visa apenas impedir o arbítrio (conteúdo negativo), não bastando saber qual a medida seja razoável, mas a proporção (limitação) a ser conferida a cada interesse ou direito em conflito [...] Uma distinção é razoável, quando adequadamente justificada. E, para decidir se um argumento é bom, é indispensável fazer juízos de valor. Assim, o postulado da razoabilidade constitui relevante instrumento para que a jurisdição constitucional fiscalize as decisões do legislador.

> Em contrapartida, o postulado da proporcionalidade possui significado normativo autônomo, não precisando ser deduzida ou induzida a partir de algum texto normativo, porque, antes, resulta da estrutura lógico-normativa do próprio ordenamento jurídico. O postulado da proporcionalidade também pode ser entendido como instrumento de controle contra abusos cometidos pelo poder público (proibição de excesso), bem como mecanismo contra a omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais (proibição de insuficiência) (CAMBI, 2020, p. 586-587).

Com efeito, quanto maior é a força normativa que se dá aos princípios e quanto mais abstrata e aberta é a lei em que são previstos conceitos jurídicos vagos e indeterminados e cláusulas gerais (são cláusulas abertas presentes na lei "que indicam princípios éticos, convenções sociais, práticas usuais e noções semelhantes passíveis de concretização e de controle em certo grau", as quais permitem uma relação entre os direitos fundamentais previstos na Constituição e os direitos infraconstitucionais), mais difícil e complexa se torna a atividade de julgar. Isso porque os princípios não descrevem de forma minuciosa as condutas em que incidem, o que acaba por conferir uma ampla margem judicial na sua aplicação. Na verdade, nesses casos, o legislador delega ao magistrado o dever de aplicá-los conforme as peculiaridades do caso concreto, o que, todavia, não permite que criem direitos de forma livre, irresponsável e arbitrária. Por isso mesmo é que o art. 489, § 1º, inciso II, dispõe que não é considerada fundamentada a decisão que esteja eivada de conceitos jurídicos indeterminados, sem a indicação dos motivos concretos da sua incidência no caso a ser analisado (CAMBI, 2020, p. 596-597). O que se busca com esse dispositivo, pois, é evitar que sejam feitas motivações sem qualquer vinculação com o quanto contido nos autos, ou mesmo decisões fundadas em valores morais extra ou suprajurídicos (CAMBI, 2020, p. 598-599).

> [...] nos termos como quer Alexy, a questão da ponderação apenas surge a partir da estrutura semanticamente aberta das *normas de direitos fundamentais,* e que, por essa razão, podem entrar em colisão. Assim, *as normas de direitos fundamentais assumem uma natureza de princípio* e, por consequência, são consideradas mandamentos de otimização, isto é, (os princípios) exigem uma metodologia distinta da mera subsunção para poderem ser aplicados nos casos concretos. Portanto, a ponderação, nos termos como sugere a teoria alexyana, será uma máxima (chamada máxima de proporcionalidade dividida em três submáximas), um padrão normativo para regular e explicitar a colisão entre princípios, isto é, de normas de direitos fundamentais. E por favor, *não de regras*! Além disso, a máxima de proporcionalidade – após a observância de todo o procedimento – vai permitir ao intérprete chegar a uma terceira norma (denominada de "norma de direito fundamental atribuída"), fruto desse sopesamento de princípios, e que será aplicada ao caso por subsunção, como as regras (STRECK, 2017, p. 62, grifos do autor).

Para Streck, pois, as teorias argumentativas continuam apostando na vontade do julgador enquanto intérprete da lei, o que gera discricionariedade e vai contra os próprios ideais democráticos. Conforme o estudioso, a teoria da argumentação alexyana não conseguiu fugir do subjetivismo, uma vez que acaba por concordar com o protagonismo judicial ao confessar que existe uma discricionariedade para a atividade do sopesamento, tanto pelo Poder Legislativo, quanto pelo Poder Judiciário (2017, p. 102-103).

> [...] a fórmula do peso [...] está longe de assegurar uma plena objetividade nas decisões sobre os princípios em conflito, mesmo porque o preenchimento de cada um de seus conteúdos depende da argumentação jurídica. Tem a deficiência de operar em condições ideais e ser mais adequada ao confronto de apenas dois princípios. Tais circunstâncias fogem a grande parte de situações, nas quais mais de dois princípios estão em colisão. Essa fórmula, ainda, tem alcance reduzido, porque não é capaz de determinar qual é o princípio que deve ser aplicado quando se tem uma situação de empate [...] Para situações de empate, Robert Alexy sugere a adoção de critérios formais para a solução da controvérsia (CAMBI, 2020, p. 604).

É interessante ressaltar, aqui, que a argumentação jurídica criou uma tipologia de casos, e a partir desses modelos apresenta técnicas argumentativas que fazem frente à dificuldade entre o direito escrito e o direito prático. Casos fáceis seriam aqueles que podem ser decididos com base no modelo dedutivo (premissa normativa, premissa fática e conclusão): trata-se da mera incidência de uma regra a um caso. Os casos difíceis, por sua vez, e como já visto anteriormente, não geram uma resposta apriorística, necessitando do uso de princípios para decidir, o que poderia gerar diversas decisões distintas (SMJ, 2020, online). Isso porque nos casos difíceis não é possível o uso da dedução. Por essa razão, a utilização de princípios busca solucionar tais situações (ALBERTO, 2021, p. 741).

A argumentação jurídica percebeu que a dicotomia entre casos fáceis e difíceis é insuficiente para lidar com a realidade de conflitos apresentados na sociedade que não podem ser classificados nem em uma, nem em outra classificação. Há, por exemplo, casos fáceis com consequências difíceis, que demandam técnicas decisórias diferentes do método dedutivo tradicional (ALBERTO, 2021, p. 743). É o caso de uma ação de despejo de uma comunidade de famílias que não pagaram os devidos alugueis; o despejo, nessa hipótese, entra numa questão social que envolve a própria discussão da teoria de justiça, se despejar aquelas pessoas seria o correto, mesmo com previsão legal nesse sentido (SMJ, 2020, online).

Há também os casos trágicos, em que nenhuma solução a ser adotada é realmente boa (SMJ, 2020, online) ou estável o bastante para ser considerada integralmente adequada

(ALBERTO, 2021, p. 744). É o caso, por exemplo, da criança institucionalizada, em que nenhuma decisão a ser tomada será totalmente boa, uma vez que há distanciamento da família natural. Nessa situação, para decidir, o juiz pode se utilizar do chamado perigo real e imediato, a fim de verificar qual interesse no caso concreto deve preponderar, fazendo o possível para tutelá-lo do modo juridicamente mais viável (ALBERTO, 2021, p. 751).

Há, ainda, os casos dilemáticos ou dilemas constitucionais, em que as soluções podem ser "inúmeras, todas capazes de viabilizar, de forma igualmente aceitáveis sob o ponto de vista jurídico, o desate da questão controvertida" (ALBERTO, 2021, p. 745). Por essa razão, trata-se de casos que exigem a aplicação de valores: há dois princípios de igual estatura, e a lógica racional, por si só, não consegue resolver a questão. É o caso, por exemplo, retratado no filme "A escolha de Sofia", em que uma mãe judia, durante o regime nazista, precisava decidir qual dos dois filhos iria salvar, e qual seria condenado a ir para a câmara de gás, sendo que caso se negasse a escolher, os dois seriam mortos (SMJ, 2020, online). Nesse exemplo, o direito à vida é, concomitantemente, protegido e sacrificado. Não há como salvaguardar um princípio e relativizar o outro: ambos são sacrificados e protegidos sem que haja meio termo. Por essa razão, a ponderação, nesses casos, não é capaz de solucionar o problema, uma vez que não há o que ponderar. O que o é feito é uma opção judicial, com amparo jurídico, de um princípio em detrimento do outro (ALBERTO, 2021, p. 746). E essa escolha não faz com que a decisão judicial deixe de ser legítima, uma vez que os valores devem ser posicionados de forma racional e não de forma pessoal (SMJ, 2020, online).

> [...] não há, obviamente, escolha única; a própria tônica de casos dilemáticos aponta neste sentido. Isso, contudo, não afasta a possibilidade de uma metodologia para que se possa chegar a uma decisão que atenda ao contexto da justificação e, portanto, afaste-se de meras escolhas morais, subjetivas e, como consequência, irracionais, *ad hoc*. Claro que existe forte carga subjetiva na percepção dos valores epistêmicos predominantes, do quadro constitucional em que inseridos e, ainda, da conformação e interação entre direitos de idêntica estatura. O que, sem embargo, está em questão não é a subjetividade na escolha, que não poderia jamais ser afastada da aplicação do direito, mas a maneira de justificá-la de modo racional, credenciando a decisão como legitimada sob o ponto de vista argumentativo (ALBERTO, 2021, p. 753).

Para Cambi, de fato, a teoria dos princípios, defendida por Alexy, não demonstra que o sopesamento é um procedimento que responde sempre a um resultado único e inequívoco. Essa ideia radical, porém, é abandonada por uma posição mais moderada, que estabelece que a despeito de a atividade da ponderação não conseguir sempre determinar um resultado de forma racional, ainda assim é um método que pode ser adotado, posto que é suficiente para

justificar-se, a partir do conjunto dos casos concretos (2021, p. 608). Ou seja, a ponderação de princípios, que é uma técnica inerente ao postulado da proporcionalidade, não afasta o juiz de decidir com base em critérios racionais, nem implica em valorações arbitrárias ou motivações que sejam extremamente políticas, uma vez que a sua utilização continua a impor os deveres de correção e justificação (CAMBI, 2020, p. 602).

Na verdade, e de acordo com Cambi, os riscos e insuficiências que são decorrentes do sopesamento de princípios são inevitáveis. Por essa razão, "os riscos de subjetivismo, decisionismo e intuicionismo que ameaçam estruturalmente essa metodologia devem ser acompanhados, internamente, pelo rigor de racionalização e objetivação dos procedimentos judiciais de ponderação", sendo que no âmbito externo isso deve se dar por meio da criação de parâmetros materiais de conformidade (2020, p. 573-574).

> No plano interno, as decisões judiciais devem estar baseadas em fundamentações que apliquem, de forma coerente e consistente, as regras, princípios e valores do ordenamento jurídico, mas que também sejam suscetíveis de generalização e extensão a todas as situações que contenham as mesmas ou análogas circunstâncias fáticas. Com isso, incrementa-se a previsibilidade e a igualdade na aplicação do direito e são reduzidas as margens de subjetivismos. Todavia, para tanto, as decisões judiciais devem, previamente, observar o devido processo racional que permita que as partes envolvidas tenham todas as chances de convencer o juiz de que tenham razão, trazendo aos autos os argumentos necessários para influenciar a decisão judicial. Por outro lado, no plano externo, a jurisdição constitucional, ao resolver a colisão de direitos fundamentais, deve observar, nos juízos de ponderação, limites inerentes ao Estado Democrático de Direito, como os princípios da igualdade, da proibição de excesso ou da proteção da confiança, tendo como vetor hermenêutico essencial a dignidade humana, da qual devem emanar todos os princípios interpretativos (CAMBI, 2020, p. 574).

Com efeito, os problemas jurídicos devem ser encarados conforme os efeitos das soluções propostas, a curto ou longo prazo, para os indivíduos ou o sistema. Interpretar é analisar as consequências das soluções alternativas, e optar por uma que garanta maior efetividade aos preceitos constitucionais, especialmente o ligado à dignidade humana, o que é reafirmado pelo art. 8º do CPC/2015, que impõe ao magistrado a promoção desse princípio na aplicação do ordenamento jurídico ao prolatar suas decisões (CAMBI, 2020, p. 447-448).

> [...] sugere-se que a dignidade humana, entendida como valor jurídico fundamental, expressa o caráter preferencial de bens que devem ser considerados, especialmente em países de modernidade tardia, colocando-se como vetor hermenêutico, de conteúdo material, para a resolução dos conflitos jurídicos [...] Na solução de conflitos entre direitos fundamentais ou na colisão de princípios, assume grande importância operacional [...] Por isso, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa

> humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados. Em outras palavras, pode-se sustentar que o valor da dignidade da pessoa humana funciona como um vetor-mor da hermenêutica jurídica, podendo-se argumentar que, na dúvida entre a proteção de dois direitos fundamentais contrapostos, deve ser preservado aquele que melhor atenda à dignidade da pessoa humana. Nos casos de empates argumentativos, caracterizados pelas situações em que há razões igualmente boas a favor ou contra uma ou outra solução, a prioridade prima facie da dignidade da pessoa humana é uma forma constitucionalmente correta de buscar a unidade da Constituição (CAMBI, 2020, p. 605-606).

Para que haja a correta aplicação dos princípios, é preciso que primeiro sejam identificadas as finalidades de cada qual, bem como qual é a colisão existente entre eles. Depois, é preciso identificar qual é o postulado que se mostra mais adequado para a resolução da colisão, e de que modo este postulado garante a solução do problema – exercícios estes que, obviamente, demandam justificação/fundamentação por parte do julgador (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 130).

Na verdade, as regras e princípios só são dotados de significado quando passam a ser contextualizados em situações concretas, “marcadas pelo jogo de interesses e pelas forças de poder que atuam sobre o sujeito que realiza a interpretação”. A aplicação e interpretação do direito estão diretamente ligadas ao cenário a que o julgador está inserido, a forma como ele vivencia, experimenta e capta os elementos à sua volta. Tudo isso acaba refletindo no seu modo de raciocinar (pré-juízos ou pré-compreensões), influenciando no conhecimento das próprias regras e princípios. Essas pré-compreensões, ainda, podem fazer com que ele valore de forma diferente as provas constantes dos autos: por exemplo, a simpatia (ou antipatia) do magistrado por uma determinada testemunha pode influenciar na sua determinação dos fatos e, consequentemente, na formação do convencimento judicial, mesmo que de forma inconsciente (CAMBI, 2020, p. 151).

> A decisão judicial reflete características pessoais do juiz (a sua personalidade, o seu temperamento, as suas experiências passadas, as suas frustrações, as suas expectativas etc.) [...] Ao se evidenciar o caráter subjetivo das decisões, não se está pregando a possibilidade de os juízes serem super ou sobre-humanos. Quer-se apenas salientar que, no exercício do poder jurisdicional, há de se ter a maior consciência possível de como a sua personalidade, a sua forma de percepção ou de raciocínio podem influenciar na decisão judicial e, na medida do razoável, evitar que estes fatores causem efeitos deletérios. Tais fatores subjetivos, intrínsecos às decisões judiciais, inviabilizam os ideais de objetividade e neutralidade propostos pelo positivismo jurídico. Juízes são pessoas e, portanto, são falíveis. Dos juízes não se pode exigir capacidades intelectuais com o poder de eliminar todos os possíveis erros (CAMBI, 2020, p. 152).

Para Cambi, a falha da teoria do discurso jurídico reside justamente nisso: em estar baseada na capacidade sobre-humana do juiz, na medida em que busca o Juiz-Hércules de Dworkin, que como já indicado nos tópicos 2.3 e 3.2 da presente pesquisa, é aquele magistrado que possui capacidade argumentativa sobre-humana, que conhece todos os princípios e objetivos que sejam válidos e necessários à fundamentação, tendo também uma visão completa dos elementos de direito e de como eles se relacionam com os fios argumentativos, decidindo através de um romance em cadeia. Porém, como se sabe, na realidade, os juízes são pessoas normais que não têm acesso privilegiado à verdade, sendo seres que também podem cometer erros e falhas (CAMBI, 2020, p. 595-596).

De fato, o magistrado real, por mais que tenha uma vasta experiência no ato de decidir, não tem a capacidade de interpretar plenamente todo o conjunto normativo da comunidade em que está inserido (PRIEBE; SPENGLER, 2020, p. 386-387).

> [...] Dworkin ressalta que para que exista esta integridade na manutenção deste romance em cadeia, deve Hércules respeitar um roteiro no qual devem figurar todo o aparato legislativo, bem como as regras advindas dos textos constitucionais e por fim, a forma que isto está sendo aplicado na ótica do caso concreto. Isto sem dúvidas é um trabalhado que somente pode ser prestado com eficiência por um semi-deus, ou, um juiz com super poderes como é o caso de Hércules, pois, esta análise de todo o aparato legislativo, constitucional e jurisprudencial em busca da melhor decisão a ser aplicada ao caso concreto, não é possível de ser exigida a todo o tempo de todos os juízes (PRIEBE; SPENGLER, 2020, p. 394).

Verifica-se, pois, que o juiz Hércules defendido por Dworkin, apesar de ser o juiz ideal, é uma utopia. Isso porque lhe falta a característica inerente a todo e qualquer magistrado: ser de carne e osso, real e, portanto, passível de falhas. E nem se fale que o "juiz Júpiter", defendido por Hans Kelsen e indicado por François Ost, seja o modelo de magistrado a ser seguido, uma vez que esse tipo de juiz se encontra no topo de uma pirâmide, proferindo ordens como se fosse a "boca da lei" aos demais sujeitos, os quais estariam na base piramidal (PRIEBE; SPENGLER, 2020, p. 379). Trata-se de uma espécie de juiz do paradigma anterior, em que nada importa senão a lei em sua máxima abstração, permitindo-se uma discricionariedade acentuada, por não serem estabelecidos limites interpretativos ao julgador (PRIEBE; SPENGLER, 2020, p. 382-383). Por essa razão, não se trata de um modelo passível de ser seguido num processo constitucional, que se preocupa não só com a positivação de direitos, mas também com a sua concretização.

Na verdade, o modelo mais próximo de juiz a ser seguido corresponde ao "juiz Hermes", que não se utiliza de uma única teoria do direito no exercício de suas atividades, mas de várias teorias, como se fossem uma rede de apoio ao ato de decidir, fazendo uso dos princípios gerais do direito (tais como a equidade e o devido processo legal), bem como de legislações e regulamentações supra-nacionais, dando-se enfoque à manutenção da integridade e aos "atores legislativos e suas novas posições hierárquicas e a nova concepção de Estado desjudicializador". Esse modelo de juiz, na verdade, busca devolver aos cidadãos uma parcela de autonomia, por meio da possibilidade de autocomposição, com prevalência aos direitos e garantias fundamentais. Trata-se de um modelo de juiz que busca em suas decisões aplicar os conceitos de equidade e justiça (PRIEBE; SPENGLER, 2020, p. 394-395), interligando seus pronunciamentos a uma multiplicidade de atores jurídicos e políticos. Ou seja, o juiz assume a figura de mediador e comunicador, ao relacionar os diversos discursos concorrentes para a solução dos casos concretos. "É um juiz prudente que vislumbra soluções levando em conta o caráter indeterminado e inacabado do direito, desconfiando sempre de discursos de verdade únicos e imutáveis" (AZEVEDO, 2011, p. 34), sendo, pois, o modelo mais próximo do Estado Democrático de Direito.

> O juiz pode se afastar das escolhas do legislador infraconstitucional, por considerá-lo que a opção contraria a Constituição, mas terá o ônus da argumentação, pela simples razão de que todas as normas jurídicas gozam de presunção de constitucionalidade, devendo demonstrar que a solução legislativa não tutela adequada e eficazmente os direitos fundamentais [...] Em conclusão, tão ou mais importante do que precisar qual foi a "escolha" ou a "opção" valorativa determinante para a decisão (seja do legislador, seja dos juízes), é preocupar-se com os seus efeitos sociais (CAMBI, 2020, p. 609-610).

De fato, para que as decisões judiciais sejam fundamentadas e consideradas legítimas, são necessárias informações e provas científicas que sejam capazes de indicar as consequências que envolvam os direitos econômicos, sociais e culturais. E essas informações, para serem confiáveis, devem expor também, de forma clara e objetiva, o contexto em que a decisão vai influir (CAMBI, 2020, p. 448-449).

> Deve ser rechaçada (ao menos minimizada, tanto quanto possível) a possibilidade dos juízes e tribunais decidirem com lastro em escolhas políticas, morais ou pessoais, controlando-se aquela discricionariedade, fruto de uma força intelectiva e do fato de que julgar não é mesmo algo mecânico, ainda mais quando o contexto posto à apreciação do Estado-Juiz não é por si só esclarecedor, pelo que se reforça a necessidade de justificação, contextualização, racionalidade e fundamentação dos

> atos decisórios, ainda que sem descarte da relevância da prudência [...] É preciso metodologia e respeito aos princípios constitucionais do direito processual, a exemplo do supraprincípio do devido processo legal, assim também dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, da igualdade processual, da motivação das decisões judiciais, do tempo razoável do processo, da publicidade dos atos processuais, da proibição de provas ilícitas, do juiz natural e da eficiência (à qual estão vinculadas todas as funções políticas), para a necessária construção de legitimidade da argumentação jurídica e, por consequência, da decisão judicial (CAMARGO, 2019, p. 99).

Um juiz verdadeiramente comprometido com o Estado Democrático de Direito está preocupado com a expansão da jurisdição constitucional, com o fomento e observância à fixação dos procedentes judiciais. Trata-se de um magistrado que sabe que apesar de os princípios terem força normativa (o que é característica do neopositivismo contemporâneo), não os aplica de forma desmedida, com a falsa noção de que devem prevalecer a qualquer custo. Pelo contrário, submete esses mesmos princípios que irão pautar seu convencimento judicial à hermenêutica crítica para que não ocorram casuísmos judiciários oriundos de interpretações tendenciosas e ponderações equivocadas. É incontestável que "quando os juízes aplicam os princípios de acordo com a sua consciência, para legitimar decisões pragmáticas, o Direito não é levado a sério". Por isso mesmo, quando utilizados, devem ser pautados em critérios racionais a fim de que haja uma justa solução dos casos concretos, inclusive naquelas situações que em um primeiro momento indiquem colisões entre direitos fundamentais (CAMBI, 2020, p. 729).

De fato, a busca de uma decisão judicial acertada, em casos complexos, depende da aplicação dos princípios jurídicos de forma racional, com a existência de um contraditório forte que permita um diálogo entre as partes e o julgador. Aos litigantes, pois, devem ser garantidas todas as chances para que possam influenciar na construção da decisão judicial, uma vez que o juízo de ponderação deve ser produto de um processo cooperativo pautado em um contraditório pleno (CAMBI, 2020, p. 596).

> A confusão e a não diferenciação entre Direito e Moral ou entre regras e princípios acarreta a arbitrariedade na atribuição de sentidos. Isso alimenta o casuísmo judiciário, despreza a democracia, enfraquece a coerência e a unidade do Direito, além de inibir a vinculação dos precedentes judiciais. A resposta correta/adequada à Constituição evita decisões ad hoc, isto é, que a jurisdição constitucional se deslegitime ao dar margem ao fenômeno da jurisprudência lotérica pelo qual as mesmas regras ou princípios são aplicados de maneiras diferentes para casos similares, com prejuízo à coerência jurídica e à integridade do Direito. Situações análogas devem ser decididas de forma igual para não causarem surpresas nem gerarem mais imprevisibilidade, instabilidade e descontinuidade às relações jurídicas (CAMBI, 2020, p. 732).

Como é sabido, a teoria do discurso jurídico elenca critérios de discussão e julgamento da causa, mas não é infalível, apenas mostrando que é possível a dedução de argumentos racionais e objetivos sobre os direitos que são demandados. Na verdade, a argumentação jurídica é condicionada a vários elementos: o auditório a que se dirige, os níveis e ambientes de compreensão dos sujeitos a quem aquela decisão vai aproveitar (por envolver a comunicação e o entendimento da mensagem), a época e o lugar em que a decisão é proferida, entre outros tantos elementos. Isso demonstra que a argumentação jurídica não se dá de forma permanente e estanque, não havendo soluções infalíveis para problemas práticos, que a cada dia vão assumindo novas roupagens (CAMBI, 2020, p. 446-447).

> Os conflitos reais, envolvendo direitos fundamentais, impedem a construção de um método infalível que exclua impasses estruturais. Haverá sempre certa margem de discricionariedade de sopesamento para o Legislativo e para o Judiciário. Trata-se de discricionariedade epistêmica, resultante da incerteza quanto à cognição das premissas fáticas ou normativas para se afirmar o que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais. Pode-se afirmar que, na interpretação e na aplicação jurídicas, há zonas de certeza positiva (sabe-se o que é, com certeza), certeza negativa (sabe-se o que não é com certeza) e de penumbra (há incerteza quanto à possibilidade fática ou jurídica) [...] No entanto, para que os direitos fundamentais sejam levados a sério, tal discricionariedade cognitiva normativa não é ampla e irrestrita, somente existindo para os casos incertos, especialmente quando não há critérios definidos de sopesamento. Se fosse possível aos juízes ignorar a legislação ordinária para aplicar, exclusivamente, à Constituição, abrir-se-ia uma margem muito ampla de liberdade incapaz de evitar a negaça da segurança jurídica (CAMBI, 2020, p. 608-609).

De fato, quanto mais complexa é a situação levada à análise judicial, mais difícil é exigir dos magistrados decisões tecnicamente perfeitas. O Juiz-Hércules desenvolvido por Dworkin e almejado por toda a ciência processual é uma ficção extremamente distante da realidade. “Os juízes de carne e osso erram e vão continuar errando, por melhor que seja o desenvolvimento das teorias jurídicas”, uma vez que o ato de errar é inerente à vida humana e à própria interpretação e aplicação do direito. Por isso é necessário que sejam criadas e desenvolvidas técnicas de decisões judiciais que sejam capazes de reduzir no máximo possível o cometimento de erros, tendo-se sempre em mente, porém, a “constatação da capacidade intelectual relativa do Juiz-Ser Humano (...) de bem compreender as possibilidades jurídicas e fáticas presentes na hermenêutica jurídica e na aplicação do direito aos casos concretos” (CAMBI, 2020, p. 153).

> De qualquer modo, por maiores que sejam as complexidades da motivação exigida dos Juízes-Hércules, isso não deve abalar a teoria do discurso jurídico, porque, como asseverado, não se busca a construção de soluções definitivas e infalíveis. A argumentação jurídica se contenta com a formulação de critérios racionais de decisão, indispensáveis ao controle do exercício do poder jurisdicional, a fim de evitar o arbítrio judicial (CAMBI, 2020, p. 599).

Neste ponto, e de acordo com Rafael Auilo, o dever de motivação das decisões judiciais é necessário, porém insuficiente para que se garanta uma maior racionalidade e objetividade pelo juiz, especialmente no que concerne ao exercício da valoração das provas. O estudioso sugere, então, a complementação do dever constitucional de fundamentação das decisões com a adoção, pela lei, de técnicas do processo de formação do convencimento: trata-se da aplicação de critérios probabilísticos na análise da prova e do uso de *standards* probatórios (2021, p. 53-54, grifo do autor).

> Ora, a doutrina brasileira já despertou para a premente necessidade de revisitar a temática segundo outros ângulos. Compreendeu que a tradicional maneira como é tratada – a partir dos três modelos históricos de valoração das provas: íntima convicção, prova legal e persuasão racional – desdenha aquilo que sobressai como mais relevante em uma democracia: a discussão sobre mecanismos concretos de *controle* do convencimento judicial [...] talvez a proposta acadêmica hoje mais enfatizada [...] siga rumo à defesa da adoção no Brasil de *standards* de prova cujo desígnio é, precisamente, assegurar *parâmetros racionais e objetivos de controle e acerto do juízo fático*, a reboque do que se verifica na processualística norte-americana [...] Comentadores notabilíssimos do CPC-1939, a exemplo de Pontes de Miranda, ainda que entusiastas do livre convencimento motivado, já àquela época assinalavam o inconveniente de se admiti-lo, sem limites claros, *já que isso aumentaria enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abriria a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube* (DELFINO; LOPES, 2015, online, grifos dos autores).

Os magistrados devem seguir estritamente os preceitos constitucionais, de modo que os direitos fundamentais sejam concretizados e não permaneçam como promessas não cumpridas. Para tanto, a decisão judicial deve ser fundada em *standards* jurídicos objetivos, a fim de que arbitrariedades não sejam cometidas e de que os magistrados não se coloquem no lugar de legisladores. Logo, "o órgão judicial, especialmente na imposição de políticas públicas, deve avaliar as consequências de sua decisão para o Estado Democrático de Direito, para a ordem pública, para a economia, para o exercício da cidadania e, enfim, para o bem-estar social" (CAMBI, 2020, p. 447).

De fato, verifica-se que exigir unicamente o dever de motivação das decisões e das determinações impostas pela teoria da argumentação jurídica (que se baseia no uso de

princípios para decidir) não tem sido suficiente para que o discurso jurídico esteja pautado cada vez mais em critérios racionais e objetivos. Por esse motivo, há a necessidade de se analisar se o uso de critérios probabilísticos e de *standards* probatórios podem servir como meios de controle do convencimento judicial, extirpando de uma vez por todas a liberdade no exercício da valoração das provas.

3.4. O uso de critérios probabilísticos na análise da prova e de *standards* probatórios como meios de controle do convencimento judicial

Como visto até aqui, o trabalho do legislador foi o de concretizar, no plano infraconstitucional, o dever constitucional e o direito fundamental a uma adequada fundamentação das decisões judiciais, que deve ser completa, previsível, acessível e controlável, pautada numa racionalidade, sem que haja espaço para que arbitrariedades, discricionariedades e comportamentos pautados no subjetivismo e solipsismo sejam cometidos. Para que o dever de motivação das decisões seja efetivo e legítimo, pois, é preciso também que a decisão judicial esteja pautada em uma ótica racional, com a ponderação de princípios para a solução dos casos considerados difíceis, o que é defendido pela teoria da argumentação jurídica (MARQUES; CAMBI; BRITO, 2021, p. 20). Ou seja, devem ser seguidos alguns parâmetros para que a decisão seja justa e legítima.

De acordo com Streck, há cinco princípios (padrões) que devem ser obedecidos por constituírem o "*minimum aplicandi*" na decisão judicial:

> [...] as teorias do direito e da Constituição, preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente, necessitam de um conjunto de princípios que tenham nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de: a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle de interpretação constitucional (*ratio* final, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade); c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada [...] Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do "princípio democrático" – depender da consciência do juiz, do livre convencimento (motivado), da busca da "verdade real", para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade "assujeitadora" do julgador (STRECK, 2017, p. 115-116, grifo do autor).

Verifica-se, disso, a importância de uma decisão judicial bem construída e devidamente fundamentada. E não apenas a decisão judicial deve ser fundamentada e fundada em critérios racionais, como também a valoração da prova – que é imprescindível para a formação do convencimento judicial, como já indicado ao longo da presente pesquisa. No entanto, apesar de a lei impor que o exercício da valoração das provas seja racional, à luz dos autos e de modo motivado, ela não indica a forma como o raciocínio judicial deve se dar, nem qual é a quantidade de prova necessária para que uma hipótese fática seja tida como provada. Isso pode gerar consequências graves, uma vez que dá abertura para o cometimento de abusos e arbitrariedades (AUILO, 2021, p. 185).

Em razão disso, Rafael Auilo, em sua tese de doutorado, pesquisou como deve se dar a valoração judicial da prova no direito brasileiro, indicando o modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas e uma proposta de complementação ao direito positivado. Neste tópico da presente dissertação, pois, o que se pretende é trazer as ideias centrais do estudo de Auilo, uma vez que sua pesquisa se mostra de grande valia para a definição de limites no exercício de valoração das provas pelo juiz, o que passa a ser feito a seguir.

Com efeito, e como visto ao longo desta dissertação, o modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas na forma como contido na lei é insuficiente para acabar com o problema do livre convencimento motivado, permanecendo algumas questões sem uma solução que seja adequada às funções da jurisdição, tal como a possibilidade do cometimento de abusos na valoração probatória. Por essa razão, existe a necessidade de o ordenamento jurídico brasileiro atribuir graus de confirmação lógica às hipóteses fáticas trazidas nos autos, o que é objeto de um profundo estudo por parte de Rafael Auilo, sendo a seguir indicados os pontos centrais de sua pesquisa. Na verdade, o raciocínio do juiz deve comparar e valorar as "diversas hipóteses fáticas por meio de critérios lógico-probabilísticos, para ao final da análise constatar qual o grau de confiabilidade que alcançou a hipótese fática". O que se busca com isso não é apenas indicar qual deve ser o caminho valorativo, mas especificar qual o grau de probabilidade é preciso para que a decisão judicial seja acertada. Ou seja, deve haver condições para que se verifique se a hipótese fática é ou não considerada verdadeira/provada, e isso corresponde a um instituto chamado de *prova suficiente* (AUILO, 2021, p. 138, grifo do autor).

Na verdade, qualquer sistema de valoração das provas impõe que os fatos levados ao juiz sejam analisados por meio da suficiência da prova. Isso ocorre até mesmo no modelo da íntima convicção, em que o magistrado, para decidir, deve estar satisfeito com relação ao fato

probando, mesmo que isso ocorra por motivos meramente pessoais. E deve haver essa suficiência de prova porque é ela que indicará se um fato está ou não provado, se há ou não a necessidade de produção de novas provas para o julgamento da causa (AUILO, 2021, p. 107).

De acordo com a doutrina, há dois tipos de suficiência da prova, também chamada por Rafael Auilo de corroboração das hipóteses fáticas: o modelo subjetivo e o modelo objetivo. No modelo subjetivo, um fato estará provado quando *o juiz* estiver convencido, sendo ele o centro de toda a atividade probatória – nesse modelo, esquece-se que as partes também desempenham função indispensável na realização dos atos processuais; logo, o princípio da cooperação, pautado no diálogo entre todos os sujeitos processuais, não é respeitado. Nesse caso, a finalidade da prova é o próprio convencimento judicial, inexistindo preocupação em se verificar a veracidade dos fatos. O que ocorre, pois, é uma "convicção subjetiva, focada em uma certeza meramente psicológica". Por conta disso, o magistrado fundamenta a sua decisão apenas explicando qual prova foi por ele considerada para a resolução da demanda, sem que precise explicar os caminhos que o levaram a concluir que se tratava da mais convincente, sendo desnecessária a análise das provas produzidas de modo completo – o dever de completude, pois, não é obrigatório nesse caso (2021, p. 107-109, grifo do autor).

Em contrapartida, no modelo objetivo de suficiência da prova, um fato é considerado provado quando *há elementos de corroboração suficientes* (AUILO, 2021, p. 107, grifo do autor). Isso significa que não basta que seja indicado o convencimento do julgador, devendo haver elementos suficientes nos autos que possam sustentar o fato alegado, ou seja, "enunciados fáticos dos quais se possa extrair inferências diretas ou indiretas para a corroboração ou refutação de uma hipótese fática". Nesse caso, a relação jurídico-processual permanece simétrica, uma vez que todos os sujeitos do processo assumem igual importância no deslinde da causa, obedecendo ao modelo cooperativo almejado pelo legislador processual civil e aos próprios fins da jurisdição: é apenas no momento de julgar que a relação se torna assimétrica. A verdade processualmente possível, aqui, é a finalidade da prova – e não mais o convencimento judicial (AUILO, 2021, p. 110-111).

> [...] no modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas não é o próprio órgão julgador que, subjetivamente, entende que tal ou qual fato foi provado, mas o direito, por meio da aplicação de critérios objetivos. Uma alegação fática é verdadeira quando suas hipóteses de corroboração encontram correspondência com o mundo, não dependendo de que o juiz esteja *convencido* sobre aquele fato [...] o juiz continuará sujeito a critérios subjetivos de seu julgamento e é ele quem continuará interpretando e aplicando os critérios legais para a corroboração objetiva

> das hipóteses fáticas. Trata-se apenas de buscar a maior racionalidade do juízo fático (AUILO, 2021, p. 111, grifo do autor).

Neste ponto, é importante ressaltar que os critérios usados pelo juiz quando da aplicação do modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas, de acordo com Auilo, podem ser divididos em positivados e não positivados. Os positivados são aqueles critérios indicados no começo do terceiro capítulo, quais sejam: a valoração da credibilidade, a verificação da eficácia da prova e a valoração contextual da prova. Há, também, outros dois critérios não positivados que são igualmente importantes para a corroboração dos fatos e que devem passar a assumir especial relevância, quais sejam: a aplicação da probabilidade lógica e de *standards* de suficiência da prova (2021, p. 111-112), os quais não são passíveis de exigência por não estarem na lei, o que demonstra a necessidade de serem positivados, a fim de que passem a ser de observância obrigatória (AUILO, 2021, p. 129).

> [...] o direito, a jurisdição e todos os institutos processuais relacionados são voltados, principalmente, à realização da justiça no caso concreto. A minimização dos erros deve ser buscada, mas não como fim único e exclusivo da jurisdição; a prova, nesses termos, tem como objetivo precípuo o de descobrir a verdade e apenas subsidiariamente o de buscar soluções que sejam menos erradas ou mais acertadas. A minimização dos erros deve vir atrelada a um modelo de raciocínio judicial relativo à valoração da prova que busque, acima de tudo, preencher os escopos da própria jurisdição – exatamente, por isso, um modelo adequado de valoração da prova deve combinar eventual critério de probabilidade com adoção de determinados *standards* probatórios. A aplicação do direito se mostrará adequada e assim pacificará os conflitos de forma justa somente se os fatos específicos da causa forem adequadamente conhecidos, permitindo-se o enquadramento adequado deles no antecedente normativo (AUILO, 2021, p. 123).

Com relação à probabilidade, Auilo a conceitua como sendo "*um instrumental que utiliza determinados critérios, para definição da chance de ocorrência e/ou veracidade de uma determinada hipótese*", isto é, ela indica, em graus, a possibilidade de ocorrência, inocorrência ou modo-de-ser de determinada alegação firmada pelas partes (2021, p. 115, grifo do autor), funcionando como uma ponte entre os fatos que aconteceram no mundo real e as provas constantes nos autos, na busca de se trazer maior acerto às decisões judiciais (AUILO, 2021, p. 119).

> Somente a partir da concepção da verdade enquanto correspondência ao mundo dos fatos é que se pode vislumbrar o processo enquanto verdadeiro instrumento para pacificação social com justiça [...] Em uma frase: não será possível verificar

> exatamente e com toda a certeza uma determinada hipótese fática, mas isso não impede preferir racionalmente uma hipótese a outra, com base em um maior grau de confirmação da primeira em relação à segunda. Nesse contexto, diante da constatação de impossibilidade de se chegar a uma *verdade absoluta*, bem como levando em consideração o fato de que o juízo fático deve ser calcado em bases racionais, sob pena de perigosa aproximação do livre-convencimento motivado à íntima convicção, não é possível enxergar a verdade senão como um instituto inequivocadamente coligado a critérios probabilísticos (AUILO, 2021, p. 112-113, grifo do autor).

Ou seja, tanto no sistema da persuasão racional quanto no modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas, a prova tem que ser analisada de forma contextual, através de critérios lógicos e racionais, o que impõe ao juiz a atribuição de valores prováveis – mas nunca absolutos – uma vez que, como já visto ao longo do primeiro capítulo, a verdade absoluta é uma utopia para o processo. O que se deve buscar, então, é uma verdade processualmente possível: uma hipótese será considerada provavelmente verdadeira quando, através das provas produzidas nos autos, uma alegação encontrar um grau de confirmação lógica de sua ocorrência, não ocorrência ou modo-de-ser (AUILO, 2021, p. 114).

Aqui, é interessante indicar a existência das espécies de probabilidade: a probabilidade estatística, a probabilidade de proposições e a probabilidade lógica, salientando-se que "não existe uma única espécie de probabilidade correta, mas provavelmente uma mais adequada à generalidade dos casos" (AUILO, 2021, p. 119).

A probabilidade de eventos ou estatística é aquela que mede a frequência com que um determinado evento acontece em uma sequência de fatos, estando ligada a fatos matemáticos e estatísticos (AUILO, 2021, p. 115-116).

Com efeito, a prova estatística (também chamada de prova por amostragem) não está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, porém, admissível como prova atípica por decorrer do direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, que exige a construção de técnicas processuais capazes de tutelar os direitos materiais violados (CAMBI, 2020, p. 449).

Esse tipo de prova indica de forma probabilística os dados científicos considerados pertinentes referentes a fatos específicos que necessitem ser provados. Isso não significa que a baixa probabilidade retire a credibilidade dos dados e a validade de informações para determinados contextos: tudo vai depender da exatidão científica das informações. O uso de dados não justificados, não verificados ou que sejam infundados é o que acaba sendo perigoso, uma vez que quantificações estatísticas que não sejam baseadas em critérios

científicos, ou que sejam equivocadas ou inventadas, acarretam a generalização de premissas falsas, vagas e enganosas que acabam por camuflar preconceitos de raça, gênero, origem, tendência sexual etc., impedindo que se descubra a verdade (processualmente possível) e que se garanta a justiça, o que é contrário aos objetivos do Estado Democrático de Direito. Por isso mesmo é que o uso da prova estatística é bastante controverso (CAMBI, 2020, p. 449-451), o que se estende também ao exercício da valoração das provas.

Isso porque uma probabilidade pautada em estatísticas compreende uma noção pura e objetiva da probabilidade, o que é passível de crítica, uma vez que no campo da valoração das provas realizar generalizações decorrentes de conclusões interpretativas de dados é algo extremamente perigoso (AUILO, 2021, p. 116).

Ainda assim, a probabilidade estatística pode ser bastante útil para a proteção dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que concerne à tutela do mínimo existencial e implementação de políticas públicas, porque a concretização de referidos direitos exige custos que variam conforme a condição pessoal de cada um, sendo necessário um planejamento estatístico para a prestação do serviço. Por exemplo, a partir de listas elaboradas pelo Conselho Tutelar, é demonstrado qual é o número de mães que possuem filhos pequenos e que precisam trabalhar, e qual é a região da cidade que demanda maiores investimentos na construção de creches (CAMBI, 2020, p. 453-454).

> [...] a prova estatística é de grande utilidade no monitoramento da aplicação do postulado do desenvolvimento progressivo dos direitos fundamentais. A realização de estatísticas é indispensável para medir o sentido e a eficácia da política pública [...] Tal controle permite saber se as políticas públicas, voltadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais, são adequadas, suficientes e capazes de realizar integralmente os direitos previstos na Constituição. Também possibilitam a comparação dos percentuais orçamentários destinados à efetivação dos direitos fundamentais sociais com outros gastos públicos, considerados socialmente menos relevantes. Além disso, o uso probatório dos dados estatísticos pode ser o ponto de partida para o desenvolvimento de técnicas de distribuição do ônus da prova que promovam o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, evitando o perecimento de direitos que exigem maior complexidade probatória (CAMBI, 2020, p. 454).

Ou seja, se usada de forma correta e suficientemente fundamentada, a prova estatística pode ter grande valor na promoção dos direitos fundamentais, principalmente àqueles que se referem à promoção da dignidade da pessoa humana. O juiz, pois, deve fazer uso desse tipo de prova quando o caso concreto assim o exigir (MARQUES; CAMBI; BRITO, 2021, p. 21).

No que concerne ao uso da estatística para a valoração das provas (e não como meio de prova), todavia, trata-se de uma probabilidade que não acarreta nenhuma resposta concreta e conclusiva ao ser usada, sendo interessante a sua aplicação em outras áreas que não o direito (AUILO, 2021, p. 122). Isso porque ela não gera uma análise específica dos elementos de prova produzidos no processo (AUILO, 2021, p. 124).

> [...] a estatística, embora cientificamente seja um método de excelente base teórica, não é capaz de ser transportada (ao menos por completo) para o campo da valoração da prova. O principal argumento repousa na ideia de que, não obstante de forma genérica produza resultados interessantes, no processo é necessário que os fatos sejam individualizados e analisados de acordo com a questão colocada à frente do magistrado. A probabilidade estatística, por exemplo, pode indicar que é maior o número dos jovens de sexo masculino, com idade entre 20 (vinte) e 25 (vinte e cinco) anos que se envolve em acidentes fatais com veículos automotores, quando comparado com jovens da mesma faixa etária, mas do sexo feminino. Isso, contudo, não é suficiente para dizer que um determinado sujeito que se enquadre nas características mencionadas possa ser responsabilizado pelo acidente com seu carro só porque é do sexo masculino e conta com 23 (vinte e três) anos de idade (AUILO, 2021, p. 120).

Em contrapartida a essa espécie de probabilidade estatística, há também a probabilidade de proposições, que está voltada "à medição do grau de conhecimento de mundo das pessoas", baseada na noção epistemológica, por permitir ao sujeito que determine se uma proposição é verdadeira ou não através de outros meios que não os matemáticos. Esse modelo de probabilidade é dividido em dois subtipos: a probabilidade subjetiva e a probabilidade lógica/indutiva. A probabilidade subjetiva é aquela que mede a veracidade de uma alegação com base na confiança de uma determinada pessoa na referida alegação (no caso dos autos, o juiz), através de critérios ligados à intuição, à estimativa e ao palpite (AUILO, 2021, p. 116). Justamente por essa razão, e por não ser calcada em critérios objetivos, não é a probabilidade mais adequada ao Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, a probabilidade lógica ou indutiva consiste numa relação (como o próprio nome já diz, lógica) entre duas proposições, com a verificação do grau de uma proposição na outra. "Como todo e qualquer pensamento indutivo, na probabilidade lógica, parte-se de casos específicos e isolados, procurando-se um padrão (lei geral) que os explica, aplicando-o a outros casos específicos análogos aos observados". Trata-se de um tipo de probabilidade que está em maior consonância com os ideais de um processo constitucionalizado – o que não significa que as probabilidades estatística e subjetiva devam ser descartadas por completo,

podendo ser usadas quando forem úteis, adequadas e racionalmente aceitas (AUILO, 2021, p. 117-119).

> [...] a probabilidade lógica se desenvolve precipuamente a partir de uma análise relacional entre proposições, buscando aferir o grau de confirmação que um elemento de prova dá a uma determinada hipótese construída por uma das partes em comparação com uma hipótese construída pela contraparte ou mesmo em comparação exclusivamente com sua negação. O que se pretende com a probabilidade lógica, portanto, não é mensurar a frequência relativa da ocorrência de um determinado fato (como ocorre com a probabilidade matemática), nem também levar em consideração uma crença subjetiva no momento de ordenar em graus de confirmação determinadas hipóteses (como ocorre com a probabilidade subjetiva). Busca-se, ao invés, dentro de um determinado conjunto de hipóteses, ordenar quais seriam aquelas mais confiáveis a partir da superação dos controles probatórios predispostos a justamente contrariá-las (AUILO, 2021, p. 130-131).

Como se sabe, uma fundamentação lógica e rigorosa, no mundo do direito, é uma das possibilidades que existe no sistema. É interessante que ao adotá-la, sejam observados alguns critérios e premissas, que vão gerar uma probabilidade, mas não certeza (pois na análise de fatos não se usa critérios dedutivos, que chegam à certeza, mas indutivos ou abdutivos, que chegam à probabilidade) (SMJ, 2020, online).

Como nenhuma alegação das partes, no início do processo, tem um grau inicial de confiabilidade maior que a outra, o juiz deve realizar uma comparação, aplicando os controles probatórios para verificar o quanto cada hipótese fática é capaz ou não de superar esses mesmos controles. E Rafael Auilo, em seu trabalho, defende a adoção de dois sistemas específicos propostos pelo estudioso Jordi Ferrer Beltrán, em sua obra “La valutazione razionale della prova” (“A valoração racional da prova”), que são a probabilidade lógica e os *standards* probatórios, que passam a ser expostos a seguir. Conforme esses sistemas, quanto mais os controles probatórios sejam superados para confirmar a veracidade de uma hipótese, maior será a sua confiabilidade, o que acaba sendo intuitivo, uma vez que quanto mais se confirma uma situação, mais ela será aceita pela comunidade (AUILO, 2021, p. 131).

> [...] a probabilidade lógica busca analisar e valorar de forma individual cada elemento de prova produzido, medindo o grau de confiabilidade de cada elemento de prova (testemunhal, pericial, documental etc.). E essa análise individual de cada elemento de prova é etapa imprescindível à análise conjunta das provas (*valoração contextual da prova*), representada aqui pela cadeia de raciocínio lógico decorrente de uma confirmação da hipótese H que servirá como ponto de partida para a confirmação da hipótese H1, da hipótese H2 e assim sucessivamente (diferenciando-se a probabilidade lógica da probabilidade matemática mais uma vez, pois na primeira a análise é feita especificamente para o caso concreto, enquanto na segunda

> a análise é feita para toda uma generalidade). Isso implica dizer que, a cada etapa do raciocínio valorativo, a hipótese anterior é tida como provada e verdadeira (AUILO, 2021, p. 132, grifo do autor).

Conforme Beltrán *apud* Auilo, uma hipótese será confirmada e o raciocínio judicial será iniciado por meio da probabilidade lógica, a partir do esquema: $H + SA + CI = P$, em que H é a hipótese a ser confirmada; SA são os supostos auxiliares (é o conhecimento prévio existente); CI são as condições iniciais particulares que devem acontecer para que ocorra a previsão; e P é a previsão do que se sucedeu (2021, p. 132-133, grifo nosso). E isso pode ser explicado a partir do seguinte exemplo do direito penal, elaborado por Beltrán e citado por Auilo:

> [...] a polícia prende um indivíduo suspeito de poucos minutos antes ter disparado sua arma de fogo contra o proprietário de uma joalheria, na qual havia entrado para cometer um roubo. Nesse caso, a hipótese H é a de que o sujeito preso é aquele quem disparou a arma e o suposto auxiliar SA é o fato de que ao disparar uma arma de fogo, um rastro de pólvora fica nas mãos, o que é possível verificar por meio de técnicas periciais. Por sua vez, a condição inicial CI é necessariamente o fato de que o sujeito não poderia estar usando luvas no momento do disparo ou qualquer outro elemento que não permitisse fosse a pólvora transferida às suas mãos, a fim de que efetivamente seja encontrado o rastro de pólvora (previsão P). Caso a previsão P não se mostre verdadeira, isso não necessariamente implicará em uma falsidade na hipótese H; pode ser que a hipótese H seja realmente falsa, como pode ser também que o suposto auxiliar SA ou a condição inicial CI não sejam verdadeiras (o sujeito disparou com arma de fogo que não deixa rastro de pólvora ou ainda ele usava [luvas] no momento do crime) (2021, p. 133).

Nesses casos, o emprego das máximas de experiência acabam sendo indissociáveis do próprio raciocínio lógico, o que não é tido como um problema, uma vez que apesar de serem dotadas de um caráter subjetivo, as máximas de experiência consistem em afirmações generalizadas que são de conhecimento comum da pessoa média, sendo as conclusões, por essa razão, controláveis por meio da produção de outros elementos de prova (no exemplo dado, é possível a produção de uma prova da prova, ou seja, a realização de um outro elemento de prova que defina se a arma de fogo usada no crime era ou não do tipo que deixava rastro nas mãos de quem a disparasse) (AUILO, 2021, p. 133-134).

Depois de aplicado o esquema retrotranscrito, o juiz irá concluir se a previsão P, diante da hipótese H e dos demais elementos (SA e CI), é ou não verdadeira. Porém, quando a previsão puder ser confirmada ao mesmo tempo através de duas ou mais hipóteses diferentes, não será possível concluir qual delas seria mais provável, sendo então preciso que o esquema

de valoração da prova se desenvolva ainda mais, numa segunda equação também proposta por Beltrán, qual seja: - *(H + SA + CI) = muito provavelmente P*, o que significa que caso a hipótese H, o suposto auxiliar SA e a condição inicial CI não correspondam à realidade, então muito provavelmente também não irá ocorrer a previsão P (AUILO, 2021, p. 134-135, grifo nosso).

Caso o segundo esquema seja confirmado, no sentido de que a previsão muito provavelmente aconteceria apenas se fossem respeitados os outros elementos do raciocínio valorativo, haverá grande probabilidade de que a previsão daquele primeiro esquema seja também verdadeira, não havendo que se falar em dúvidas. Porém, caso o segundo esquema não se concretize, pode ser que no primeiro esquema existam outras hipóteses aptas a confirmar a previsão P, permanecendo a incerteza quanto à veracidade da alegação para aquele que julga. E isso pode ser elucidado de acordo com o exemplo da arma de fogo, mais uma vez (AUILO, 2021, p. 135-136):

> [...] suponha-se que a hipótese H (o sujeito preso é aquele quem disparou a arma), o suposto auxiliar SA (ao disparar uma arma de fogo, um rastro de pólvora fica nas mãos) e a condição inicial CI (o sujeito não poderia estar usando luvas no momento do disparo ou qualquer outro elemento que não permitisse fosse a pólvora transferida às suas mãos) não alcançaram um grau de confirmação adequado [...] seria possível concluir muito provavelmente que a previsão P não se realizaria caso não se realizassem H, SA e CI, isto é, é certo que a previsão P somente depende de H, SA e CI para ser plausível? Em caso de resposta afirmativa, a hipótese terá ultrapassado essa fase do raciocínio valorativo, devendo continuar sendo testada em comparação com as demais hipóteses que também recebam um grau de confirmação (forte ou fraco) para, ao final e uma vez definidas as hipóteses provadas, o direito poder ser aplicado corretamente ao caso concreto. Por sua vez, caso a resposta seja negativa, a hipótese não terá alcançado um grau mínimo de convencimento, devendo ser considerada como falsa ou, pelo menos, não provada, não havendo necessidade que o raciocínio valorativo perquira novas etapas de análise (AUILO, 2021, p. 136).

Se ultrapassados o primeiro e segundo esquemas, pode haver seis conclusões surgidas da análise da hipótese H, quais sejam: 1) H não obteve qualquer confirmação; 2) H obteve uma confirmação fraca; 3) H teve uma forte confirmação; 4) a falsidade de H não foi passível de nenhuma confirmação; 5) a falsidade de H obteve uma confirmação fraca; ou 6) a falsidade de H teve uma forte confirmação. Deve-se ter em mente, porém, que a "comparação e juízo (...) dependem de um passo seguinte: a questão relativa ao grau de suficiência exigido em termos de desincumbência do ônus probatório" (AUILO, 2021, p. 136).

Neste ponto, podem surgir algumas perguntas, tais como qual o grau de probabilidade necessário para uma hipótese ser considerada verdadeira, se é necessário que a confirmação

da hipótese H seja fraca ou forte, o que ocorre se duas hipóteses receberem o mesmo grau de confirmação, se a hipótese para ser verdadeira não deve ser refutada por qualquer outra etc. E todas essas indagações são solucionadas pela aplicação dos chamados *standards* probatórios (AUILO, 2021, p. 136-137), que correspondem a uma medida que deve ser usada pelo magistrado para garantir que uma determinada alegação contida nos autos seja considerada provada (AUILO, 2021, p. 158).

> O *standard* da prova nada mais é do que um padrão exigido para que se considere como provado determinado fato. O *standard* determina os *graus de certeza* com que cada fato deve ser provado para satisfazer o convencimento do magistrado. Os *standards* da prova têm como função principal definir de forma clara o que seria a chamada *prova suficiente* no caso concreto. Esta é a importância do instituto. Adotando-o torna-se mais fácil a análise quanto ao proceder do Estado-juiz no exercício do poder-dever de livre-apreciação motivada da prova. Não se trata de uma análise específica sobre os fatos provados ou não. Analisar se o fato foi ou não provado refere-se exclusivamente ao exame ou reexame da prova. Analisar o grau de certeza exigido para cada fato envolve uma questão de direito: a valoração jurídica da prova (AUILO, 2021, p. 174, grifos do autor).

Ou seja, trata-se de um modelo ou critério de valoração da prova que, segundo Ferrer Beltrán *apud* Schuery, norteia o juiz na formação da sua convicção, dirigindo-o para que a decisão seja adequada e alcance as finalidades da jurisdição (2016, p. 45). São padrões que limitam a valoração probatória, "permitindo um controle sobre o raciocínio do juiz quando da prolação de uma decisão fática" (SCHUERY, 2016, p. 47).

Trata-se de critérios de suficiência que são utilizados conforme os riscos de erro em cada processo. Como se sabe, alguns erros processuais são mais perigosos que outros, por tratarem de bens jurídicos diferentes. E essa verificação de riscos não ocorre de modo arbitrário, devendo ser produto de uma decisão legítima (SILVEIRA, 2011, p. 277). Os *standards*, pois, distribuem os riscos de erro de forma coerente, conforme a proteção jurídica que deva ser dada a cada bem jurídico analisado em concreto (SILVEIRA, 2011, p. 189).

Isso demonstra que os *standards* probatórios estão ligados ao direito material. O grau de comprovação dos fatos não é conferido de maneira arbitrária pela vontade do juiz, mas sim pela proteção que deve ser dada aos bens jurídicos discutidos no processo. Logo, os *standards* não apenas funcionam para que seja possível se chegar à verdade (processualmente possível) dos fatos, estando também voltados para uma racionalidade prática e para os riscos sociais existentes em cada decisão (SILVEIRA, 2011, p. 34). É imperioso ressaltar, porém, que os *standards* não realizam de uma forma estritamente exata o controle da convicção, uma vez

que possuem conteúdo aberto e flexível, sendo aplicados conforme as peculiaridades de cada caso (KNIJNIK, 2001, p. 14).

> Trata-se de instrumento que se define segundo a tutela destinada a cada bem jurídico material, apesar de ser a regra que se manifesta nas preocupações do processo judicial como orientação fundamental para a decisão. É uma espécie de questão prévia à avaliação do conjunto probatório que define o grau de comprovação que deve ser atingido em cada processo de modo a proteger de equívocos determinados bens jurídicos considerados valiosos. Assim, tem por objetivo manipular a comprovação de determinados fatos, criando exigências quanto a sua intensidade de maneira proporcional à proteção destinada a determinado bem jurídico (SILVEIRA, 2011, p. 278).

Para que possa ser aplicado, porém, o *standard* probatório deve vir previsto em lei (AUILO, 2021, p. 174), o que é uma sugestão feita por Auilo em suas pesquisas, posição na qual esta dissertação se filia. E havendo a necessidade de a lei positivar referidos padrões de valoração da prova, é preciso que o assunto seja um pouco mais explorado, a fim de que se entenda melhor o que é o *standard* probatório e como deve se dar a sua aplicação pelo julgador na análise do caso concreto a ser julgado.

Com efeito, a parte a quem incumbe provar algum fato deve alcançar um patamar mínimo de demonstração de suas alegações, que será exigido conforme o *standard* probatório a ser aplicado àquele caso em particular. Caso não consiga comprovar as suas alegações, o julgamento da causa deve se dar com base no ônus da prova. Isso demonstra que o ônus da prova está intimamente ligado aos *standards* probatórios, sendo que ambos os institutos são conexos e complementares entre si. “Enquanto o ônus demonstrará quem deve provar o quê, sob pena de não o fazendo ter a demanda julgada em seu desfavor, o *standard* irá determinar o quanto de esforço deve fazer a parte onerada pela prova” (AUILO, 2021, p. 139), sendo que a escolha de ambos os institutos corresponde a uma opção de política legislativa (AUILO, 2021, p. 160).

> [...] embora o ônus probatório e sua distribuição dirão quem deve provar o quê, eles não esclarecem o quanto cada um deve provar para se desincumbir do encargo, eles não trazem consigo a exata dimensão exigida pela lei para que uma hipótese seja tida como provada (verdadeira). É nesse meio que [...] deve funcionar os modelos de constatação da prova. São exatamente esses modelos de constatação (os *standards* probatórios) que darão a medida e a dimensão exata de quanto esforço a parte onerada deve fazer para ver reconhecida aquela alegação em seu favor. O *standard* servirá como o *quantum* exigido da parte para que ela se desincumba do encargo e atinja o patamar mínimo imposto. Ao analisar em conjunto ônus da prova e *standards* probatórios fica clara a existência de uma unidade funcional, que regula a

> distribuição dos riscos quanto ao juízo de fato (AUILO, 2021, p. 161, grifo do autor).

Dito isso, é importante mencionar que nada impede que o *standard* probatório seja o mesmo em todos os processos. Na verdade, não existe uma única e específica forma de se definir qual seja o melhor *standard* a ser adotado. De acordo com Auilo, a suficiência da prova pode ser verificada com base em diversas premissas, havendo três consideradas as principais: o tipo de litígio; o momento em que a decisão é proferida; e os interesses que estão em disputa (trata-se de verificar o aspecto negativo da decisão, ou seja, o quão prejudicial pode ser para o caso concreto uma decisão equivocada e, consequentemente, injusta). Em seus estudos, Auilo não tem o objetivo de ilustrar em quais situações qual *standard* deve ser adotado, uma vez que isso se trata de uma escolha política, conforme as peculiaridades da situação concreta. Na verdade, o estudioso apenas visa demonstrar a necessidade de adoção dos *standards* pelo ordenamento jurídico para que haja maior objetividade na decisão judicial, demonstrando como é medido o grau de suficiência em cada um desses *standards*. O que Auilo faz, pois, é indicar quais são os *standards* de prova que são mais utilizados em países que adotam o sistema da *commom law*, por entender que são os mais possíveis de serem aplicados no direito brasileiro (2021, p. 139-141), o que acaba sendo também a finalidade da presente dissertação.

Antes de adentrar especificamente em cada modelo de *standard* probatório, todavia, é preciso ressaltar que a aplicação e uso de cada um dentro do processo corresponde a uma opção de política legislativa (AUILO, 2021, p. 141). De fato, a "formulação precisa de um *standard* probatório é requisito indispensável para sua escorreita aplicação, evitando-se os subjetivismos" com a sua utilização no ato de se valorar uma prova e decidir (AUILO, 2021, p. 143). E com relação aos modelos de constatação mais comuns existentes, pode-se citar três: a prova acima da dúvida razoável; a probabilidade prevalente; e a prova clara e convincente.

Com efeito, a prova acima da dúvida razoável é um modelo de constatação de prova usado quando os interesses envolvidos no processo são extremamente caros e tutelados pelo ordenamento jurídico. Geralmente, esse *standard* é aplicado nos casos em que a liberdade ou a vida precisam ser protegidos – o que ocorre de forma mais intensa na seara criminal. O que se busca com a aplicação desse modelo é evitar que erros judiciais sejam cometidos, uma vez que uma decisão equivocada, nesses casos, pode gerar consequências gravíssimas em relação ao bem da vida envolvido nos autos. Nesse caso, pois, "o peso de uma injustiça decorrente de

um falso positivo (condenação ou procedência equivocada) (...) é muito maior que o peso decorrente de um falso negativo (absolvição ou improcedência equivocada). Desse modo, é preferível uma decisão falso negativo (que não reconhece um fato ocorrido), do que uma decisão falso positivo (que reconhece um fato que não aconteceu). O princípio da presunção da inocência, no processo penal, faz exatamente o papel desse *standard* (AUILO, 2021, p. 141-143).

Neste ponto, é importante salientar que a dúvida razoável é aquela substancial, tangível e real, que gera uma incerteza grave com relação à veracidade da alegação. Para que o *standard* seja superado, a alegação de fato deve prevalecer em todas as hipóteses minimamente possíveis. Isso significa que não é qualquer dúvida que precisa ser sanada no processo: somente aquelas dúvidas que possam fazer com que o julgador hesite em tomar como verdadeira determinada alegação é que podem ser consideradas razoáveis (AUILO, 2021, p. 144-145).

E de acordo com Ferrer Beltrán, citado por Auilo, para que seja aplicado, o *standard* da prova acima da dúvida razoável deve reunir ao mesmo tempo duas condições para que determinada alegação seja considerada provada:

> [...] (i) a hipótese do autor deve ser apta e estar em grau suficiente para explicar as provas produzidas no processo, integrando-as de modo coerente; (ii) todas as demais hipóteses plausíveis, as quais possam explicar as mesmas provas produzidas e que sejam compatíveis com a tese do réu, devem ser refutadas (obviamente, devem ser excluídas da análise as hipóteses criadas *ad hoc*, que não tenham qualquer relação com as provas até então produzidas, ainda que elas tenham o condão de criar dúvidas, pois neste caso estar-se-ia julgando com base naquilo que não foi provado, o que é claramente inconstitucional) (2021, p. 141-143).

Feitas essas considerações a respeito do modelo de constatação da prova acima da dúvida razoável, pode-se concluir que:

> [...] adotar o referido *standard* seria exigir que a hipótese levantada pelo autor da demanda seja coerente e compatível com as provas produzidas, bem como que não tenha sido levantada qualquer outra hipótese inversa à do autor que tenha qualquer grau de razoabilidade e lógica. Deve-se admitir que uma hipótese foi provada tão somente se nenhuma outra minimamente palatável tenha sido apresentada pela contraparte, ainda que de difícil aceitação, mas tolerável do ponto de vista das provas produzidas nos autos. Com efeito, é imprescindível que concomitantemente (i) a veracidade da hipótese daquele que tem o ônus probatório receba um grau extremamente forte de confirmação, (ii) a falsidade dessa mesma hipótese não receba qualquer grau de confirmação (nem mesmo baixo) e (iii) nenhuma outra

> hipótese antagônica plausível receba qualquer grau de confirmação (AUILO, 2021, p. 145-146).

Por outro lado, o modelo da probabilidade prevalente possui um grau de confirmação das alegações a serem provadas muito mais baixo. Trata-se de um *standard* que deve ser usado quando uma decisão falso negativa (não reconhecimento de um fato que aconteceu) e uma decisão falso positiva (reconhecimento de um fato não ocorrido) acabam tendo o mesmo valor em graus de injustiça, sendo aplicado sempre que o objeto do litígio diga respeito a duas pretensões de igual qualidade. Esse é o modelo de constatação mais usado no processo civil da *commom law,* podendo ser aplicado tanto em decisões que resolvem o mérito e colocam fim ao processo, quanto em decisões de tutela provisória antecipada ou cautelar. Por meio desse *standard,* pode-se concluir pela veracidade de uma alegação mesmo que haja dúvida a seu respeito. Isso porque o que se leva em conta é o *peso superior da prova* ou a *preponderância da prova*: sopesada a prova, uma alegação será considerada verídica se a sua hipótese for mais provável de ser verdadeira do que falsa (ou seja, é mais provável que aquele fato tenha acontecido ou venha a acontecer). A dúvida, assim, não é afastada por completo (e isso ocorre em qualquer método de constatação, já que não é possível se chegar à verdade real), sendo trabalhada a partir de um limite estipulado pelo *standard.* Entre as hipóteses fáticas alegadas pelos litigantes, será considerada provada aquela que receba maior grau de confiabilidade de ter acontecido se comparada com as demais hipóteses fáticas (AUILO, 2021, p. 146-149, grifos do autor).

Caso a veracidade do fato receba um grau muito forte de confirmação a partir das provas constantes dos autos, pode haver três consequências: 1) a falsidade do fato não recebe nenhuma confirmação, 2) a falsidade do fato recebe um grau de confirmação fraco (nesses dois casos, o juiz deve considerar verdadeiro o fato), ou 3) a falsidade do fato recebe um grau de confirmação tão forte quanto a veracidade desse mesmo fato (nesse caso, não há preponderância nem da falsidade nem da veracidade, de modo que a causa deve ser julgada com base no ônus da prova, por não ter o *standard* atingido o seu grau mínimo de confirmação) (AUILO, 2021, p. 150).

Caso, porém, a veracidade do fato receba um grau de confirmação fraco, pode haver outras três consequências: 4) a falsidade do fato recebe um grau de confirmação forte (nesse caso, prevalece a falsidade do fato), 5) a falsidade do fato recebe uma confirmação igualmente fraca (de modo que a lide deve ser decidida com base no ônus da prova, uma vez que

nenhuma hipótese atinge um grau mínimo de superioridade exigido pelo *standard*), ou 6) a falsidade do fato não recebe qualquer confirmação (prevalece, aqui, a veracidade do fato sobre a sua falsidade, por alcançar um grau de confirmação maior) (AUILO, 2021, p. 150-151).

Por fim, caso a veracidade do fato não receba nenhum grau de confirmação, desdobram-se outras três situações: 7) a falsidade do fato recebe um grau de confirmação alto, 8) a falsidade do fato recebe um grau de confirmação baixo (nesses dois casos, irá prevalecer a falsidade, uma vez que ainda que baixa a confirmação, haverá a prevalência da falsidade por não ter havido nenhum grau de confirmação da veracidade), ou 9) a falsidade do fato não recebe nenhum tipo de confirmação (aplica-se o ônus da prova para resolver o caso, já que nenhuma hipótese alcançou grau de preponderância com relação à outra) (AUILO, 2021, p. 151).

Feitas essas considerações, verifica-se que em todas as hipóteses em que seja possível decidir sobre a prevalência da veracidade ou falsidade do fato a partir de uma análise concreta das particularidades do caso e da valoração das provas, o julgamento da lide será feito com base nos *standards* probatórios, que devem ser observados pelo juiz. Se não for possível definir qual hipótese fática prevalece, o ônus da prova deve ser utilizado como regra de julgamento (AUILO, 2021, p. 151).

Há, ainda, o modelo de constatação da prova clara e convincente, que é um meio termo entre os dois anteriores *standards* expostos. Geralmente, acaba sendo aplicado em casos mais complexos, que exigem maior rigidez que o modelo da probabilidade prevalente, mas que não determinam um grau de certeza tão alto quanto o modelo da prova acima da dúvida razoável, indicada especificamente para casos criminais. Trata-se de um modelo indicado para processos cíveis que sejam socialmente mais graves e que ultrapassem debates meramente patrimoniais, podendo ser usado para questões concernentes ao estado das pessoas, a atos de improbidade administrativa, a discussões eleitorais e a matérias que envolvam direitos coletivos. O uso desse *standard*, na verdade, busca diminuir a existência de decisões falso positivas (reconhecimento de um fato que não aconteceu) admitindo, porém, que o sistema conviva de forma relativamente boa com decisões falso negativas (não reconhecimento de um fato ocorrido) (AUILO, 2021, p. 154-155).

> O grau de convencimento para demandas em que se aplica o modelo de constatação da *prova clara e convincente* deve ser bastante elevado a fim de diminuir a chance

> de ocorrência de falsos positivos, mas não ao ponto de exigir que a alegação fática seja provada *acima da dúvida razoável.* O modelo exige uma alta probabilidade na demonstração da ocorrência de determinado fato [...] Não basta haver uma simples prevalência de certeza; a certeza deve ser mais profunda, embora seja possível a existência dela com dúvidas razoáveis. Deve-se tomar apenas cuidado para que não se estabeleça a *prova clara e convincente* como um *standard* tão alto quanto seria a *prova acima da dúvida razoável.* Sua formulação não deve passar por conceitos que façam uso de palavras como "inequívoca". Seu conteúdo deve estar circunscrito à denominada *alta probabilidade* (AUILO, 2021, p. 155-156, grifos do autor).

Do mesmo modo como ocorre na probabilidade prevalente, caso a veracidade do fato receba um grau muito forte de confirmação a partir das provas constantes dos autos, pode haver três consequências: 1) a falsidade do fato não recebe nenhuma confirmação, 2) a falsidade do fato recebe um grau de confirmação fraco (nesses dois casos, o magistrado deve considerar verdadeiro o fato), ou 3) a falsidade do fato recebe um grau de confirmação tão forte quanto a veracidade desse mesmo fato (nesse caso, não há alta preponderância nem da veracidade, de modo que o julgamento deve ser feito com base no ônus da prova, por não ter o *standard* atingido o seu grau mínimo de confirmação) (AUILO, 2021, p. 157).

Todavia, caso a veracidade do fato receba um grau de confirmação fraco, pode haver outras três situações: 4) a falsidade do fato recebe um grau de confirmação forte, 5) a falsidade do fato recebe uma confirmação igualmente fraca, ou 6) a falsidade do fato não recebe qualquer confirmação. Em todos esses casos, como não há um alto grau de probabilidade da veracidade da hipótese fática, e independentemente do grau de falsidade, a causa deve ser julgada com base no ônus da prova, por não ter sido atingido o grau mínimo de confirmação exigido pelo modelo de constatação (AUILO, 2021, p. 157).

Por fim, caso a veracidade do fato não receba nenhum grau de confirmação, desdobram-se outras três situações: 7) a falsidade do fato recebe um grau de confirmação alto, 8) a falsidade do fato recebe um grau de confirmação baixo, ou 9) a falsidade do fato não recebe nenhum tipo de confirmação. Em todos esses casos também será aplicado o ônus da prova como solução, já que nenhuma hipótese alcançou o grau mínimo exigido pelo *standard* probatório (AUILO, 2021, p. 157-158).

Isso demonstra que a veracidade de uma hipótese fática será considerada provada, no *standard* da prova clara e convincente, se alcançar um grau de confirmação, ao mesmo tempo em que a falsidade dessa mesma alegação alcance um grau de confirmação fraco ou inexistente. Não sendo possível definir qual hipótese fática prevalece, será aplicado o instituto do ônus da prova como regra de julgamento (AUILO, 2021, p. 158).

> Tais standards jurídicos ou modelos de constatação devem, pois, levar em consideração as especificidades do direito material. É isso que justifica, por exemplo, a exigência de um modelo de constatação mais rígido à improbidade administrativa [...] ou ao processo penal (marcado pela preservação do valor constitucional da liberdade, o qual justifica o critério do *in dúbio pro reo*, uma vez que é melhor absolver um culpado do que condenar um inocente) [...] Tais modelos de constatação visam criar parâmetros objetivos para aproximar as técnicas processuais das peculiaridades dos direitos materiais, bem como evitar decisões judiciais, que, a pretexto de serem livres (art. 371 do NCPC e 157 do CPP), acabam sendo arbitrárias, porque destituídas de fundamentos lógicos e racionais. Porém, esses standards jurídicos não retiram, completamente, a dificuldade de valoração da prova, não suprimindo a necessidade de o juiz aprofundar-se na análise criteriosa dos fatos controvertidos e nos argumentos deduzidos pelas partes (CAMBI, 2020. p. 436, grifo do autor).

Feitas essas considerações sobre como os *standards* probatórios devem ser aplicados, é preciso também dizer que eles se tratam de clássicos exemplos de questões que podem – e devem, de acordo com Auilo – ser verificadas em sede de recurso especial pelo STJ, e recurso extraordinário pelo STF, uma vez que estão ligados à valoração da prova e seu possível controle pelos tribunais. Na verdade, referidos recursos, por serem mais formais que os recursos ordinários, possuírem uma fundamentação vinculada e não estarem destinados à correção de injustiças como objeto central, tendo como finalidade a correta e adequada aplicação do direito, permitem que os critérios do modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas (que são os *standards* probatórios e a probabilidade lógica) sejam analisados pelas cortes superiores (AUILO, 2021, p. 168-169).

Isso porque, como dito, correspondem a institutos ligados à valoração jurídica da prova, a qual, por sua vez, corresponde ao confronto entre os elementos de prova e as próprias regras do direito probatório, tais como ônus da prova, objeto da prova, meios da prova, fontes da prova, sua suficiência etc. E isso é passível de análise por meio dos recursos especial e extraordinário justamente por conta do confronto ser feito com a lei, qualificando-se a questão como sendo de direito (uma vez que o STJ e STF não analisam questões de fato) (AUILO, 2021, p. 173).

> A análise da suficiência da prova para o convencimento judicial por meio da utilização da probabilidade lógica ou por meio dos *standards* da prova são dois clássicos exemplos de questão de direito (ou até mesmo questões mistas, mas com apelo ao direito, em verdade) que podem vir a ser levantadas quando da interposição de recurso extraordinário ou especial – claro, desde que tais institutos sejam expressamente adotados pelo ordenamento jurídico [...] O controle da aplicação adequada do *standard* é possível de ser feito, ainda que seja no julgamento de recursos [...] onde é vedado o reexame de provas e fatos. A análise da aplicação adequada ou inadequada de *standards* probatórios é matéria também atinente à

> valoração jurídica dos fatos e, portanto, questão de direito (ou, pelo menos, questão mista com foco em direito) (AUILO, 2021, p. 173-176).

Em seus estudos, Rafael Auilo ainda apresenta uma espécie de controle da valoração probatória que pode ser realizado pelo STJ e STF quando do julgamento de recursos especiais e extraordinários chamado de "juízo de cassação", já exercido pelo direito francês (*Cour de Cassation).* Esse modelo de *standard* está intimamente ligado ao dever de completude da motivação das decisões, e busca indicar quando o juízo *a quo* não fundamentou de forma suficiente e coerente a decisão. Trata-se, pois, de um *standard* de controle da motivação, trazendo uma ideia complementar aos demais *standards* da prova acima da dúvida razoável, da probabilidade prevalente e da prova clara e convincente (2021, p. 176-177).

Na verdade, os *standards* probatórios em juízo de cassação são institutos que buscam demonstrar quando o magistrado não fundamentou de forma suficiente e coerente a sua decisão. Por esse motivo, referidos *standards* possibilitam que haja um aperfeiçoamento na prestação da tutela jurisdicional, garantindo respeito ao devido processo legal (AUILO, 2021, p. 180-181). E como parâmetros para a aplicação desse *standard* de controle da motivação, existem três modelos principais:

> O primeiro deles é o da *ausência ou falta de motivos (défault de motifs).* Segundo tal *standard*, o juiz deve fundamentar de modo profundo e suficiente para tomar como verdadeira determinada situação de fato. O contrário disso caracteriza-se como vício que pode se manifestar pela ausência total de motivos (como, por exemplo, quando uma decisão diz que determinada alegação *não é fundada* ou mesmo invoca a *jurisprudência*), pela contradição de motivos, pela utilização de motivos dúbios ou hipotéticos (nesse caso, a decisão pode vir a ser reformada ou anulada justamente com base na questão da *suficiência da prova*) ou ainda pela ausência de enfrentamento de uma questão que era relevante para a resolução do litígio (AUILO, 2021, p. 177-178, grifos do autor).

Trata-se, na verdade, de um *standard* que vai passar a ser aplicado de forma mais intensa a partir da consolidação do CPC/2015, que estabelece o dever de o juiz analisar cada ponto de defesa alegado pelas partes (dever de completude), pondo fim à tese de que o magistrado não precisa analisar todas as questões trazidas se aquela enfrentada já foi suficiente para a formação do convencimento judicial (AUILO, 2021, p. 178).

Com relação ao segundo modelo de *standard* de controle da motivação, pode-se citar o da falta ou insuficiência de base legal. Nesse caso, existe uma insuficiência quanto à fundamentação da decisão, porém "essa insuficiência refere-se ao próprio mérito dos motivos

fáticos invocados pelo juiz face à conclusão jurídica alcançada por ele" (AUILO, 2021, p. 179). E a decisão terá falta ou insuficiência de base legal se:

> [...] a) o fato é constatado de maneira incompleta; b) o juiz se omite de indicar a origem das constatações de fato; c) o juiz se omite de apreciar o conjunto dos fatos constatados; d) o juiz se omite de interpretar uma cláusula obscura; e) o juiz deduz um motivo abstrato e geral em lugar de considerar o fato concreto; f) o juiz omite-se de determinar a realização de uma prova que lhe permitiria resolver a questão de fato; g) a decisão é ambígua e não se sabe se o juiz resolveu o fato ou o direito; h) os motivos tornam incerta a base legal da condenação; i) o motivo eleito é ininteligível; j) o motivo deriva de pura e simples afirmação; k) o fato constatado é hipotético ou dubitativo (KNIJNIK, 2001, p. 40).

Por fim, há o *standard* de controle da motivação chamado desnaturação ou deturpação de um escrito, o qual tem como finalidade verificar se o juízo *a quo*, ao analisar um documento escrito que seja claro e preciso em seu conteúdo, conferiu ao meio de prova interpretação diferente daquela única interpretação que seria possível extrair do documento por qualquer outra pessoa que o analisasse. Ou seja, trata-se de uma verificação realizada pelos tribunais superiores que ocorre de plano, sem que seja preciso verificar qual interpretação seria a mais adequada, uma vez que somente uma poderia ser extraída da análise documental. Tal *standard*, assim como os demais, pode ser aplicável no julgamento de recursos especiais e extraordinários, uma vez que está ligado à valoração jurídica da prova (AUILO, 2021, p. 179-180).

Feitas todas essas considerações, é muito nítida a necessidade de o legislador brasileiro positivar os critérios probabilísticos e o uso de *standards* probatórios no ato de valoração das provas pelo juiz, uma vez que será indicado de forma clara e precisa o caminho que o julgador deve percorrer para decidir de forma objetiva, sem que sejam deixadas margens para o cometimento de decisionismos.

No entanto, a mera positivação de padrões de valoração da prova, mesmo que aliada ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais (em sua completude) e ao quanto pregado pela teoria da argumentação jurídica, não é suficiente para que se extirpa de vez o paradigma do subjetivismo: a mudança não deve ocorrer apenas na lei, mas também na mentalidade dos magistrados. Por esse motivo, estudar mesmo que de maneira breve a neurociência no âmbito da decisão judicial, pode contribuir para se analisar como deve se dar a atividade de apreciação das provas.

3.5. A contribuição da neurociência como linguagem não corporal no processo civil e no exercício da valoração das provas

Apesar de isso não ser muito debatido no processo civil, o estudo da neurociência pode contribuir na análise da decisão judicial, especialmente no que concerne à valoração das provas. De fato, estudar sobre questões relacionadas à psicologia do testemunho, psicologia da memória, a linguagem no processo, como o cérebro humano lida com as emoções e como o juiz aprecia as provas é um tema bastante pertinente e relativamente novo no que concerne à discussão acerca do convencimento judicial.

Com efeito, o campo da psicologia do direito se desdobra em três grandes vertentes: a primeira delas corresponde ao estudo da elaboração das normas a partir dos sentimentos e necessidades coletivos; a segunda vertente busca estudar os conceitos e representações de justiça; sendo que a terceira vertente é responsável por observar como os fatores psíquicos podem influenciar o juiz na prolação da decisão (OLIVEIRA, 2016, p. 168), sendo esta última vertente a que mais se coaduna com o objeto de estudo da presente dissertação.

Neste ponto, conforme Taruffo citado por Oliveira, “a psicologia pode ser útil para a compreensão de algumas características da prática e da realidade da tomada de decisão sobre os fatos: há algumas pesquisas importantes nesse campo” (2016, p. 170).

É imperioso ressaltar, porém, antes de adentrar especificamente no assunto da neurociência e decisão judicial, que o presente trabalho não tem como objetivo esgotar ou fazer um estudo aprofundado sobre o tema, que gera um fascínio a partir da análise das investigações psicológicas na área jurídica, uma vez que isso extrapola as finalidades a que esta dissertação se propõe. Isso porque, como dito, trata-se de uma discussão relativamente nova, principalmente no campo do processo civil. Ainda são poucos os estudos sobre a temática, que pode ser melhor desenvolvida em pesquisas futuras, a partir de investigações interdisciplinares e por meio de metodologia própria. O que se pretende aqui, neste tópico, pois, é apenas indicar, de maneira bastante concisa, como essa ciência que estuda o cérebro humano pode contribuir no debate dos processos mentais de formação do convencimento e decisão judiciais.

> O desenvolvimento científico ocorrido nas últimas décadas resultou em um aprimoramento de diversas técnicas e metodologias utilizadas na área das neurociências. Inicialmente desenvolvidas para a aplicação clínico-hospitalar, os

> métodos neurocientíficos vêm ganhando espaço e notoriedade em diversas searas, incluindo as ciências jurídicas. As metodologias desenvolvidas buscam avaliar a estrutura e o funcionamento do cérebro, procurando, em muitos casos, associar uma dada estrutura cerebral a alguma característica particular, como, por exemplo, a tomada de decisão acerca de algo [...] Trata-se, portanto, de procurar entender se, como e quando as neurociências poderiam proporcionar um conhecimento relevante e como as suas informações poderiam ser utilizadas como prova em juízo [...] Apesar de a metodologia neurocientífica enquadrar-se na prova científica, é preciso reconhecer que alguns parâmetros devem ser determinados para que essa seja admitida em juízo. No Brasil não há jurisprudência consolidada acerca das provas científicas (BERTONI; AMARAL, 2019, p. 02).

Na verdade, essa ciência é bastante aprofundada em países como os Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra e Canadá, não tendo recebido ainda no Brasil a atenção merecida no ambiente da razão prática e do direito. Existe, inclusive, um campo da neurociência chamado "neurolaw", que tem como finalidade estudar exclusivamente os aspectos científicos ligados à decisão jurídica, principalmente aquelas que estão no campo probatório criminal, com estudos, por exemplo, ligados à descoberta da verdade com a ajuda de máquinas e de exames cerebrais (ALBERTO, 2016, online).

A título elucidativo, existem pesquisas de estudiosos como Benjamin Libet, John Haynes, Sam Harris, Erickson e Felthous, que apontam métodos para tomada de decisão. Neste ponto, é interessante salientar estudos que verificaram dados interessantes: a decisão inconsciente pode ser tomada de cinco a sete segundos, antes mesmo que haja um conhecimento consciente pelo julgador; o contexto em que inserido o magistrado pode influenciar diretamente na sua compreensão cognitiva sobre determinada situação ou conflito, entre outras informações interessantes (ALBERTO, 2016, online).

Com relação à neurociência no campo do processo civil, e adentrando o tema ao objeto central desta dissertação, pode-se mencionar a investigação que cuida dos aspectos internos da tomada de decisão, ou seja, sobre como o cérebro do juiz lida com os aportes probatórios contidos no processo. Neste ponto, é importante ressaltar que o CPC/2015 não esclarece como deve se dar a valoração cognitiva da prova, atendo-se à forma de produção da prova. Não há, por exemplo, dispositivo que discipline de que modo o juiz deve compreender a prova oral (ALBERTO, 2016, online), ou mesmo regramento que determine como o seu convencimento deve se dar – por isso a importância de serem positivados o uso de critérios probabilísticos e de *standards* probatórios como meios de controle da decisão, como visto no tópico anterior.

A despeito disso, a doutrina há muito tempo já vem apontando a necessidade de estudos sobre os fatores de natureza subjetiva, emocional e psicológica que influenciam na atuação do magistrado, com a necessidade de serem feitos estudos psicológicos sobre as decisões judiciais (OLIVEIRA, 2016, p. 168). Por exemplo,

> Calamandrei retoma a ideia de que sentença vem de sentir. Cappelletti refere-se ao sentimento do juiz. Gorphe desenvolve estudos psicológicos sobre as decisões judiciais, analisando vários tipos de influências na constatação e apreciação dos fatos da causa, como, por exemplo, da simpatia e da antipatia [...] Weimar descreve e analisa vários comportamentos decisórios, em sua realidade social e psíquica, com abordagens fenomenológica e psicológica, como por exemplo, a teoria de campo de Kurt Lewin. Portanova distingui três planos no âmbito das motivações sentenciais: probatório, pessoal e ideológico. Prado examina o papel criador do juiz e destaca a influência do psiquismo do juiz na sentença, desenvolvendo virtuoso estudo sobre as relações do arquétipo da *anima* e o juiz, com base, entre vários autores, em Carl Jung (OLIVEIRA, 2016, p. 168-170, grifo do autor).

De fato, a abordagem psicológica permite que a decisão judicial e o próprio exercício da judicatura sejam aperfeiçoados e melhor desenvolvidos (OLIVEIRA, 2016, p. 172). Como já salientado ao longo deste trabalho, a valoração probatória, com a consequente tomada de decisão judicial, deve ser revestida de características mínimas para que a prova seja admitida e para que o pronunciamento do magistrado seja considerado legítimo (BERTONI; AMARAL, 2019, p. 03), o que é indispensável no Estado Democrático de Direito.

Por essa razão, existe a importante tarefa de se afastar, no exercício de apreciação das provas, tendências cognoscitivas a que o juiz pode incorrer mesmo que de forma inconsciente, distorcendo os elementos de prova levados à sua análise. E isso é importante de ser discutido quando se fala numa valoração racional da prova (MEDINA, 2015, p. 623). E neste ponto, é importante que se fale um pouco sobre os chamados vieses e heurísticas.

Com efeito, de acordo com Kahneman e Freitas *apud* Chaves, as heurísticas correspondem aos mecanismos que atuam sob condição de incerteza, os quais podem gerar vieses, que são erros sistemáticos presentes na decisão judicial (2018, p. 92) que podem comprometer a busca pela verdade (processualmente possível).

Com relação às heurísticas, pode-se citar algumas delas a título exemplificativo. Por exemplo, a heurística da disponibilidade dispõe que “quanto maior for a propensão de que algo venha a mente do sujeito, maior será a chance de que esse sujeito considere essa lembrança como algo frequente, mesmo que isso não seja verdade”. Ou seja, a acentuada ocorrência de determinada situação faz com que a percepção do juiz seja estimulada no

sentido de que situações futuras ocorrerão da mesma forma, gerando em muitos casos medo ou insegurança exagerados que não necessariamente indicam a realidade. Se, por exemplo, uma pessoa é atacada por um tubarão em uma praia e isso for amplamente noticiado pela mídia, uma outra pessoa que está prestes a ir à praia vai ter medo de entrar no mar e também sofrer o mesmo ataque, mesmo que as chances de isso vir a acontecer sejam mínimas ou bastante raras (BERTONI; AMARAL, 2019, p. 09-10).

> [...] de que forma esse processo cognitivo pode influenciar no julgamento de ações judiciais? Ora, um dos exemplos que se pode citar é o processamento e julgamento de processos que recebem ampla cobertura pela mídia. Alguns casos foram tão noticiados pelos veículos de comunicação, durante tanto tempo e de forma tão intensa que acabaram se tornando amplamente recuperáveis pela memória (mais disponíveis, portanto), carregando consigo todos os possíveis efeitos da heurística da disponibilidade, acaso não sejam eles filtrados por mentes habilidosas [...] a informação relativa a esses casos está muito mais disponível ao resgate de nossa memória do que informações referentes a diversos outros casos ainda que bastante semelhantes que não tenham sido tão amplamente noticiados. É preciso esforço para que as decisões tomadas em casos como estes sejam tão influenciadas pelo subjetivismo quanto as decisões tomadas nos demais processos, nos quais inexiste um aparato midiático por trás suscitando a disponibilidade desses fenômenos (BERTONI; AMARAL, 2019, p. 10).

Existe, também, a heurística da referência ou da ancoragem, que corresponde à tendência de o juiz se pautar num dado inicial, ajustando toda a decisão a partir disso. Esse dado inicial funciona como uma âncora, ou seja, como um padrão de referência para a decisão judicial. Por exemplo, uma denúncia realizada pelo Ministério Público que seja extremamente acusatória e carregada pode servir de âncora ao magistrado, que de forma consciente ou inconsciente poderá modular sua decisão com base naquela peça inicial. Pode-se, ainda, citar a ancoragem que a decisão proferida pelo juízo *a quo* pode gerar no juízo *ad quem*, responsável pelo julgamento de determinado recurso. Há também a influência da ancoragem na ordem de julgamento de processos. Se um juiz, por exemplo, julga primeiramente uma demanda volumosa e complexa, e logo depois passa a julgar uma demanda mais simples, pode ser que não empregue a mesma energia e cautela no julgamento desta segunda ação. É possível que se fale, ainda, em uma auto-ancoragem: se o juiz emite uma decisão de determinado fato nos autos, pode ser que a utilize como âncora para todos os demais processos que sejam semelhantes, não se preocupando com as particularidades de cada caso (BERTONI; AMARAL, 2019, p. 11-12).

Com relação aos vieses, pode-se citar a título de exemplo o confirmatório, que corresponde à tendência natural de o sujeito "procurar ou favorecer apenas informações que corroborem seus pontos de vista, hipóteses ou pré-concepções, negligenciando evidências que apontem em sentido contrário" (BERTONI; AMARAL, 2019, p. 12).

O viés confirmatório é também conhecido como sendo o fenômeno do *confirmation bias*, que corresponde à prática de o juiz buscar reforçar e consolidar as suas proposições, conclusões ou entendimentos iniciais da causa de modo desleal, parcial e pouco democrático, com desrespeito ao raciocínio indutivo, dialético e dialógico. Ou seja, o magistrado, antes mesmo de verificar o conjunto probatório constante dos autos, primeiro decide, voltando seus olhos apenas aos elementos de prova que interessem à confirmação da sua decisão. Em seu pronunciamento, busca de forma seletiva e tendenciosa as fontes jurídicas que sejam aptas para fundamentar uma conclusão já preestabelecida, sendo que haverá mais facilidade na prática do *confirmation bias* quando se estiver diante de princípios jurídicos, cláusulas gerais, ou conceitos indeterminados e abstratos que precisem de maior densificação normativa. Isso porque, nesses casos, o julgador, enquanto intérprete, será o único proprietário dos sentidos almejados. Trata-se, pois, da realização de uma falsa fundamentação. E esse comportamento pode ser realizado não apenas por juízes, desembargadores e ministros, como também por representantes do Ministério Público, advogados, defensores públicos e demais profissionais do direito (CAMARGO, 2019, p. 201-202).

Alocando o viés confirmatório ao exercício de valoração das provas (tema da presente dissertação), pode-se citar a típica e bastante frequente situação concernente às provas testemunhais, em que o juiz, para dar uma decisão já pré-concebida e atender (de maneira camuflada) ao dever de fundamentação das decisões, recorta os depoimentos das testemunhas com a finalidade de enfatizar os trechos que indicam a hipótese vencedora (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 320).

> Acontece que o juiz não pode considerar uma parte do depoimento e esquecer a outra como se estivesse justificando a versão do vencedor. Ora, dessa maneira o juiz não justifica as suas razões, mas sim as razões de uma das partes. Por isso é preciso eliminar o péssimo vício contido na sentença que pensa estar motivada ao justificar as razões do vencedor, supondo que os argumentos relativos para a não aceitação das provas da parte vencedora estejam implícitos (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 320).

Como já dito ao longo do presente capítulo, a valoração probatória deve se dar de forma “integral, sistêmica, em verdadeiro diálogo com todas as provas que foram produzidas, e em tratativa não somente daquela vencedora, mas também da tese perdedora, que a bem ver, mais ainda necessita de justificação acerca de sua não acolhida, (...) pertinência ou validade” (CAMARGO, 2019, p. 202). De fato, a motivação deve ser o preparo para a formação da decisão, e não mero produto daquilo que já foi escolhido pela mente do julgador e tomado como ato decisório anteriormente à análise dos elementos de prova. A fundamentação deve ser concebida como preparação, e não como mera explicação (CAMARGO, 2019, p. 204).

O viés retrospectivo ou efeito “sempre soube”, por sua vez, corresponde à situação de o magistrado, em posse de muitas informações complementares sobre determinado fato, acabar considerando a ocorrência do evento mais provável do que de fato era, encaixando o resultado que já aconteceu dentro de uma narrativa que faça sentido e que esteja de acordo com os fragmentos de realidade e de conhecimento que possui. Ou seja, o juiz acaba emitindo um juízo de previsibilidade sem qualquer cautela, superestimando a previsão de um fato, sem que seja possível determinar se aquilo realmente aconteceu diante das informações disponíveis no momento do evento (BERTONI; AMARAL, 2019, p. 14).

Um outro viés muito comum é o da empatia, que corresponde ao sentimento do julgador de compreender o sentimento de outra pessoa e espelhar aquela emoção em si próprio (CHAVES, 2018, p. 93). Se, por exemplo, uma criança com uma doença rara pleiteia que um tratamento no exterior extremamente caro seja custado pela União, juntando nos autos fotos suas, isso muito provavelmente fará com que o julgador responda favoravelmente ao seu pedido, mesmo que a União alegue em sua defesa a reserva do possível e a isonomia entre os usuários do sistema de saúde. Nesse exemplo, o uso de imagens faz com que cresça no julgador um sentimento de afeto, havendo uma decisão baseada na empatia (CHAVES, 2018, p. 99).

Há, ainda, o viés do egocentrismo, que corresponde à tendência de o sujeito supervalorizar suas habilidades, imaginando estar acima da média. Um juiz, por exemplo, acredita que suas decisões sofrem menos recurso que a de seus colegas de profissão, e isso é algo natural do ser humano (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2001, p. 811-812).

> Por vezes, enganados pelo que se conhece como efeito flash (empatia ou falta de empatia imediata com quem presta o testemunho), stock de conhecimentos pretéritos, aspectos institucionais/sociais e econômicos de valoração (por exemplo: dinheiro só tem valor por convenção social), efeito “libreto” (narrativa anormal que

> se converte em normal), estereótipos (esposa fiel, marido infiel), máximas da experiência [...] e, finalmente, falácias heurísticas do conhecimento comum do cotidiano (acreditar que algo ocorreu, porque sempre assim se deu); os juízes sequer percebem que se deixaram levar, na valoração do depoimento, por algum(ns) destes vícios de compreensão. Não chega sequer a ser uma questão de má-fé, senão de puro desconhecimento. Estas questões não são abordadas, pesquisadas ou estudadas no campo judicante e, em que pese possam produzir efeitos de influenciar decisivamente a tomada de decisão, prosseguem pouco conhecidas e/ou abordadas (ALBERTO, 2016, online).

A análise econômica comportamental, neste ponto, aliada ao dever de completude da motivação e ao uso de critérios probabilísticos e de *standards* no exercício da valoração das provas, busca amenizar a assimetria de informações a fim de que o julgador decida da forma menos enviesada possível. A neurociência, assim, permite que comportamentos viciosos – os quais devem ser evitados e que não são apresentados aos indivíduos em condições normais – passem a ser estudados para que a decisão judicial seja cada vez mais aperfeiçoada e fundada numa racionalidade (RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 15).

> A subjetividade dos processos mentais ou psíquicos do juiz, denominados genericamente como psicológicos, por mais complexos que sejam, tanto na apreciação da prova como na formação do seu convencimento, é objetivamente redutível em raciocínios e concretamente enunciável em argumentos, para conhecimento, justificação, debate e controle. O juiz não tem condições de externar, e não é necessário que exteriorize, os vários aspectos subjetivos que se desencadeiam no seu psiquismo quando toma, por exemplo, o depoimento de uma testemunha. O que se impõe, a partir de uma abordagem racional, em face das exigências de justificativa da decisão, é que sejam indicadas as razões, isto é, argumentos e raciocínios, com referência objetiva nos elementos de prova, sobre o convencimento (OLIVEIRA, 2016, p. 171-172).

Na verdade, não interessa saber como o magistrado imagina que os fatos aconteceram. O que é importante é saber como ele conheceu os fatos, como se deu essa atividade cognitiva através da apreciação das provas constantes dos autos (MEDINA, 2015, p. 622-623).

Com efeito, conforme Damásio citado por Bertoni e Amaral, existem elementos emocionais e racionais que são imprescindíveis para a racionalidade humana, os quais constroem uma ponte entre a razão e a emoção. Para o estudioso, os sentimentos levam o julgador para um local mais adequado de tomada de decisão, no qual a lógica, a razão e a emoção são empregadas com o fim de auxiliar o juiz a dar uma decisão. Isso porque o cérebro é formado por muitos sistemas que são interligados e que se complementam de modo funcional. Para ele, a incerteza é importante para que seja feito um juízo moral mais

apropriado. A razão humana, assim, depende de todos esses fatores, não se podendo ignorar também a interação entre o juiz e o contexto social em que está inserido (2019, p. 07).

> Frente à construção teórica supracitada, é de extrema importância que os magistrados entendam que, na grande maioria das vezes, as suas decisões estarão embebidas de emoção e de histórico pessoal. O juiz deve ser humilde o suficiente para reconhecer que é impossível que uma decisão seja puramente racional, e, portanto, que vieses e heurísticas irão ocorrer e fazer-se presentes nas sentenças dos tribunais. Não se pode esquecer que o julgador é um ser humano e, assim, é impossível que o seu juízo não esteja carregado de uma carga pessoal histórica bastante elevada. O necessário e importante é reconhecer que isso ocorre para que as consequências sejam minimizadas e que a influência seja a menor possível, reduzindo de modo significativo as heurísticas e os vieses que permeiam grande parte das decisões judiciais (BERTONI; AMARAL, 2019, p. 07-08).

Conforme Maroney, pesquisadora das emoções nas atividades judiciais, citada por Oliveira, os julgadores, em seu ambiente de trabalho e por conta das relações interpessoais que vivem diariamente, estão sujeitos a diversos tipos de emoções que influem diretamente no ato de decidir. Na verdade, as emoções judiciais são mais comuns do que se imagina, e isso não necessariamente significa algo ruim. E é função da neurociência e da psicologia mostrar a importância das emoções nas relações sociais. De fato, a emoção possibilita que haja coesão social, sendo necessária à própria sobrevivência. É ela que desenvolve os raciocínios práticos, estando, pois, “a serviço da razão, ao motivar a ação e potencializar a própria razão”. Por exemplo, emoções de raiva, tristeza, rancor, antipatia, alegria, entusiasmo ou encantamento podem estar presentes dentro das relações entre os sujeitos processuais. Na realidade, o ambiente judicial é naturalmente tenso, por estar cercado de conflitos de interesses e de fortes conteúdos emocionais (2016, p. 173-174).

> Não há julgador completamente dissociado do contexto social, alongado da sociedade, purificado de concepções ideológicas, sociais, culturais e psicológicas. Ninguém pode nem deve assumir o papel do juiz asséptico, sob pena de afetação à própria identidade, e condução a erros de conduta, moralismo exacerbado daquele que se considera juiz da ética de todos os demais membros do corpo social, ou ainda com o risco da onipotência de quem se nomeia Dom Quixote e combatente de todos os piores males e flagelos humanitários (CAMARGO, 2019, p. 199).

De acordo com Maroney *apud* Oliveira, existem estratégias que são úteis para lidar com as emoções, alinhando a reavaliação cognitiva e a profissionalização da atividade a ser desempenhada pelo juiz – o uso de critérios probabilísticos e de *standards* probatórios são um

exemplo de controle nesse sentido. Com efeito, a reavaliação cognitiva busca observar as razões por trás das emoções. Como as emoções provocam pensamentos, é importante analisar se eles correspondem à realidade da situação que está sendo vivenciada. Além disso, essa reavaliação faz com que as razões das emoções sejam justificadas de modo adequado. Analisar as emoções de forma profissional significa reconhecer as emoções que surgem ao longo do processo, mas apesar disso, manter o foco em finalidades específicas da atividade judicante. E isso promove o desenvolvimento de uma inteligência emocional, a partir do momento em que as emoções experimentadas pelo juiz no ambiente de trabalho são pensadas, faladas, escritas, revelando-se. O compartilhamento de emoções vividas faz com que o grau de autoconhecimento cresça, ao mesmo tempo em que permite que novas reavaliações cognitivas sejam realizadas (2016, p. 175).

O julgador contemporâneo, ao decidir, não pode ser comparado a um robô capaz de resolver de forma mecânica e matemática os conflitos de direito que são levados à sua apreciação. Isso porque "sem sensibilidade, humanidade e solidariedade, haverá apenas barbárie, não justiça constitucional" (CAMBI, 2020, p. 150).

> [...] as decisões judiciais não resultam, pura e simplesmente, dos conceitos legais, por intermédio de silogismo lógico-formal. A norma, enquanto resultado da interpretação, é revestida de caráter subjetivo e objetivo. A sentença, que vem do verbo sentir, é produto da cognição resultante do processo judicial, mas também – e antes disso – uma expressão humana. Por isso, não se pode reduzir a sentença a um mero silogismo jurídico. A sentença não é produto mecânico resultante de atos prévios puramente lógicos. Caso se pudesse suprimir os aspectos subjetivos da decisão, bastaria, com melhores resultados e menores custos, substituir os juízes por computadores. Há diferentes motivos, não exclusivamente racionais, que influem no convencimento judicial [...] Isso não significa que a metodologia racionalista não é adequada. Não se pode negar que ela trouxe um avanço irreversível ao aprofundamento da consciência científica moderna. Quando se critica essa metodologia não se está se opondo a ela por ser racionalista, mas tão só demonstrando que, tal como ficou evidenciado pela experiência positivista, é insuficiente para dar conta do fenômeno jurídico (CAMBI, 2020. p. 149-150).

Isso tudo demonstra que o debate da neurociência na decisão judicial implica questões de ordem prática fundamentais, "principalmente no que tange à própria essência do ser humano e de sua formação". Não se pode restringir a mente unicamente ao cérebro, deixando de lado todo o aparato sentimental, espiritual, social e cognitivo que forma o juiz enquanto ser humano (BERTONI; AMARAL, 2019, p. 06).

> Por todo o exposto, conclui-se que os juízes decidem com base em vários fatores, como consigna o Realismo Jurídico, e que são eles o próprio ordenamento jurídico, as ideologias políticas, econômicas e partidárias dos juízes, a experiência pessoal, o auditório a que se dirigem, a possibilidade de reversão da decisão, a opinião pública em se tratando de um caso difícil do Direito, dentre outros. Todos esses elementos, extralegais ou não, influenciam o processo decisório e é bem trabalhoso, na prática, aferir qual o peso exato de cada um destes fatores, inclusive porque sugerir como um juiz decide (com base em qual fator) é diferente de afirmar qual a real motivação de um julgador em um determinado caso (ALVES; SERRA, 2019, p. 402).

O grande equívoco está em se esquecer que o juiz é membro da comunidade em que inserido, sendo participante dos problemas que a envolvem, "advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo". Nesse sentido, um dos grandes avanços oriundos do direito processual foi o de determinar a necessidade do comprometimento axiológico de suas instituições. Num primeiro momento, pode-se pensar que o juiz deve ser indiferente. Porém, ele deve conduzir suas decisões com base nos resultados sócio-econômicos e políticos que poderá produzir (DINAMARCO, 2002, p. 40-41).

> Ser um juiz imparcial, em uma sociedade pluralista e democrática, não significa guiar a decisão pelas próprias convicções pessoais, mas buscar: i) compreender os consensos básicos da sociedade para que a vida em comum seja possível; ii) não substituir as decisões da maioria, reforçando os procedimentos para a sua expressão, salvo quando a vontade majoritária afrontar direitos fundamentais, convertendo-os em decisões injustas, totalitárias ou moralmente censuráveis; iii) harmonizar os posicionamentos concorrentes, examinando os benefícios-prejuízos de cada um deles; iv) realizar a condição de possibilidade da vida em comum, não estabelecer um projeto de vida determinado; v) primar pela pacificação social, ao invés de conceitos normativos precisos; vi) elementos de consenso, para concretizar um conceito de justiça aceito por pessoas livres, iguais, racionais, razoáveis e que possam estabelecer uma convivência baseada na cooperação (CAMBI, 2020, p. 156).

Dito isso, é imperioso ressaltar, por fim, que as psicologias cognitiva e comportamental demonstram que os atos de tomar e justificar uma decisão ocorrem ao mesmo tempo. Ou seja, o contexto da descoberta e da justificação são realizados de forma conjunta. E isso é mais problemático nas questões de fato, por não ter uma norma anterior a ser analisada pelo juiz. Por isso são conceitos que precisam ser repensados, não se podendo falar numa dicotomia entre eles. Logo, falar que primeiro o juiz decide e depois fundamenta sua decisão talvez já não faça mais tanto sentido, uma vez que essas são atividades que ocorrem concomitantemente – essa separação no processo decisório já não é mais tão palpável (SMJ, 2020, online).

A racionalidade deve ser repensada, não podendo se pautar mais unicamente na ciência jurídica. Os modelos argumentativos estão conversando com outras ramificações teóricas, com a psicologia cognitiva, com a economia comportamental (SMJ, 2020, online).

> Os neurocientistas conhecem pouco do cérebro humano. Os juristas menos ainda. Transitar entre essas áreas é tarefa árdua e dispendiosa. Todavia, é fundamental ter conhecimento acerca de elementos ocultos que podem influenciar nosso processo de tomada de decisão. Quantas vezes nossa mente nos pregou peças? [...] Será que essas peças não podem, também, ser pregadas em momentos que exercemos uma atividade mais reflexiva, como, por exemplo, proferir uma decisão judicial? É possível que a nossa subjetividade se misture com a nossa racionalidade em um processo de alquimia decisória? (BERTONI; AMARAL, 2019, p. 15).

Essas questões, apesar de serem extremamente pertinentes, ainda não possuem respostas prontas. O que se buscou neste tópico da presente dissertação foi apenas indicar alguns vícios cognitivos que podem estar presentes de forma camuflada nas decisões judiciais, fazendo com que elas não sejam, em muitos casos, tão racionais quanto se acredita.

Com efeito, “o direito que se fecha em si, torna-se míope, como que procurando os óculos que se encontram em seu nariz. Esta forma de pensar não se coaduna, decerto, com o que propugna a sociedade”. É preciso, pois, que a ciência jurídica esteja aberta para novos e diferentes campos científicos que possam ajudar na análise da formação da decisão judicial (ALBERTO, 2016, online), com a criação de balizas para o seu possível controle.

É inegável que o magistrado tem o dever de atuar como um guardião dos direitos fundamentais envolvidos no processo, associando as técnicas de neurociência e aplicando um filtro para o uso dessas metodologias (BERTONI; AMARAL, 2019, p. 06). Deve avaliar suas emoções e saber separá-las: o que é produto do subjetivismo, dos vieses e das heurísiticas, não pode formar a decisão. Na verdade, não pode estar sequer dentro do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de toda a dissertação verificou-se que a prova é o meio pelo qual o juiz forma o seu convencimento judicial, por consistir num instrumento que reconstrói os fatos jurídicos, apurando as alegações feitas pelas partes no processo. A prova, além de possibilitar a busca da verdade (que como visto não necessariamente corresponderá à verdade real, mas a uma verdade processualmente possível), é também um meio democrático de participação das partes no processo, na busca de seus direitos. Isso demonstra que a prova se consubstancia num verdadeiro direito fundamental, estando aliada às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

E por ser um direito, a concepção de prova com o passar do tempo se modifica, a fim de que se coadune com os preceitos considerados importantes a cada época. No que concerne à valoração das provas, como visto, trata-se de um exercício judicial que sofreu diversas modificações ao longo do tempo: por um bom período o próprio legislador atribuiu o valor que considerava importante a cada meio de prova, tarifando-os; ao perceber que esse modelo de apreciação não dava conta de abranger todos os desdobramentos da vida, o sistema de valoração passou a se pautar numa íntima convicção do julgador, que era livre para dar a cada prova o valor que acreditasse ser interessante, podendo, inclusive, fazer uso de subjetivismos e impressões pessoais para formar o seu convencimento (o que persiste ainda hoje no âmbito criminal, nos julgamentos do Tribunal do Júri).

No Código de Processo Civil de 1973, inclusive, e como visto ao longo do primeiro capítulo, ao juiz era permitido apreciar *livremente* a prova, de acordo com os fatos e circunstâncias levados à dialética processual, mesmo que não suscitados pelas partes. Seu único dever era indicar, na decisão, os motivos formadores do convencimento, ainda que pautados numa arbitrariedade. E essa forma de valoração livre das provas deu certo por muito tempo.

No entanto, a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada e o direito processual assumiu nova roupagem, adequando-se a um processo constitucionalizado e democrático, o julgamento livre deixou de ser encarado com bons olhos. Isso porque comportamentos solipsistas, discricionários, arbitrários e subjetivistas não se coadunavam com o quanto pregado pelo Estado Democrático de Direito. O direito processual,

assim, deveria se adequar aos novos ditames, tendo sido editado um novo Código que visava a esse fim: o CPC/2015.

Conforme apresentado no segundo capítulo, com o surgimento do novo *codex*, houve também a necessidade de a valoração das provas se pautar nos preceitos constitucionais, e ter em seu conteúdo uma maior racionalidade. Isso porque a valoração das provas, como dito, é responsável pela formação do convencimento judicial que, por sua vez, forma a decisão, a qual, em um processo constitucionalizado, deve ser legítima e passível de controle pelas partes litigantes e pela sociedade como um todo.

E uma das inovações do CPC/2015 com relação ao direito à prova foi o artigo 371, que retirou a possibilidade de o juiz valorar *livremente* a prova, excluindo referido vocábulo – anteriormente constante no art. 131 do CPC/1973 – do novo dispositivo, o que já era defendido pela "emenda Streck" durante o anteprojeto da nova legislação processual civil. A partir do CPC/2015, pois, o magistrado deve apreciar as provas constantes dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, devendo indicar na sua decisão as razões que formaram o seu convencimento.

Essa exclusão da possibilidade de se valorar livremente a prova gerou grandes debates e muitas pesquisas – como é o caso da presente dissertação. De fato, e como visto ao longo do segundo capítulo, alguns autores dizem que mesmo com a retirada do vocábulo *livremente*, o juiz continua a ser livre no ato de apreciar as provas, persistindo o sistema do livre convencimento motivado, devendo, porém, fundamentar sua decisão e fazer uso de uma certa racionalidade. Outros autores, em contrapartida, afirmam que a exclusão da liberdade na valoração das provas pelo legislador busca impedir a ocorrência de qualquer margem de discricionariedade e subjetivismo na decisão judicial.

Um desses autores que defendem o fim do livre convencimento, mesmo que motivado, como visto, é Lenio Streck. Para o estudioso, a mudança de paradigma – saindo-se da filosofia da consciência, pautada numa judicatura solipsista, para a filosofia da linguagem – com a retirada da liberdade na valoração das provas no art. 371 do CPC/2017 salientou a necessidade de se repensar o papel do juiz na modernidade e a própria forma de o julgador interpretar e aplicar o direito. O novo paradigma indica a necessidade de estrita observância ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, a qual deve estar fundada em uma relação intersubjetiva (denominada pelo estudioso como esquema sujeito-sujeito), advinda do diálogo entre todos os sujeitos processsuais, sendo necessário também o fortalecimento de uma corrente precedentalista, que observe os princípios da coerência e da

integridade já há muito tempo defendidos por Ronald Dworkin. Neste ponto, foi possível verificar que a presente dissertação se coaduna com o quanto defendido pelo estudioso.

Buscando, pois, responder o problema indicado no início da pesquisa, no sentido que é possível dizer se o livre convencimento deixou ou não de existir no que concerne à valoração das provas, pode-se dizer que com a retirada do vocábulo *livremente* do art. 371 do CPC/2015, é extremamente contraditório se pensar numa apreciação das provas que seja livre e ao mesmo tempo legítima. Como dito ao longo do trabalho, o mais correto, a partir da edição do novo *codex* processual, é se falar numa valoração das provas unicamente da persuasão racional – de modo que o livre convencimento, mesmo que motivado, deixe de ser considerado um sinônimo. Isso porque a livre convicção motivada foi (e ainda continua sendo) usada para sustentar decisões muito mais baseadas em impressões pessoais do magistrado do que efetivamente em justificativas e argumentos racionais e técnico-jurídicos.

Analisados o que dispõem os estudiosos sobre o fim ou continuidade da liberdade na valoração das provas, verificou-se que os argumentos são bastante robustos dos dois lados. Entretanto, essa pesquisa entende que o CPC/2015 superou o CPC/1973.

O que se observa é que, apesar da mudança de paradigma ocorrida a partir do CPC/2015 e da necessidade de o processo e o exercício da valoração das provas pelo juiz serem pautados numa maior racionalidade, os juízes e tribunais possuem certa resistência em abandonar de vez o paradigma anterior da discricionariedade e subjetivismo, estando presos ao quanto estabelecido no CPC/1973. Os magistrados e tribunais ainda estão atravessando a revolução, o que significa que não houve uma mudança de paradigma por completo.

E como, então, o art. 371 do CPC/2015 deve ser interpretado para que não haja discricionariedade? Isso foi respondido ao longo do terceiro capítulo. É a partir da estrita observância do dever de fundamentação das decisões que será possível um controle no convencimento judicial. Com efeito, é por meio da motivação que as partes conhecem as razões pelas quais determinado direito foi declarado, reconhecido ou negado, sendo-lhes possibilitado saber o que devem rebater em eventual impugnação. Saliente-se, porém, que esse dever de motivação não favorece apenas os sujeitos que fazem parte do processo: a sociedade como um todo, a partir da fundamentação adequada, passa a ter conhecimento da prestação jurisdicional que vem sendo exercida. Isso legitima a atividade judiciária, ao mesmo tempo em que a controla, o que é essencial no Estado Democrático de Direito.

De fato, uma decisão corretamente motivada é uma decisão previsível, acessível e controlável, que tenha oportunizado às partes o prévio contraditório. É uma decisão pautada em uma ótica racional, mesmo que seja necessária a ponderação de princípios para a solução dos casos difíceis, o que é defendido pela teoria da argumentação jurídica. Saliente-se, todavia, que a decisão não pode ser incompleta, ou fundada em um viés confirmatório: a motivação deve ser completa em todos os seus termos, deve analisar de forma pormenorizada cada uma das provas produzidas no processo e cada uma das alegações trazidas pelas partes, sob pena de uma decisão ilegítima e nula.

Mas a fundamentação, por si só, não garante que subjetivismos não sejam cometidos no ato de o juiz apreciar provas, uma vez que existem vieses e heurísticas que podem viciar a decisão. Por esse motivo, há também a necessidade de o legislador determinar o uso de critérios probabilísticos (probabilidade lógica) e de *standards* da prova para a formação do convencimento e prolação da decisão, como defendem Jordi Ferrer Beltrán e Rafael Auilo.

Ademais, é imperioso que o direito passe a estudar e a se aprofundar no tema da neurociência e decisão judicial. Isso porque entender como o cérebro humano funciona é importantíssimo para que se possa alcançar a melhor racionalidade possível, sem que se perca de vista, concomitantemente, que o juiz não é uma máquina, mas um ser humano passível de sentimentos, emoções e erros.

Um juiz aberto ao diálogo com o jurisdicionado, que valora as provas e resolve a lide com respeito aos ditames da política e do Legislativo, através de decisões motivadas em sua completude, segundo as leis e a Constituição, e que saiba separar seus sentimentos e emoções pessoais do convencimento judicial, é o perfil que deve ser seguido pelo juiz constitucional contemporâneo. O processo não pode se pautar num protagonismo judicial; a lide não pode mais ser baseada numa relação triangular. O exercício da valoração das provas e a própria decisão judicial devem consolidar e efetivar os princípios e valores constitucionais, atendendo aos fins da jurisdição.

Todos os sujeitos processuais devem dialogar junto do Estado-Juiz, na construção de um procedimento colaborativo, participativo, adequado e justo, com a concessão de isonomia material às partes e estímulo ao contraditório e à cooperação processual, cabendo ao magistrado o dever de sopesar os interesses, esclarecê-los, auxiliar os litigantes na busca da verdade processualmente possível, verificando, a partir das particularidades do caso levado à sua análise, se os meios de prova escolhidos são suficientes e capazes de resolver a questão posta da forma como almejado pelo Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **O "de volta para o futuro" probatório: neurociência aplicada à análise da prova.** 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-de-volta-para-o-futuro-probatorio-neurociencia-aplicada-a-analise-da-prova>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. **Tipologia de casos e técnicas decisórias**. In: GARCEL, Adriane *et al*. Direito, Justiça & Sociedade: estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná. Curitiba: Clássica, 2021. p. 739-756. Coordenadores: José Laurindo de Souza Netto, Gilberto Giacoia e Eduardo Augusto Salomão Cambi. Organizadores: Ramon de Medeiros Nogueira, Anderson Ricardo Fogaça e Adriane Garcel.

ALBUQUERQUE, Larisse Leite; BARROS, Alessandra Almeida; LUNA, Lohana Giafony Freitas de. **Ativismo judicial: efetividade dos direitos fundamentais e a burla do Estado Democrático de Direito**. In: BARROS, Alessandra Almeida *et al*. Poder Judiciário e Estado de Direito: limites e possibilidades para uma jurisdição democrática. Vol. 1. Londrina: Thoth, 2021. Cap. 11. p. 251-266. Organizadores: Daniel Dela Coleta Eisaqui e Gabriel Vieira Terenzi.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Tradução: Luís Afonso Heck.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã.

_____. **Conceito e validade do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2011a.

_____. **Teoria da argumentação jurídica.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011b. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva.

ALMEIDA, Vitor Luís De. **A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração.** 2014. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8428/1/A%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20judicial%20da%20prova%20nos%20sistemas%20de%20valora%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

ALVES, Fernando de Brito. **Democracia à portuguesa: retórica democrática na tradição jurídica lusófona.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ALVES, Fernando de Brito; SERRA, Janaínna de Oliveira. **Como os juízes decidem: uma análise sob a perspectiva do realismo jurídico**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho, n. 30, p. 391-403, jan./jun. 2019. Semestral. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1605/pdf>. Acesso em: 12 fev. 2022.

ALVIM, Arruda. **Teoria geral do processo**. 8ª ed. São Paulo: Forense, 2002.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. Col. Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2011.

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 6ª ed. Pamplona: Civitas, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSAF FILHO, Alexandre. **A vedação à decisão surpresa e a democratização do contraditório**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73774/a-vedacao-a-decisao-surpresa-e-a-democratizacao-do-contraditorio>. Acesso em: 05 jul. 2021.

AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

AZEVEDO, Silvagner Andrade de. **Direito e jurisdição: três modelos de juiz e seus correspondentes mitológicos na obra de François Ost**. 2011. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1309/1/Direito%20Publico%20n.442012_SILVAGNER%20ANDRADE%20DE%20AZEVEDO.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA NETO, Wilson Seraine da. **O papel das cortes constitucionais como viabilizadoras do Estado Democrático de Direito em democracias frágeis**. possibilidades para uma jurisdição democrática. Vol. 1. Londrina: Thoth, 2021. Cap. 4. p. 85-106. Organizadores: Daniel Dela Coleta Eisaqui e Gabriel Vieira Terenzi.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** Revista de direito administrativo. vol. 225. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2001; Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. II.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional.** 2005. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2021.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], n. 21, jun. 2012. ISSN 2236-3475. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 27 jul. 2021.

_____. **Contramajoritário, representativo e iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Direito e Práxis, [S.l.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BASTOS, Rutinaldo da Silva. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil.** Direito em foco, UNISEPE, 2011. Disponível em: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2018/06/Direito_em_foco_Poderes-instrutorios-do-juiz.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BERTONI, Felipe Faoro; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. **Neurociência e decisão judicial: a influência das heurísticas e dos vieses**. In: 9º Congresso Internacional de Ciências Criminais/XVIII Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais do ITEC-RS, 2018, Porto Alegre. Anais [...]**.** Porto Alegre: Editora da PUCRS, 2018. p. 01-16. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/33.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial.** São Paulo: Noeses, 2018.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Universitária, 2015.

BORGES, Felipe Garcia Lisboa; VALENTE, Natasha Rocha. **Conteúdo e limites aos poderes instrutórios do juiz no processo civil contemporâneo**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, n. 243, p. 0-1, maio 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.243.06.PDF>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 29 jan. 2022.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a lei de arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 29 jul. 2021.

_____. Senado Federal**. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil: Exposição de Motivos**. Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-cpc-parte1.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial 1.175.616/MS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, 1º de março de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18445704/recurso-especial-resp-1175616-mt-2010-0009028-7/inteiro-teor-18445705>. Acesso em: 29 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.504.544/PB.** Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, 1º de setembro de

2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864068566/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1504544-pb-2014-0335622-6>. Acesso em: 29 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 791.292/PE.** Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 23 de junho de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613496>. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Embargos de declaração no Recurso Extraordinário 656.820/DF.** Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, 06 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21272755/embdecl-no-recurso-extraordinario-re-656820-rj-stf/inteiro-teor-110301501>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 02. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução dos Santos. 4ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Decisão judicial e sua fundamentação: suficiência e concretização por meio do art. 489, § 1º, do CPC/2015**. 2019. 222 folhas. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019. Disponível em: < https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-teses/13637-daniel-marques-de-camargo-1/file>. Acesso em: 26 jan. 2022.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira, Salvador/BA, v. 2008-2, n. 17, p.93-130, 11 dez. 2008. Disponível em: <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neo processualismo.pdf >. Acesso em: 05 jul. 2021.

_____. **Curso de direito probatório**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO JÚNIOR, José Freitas. **A fundamentação das decisões no NCPC e o efeito "Jaiminho".** 2015. Disponível em: <https://perfilremovido1623806113407606902.jusbrasil.com.br/artigos/191622802/a-fundamentacao-das-decisoes-no-ncpc-e-o-efeito-jaiminho>. Acesso em: 21 jan. 2022.

CARNELUTTI,Francesco. **A prova civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CHAVES, Tobias Barros. **Vieses e heurísticas em decisões judiciais**. In: III Seminário de Direito, Psicologia e Neurociência, 2018, Ribeirão Preto. Anais [...]. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP, 2018. p. 92-102. Disponível em: <http://feitosa-santana.com/wp-content/uploads/2019/12/Anais-do-III-semina%CC%81rio-Direito-Psicologia-e-Neurociencia-2018.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 03. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson De Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.** Revista de estudos criminais, n. 01. Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001.

CROELHAS, Clívia Renata Loureiro. **O convencimento judicial e a valoração probatória**. 2013. 123 folhas. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2013. Disponível em:<http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/7364/1/Dissertacao_ConvencimentoJudicialValoracao.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CRUZ, Danilo Nascimento; CRUZ, Karine Rodrigues Piauilino. **Processo civil contemporâneo: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva**. 2010. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL%20CONTEMPORANEO%20-%20ASPECTOS%20CONCEITUAIS.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2021.

DEGRAF, Guilherme; GADONSKI, Nelma Cristina. **A função social do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito**. In: BARROS, Alessandra Almeida *et al*. Poder Judiciário e Estado de Direito: limites e possibilidades para uma jurisdição democrática. Vol. 1. Londrina: Thoth, 2021. Cap. 3. p. 65-83. Organizadores: Daniel Dela Coleta Eisaqui e Gabriel Vieira Terenzi.

DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. **A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas**. 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>. Acesso em: 26 jul. 2021.

DIAS, Jean Carlos. **A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil.** Revista de Processo. Vol. 107. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Manual de direito processual civil**. Vol. 01. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005a.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 03. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005b.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 01. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 01. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 03. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DORICO, Eliane Aparecida. **A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos caso**s. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-116/a-teoria-da-argumentacao-juridica-como-instrumento-para-a-solucao-justa-dos-casos/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Carvalho. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____. **A justiça de toga.** São Paulo, Martins Fontes, 2010.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 2ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1972.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Lisboa: Caulouste Gulbenkian, 1996.

FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. **Teoria do Estado.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC.** 2015. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 29 jun. 2021.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Como decidem os juízes? Comparando os modelos formais explicativos do comportamento judicial**. REI – Revista Estudos Institucionais, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 228-255, abr. 2020. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/372>. Acesso em: 26 out. 2021.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KNIJNIK, Danilo. **Os "*standards*" do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle.** Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan/fev. 2001. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

KOURY, Luiz Ronan Neves. **O projeto do Código de Processo Civil – princípios e garantias fundamentais do processo – primeiras leituras.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 57, n. 87/88, p. 93-99, jan./dez. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/74990/2013_koury_luiz_projeto_cpc.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 12 jul. 2017.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4103727/mod_resource/content/1/Kuhn-Estrutura-das-revolucoes-cientificas%201989.pdf >. Acesso em: 29 jul. 2021.

_____. **O que são revoluções científicas?** In: O caminho desde a estrutura Thomas S. Kuhn: ensaios filosóficos, 1970-1993, com uma entrevista autobiográfica. São Paulo: UNESP, 2006, p. 23-45. Tradução: Cezar A. Mortari.

LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. **A relevância dos limites discricionários do juiz generalista**. In: Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 417-434, jul. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/21437/20196>. Acesso em: 26 out. 2021.

LEITE, Gisele. **A visão de Herbert Hart sobre o positivismo.** 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-104/a-visao-de-herbert-hart-sobre-o-positivismo/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

LIMA, Danilo Pereira; LOPES, Ziel Ferreira. **Por que devemos abandonar o "livre convencimento motivado" do juiz?** 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-29/diario-classe-devemos-abandonar-livre-convencimento-motivado-juiz>. Acesso em 29 jun. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **H. L. A. Hart.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **O livre convencimento do juiz e a prova produzida nos autos**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/reflexoes-trabalhistas-livre- convencimento-juiz-prova-produzida-autos>. Acesso em: 15 jul. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 05. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. Vol. 02. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Victória Santos; CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. **Da fundamentação das decisões e teoria da argumentação jurídica à dinamização do ônus da prova: o CPC/2015 e a busca de um processo constitucionalizado**. Meritum**:** Revista de Direito da Universidade FUMEC, [*s. l*], v. 16, n. 1, p. 09-29, jan./abr. 2021. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8442>. Acesso em: 21 jan. 2022.

MATTA, Paulo Saragoça Da. **A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença**. In: Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. **A clareza da lei e a necessidade de o juiz interpretá-la**. Revista de Informação Legislativa. V. 37, n. 146, p. 185-194, abr./jun. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/589>. Acesso em: 26 out. 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELENDO, Santiago Santis. **La prueba: los grandes temas del derecho probatório**. Buenos Aires: Europa America, 1979.

MENDES, João De Castro. **Do conceito de prova em processo civil**. Lisboa: Edições Ática, 1961.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Metodologia da pesquisa no Direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

MILANI, Maria Paula. **Meios de prova no direito processual civil**. 2016. Disponível em: <https://mpmilani.jusbrasil.com.br/artigos/333328234/meios-de-prova-no-direito-processual-civil>. Acesso em: 25 jun. 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os poderes do juiz**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). O Processo Civil Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994.

MOTTA. Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, André Luís Moraes de. **O princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho: a argumentação jurídica e o domínio da racionalidade do juízo de convencimento.** 2016. 256 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/104337/2016_oliveira_andre_principio_livre_conviccao.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 fev. 2022.

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

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MESSIAS, Welligton Jacó. **O Novo Código de Processo Civil e o princípio do livre convencimento.** 2017. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-o-principio-do-livre-convencimento/>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PADILHA, Letícia Marques. **O direito à prova como um direito fundamental: sua aplicabilidade no âmbito processual civil e trabalhista**. 2016. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/332-artigos-jun- 2016/7634-o-direito-a-prova-como-um-direito-fundamental-sua-aplicabilidade-no-ambito- processual-civil-e-trabalhista>. Acesso em: 30 jun. 2021.

PAULO, Lucas Moreschi; CORRÊA, Nathália Soares. **A dupla face da discricionariedade: limites e possibilidades**. In: BARROS, Alessandra Almeida *et al*. Poder Judiciário e Estado de Direito: limites e possibilidades para uma jurisdição democrática. Vol. 1. Londrina: Thoth, 2021. Cap. 10. p. 221-249. Organizadores: Daniel Dela Coleta Eisaqui e Gabriel Vieira Terenzi.

PENTEADO, Luisa Vieira. **O livre convencimento motivado à luz do NCPC/15**. 2016. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9859/O-livre-convencimento-motivado-a-luz-do-NCPC-15>. Acesso em: 26 out. 2021.

PITT, Gioconda Fianco. **Prova indiciária e convencimento judicial no processo civil**. 2008. 161 folhas. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em:<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/15503/000686005.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 jun. 2021.

PITTA, Rafael Gomiero. **Pre-Suit e Pretrial: As lições do sistema anglo-americano para as necessárias reformas do procedimento probatório brasileiro**. 2019. 258 folhas. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/teses-defendidas/14060-rafael-gomiero-pitta-1/file>. Acesso em: 10 fev. 2022.

PRIEBE, Victor Saldanha; SPENGLER, Fabiana Marion. **Júpiter, Hércules ou Hermes: reflexões acerca do liame discricionário interpretativo de cada um.** Revista Eletrônica de Direito Processual – Redp.**:** Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 377-396, mai./ago. 2020. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/50807/33464>. Acesso em: 01 fev. 2022.

RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. **Ponderação, proporcionalidade e razoabilidade: postulados, não princípios**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho, n. 33, p. 505-522, jul./dez. 2020. Semestral. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2134/pdf. Acesso em: 12 fev. 2022.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. 15ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICHELT, Luis Alberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à prova no novo CPC**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Rio de Janeiro, ano 11, vol. 18, n. 1, jan./abr. 2017. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636, p. 302-324. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/26850>. Acesso em: 04 jun. 2021.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. **Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, n. 2, p. 07-22, ago. 2018. Quadrimestral. Dossiê especial: indução de comportamentos (neurolaw): direito, psicologia e neurociência. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5218/3760>. Acesso em: 14 fev. 2022.

RODAS, Sérgio. **Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-26/fundamentacao-decisoes-gera-confronto-entre-advogado-juiz>. Acesso em: 22 jan. 2021.

ROSA JÚNIOR, Faustino da. **O problema da judicialização da política e da politização do Judiciário no sistema constitucional brasileiro.** 2013. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/system/files/artigos/oproblemadajudicializacaodapoliticaedapolitizacaodojudiciarionosistemabrasileiro.pdf >. Acesso em: 27 jul. 2021.

RUBIN, Fernando. **Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade**. 2013. Disponível em: <https://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/121943642/teoria-geral-da-prova-do-conceito-de-prova-aos-modelos-de-constatacao-da-verdade>. Acesso em: 19 jun. 2021.

SANTOS, Maria Luiza Faria. **Os poderes instrutórios do juiz e sua harmonização com os princípios da imparcialidade e da igualdade processual**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2010. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Maria%20Luiza%20Faria%20Santos%20-%20OS%20PODERES%20INSTRUT%C3%93RIOS%20DO%20JUIZ%20E%20SUA%20HARMONIZA%C3%87%C3%83O%20COM%20OS%20PRINC%C3%8DPIOS%20DA%20IMPARCIALIDADE%20E%20DA%20IGUALDADE%20PROCESSUAL.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

SANTOS, Raphael de Souza Almeida. **Por uma teoria da decisão judicial: a crítica hermenêutica do direito com blindagem ao protagonismo judicial no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANTOS, Tomás Javier Aliste. **La motivación de las resoluciones judiciales**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais**. In: José Joaquim Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck, Léo Ferreira Leoncy. (Org.). Comentários à Constituição do Brasil. Vol 01. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 389-452.

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais.** 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHUERY, Milene Peres Guerson Medeiros. **Prova em vídeo e o standard probatório exigido para a condenação penal**. 2016. 89 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4807/1/mileneperesguersonmedeirosschuery.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

SEABRA, Luiz Pedro da Silva. **A concepção de Thomas Kuhn acerca das revoluções científicas.** Revista Filogenese, Marília, v. 9, p. 145-156, 2016. Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/FILOGENESE/12_luizseabra.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 8.046/2010 (PLS 166/2010).** Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01w0i1uwior1mly96s040n7hs776148.node0?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 14 jul. 2021.

_____. **Código de processo civil e normas correlatas.** 7ª ed. Brasília: Senado Federal, coordenação de edições técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2014. Disponível em: <https://www.ufrb.edu.br/ccaab/images/AEPE/Divulga%C3%A7%C3%A3o/LIVROS/Metodologia_do_Trabalho_Cient%C3%ADfico_-_1%C2%AA_Edi%C3%A7%C3%A3o_-_Antonio_Joaquim_Severino_-_2014.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2021.

SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. **Processo civil democrático: ativismo judicial frente às provas**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 215, p. 97-115, jul./set. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p97>. Acesso em: 01 jul. 2021.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes.

SILVEIRA, Daniel Coutinho da. **Prova, argumento e decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro**. 2011. 344 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São

Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-113857/publico/Daniel_Silveira_Dissertacao.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

SIQUEIRA, Fernando de. **Implicações do dever de esclarecimento na valoração da prova.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/fernando-siqueira-dever-esclarecimento-valoracao-prova>. Acesso em: 22 jan. 2021.

SMJ, Salvo Melhor Juízo. **Argumentação jurídica (episódio 94)**. Locutores: Thiago Freitas Hansen e Fernando Nagib Marcos Coelho. Entrevistado: Tiago Gagliano Pinto Alberto. Curitiba: Soundcloud, 09 mar. 2020. Podcast. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/0ZryqaMqYGfNkT2IBrQ3EL?si=q_n9aNX2S9ytXi-Z6j1Wzw&utm_source=copy-link>. Acesso em: 03 fev. 2022.

SOUSA, Diego Crevelin de; DELFINO, Lúcio. **As associações de magistrados e o veto do NCPC no tocante ao contraditório e ao dever de fundamentação – O que está em jogo?** Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/as-associacoes-de-magistrados-e-o-veto-do-ncpc-no-tocante-ao-contraditorio-e-ao-dever-de-fundamentacao-o-que-esta-em-jogo-diego-crevelin-de-sousa-e-lucio-delfino>. Acesso em: 26 jul. 2021.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane; HIPPERT, Karen Paiva; KONER, Aline. **A motivação como controle da razão do juiz**. In: GARCEL, Adriane *et al*. Direito, Justiça & Sociedade: estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná. Curitiba: Clássica, 2021. p. 399-427. Coordenadores: José Laurindo de Souza Netto, Gilberto Giacoia e Eduardo Augusto Salomão Cambi. Organizadores: Ramon de Medeiros Nogueira, Anderson Ricardo Fogaça e Adriane Garcel.

STAATS, Sabrina Daiane; MORAIS, Fausto Santos de. **Compreendendo os precedentes no NCPC com base no romance em cadeia de Ronald Dworkin**. In: X Mostra de Iniciação Científica e Extensão Comunitária e IX Mostra de Pesquisa de Pós-Graduação da IMED, 2016, Passo Fundo. Anais [...]**.** Passo Fundo: Editora Imed, 2016. p. 01-13. Disponível em: <https://soac.imed.edu.br/index.php/mic/xmic/paper/viewFile/325/146>. Acesso em: 01 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar**. Vol. 02. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 206, p. 33-51, abr. 2015a. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 jul. 2021.

_____. **Os modelos de juiz e a literatura**. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas,2015b.

_____. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc#:~:text=Basta%20uma%20simples%20compara%C3%A7%C3%A3o%20com,incompat%C3%ADveis%20com%20o%20voluntarismo%20judicial.>. Acesso em: 26 jan. 2022.

_____. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em: 08 fev. 2022.

TALAMINI, Eduardo. **Ônus da prova**. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/235364/onus-da-prova>. Acesso em: 01 jul. 2021.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 01. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial. Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte americana.** 2012. 141 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2012. Disponível em:<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 jul. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. 01. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRIGUEIRO, Victor Guedes; BORGES, João Paulo Resende. **Análise econômica da litigância - pressupostos básicos e o Código de Processo Civil de 2015.** Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636. Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n. 2, p. 313-338, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44561/30281>. Acesso em: 05 jul. 2021.

TRINDADE, André Karam. **O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro**. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). Comentários ao código de processo civil: Lei 13.105/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

VARGAS, Cirilo Augusto. **O livre convencimento motivado foi extinto do processo civil brasileiro?** 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59197/o-livre-convencimento-motivado-foi-extinto-do-processo-civil-brasileiro>. Acesso em: 29 jun. 2021.

VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. **Prova judiciária e verdade: enfoque constitucional**. 2006. 183 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006. Disponível em:<http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15700/1/2006_dis_jemvilarfilho.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WILD, Rodolfo. **O princípio do livre convencimento no CPC/2015**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. 2005. 225 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007803.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2021.

ZUFELATO, Camilo. **Constituição e processo: princípios e hermenêutica constitucionais no PL nº 166/10 de Novo Código de Processo Civil**. In: SALADINI, Ana Paula Sefrin. Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional. Birigui: Boreal, 2012. Cap. 8. p. 132-149. Organizadores: Dirceu Pereira Siqueira e Murilo Angeli Dias dos Santos.