

ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA

**O PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA NO PROCESSO
DO TRABALHO: a argumentação jurídica e o domínio da racionalidade
do juízo de convencimento**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR PROFESSOR ASSOCIADO DR. ESTÊVÃO MALLET

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2016

ANDRÉ LUÍS MORAES DE OLIVEIRA

**O PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA NO PROCESSO
DO TRABALHO: a argumentação jurídica e o domínio da racionalidade
do juízo de convencimento**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor Estêvão Mallet.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2016

RESUMO

OLIVEIRA, A. L. M. **O princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho: argumentação jurídica e o domínio da racionalidade do juízo de convencimento.** 2016. 256 f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

A questão central deste trabalho é como opera o princípio da livre convicção motivada no processo do trabalho. Para tanto, analisa-se o sistema da persuasão racional no direito processual civil e, a partir de sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho, examina-se a sua dinâmica de funcionamento nos três graus de jurisdição trabalhista. O princípio da livre convicção motivada orienta o sistema da persuasão racional haja vista que as provas não têm, em regra, valores previamente estabelecidos, cabendo ao juiz, ao apreciar a prova, fixar o valor de cada uma das provas, para a formação do seu convencimento sobre os fatos da causa. As funções cognoscitiva e persuasiva da prova proporcionam conhecimento a respeito dos fatos e convencimento sobre a realidade de sua ocorrência. A verdade dos enunciados sobre os fatos no processo judicial é determinada pela realidade desses fatos, e a possibilidade de ser encontrada depende da quantidade e qualidade do conhecimento proporcionado pelas provas. A persuasão racional como sistema é composto por regras sobre a atividade probatória, definidas para guiar os raciocínios do juiz entre as provas e os enunciados sobre os fatos. A formação dos juízes do trabalho pelas escolas de magistratura proporciona a aquisição de capacidades, habilidades e atitudes que aperfeiçoam a atividade de apreciar a prova. As razões de formação do juízo de convencimento e de fundamentação da decisão, como parte integrante do sistema da persuasão racional, estão centradas nas questões de fato, a partir de uma argumentação jurídica formada por raciocínios decisórios e probatórios, no contexto da justificação. A dimensão dialógica do juízo de convencimento está regulada por critérios que definem formas de fundamentação, aplicadas às matérias de fato.

Palavras-chaves: Princípio da livre convicção motivada. Sistema da persuasão racional. Direito Processual do Trabalho. Apreciação da prova. Racionalidade. Argumentação jurídica. Matéria de fato.

ABSTRACT

OLIVEIRA, A. L. M. The principle of motivated free conviction in labor proceeding: legal arguments and the rule of rationality in a judgment of conviction. 2016. 256 f. Master – University of São Paulo Law School, São Paulo, 2016.

The central issue of this work is how the principle of motivated free conviction operates in labor claims. For that purpose, we analyze the rational persuasion in civil procedural law and, based on the subsidiary application thereof to labor claims, we analyze the dynamics of its operation in the three levels of the labor jurisdiction. The principle of motivated free conviction guides the system of rational persuasion, since the proofs do not have, as a rule, amounts previously established, and the judge shall, upon analysis of the proofs, fix the amount of each of the proofs, for the formation of its convictions on the facts of the case. The cognizance and persuasive duties of the proof grant knowledge about the facts and conviction on the reality of occurrence thereof. The truth of the descriptions of the facts in the lawsuits is determined by the reality of these facts, and the possibility of it to be found depends on the quantity and quality of the knowledge granted by the proofs. The rational persuasion as a system is composed of rules on the evidentiary activity, defined to guide the lines of thought of the judge between the proofs and the descriptions of the facts. Formation of the labor courts by the judicatory schools provide the acquisition of capacities, abilities and attitudes that perfect the activity of analyzing the proof. The reasons for the formation of the conviction and grounds of the decision, as an integral part of the rational persuasion system, are centered in the questions of fact, based on legal arguments formed by decision-making and evidentiary thoughts, within the context of the justification. The dialogic dimension of the conviction is regulated by criteria that define forms of statement of reasons, applied to the issues of fact.

Keywords: Principle of motivated free conviction. System of rational persuasion. Labor Procedural Law. Analysis of the proof. Rationality. Legal Arguments. Issues of fact.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
 CAPÍTULO I – TEMAS PROPEDEÚTICOS: VERDADE, PROVA E COGNIÇÃO	
1.1 Considerações iniciais.....	15
1.2 A verdade no processo civil e no processo do trabalho.....	17
1.2.1 Verdade, fato e lei.....	19
1.2.2 Verdade: conceitos.....	21
1.2.3 Verdade, racionalidade e processo judicial.....	24
1.2.4 Verdade e linguagem.....	28
1.2.5 Verdade como correspondência.....	34
1.2.6 Verdade dos fatos e seu alcance no processo judicial.....	35
1.2.6.1 A natureza da verdade no processo judicial.....	38
1.2.7 A verdade no processo judicial – conclusões parciais.....	41
1.3 Prova.....	42
1.3.1 Prova – função cognoscitiva.....	46
1.3.2 Prova – função persuasiva.....	49
1.3.3 Prova – conclusões parciais.....	51
1.3.4 Regulação da prova: comparação entre os sistemas da <i>civil law</i> e da <i>common law</i>	52
1.4 Cognição judicial.....	55
1.4.1 Cognição judicial como ato de inteligência do juiz.....	57
1.5 Dimensão epistêmica do processo.....	58

1.5.1 O juiz, o cientista, o historiador e o médico clínico geral.....	60
--	----

CAPÍTULO II – NOTAS HISTÓRICAS SOBRE OS SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA E O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA (das origens até o advento do código de processo civil de 2015)

2.1 Considerações iniciais.....	63
2.2 O sistema da livre convicção.....	65
2.3 O sistema positivo ou legal.....	67
2.3.1 Primeira fase: os ordálios.....	67
2.3.2 Segunda fase: prova com valor previamente fixado.....	69
2.3.3 Processo por júri no sistema da <i>common law</i>	72
2.3.4 Processo romano-canônico.....	74
2.3.5 Consequência do fim dos ordálios nos sistemas da <i>civil law</i> e <i>common law</i>	75
2.4 O princípio da livre convicção motivada e o sistema da persuasão racional.....	76
2.4.1 O sistema da persuasão racional no Brasil (1939, 1973 e 2015).....	79
2.4.2 O sistema da persuasão racional no processo do trabalho.....	83
2.5 Apreciação da prova e convencimento do juiz no novíssimo CPC (2015): alterações legislativas de topologia, conteúdo e nomenclatura.....	83
2.5.1 O aparente desaparecimento do princípio da livre convicção motivada em face do CPC (2015).....	85
2.5.2 Conclusões sobre as alterações legislativas.....	90
2.6 O sistema da persuasão racional do Direito Processual Civil no Direito Processual do Trabalho: contornos normativos – artigos 769 da CLT e 15 do CPC (2015).....	92

CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA EM OPERAÇÃO: CONTEÚDO E DINÂMICA DA APRECIACÃO DAS PROVAS E DO CONVENCIMENTO JUDICIAL COMO SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL

3.1 Considerações iniciais.....	99
3.2 Razão.....	101
3.2.1 Razão como atividade intelectual do juiz.....	101
3.2.2 Razão como justificativa.....	105
3.3 Prova.....	107
3.4 Apreciação da prova.....	109
3.4.1 Análise do contexto da prova.....	110
3.4.1.1 Fatos principal e secundário, provas direta e indireta.....	111
3.4.1.2 Hipóteses de confirmação dos fatos pelas provas.....	113
3.4.2 Verificação das regras legais.....	115
3.4.3 Presunção e regras de experiência.....	117
3.4.3.1 Presunções: definição e classificação.....	118
3.4.3.2 Regras de experiência: definição e classificação.....	122
3.4.4 Valoração da prova.....	124
3.4.4.1 Racionalidade, critérios e controle na valoração da prova.....	125
3.4.4.2 Critérios de comprovação racional da valoração da prova.....	129
3.4.4.3 Definição da credibilidade das provas e determinação do peso das provas.....	131
3.4.4.3.1 <i>Standards</i> de prova consagrados pela doutrina.....	133
3.5 Convencimento judicial.....	134
3.5.1 Convencimento judicial como resultado da apreciação da prova.....	135

3.5.2 Convencimento judicial a partir da avaliação da prova.....	136
3.6 Ônus da prova, avaliação da prova e convencimento judicial.....	138
3.6.1 Regra geral do ônus da prova.....	139
3.6.2 Ônus da prova como regra de decisão.....	140
3.6.3 Distribuição dinâmica do ônus da prova e o sistema da persuasão racional.....	142
3.6.3.1 Nova regra de atribuição dinâmica do ônus da prova.....	145
3.6.3.2 Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho.....	148
3.7 Poderes instrutórios do juiz e convencimento judicial.....	148

CAPÍTULO IV – O SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL E A FORMAÇÃO DO JUIZ: UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR

4.1 Considerações iniciais.....	154
4.2 Necessidade e justificativa para uma abordagem interdisciplinar.....	155
4.2.1 Visão geral da interdisciplinaridade.....	155
4.2.2 Interdisciplinaridade: conceitos, finalidades, campos e abordagens.....	157
4.2.3 Conclusão.....	159
4.3 A formação dos juizes do trabalho e seu impacto no desempenho profissional.....	159
4.3.1 As escolas judiciais e o dever de formação profissional.....	161
4.3.2 A influência da Escola Nacional da Magistratura Francesa: o saber-fazer	163
4.3.3 Formação profissionalizante e interdisciplinar do magistrado nas escolas judiciais trabalhistas: aquisição e desenvolvimento de competências.....	164
4.3.4 A formação dos magistrados trabalhistas e o sistema da persuasão racional....	166
4.4 Uma abordagem psicológica do sistema da persuasão racional: limites e possibilidades.....	167

4.4.1 Abordagens jurídica, racional e psicológica.....	170
4.4.1.1 A emoção e o processo decisório.....	172
4.4.1.2 Como as emoções favorecem ou dificultam a atividade jurisdicional.....	174

CAPÍTULO V – O SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

5.1 Considerações iniciais.....	176
5.2 O princípio da primazia da realidade e o princípio da livre convicção motivada.....	178
5.3 O princípio <i>in dubio pro operario</i> e a valoração da prova.....	180
5.4 Persuasão racional no primeiro grau de jurisdição trabalhista.....	183
5.4.1 Oralidade.....	183
5.4.2 Imediatidade e identidade física do juiz.....	185
5.5 Persuasão racional no segundo grau de jurisdição trabalhista.....	190
5.5.1 O princípio da dialeticidade em matéria de fato.....	192
5.5.2 O prestígio à valoração da prova do juízo de primeiro grau.....	194
5.5.3 Oralidade no segundo grau e formação do convencimento.....	196
5.5.4 A função revisora dos tribunais: controle do juízo do fato.....	198
5.6 Persuasão racional no terceiro grau de jurisdição trabalhista.....	199
5.6.1 Matéria de direito e matéria de fato.....	199
5.6.2 Convencimento judicial em sede extraordinária.....	201
5.7 Jurisprudência selecionada sobre o sistema da persuasão racional.....	204

CAPÍTULO VI – RAZÕES DE FORMAÇÃO DO JUÍZO DE CONVENCIMENTO E FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, RACIONALIDADE E MATÉRIA DE FATO.

6.1 Considerações iniciais.....	208
6.2 Teorias da argumentação jurídica em matéria de fato.....	210
6.3 Sociabilidade do convencimento e racionalização jurídica.....	212
6.4 Princípio da inteireza da motivação e juízo de convencimento em matéria de fato...	213
6.5 Raciocínio decisório – características gerais.....	217
6.6 Raciocínio probatório: decisão e justificativa.....	218
6.6.1 A credibilidade da prova.....	220
6.6.2 O raciocínio do juiz entre a prova e o fato.....	220
6.6.3 Valoração individual e conjunta das provas.....	222
6.6.4 Coerência e congruência na determinação dos fatos.....	222
6.7 As novas regras do código de processo civil (2015) sobre a fundamentação da sentença.....	223
6.7.1 O juízo do fato e as novas exigências de fundamentação.....	229
CONCLUSÃO.....	232
BIBLIOGRAFIA.....	237

INTRODUÇÃO

“O juiz é órgão cognoscitivo do Estado” declara o genial Pontes de Miranda¹, ao comentar o capítulo *das provas* do código de processo civil de 1973, desvelando uma das mais árduas tarefas do ofício de julgar: conhecer, compreender, avaliar e valorar fatos e decidir sobre eles. E, para que uma decisão judicial possa ser considerada justa, de acordo com as lições de Taruffo², em recentes palestras no Brasil, deve estar assentada em três condições: a) desenvolvimento regular e legítimo do processo judicial; b) correta interpretação da norma que o juiz adota como regra de juízo; c) verificação da verdade dos fatos que dizem respeito ao caso concreto.

A verdade dos fatos que interessam à causa, ou a realidade do que aconteceu entre as partes que litigam, na perspectiva apontada, está na base da atividade jurisdicional. E as provas são os meios, por intermédio dos quais, no processo judicial, os fatos que interessam à causa são apurados, verificados e definidos. O professor Yoshino declara que William Blackstone, o grande comentarista jurídico inglês do século XVIII, “sustentava que para cada caso relacionado a uma questão de direito, mais de cem estavam relacionados a uma questão de fato”³. Diversos sistemas de avaliação das provas, ao longo da história do Direito⁴, surgiram com a finalidade de instrumentalizar o juiz na investigação dos fatos e na busca da verdade sobre a realidade dos acontecimentos, a demonstrar a elevada importância dedicada às questões de fato.

O atual sistema de avaliação das provas⁵, historicamente consagrado no Brasil, conforme o escólio de Amaral Santos⁶, com a denominação de sistema da persuasão racional, confere ao juiz o poder de apreciar a prova com autonomia e o dever de indicar as razões que formaram o seu convencimento a respeito dos fatos. Este sistema está

¹ PONTES DE MIRADA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1974, t. IV, p. 210.

² TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 36.

³ YOSHINO, Kenji. *Mil vezes mais justo. O que as peças de Shakespeare nos ensinam sobre a justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 97.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III, p. 101-105.

⁵ Dispõe o artigo 371 do CPC (2015): “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. Código de Processo Civil (2015). *Vade Mecum*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 3-126).

⁶ Amaral Santos destaca a utilização desta denominação pelos doutrinadores Maximo Castro, Furno e Costa Carvalho (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I, p. 332).

sustentando no princípio da livre convicção motivada, pelo qual as provas não têm, em regra, valor previamente fixado, cabendo ao juiz atribuir-lhes o valor em conformidade com a análise do seu conteúdo.

A atribuição de valor às provas constitui a atividade essencial do sistema da persuasão racional, por meio de raciocínios desenvolvidos pelo juiz, diante dos fatos alegados e das provas produzidas, para a formação do seu convencimento. A subjetividade do juiz⁷ desafia a argumentação jurídica, em matéria de fato, para o seu aprimoramento em estruturas que possam permitir a explicitação dos raciocínios probatórios utilizados na valoração da prova e propiciar às partes o controle intersubjetivo das razões da decisão sobre o convencimento judicial.

A partir dessas considerações é que se concebe o escopo do presente trabalho: investigar como opera o princípio da livre convicção motivada no direito processual do trabalho. Para tanto, analisa-se o sistema da persuasão racional do direito processual civil e, de sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho, examina-se a sua dinâmica de funcionamento nos três graus de jurisdição trabalhista. O novo código de processo civil (2015) trouxe pontuais modificações na concepção do sistema da persuasão racional do código anterior (1973), as quais, todavia, têm-se revelado capazes de aprimorá-lo em seu desenvolvimento e aplicação. Outras novidades da novel codificação, naquilo que repercute no sistema, também são abordadas.

O tema da apreciação e valoração da prova está situado, doutrinariamente, no campo de estudos do *direito probatório*⁸. E a formação do convencimento, embora seja o resultado direto da apreciação da prova, está vinculado ao estudo doutrinário da *sentença*⁹. O trabalho está dividido em seis capítulos e as conclusões. Apresentam-se, a seguir, os conteúdos de cada um dos capítulos.

O capítulo I apresenta, a partir de conceitos filosóficos, as principais ideias sobre a verdade e suas relações com o processo judicial, e define o lugar da verdade dos fatos na

⁷ Esclarece Pontes de Miranda: “O inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube. Só em ambiente de liberdade de pensamento e de imprensa poderia dar bons resultados tal sistema. Porque então haveria a repercussão na opinião pública e a crítica técnica depuradora” (PONTES DE MIRADA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1979, t. II, p. 520).

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 56.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, p. 416-424.

teoria geral do processo. Também analisa os temas da prova e da cognição judicial para, juntamente com a verdade, situar as questões relevantes para a compreensão do atual sistema da apreciação da prova. Por fim, de uma perspectiva metodológica, examinam-se, em linhas gerais, as possibilidades e os limites do processo judicial como um modelo epistemológico, racionalmente válido e tecnicamente viável, para o conhecimento dos fatos por intermédio das provas.

Notas históricas sobre os sistemas de avaliação das provas compõem o capítulo II, para compreender o surgimento e consolidação do princípio da livre convicção motivada. As mudanças topológicas, de conteúdo e nomenclatura, do sistema da persuasão racional no atual código de processo civil (2015) são examinadas, com especial ênfase no aparente desaparecimento do princípio da livre convicção motivada. Fecha o capítulo a análise dos principais aspectos que cercam a aplicação subsidiária do sistema da persuasão racional do Direito Processual Civil no Direito Processual do Trabalho.

O capítulo III abarca o princípio da livre convicção motivada em operação, a partir da análise dos conteúdos e da dinâmica da apreciação das provas e do convencimento judicial. As análises desenvolvem e demonstram que a *persuasão racional* como *sistema*, está estruturada nas atividades de apreciação e convencimento, é composta por regras sobre a atividade probatória, definidas para guiar os raciocínios do juiz, contempladas nas disposições gerais do capítulo das provas do código de processo civil (2015). Quando se fez necessário, observaram-se as características do processo do trabalho, bem como o apontamento de exemplos nas duas áreas.

Uma abordagem interdisciplinar é apresentada no capítulo IV, com a análise dos principais aspectos da formação pedagógica do juiz do trabalho pelas escolas judiciais. Além de mostrar, em aspectos gerais, a construção de um modelo de preparação para as atividades judicantes, o capítulo estabelece relações entre a formação dos magistrados trabalhistas e o sistema da persuasão racional. Conclui-se apontando limites e possibilidades de uma abordagem psicológica sobre o sistema da persuasão racional, realizando distinção entre abordagens jurídica, racional e psicológica. Citam-se exemplos de contribuição da psicologia para o aperfeiçoamento do processo decisório.

O capítulo V dedica-se ao estudo das principais questões relativas ao funcionamento do sistema da persuasão racional na Justiça do Trabalho. Examinam-se as distinções entre o princípio da primazia da realidade e o princípio da livre convicção

motivada, bem como do princípio *in dubio pro operario* com a atividade de valorar a prova. Vários aspectos concernentes ao funcionamento do sistema da persuasão racional, nos três graus de jurisdição trabalhista, são investigados. No primeiro grau de jurisdição, aborda-se a oralidade, a imediatidade e a identidade física do juiz. O segundo grau de jurisdição é analisado por intermédio do princípio da dialeticidade em matéria de fato, do prestígio da valoração da prova do juízo de primeiro grau, da oralidade e da função revisora dos tribunais. No terceiro grau de jurisdição, a distinção entre matéria de direito e matéria de fato é enfrentada, bem assim a formação do convencimento judicial. Apresentam-se, ao final, com breves comentários, ementas jurisprudências selecionadas sobre o sistema da persuasão racional.

As razões de formação do juízo de convencimento e a fundamentação da decisão formam os temas estudados no capítulo VI, na perspectiva da matéria de fato e da racionalização jurídica. A sociabilidade do convencimento e o princípio da inteireza permitem compreender a estrutura do juízo de convencimento em matéria de fato. Os raciocínios decisório e probatório, este a partir de suas principais ocorrências, são analisados como conteúdos do juízo de convencimento. As novas regras do código de processo civil (2015) sobre a fundamentação da sentença são examinadas, com ênfase no juízo do fato.

CAPÍTULO I

TEMAS PROPEDEÚTICOS: VERDADE, PROVA E COGNIÇÃO

1.1 Considerações iniciais

Os temas da verdade, da prova e da cognição judicial compõem o conjunto de ensinamentos básicos para a compreensão do sistema da apreciação da prova.

A verdade emerge, literalmente, no âmbito do processo judicial, por intermédio de várias normas, para nortear toda a atividade de produção e avaliação da prova, desde a atuação técnica do advogado até a formação do convencimento do juiz. E o maior desafio da doutrina é distinguir as relações da verdade com o processo judicial¹⁰ e definir o lugar que se deve atribuir à verdade dos fatos na teoria geral do processo¹¹.

A ideia básica do sistema processual, vista no seu escopo jurídico, é a atuação da vontade concreta da lei¹² por intermédio da efetivação dos direitos positivados no ordenamento jurídico¹³, isto é, a aplicação da lei ao caso concreto. Considerando esse escopo, Marinoni e Arenhart¹⁴ ponderam: “torna-se evidente a conclusão de que, para que a hipótese prevista na norma seja devidamente aplicada, é imprescindível a adequada reconstrução dos fatos”.

Dois elementos decorrem, objetivamente, da norma que regula o núcleo do sistema de avaliação das provas¹⁵: apreciação e convencimento. A apreciação denota sistema, atividade e operação. Convencimento indica certeza e conclusão. O juiz está situado em ambas: desenvolve a apreciação e resolve a convicção. Tanto a apreciação quanto o convencimento estão em função da prova constante dos autos. E sintetizam Marinoni,

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 244.

¹¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trota, 2011, p. 25.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. I, p. 139.

¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 47.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26.

¹⁵ Artigo 371 do CPC: “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. Código de Processo Civil (2015), cit., grifos nossos).

Arenhart e Mitidiero que a “ideia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade”¹⁶. E Taruffo esclarece:

*Habitualmente, en el fondo de las concepciones que, en los distintos ordenamientos, se refieren a la prueba judicial está la idea de que en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no y que las pruebas sirven precisamente para resolver este problema*¹⁷.

Relativamente ao fato propriamente dito, as alegações, afirmações e enunciados apresentados pelas partes, no processo judicial, são versões a respeito da realidade. A verificação dos acontecimentos, com a finalidade de precisar o fato controvertido, passa pelas várias narrativas levadas a efeito no processo, por intermédio da prova. E esta verificação é, segundo Taruffo¹⁸, o autêntico problema enfrentado pelo magistrado: “Em muitos casos, em realidade, o verdadeiro problema essencial que o juiz deve resolver concerne – mais do que a interpretação da norma que deve aplicar como regra de decisão – aos fatos que compõem o objeto da controvérsia aos quais a norma deve ser aplicada”.

Portanto, fato, prova e verdade, como categorias relacionadas no âmbito do processo judicial, merecem especial atenção. A investigação de suas necessárias e possíveis relações permite o aprofundamento do tema da apreciação da prova e maior compreensão sobre a formação da convicção. Ademais, o processo judicial como instrumento cognitivo também é analisado em sua dimensão e capacidade epistemológicas.

A perspectiva das pessoas diretamente responsáveis na operação e efeitos do sistema de apreciação das provas comporta investigação a partir de seu comportamento, capacidades e poderes de atuação judicial. As investigações têm por ponto de partida e referência os próprios termos da lei.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 242.

¹⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 21.

¹⁸ TARUFFO, Michele. *Proceso Civil Comparado*, cit., p. 35.

1.2 A verdade no processo civil e no processo do trabalho

A verdade está objetivamente presente nas regras processuais e éticas, ao definir o comportamento das partes, dos advogados e do juiz e constituir uma das funções da prova no processo. A seguir são destacados os principais artigos relacionados ao tema da verdade, no âmbito do sistema de avaliação da prova e na formação da convicção do juiz, que surge por intermédio deste vocábulo e, também, por expressões análogas que guardam o sentido que é examinado neste capítulo.

Dispõe o artigo 369 do CPC (2015):

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar *a verdade dos fatos* em que se funda o pedido ou a defesa e *influir eficazmente na convicção do juiz*¹⁹. (grifo nosso)

A pessoa do juiz tem o seu comportamento balizado por parâmetros éticos que definem o objetivo de sua atuação profissional e os deveres relativos à forma de desenvolvimento dos seus trabalhos. O artigo 371 do CPC (2015) impõe ao juiz o dever de externar e indicar na decisão as razões de seu convencimento. Na mesma linha desse dever está o artigo 24 do Código de Ética da Magistratura²⁰:

O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de *juízo justificado racionalmente*, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável. (grifo nosso)

O artigo 5º do mencionado código, ao definir as condições para o exercício independente da magistratura, retoma o tema da formação da convicção:

Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à *justa convicção* que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos. (grifo nosso)

¹⁹ BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.

²⁰ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

E o artigo 8º do código em comento, por sua vez, ao traçar o perfil de comportamento do magistrado imparcial, aponta para os temas do fato, da prova e da verdade:

O magistrado imparcial é aquele que busca nas *provas a verdade dos fatos*, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. (grifo nosso)

A parte e o advogado têm definidos modos de comportamento e atuação intrinsecamente relacionados ao sistema da apreciação da prova, pois dizem sobre como devem ser os fatos expostos no processo. Um dos aspectos sobre a técnica de atuação do advogado está diretamente ligado à formação do convencimento do juiz.

Sobre o comportamento da parte e seu advogado no processo, o artigo 77, I, do CPC²¹ impõe o dever de que os fatos sejam expostos em juízo “conforme a verdade”. O parágrafo 2º do artigo 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil²², ao definir a natureza da atividade profissional do advogado e a indispensabilidade de sua atuação na administração da justiça, toca diretamente no tema do convencimento judicial: “No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao *convencimento do julgador*, e seus atos constituem *múnus público*” (grifo nosso).

O Código de Ética do Advogado²³ também impõe deveres, com a premissa da verdade, sobre o comportamento do advogado na sua atuação profissional, nos artigos 2º, parágrafo único, inciso II, e 6º, respectivamente:

Atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, *veracidade*, lealdade, dignidade e boa-fé. (grifo nosso).

É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a *verdade* ou estribando-se na má-fé. (grifo nosso)

²¹ BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.

²² BRASIL. Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94). *Vade Mecum*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1.083.

²³ Disponível em: <<http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

A regra sobre a verdade no âmbito da consolidação das leis do trabalho guarda consonância com a simplicidade e objetividade do texto celetista, e se encontra aqui positivada no seu artigo 765²⁴, ao outorgar ao juiz o poder de determinar qualquer diligência com a finalidade de esclarecimento da causa. No dizeres de Lamarca, “liberdade para determinação de quaisquer diligências tendendo à verificação definitiva da verdade”²⁵. Leite firma neste artigo o que denomina de princípio da busca da verdade real²⁶.

1.2.1 Verdade, fato e lei

Uma vez destacadas as balizas legais e éticas do tema, para que se possa ingressar no significado da verdade e compreender sua função no processo judicial, especialmente na avaliação das provas e na formação do convencimento do juiz, é necessário mostrar a vinculação entre fato e direito²⁷ na estrutura de funcionamento do sistema jurídico.

No sentido geral e essencial, a lei tem por função possibilitar a convivência humana, regulando comportamentos e prevenindo conflitos²⁸. Em que pese a diversidade

²⁴ Dispõe o art. 765 da CLT: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas” (BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). *Vade Mecum*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 907-1003, grifo nosso).

²⁵ LAMARCA, Antônio. *Processo do Trabalho Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 198.

²⁶ Prossegue Leite: “Este princípio processual deriva do princípio do direito material do trabalho, conhecido como princípio da primazia da realidade. Embora haja divergência sobre a singularidade deste princípio no sítio do direito processual do trabalho, parece-nos inegável que ele é aplicado com maior ênfase neste setor da processualística do que no processo civil. Corrobora tal assertiva o disposto no art. 765 da CLT, que confere aos Juízos e Tribunais do Trabalho ‘velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas’ ” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., p. 87).

²⁷ Esclarece Miguel Reale, a respeito do nexa fático-axiológico na relação entre fato e direito: “Aos olhos do jurista o direito se põe prevalentemente como *norma*, mas esta não pode deixar de ser considerada uma realidade essencialmente histórica, consoante é próprio de todas as estruturas sociais. Cada norma jurídica significa aquela solução ou composição tensional que, no âmbito de certa conjuntura histórico-social, é possível atingir-se entre *exigências axiológicas* (pressões políticas ou ideológicas, interesses de ordem econômica, valorações jurídicas, morais, religiosas, etc.) e um dado complexo de *fatos*, isto é, todas as condições, circunstâncias e realidades já existentes no ato em que a norma surge” (REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 201, grifos do autor).

²⁸ Ao perguntar *o que é o direito?* Assier-Andrieu responde: “Abramos um código, um repertório de decisões de justiça, uma obra de doutrina, leiamos no dia a dia as leis e os regulamentos: o direito fala de nós, organiza-nos, arruma nossas mais benignas e mais abstratas relações. Da venda de cigarros ao estatuto da vida, nada do que é humano é *a priori* alheio ao direito. Não há atividade social que não se reporte mais ou menos diretamente a um âmbito jurídico, e não existe encaminhamento intelectual que não passe, por uma ou outra de suas indagações, pela relação com a lei” (ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3).

de culturas jurídicas em diversos países, mas considerado o Direito como um dos aspectos estruturantes da organização social (Estado de Direito), Taruffo²⁹ apresenta um princípio que compõe um núcleo básico, comum aos sistemas jurídicos: “é o princípio segundo o qual a lei deve ser aplicada e cumprida quando a verdade dos fatos, para os quais a regra legal envolvida se refere, tenha sido estabelecida” (tradução nossa)³⁰. Para originar esse princípio, Taruffo apresenta duas ideias que decorrem do próprio sistema jurídico:

Em termos gerais, pode-se dizer que a lei cumpre sua função de regular comportamentos e de prevenir conflitos entre as pessoas, com base em uma espécie de presunção (ou de uma previsão razoável) que, se necessário, a lei será aplicada e cumprida quando - e somente quando - os fatos relevantes realmente ocorrerem e sua verdade será devidamente estabelecida. Parece bastante claro que, sem tal presunção, ou tal previsão, a lei perderia seu significado e não iria cumprir a sua função reguladora. Nesse caso, o princípio geral do "Estado de Direito" seria destituído de qualquer valor³¹. (tradução nossa)

Esta relação funcional entre fato e a lei que o prevê, construída com elementos que definem determinados tipos de comportamento, propicia a função reguladora do direito. Sem adentrar nos aspectos relativos à sanção, típica para definir o Direito, Taruffo vai buscar em Kelsen³² as bases para sua afirmação. Ele parte de uma estrutura lógica condicional entre o fato e a lei: um fato definido e escolhido como relevante, que representa um determinado tipo de comportamento, é abstratamente previsto na lei para que, uma vez que ele aconteça na realidade, haja a incidência da consequência prevista legalmente.

O acontecimento do fato ou a sua realidade como fenômeno no mundo social é o que propicia a incidência da norma que o previu de forma abstrata. Esta estrutura lógica condicional da norma tem a necessidade da determinação do fato. Essa precisão do fato é o

²⁹ TARUFFO, Michele. *Evidence, Truth and the Rule of Law*. Revista de Processo (RePro), São Paulo, ano 39, n. 238, dez. 2014, p. 87.

³⁰ “However, and not with standing the difficulty of defining analytically all these concepts, they have in common a basic core: *it is the principle according to which the law has to be applied and enforced when the truth of the facts to which the legal rule involved refers has been duly established*” (TARUFFO, Michele. *Evidence, Truth and the Rule of Law*, cit., p. 87-88).

³¹ “*In general terms it may be said that the law performs its function of regulating the people's behaviors, and of preventing conflicts, on the basis of a sort of presumption (or of a reasonable forecast) that if necessary the law will be applied and enforced when - and only when - the relevant facts actually occurred and their truth will be duly established. It seems rather clear that without such a presumption, or such a forecast, the law would lose its meaning and would not perform its regulatory function. In such a case, the general principle of the ‘rule of law’ would be deprived of any value*” (TARUFFO, Michele. *Evidence, Truth and the Rule of Law*, cit., p. 88).

³² TARUFFO, Michele. *Evidence, Truth and the Rule of Law*, cit., p. 88.

ponto central sobre o qual é possível definir a verdade. Quando as leis estabelecem a verdade dos fatos como uma das funções da prova e orientam o juiz a buscar a verdade, estão apontando na direção daquilo que ocorreu na realidade social. O fato que estrutura a norma é aquele que deve ser encontrado no processo judicial, sob o nome da verdade. Nesse sentido, Taruffo conclui:

Por outro lado, sabe-se bem na teoria geral do direito e da interpretação que, embora seja a referência à condição factual da regra que determina a seleção dos fatos juridicamente relevantes, os fatos do caso são o principal fator que determina a interpretação da regra, num dialético ou mesmo circular processo que pode chegar a um fim quando um *konkrete Tatbestand* (ou seja, um fato específico juridicamente relevante) é encontrado como correspondente a um sentido próprio (entre os vários significados possíveis) do *abstrakte Tatbestand* definido pela regra. Mais uma vez: os fatos são o fator real que determina quando e como a regra pode ser aplicada corretamente em casos específicos, isto é: na vida real do sistema legal³³. (tradução nossa)

Torna-se necessário, após essas breves considerações sobre a relação entre fato e lei apresentadas por Taruffo, com base na Teoria de Kelsen, analisar alguns aspectos do significado da verdade como conceito, para verificar a sua real possibilidade no âmbito do processo judicial.

1.2.2 Verdade: conceitos

O tema da verdade abarca muitas questões e problemas que extrapolam os limites deste trabalho. É necessário, em razão da sua objetivação nas normas alhures citadas, o desenvolvimento de algumas noções sobre a verdade que permitam compreender, funcionalmente, seu lugar no processo judicial. E, especificamente, sua importância para a formação do convencimento judicial e a apreciação das provas. A seguir serão apresentados brevíssimos aspectos históricos e filosóficos sobre o conceito de verdade, para o reconhecimento de suas principais características.

³³ “On the other hand, it is well known in the general theory of law and interpretation that while it is the reference to the factual condition of the rule that determines the selection of the legally relevant facts, the facts of the case are the main factor that determines the interpretation of the rule, in a dialectic or even circular proceeding that may come to an end when a *konkrete Tatbestand* (i. e. a legally relevant specific fact) is found as corresponding to a proper meaning (among the several possible meanings) of the *abstrakte Tatbestand* defined by the rule. Once again: the facts are the real factor that determines when and how the rule may be correctly enforced in specific cases, that is: in the real life of the legal system” (TARUFFO, Michele. *Evidence, Truth and the Rule of Law*, cit., p. 88).

Três matrizes permitem dimensionar, historicamente, a verdade: grega, hebraica e cristã.

A palavra hebraica para verdade, no seu período clássico, é *emunah*, com o sentido de segurança e confiança numa palavra divina³⁴. Neste contexto antigo e religioso, a verdade não tem relação com a realidade, mas com a fidelidade, com o que cumpre a promessa, em associação direta com Deus, o único verdadeiro e fiel³⁵.

No contexto cristão, o fato histórico relevante é a resposta de Pilatos diante da afirmação de Jesus de que veio ao mundo para dar testemunho da verdade: *Quid est veritas?*³⁶ A verdade em questão é a da revelação que liberta, de caráter divino e dimensão teológica³⁷, em oposição ao conceito empregado por Pilatos, de concepção grega, vinculada a dados concretos da realidade.

A concepção grega remonta ao surgimento de sua filosofia, cujo primeiro e mais importante compromisso é a busca da verdade³⁸. Na Grécia arcaica, quando surge a filosofia, a verdade tem o seu sentido ligado à palavra *alétheia*. O não esquecimento ou a lembrança do que foi observado atentamente, visto com admiração e ouvido é a verdade³⁹. Entre as várias características de *alétheia* ou palavra verdadeira, Chaui a relaciona com três forças positivas, personificadas em três deusas da luz e da verdade: a) justiça (*dike*); b) confiança e fidelidade (*pístis*); c) doce ou suave persuasão (*peithó*)⁴⁰. Em síntese, *alétheia* “é uma vidência e uma evidência, na qual a própria realidade se revela, se mostra ou se manifesta a quem conhece”⁴¹.

³⁴ CHAUI, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, v. 1, p. 494.

³⁵ MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Revisão atualizada: Josep-Maria Terricabras. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, t. IV, p. 2992.

³⁶ “O que é a verdade?” (tradução nossa).

³⁷ TOSI, Renzo. *Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 142-143.

³⁸ CHAUI, Marilena. *Introdução à história da filosofia*, cit., v. 1, p. 42.

³⁹ Explica Chaui: “No pensamento mítico e na organização sociopolítica que antecede o surgimento da *pólis*, a *alétheia* possui uma relação intrínseca com os procedimentos oraculares e divinatórios. O oráculo (Musas, Apolo) desce ao Hades (reino dos mortos) e ali vê a verdade; o interrogante (poeta, adivinho, rei-de-justiça) aproxima-se do oráculo para pedir-lhe que diga a verdade vista e lhe permita ver também. Para aproximar-se do oráculo, o interrogante deve passar por duas fontes vizinhas: *Léthe* (água do esquecimento) e *Mnemosýne* (água da memória). Se beber a água da primeira, esquecerá tudo o que ouviu e viu; se beber a da segunda, nada esquecerá e tudo lembrará” (CHAUI, Marilena. *Introdução à história da filosofia*, v. 1, cit., p. 43).

⁴⁰ Do outro lado, Chaui destaca: “em oposição a elas, no campo do esquecimento/erro/engano/mentira, que é o mundo da *Léthe*, estão três outras forças: a injustiça (*adikia*), a desconfiança e infidelidade (*pseudés*) e a sedução mentirosa (*apáte*)” (CHAUI, Marilena. *Introdução à história da filosofia*, cit., v. 1, p. 43).

⁴¹ CHAUI, Marilena. *Introdução à história da filosofia*, cit., v. 1, p. 494.

É longo, amplo e detalhado o percurso que a verdade, enquanto ideia, conceito e sistema, percorre durante os séculos que se seguiram desde as origens acima apontadas, constituindo variadas escolas e doutrinas. Alguns exemplos, sinteticamente pinçados⁴², apontam o seguinte. A concepção grega predominante associa verdade como adequação, conveniência ou correspondência à realidade. Para os escolásticos, o verdadeiro é uma propriedade transcendental do ente, apreensível por intermédio do intelecto. Para a concepção racionalista da verdade, se o pensamento é pensamento da realidade, a verdade do pensamento será a mesma que a verdade da realidade, produzindo uma verdade lógica. A visão idealista considera que, sendo o objeto do conhecimento a experiência organizada por categorias, a adequação entre essas categorias e o entendimento resulta na verdade do conhecimento.

Por outro lado, é possível reunir algumas noções do senso comum sobre a verdade, que permitem captar ideias centrais para trabalhar com o tema da verdade no processo judicial.

Três sentidos comuns⁴³, pelo menos, para o vocábulo verdade, podem ser assim resumidos: a) a verdade de uma proposição, em oposição à sua falsidade; b) a verdade de uma realidade, em contraponto com uma realidade ilusória, aparente ou irreal; c) a verdade como a validade ou legitimidade do processo cognoscitivo. No primeiro sentido, a verdade diz respeito ao conteúdo da proposição ou afirmação. O segundo sentido é o de reconhecer que aquilo que está ocorrendo é a verdade dos acontecimentos. Na terceira hipótese, a verdade é o que resulta do processo do conhecimento, seja este processo uma operação mental, linguística ou semiótica. Nos três sentidos apresentados, com maior ênfase no terceiro, é possível constatar que a verdade está relacionada com o conhecimento das coisas, dos fatos, dos acontecimentos e a forma como se dá este conhecimento.

Uma boa forma de visualizar resumidamente as diversas escolas filosóficas e pensadores que trabalharam o tema da verdade é dividi-las em dois grandes blocos, não excludentes: um que se pode chamar de realismo externo e outra teoria da verdade como correspondência⁴⁴.

⁴² MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. IV, p. 2991-2995.

⁴³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 994; MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. IV, p. 2991.

⁴⁴ SEARLE, John R. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia do mundo real*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 22.

O realismo externo sustenta que existe um mundo real totalmente independente de nossas representações, sejam elas pensamentos, sentimentos, opinião, linguagem, texto, discurso, isto é, há uma maneira como as coisas são no mundo independente de como a pessoa representa e conhece o mundo.

A teoria da verdade como correspondência é a mais antiga e divulgada forma de compreender a verdade e a que recebeu diversas reformulações, ampliações e aprofundamentos ao longo dos séculos. A síntese de suas formulações está na ideia de que uma afirmação é verdadeira se as coisas no mundo são da maneira como esta assertiva ou enunciado diz que são⁴⁵.

1.2.3 Verdade, racionalidade e processo judicial

Após este acercamento da verdade, com as ideias, pensamentos e escolas acima brevemente mencionados, cabe avançar no tema estabelecendo o predicado que define o seu foco. Toda a aproximação teórica tem por objetivo definir as possibilidades de encontrar a verdade dos fatos no processo judicial. Conquanto a questão esteja situada no âmbito jurídico, os seguintes apontamentos de natureza filosófica ainda são necessários para bem situar o problema de saber se é possível ou não encontrar a verdade dos fatos, por intermédio das provas, no processo judicial.

Na linguagem corrente, as duas formas mais simples de entender a verdade, apontadas no tópico anterior e aqui retomadas, são as seguintes: a) a verdade de uma proposição ou enunciado; b) a verdade de uma realidade, em oposição a uma realidade ilusória ou fictícia. Estes dois sentidos da verdade trazem ao tema o que é chamado em filosofia como *teoria do conhecimento* ou epistemologia⁴⁶. O acesso a uma realidade e à afirmação de um enunciado ocorrem a partir do conhecimento. E a fenomenologia do conhecimento⁴⁷, por sua vez, descreve que a ação de conhecer é composta de um *sujeito*, de um *objeto* e da *operação*, por intermédio da qual aquele apreende este.

⁴⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, cit., p. 994; SEARLE, John R. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia do mundo real*, cit., p. 22.

⁴⁶ MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. I, p. 538.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 539.

O estudo dos fundamentos do conhecimento fez surgir diversas escolas e desenvolveu várias doutrinas, cuja dimensão extrapola o limite deste tópico. Em pontual síntese, cabe dizer, de acordo com Ferrater Mora⁴⁸, que essas escolas podem ser visualizadas conforme o ponto de partida que adotam, seja no *sujeito* ou no *objeto*. Aquelas escolas que centram o desenvolvimento de seus estudos no *sujeito*, podem ser genericamente chamadas de “racionalistas” ou “idealismo”, ao passo que as escolas fundamentadas no *objeto* estão sob a nomenclatura de “empiristas” ou “realismo”⁴⁹.

Esses rápidos apontamentos de fenomenologia e fundamento do conhecimento permitem vislumbrar o terceiro patamar sobre as discussões epistemológicas. Este patamar diz respeito às formas ou possibilidades de conhecimento⁵⁰, bem como às concepções de mundo então resultantes⁵¹. As concepções de mundo podem ser agrupadas basicamente em duas: 1) o mundo como resultado das percepções que o sujeito tem a respeito do objeto; 2) o mundo como realidade independente da observação ou percepção do sujeito. E as formas ou possibilidades de conhecimento, como resultado das seguintes indagações: a) é possível um conhecimento objetivo e racional da realidade? b) a complexidade e a variabilidade das atividades cognitivas permitem atingir uma percepção real dos acontecimentos?

Todo este breve panorama das escolas filosóficas e problemas epistemológicos sobre a verdade e a realidade está situado no contexto da razão⁵² e do racionalismo⁵³. Habermas, ao analisar os problemas contemporâneos da racionalidade, assim introduz:

⁴⁸ MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. I, p. 541.

⁴⁹ Japiassu também classifica em duas as orientações epistemológicas fundamentais, com as denominações de *positivismo* e *realismo*, e assim se manifesta: “Parece não haver dúvida de que, ao tentarem definir sua concepção geral da *natureza* e os princípios que regulam e norteiam a *démarche* teórica ou experimental da ciência atual, tanto os filósofos quanto os cientistas se dividem em dois campos epistemológicos radicalmente opostos: de um lado situam-se os *positivistas*, do outro, os *realistas*. Para os *positivistas*, só existe na natureza a *ordem* que o ser racional for capaz de dar-lhe. Eles se limitam a reconhecer certas regularidades nos fenômenos naturais. A seu ver, o papel do cientista consiste em *inventar* leis para descrever tais fenômenos do modo o mais fiel possível. Chegam mesmo a admitir a possibilidade de várias teorias susceptíveis de explicar um mesmo fenômeno. Neste caso, compete ao cientista escolher uma ou outra teoria em função de sua maior simplicidade, de sua maior capacidade explicativa ou de seu maior caráter operatório. Quanto aos *realistas*, tomam uma posição diametralmente oposta. Eles partem do pressuposto básico de que existe uma *identidade* fundamental entre a *natureza* e a *razão*. Sendo assim, a tarefa do cientista consiste apenas em *descobrir* (não inventar) as leis já existentes na natureza. E essas leis existem na natureza mesmo que não haja nenhum cientista para observar suas manifestações” (JAPIASSU, Hilton. *Questões epistemológicas*. Rio de Janeiro: Imago, 1981, p. 7, grifos do autor).

⁵⁰ MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. I, p. 542.

⁵¹ JAPIASSU, Hilton. *Questões epistemológicas*, cit., p. 10-14.

⁵² Para o significado de razão, adotam-se aqueles que são predominantes e considerando por muitos autores como fundamentais, segundo Ferrater Mora: a) a razão é uma faculdade; b) a razão é um princípio de explicação das realidades (MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. IV, p. 2455).

⁵³ Para um ligeiro apontamento, a partir da sistematização realizada por Ferrater Mora, é possível traçar três modos de racionalismo: 1) racionalismo psicológico (teoria na qual a razão está equiparada ao pensar ou à

La racionalidad de las opiniones y de las acciones es un tema que tradicionalmente se ha venido tratando en la filosofía. Puede incluso decirse que el pensamiento filosófico nace del convertirse en reflexiva la razón encarnada en el conocimiento, en el habla y en las acciones. El tema fundamental de la filosofía es la razón⁵⁴.

O cerne das questões sobre a racionalidade⁵⁵, de acordo com Bolzan, “é o da permanente busca de uma fundamentação última, a qual seja válida e suficientemente sólida para apoiar as conquistas da razão”⁵⁶. A importância do questionamento de natureza filosófica, sobre a possibilidade de um conhecimento verdadeiro da realidade, ganha relevo na esfera jurídica, pois permite abarcar a discussão doutrinária a respeito da possibilidade de um conhecimento verdadeiro dos fatos no processo judicial. E, particularmente, sobre a fundamentação que pode ser utilizada a respeito da ocorrência dos fatos da causa. Destacam-se alguns aspectos das diversas formas que as questões filosóficas tomam no campo do direito processual civil, particularmente sobre sua metodologia na indagação e busca da verdade.

Ovídio Baptista⁵⁷ investiga as relações do direito processual civil com o que denomina de paradigma racionalista. Dentre as várias características que este paradigma imprimiu no direito processual, merecem menção as seguintes: a) o conceito de ciência, que considera científicos apenas os ramos do conhecimento humano “destinados a medir, pesar e contar”; b) a formulação de um conjunto sistemático de conceitos, para operar com

faculdade pensante); 2) racionalismo epistemológico ou gnosiológico (teoria que tem na razão o único órgão adequado ou completo de conhecimento, pelo que todo conhecimento verdadeiro tem origem racional); 3) racionalismo metafísico (teoria para a qual toda a realidade é, em última análise, de caráter racional). Em perspectiva histórica, especialmente a partir do grande impulso conferido ao conhecimento racional por Descartes e por seu impacto e influência na época moderna, mas sem adentrar em escolas e demais filósofos que marcaram sua trajetória, pode-se afirmar, pontualmente, que o racionalismo, em linhas gerais, é compreendido pelas seguintes características: a) no século XVII, como expressão da religiosidade e de um universo concebido inteligivelmente; b) no século XVIII, torna-se instrumento de elucidação da natureza e integração da experiência; c) no século XIX, amplia-se para explicar racionalmente a evolução e a história; d) no século XX, diversifica-se e surgem diversas formas de racionalismo, com expressiva difusão de um racionalismo crítico (MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. IV, p. 2442-2444).

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 23.

⁵⁵ Habermas esclarece: “*La filosofía se viene esforzando desde sus orígenes por explicar el mundo en su conjunto, la unidad en la diversidad de los fenómenos, con principios que hay que buscar en la razón y no en la comunicación con una divinidad situada más allá del mundo y, en rigor, ni siquiera remontándose al fundamento de un cosmos que comprende naturaleza y sociedad. El pensamiento griego no busca ni una teología ni una cosmología ética en el sentido de las grandes religiones universales, sino una ontología. Si las doctrinas filosóficas tienen algo en común, es su intención de pensar el ser o la unidad del mundo por la vía de una explicitación de las experiencias que hace la razón en el trato consigo misma*” (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, cit., p. 23).

⁵⁶ BOLZAN, Jose. *Habermas: razão e racionalização*. Ijuí: Editora Ijuí, 2005, p. 21.

⁵⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 1-3.

a realidade dos fatos, desvinculado da história⁵⁸. Para superar esta herança do paradigma racionalista, Ovídio Baptista vai ao âmago da questão epistemológica, ao reconhecer a natureza do Direito:

Sabemos, embora nem todos tenham a disposição de confessá-lo, que o direito é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito distante da matemática e muito próximo das ciências históricas; que o Direito, afinal, é uma ciência da *compreensão*, não uma ciência *explicativa*; que o juiz, ao contrário do que desejava Chiovenda, tem, sim, vontade e que o ato jurisdicional é necessariamente discricionário⁵⁹.

Ao analisar os problemas filosóficos e epistemológicos sobre o conceito de verdade no processo judicial, que surgem a partir das várias formas de conhecimento e concepções de mundo, Taruffo⁶⁰ estabelece duas grandes linhas de pensamento: a) a que nega ou exclui a possibilidade de encontrar a verdade dos fatos no processo civil; b) a que admite e estabelece a possibilidade de encontrar a verdade dos fatos no processo civil. Ao examinar as ideias da linha de pensamento que rejeita a possibilidade de alcançar a verdade dos fatos no processo civil, Taruffo exemplifica:

O mesmo acontece, também, se adotarmos algumas das distintas teorias do conhecimento do “eu” ou do sujeito cognoscente que se inspiram no intuicionismo, solipsismo, idealismo extremo, ou na introspecção psicológica considerada como único meio de interpretar a realidade⁶¹.

⁵⁸ Ovídio Baptista assim resume: “A breve exposição que estamos a fazer, da influência exercida pelas filosofias racionalistas sobre o Direito Processual Civil, tem seu núcleo de interesse centrado na concepção do Direito como ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática. Este foi, de fato, o fator responsável pela eliminação da Hermenêutica e, conseqüentemente, da Retórica forense, em favor da racionalidade das ‘verdades claras e distintas’ de Descartes, que nosso processo ainda persegue compulsivamente, numa ridícula demonstração de anacronismo epistemológico. Este foi o princípio lógico que deu origem às concepções do Direito Processual Civil como ciência formal” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, cit., p. 69).

⁵⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, cit., p. 28. Ao examinar a imersão do Direito no mundo real (Capítulo XI – Do lógico e do analógico), pontifica: “A questão epistemológica fundamental com que nos deparamos, na tentativa de transferir para as ‘ciências do espírito’ as metodologias das ciências empíricas, está na essencial distinção entre ‘ciências explicativas’ ou ciências da *descoberta* e ciências da *compreensão*” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, cit., p. 294).

⁶⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 27-48, 56-80; TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20-29.

⁶¹ TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 25.

Por outro lado, ao comentar algumas das linhas filosóficas (realismo crítico, empirismo interno e relativismo epistemológico) que oferecem respostas positivas, porém distintas, à possibilidade de encontrar a verdade dos fatos no processo judicial, Taruffo conclui:

En realidad, en esta sede no es necesario en absoluto asumir una orientación filosófica específica en calidad de premisa exclusiva para el análisis del problema de la verdad judicial. En cambio, es suficiente mostrar que existen orientaciones idóneas para ofrecer, aunque sea en términos filosóficos y epistemológicos muy distintos, el fundamento teórico de la posibilidad de construir nociones sensatas de “verdad judicial” como carácter de las aseveraciones acerca de los hechos de la causa y como criterio para elegir entre aseveraciones verdaderas y aseveraciones falsas⁶².

Após este breve esboço filosófico da verdade e suas repercussões no processo judicial, relativamente à possibilidade de encontrar a verdade dos fatos da causa, examina-se outra vertente sobre a investigação da verdade, que tem por ponto de partida a questão da linguagem.

1.2.4 Verdade e linguagem

Cassirer⁶³ afirma que “a pergunta filosófica pela origem e pela natureza da linguagem é no fundo tão antiga quanto a pergunta pela natureza e pela origem do ser”. A linguagem, como forma de compreender a realidade e a verdade, recebeu diversos aportes da filosofia, desde a antiguidade e, especialmente no pensamento contemporâneo, tem sido admitida como portadora de mudanças paradigmáticas. Ferrater Mora afirma a possibilidade de “sobrepôr à história geral da filosofia uma história da filosofia da linguagem”⁶⁴. Não se pretende aqui examinar os principais percursos que as investigações filosóficas sobre a linguagem tomaram ao longo dos vários períodos e escolas. O foco está centrado na mudança de paradigma provocado pela linguagem no século passado, em face de sua importância para o tema da verdade e, particularmente, no âmbito do processo judicial. Examina-se, primeiramente, o conceito de *paradigma*.

⁶² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 62.

⁶³ Apud MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofía*, cit., t. III, p. 1748.

⁶⁴ MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofía*, cit., t. III, p. 1748.

Ferrater Mora⁶⁵ relata a utilização do termo *paradigma* por Platão, em seus Diálogos, com vários sentidos, dos quais se destacam: “padrão”, “modelo”, “amostra”. Especialmente em *O Político*, sobre como os homens podem conhecer e julgar corretamente com um paradigma ou modelo⁶⁶. Entretanto, e para o que interessa ao tópico, o grande impacto que o conceito de paradigma⁶⁷ provocou nas ciências foi a partir das ideias de Thomas Kuhn⁶⁸.

Para um sintético, porém consistente entendimento sobre *paradigma* como função reguladora e dinâmica das ciências⁶⁹, de acordo com o trabalho desenvolvido por Kuhn, destacam-se os seguintes pontos, a seguir enumerados⁷⁰. 1) toda “ciência normal”, aquela concebida como tal ou, de modo geral⁷¹, assim aceita, está estruturada em um paradigma que constitui a base e modelo para o desenvolvimento de suas pesquisas e formulação de problemas e soluções; 2) a definição ou escolha de um determinado paradigma reside no fato de apresentar-se capaz de resolver melhor alguns problemas então considerados relevantes; 3) a função da pesquisa científica não é questionar um paradigma com base no qual trabalha, mas realizar um ajustamento dos fenômenos observados, com a finalidade de

⁶⁵ MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. III, p. 2199-2200.

⁶⁶ A seguir, parte do trecho do Diálogo referido por Ferrater Mora: “*EXTRANJEIRO*. – *Pues ben: ¿caso el método que voy a dar no es el más fácil y el más seguro para llevarlos al conocimiento que aún no tienen? SÓCRATES EL JOVEN*. – *¿Cuál? EXTRANJERO*. – *Volverlos a llevar primero a los grupos en los que han interpretado de manera correcta estos mismos elementos, y luego, una vez hecho esto, ponerlos delante de los grupos que todavía no conocen y hacerles que comparen los unos con los otros, a fin de ver lo que tienen de semejante en su contextura estas dos clases de combinaciones, hasta tanto que, a fuerza de mostrarles, junto a los grupos que los desconciertan, los que ellos interpretan exactamente, estos, puestos así a sus ojos con un paralelo, lleguen a ser para ellos paradigmas que les ayuden, ante un elemento cualquiera y en la sílaba que sea, a deletrear de manera distinta el que es distinto, y siempre de idéntica e invariable manera el que es idéntico. SÓCRATES EL JOVEN*. – *Enteramente, en efecto. EXTRANJERO*. – *He ahí, pues, al parecer, una cosa bien comprendida: lo que constituye un paradigma es el hecho de que un elemento, al encontrarse idéntico en un grupo nuevo y totalmente distinto, se interprete en él exactamente y permite, una vez identificado en los dos grupos, incluirlos en una noción única y verdadera, ¿no es así? SÓCRATES EL JOVEN*. – *Así parece*” (PLATON. *Obras Completas*. ARAUJO, Maria; YAGÜE, Francisco Garcia; GIL, Luis; MIGUEZ, José Antonio; RICO, Maria; HUESCAR, Antonio Rodriguez; SAMARANCH, Francisco de P. (Traducción del griego, preámbulos y notas). Madrid: Aguilar, 1981, p. 1074-1075).

⁶⁷ Afirma Ferrater Mora: “O conceito de paradigma proposto por Kuhn não é idéntico (mas não está completamente desconectado dele) ao conceito de *episteme* proposto por Foucault e dos conceitos de ‘corte epistemológico’ e de ‘limiar epistemológico’ (*seuil épistémologique*) de Gaston Bachelard” (MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. III, p. 2200).

⁶⁸ KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

⁶⁹ Cf. Reale, Thomas Kuhn desenvolveu seu trabalho predominantemente no campo das ciências naturais. (REALE, Giovanni. *Para uma nova interpretação de Platão*. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p. 5)

⁷⁰ Com base em Ferrater Mora, Ovídio Baptista e Giovanni Reale: MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. III, p. 2200; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, cit., p. 28-34; REALE, Giovanni. *Para uma nova interpretação de Platão*, cit., p. 3-22.

⁷¹ “Se a ciência é a reunião de fatos, teorias e métodos reunidos nos textos atuais, então os cientistas são homens que, com ou sem sucesso, empenham-se em contribuir com um ou outro elemento para essa constelação específica. O desenvolvimento torna-se o processo gradativo através do qual esses itens foram adicionados, isoladamente ou em combinação, ao estoque sempre crescente que constitui o conhecimento e a técnica científicos” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*, p. 20).

dar-lhes uma explicação em consonância com o paradigma; 4) a “ciência normal” desenvolve-se dentro do paradigma, transparecendo que o progresso científico ocorre por um processo evolutivo, por intermédio da acumulação de conhecimentos; 5) anomalias ou dificuldades na solução de novos problemas no campo científico são rejeitadas ou ajustadas ao paradigma; 6) o excesso de anomalias ou de problemas sem solução⁷² põe em dúvida a validade do paradigma, sua visão de mundo e as verdades científicas construídas; 7) a “revolução científica”, como resultado do excesso de anomalias, é uma passagem complexa⁷³ da comunidade científica, de teorias até então consideradas basilares, para novas teorias, importando em uma mudança de paradigmas, com confiante expectativa de solução dos problemas que o velho paradigma não foi capaz de resolver.

Estabelecidos os aspectos gerais sobre a concepção de paradigma, vejamos a seguir os três paradigmas principais da filosofia ocidental.

Nedel explana, em termos abrangentes, três paradigmas da filosofia ocidental: “1 – Da filosofia do ser (pré-Kantiana, antiga e medieval); 2 – Da filosofia da consciência ou da subjetividade (moderna); 3 – Da filosofia da linguagem (contemporânea – o ponto de partida é a intersubjetividade linguisticamente considerada)”⁷⁴. Não se pretende analisar os desdobramentos que mencionados paradigmas provocaram no desenvolvimento da filosofia, tarefa que extrapola os limites do presente trabalho. Para o que interessa ao presente tópico, em brevíssimos apontamentos, a questão é situar, em linhas gerais, como a verdade é vista a partir desses dois últimos paradigmas mencionados e sua compreensão para o estudo da verdade no âmbito do processo judicial⁷⁵.

⁷² “A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*, cit., p. 95).

⁷³ “Nesse caso, os cientistas falam frequentemente de ‘vendras que caem dos olhos’ ou de uma ‘iluminação repentina’ que ‘inunda’ um quebra-cabeça que antes era obscuro, possibilitando que seus componentes sejam vistos de uma nova maneira – a qual, pela primeira vez, permite solução” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*, cit., p. 158).

⁷⁴ NEDEL, José. *Uma teoria do conhecimento*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015, p. 289.

⁷⁵ Em linhas amplas e gerais, com base em Oliveira e Nedel, os paradigmas da consciência e da linguagem produziram reviravoltas na história e pensamento filosóficos. O paradigma da consciência é instaurado pela denominada reviravolta copernicana de Kant. O paradigma da linguagem desencadeou-se em três fases: reviravolta linguística (com ênfase na sintaxe e semântica), reviravolta pragmática e reviravolta hermenêutica da ontologia (OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 11-14; NEDEL, José. *Uma teoria do conhecimento*, cit., p. 290-321).

O paradigma da consciência⁷⁶ ou da subjetividade⁷⁷, na perspectiva epistemológica, parte da ideia base de uma relação consciente do sujeito com o seu objeto de conhecimento⁷⁸, ou “consciência de”⁷⁹. Esta consciência em relação aos objetos ocorre em uma realidade interior do sujeito, espaço de suas reflexões, análises e interpretações. Sem adentrar nas categorias erigidas por Kant, que ultrapassaria o objetivo deste tópico, é no âmbito da constituição essencial subjetiva do sujeito que são desenvolvidas suas capacidades intelectuais de conceber, pensar, julgar, desenvolver raciocínios e conclusões⁸⁰.

Em termos práticos, a partir de uma concepção geral do paradigma da consciência, a verdade, em termos genéricos, é encarada do seguinte modo. No âmbito das cogitações do sujeito, a verdade toma contornos subjetivos no sentido de que todas as reflexões, pensamentos, afirmações e enunciados sobre o que ocorre na realidade são pautados em análises internas, introspectivas que não estão, necessariamente, vinculadas com a realidade dos acontecimentos externos. O conhecimento está mediado pelas representações

⁷⁶ As possibilidades de compreensão da consciência são amplas, a depender de abordagens filosóficas ou psicológicas. Para uma visão geral e moderna, com base em Searle, pode-se afirmar: a) a consciência humana manifesta-se por intermédio de um *número limitado de modalidades*, quais sejam: os clássicos cinco sentidos (visão, olfato, tato, paladar e audição), o sexto sentido ou sentido do “equilíbrio”, as sensações corporais (propriocepção) e o fluxo de pensamentos; b) o fluxo de pensamento é composto de palavras, imagens e outros elementos não verbais e nem imagísticos, como por exemplo o lampejo, bem como sentimentos, geralmente denominados de emoção (SEARLE, John R. *A Redescoberta da Mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 185).

⁷⁷ Dentre os vários elementos estruturantes da consciência (a designação do paradigma em questão utiliza esta expressão como sinônimo), a *subjetividade* é uma das estruturais mais destacadas dos estados conscientes e dos processos mentais, não encontrado em nenhum outro fenômeno natural e, segundo Searle, isso torna o estudo da consciência “teimosamente desafiador aos métodos convencionais da pesquisa biológica e psicológica, e mais confuso para a análise filosófica”. É um “sentir-se-como”. Searle fornece, como exemplo de compreensão dessa estrutura, a possibilidade da pessoa “especular plausivelmente sobre como é sentir-se como um golfinho e nadar por toda parte o dia inteiro, brincando no oceano, porque admito que golfinhos têm experiências conscientes” (SEARLE, John R. *A Redescoberta da Mente*, cit., p. 138-139 e 189-190).

⁷⁸ MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. I, p. 550.

⁷⁹ Sem adentrar nas várias questões relativas ao conceito filosófico de *intencionalidade*, mas apenas para a compreensão do sentido do paradigma em questão, Searle afirma que a maior parte da consciência, mas não toda ela, é *intencional*. A *intencionalidade*, em qualquer estado consciente, é o estado dirigido a uma coisa ou outra, esteja ela dentro ou fora do sujeito, como por exemplo um objeto, uma ideia ou um sentimento. Na maioria dos casos, “a consciência é verdadeiramente a consciência de algo, e o ‘de’ em ‘consciência de’ é o ‘de’ de intencionalidade” (SEARLE, John R. *A Redescoberta da Mente*, cit., p. 188).

⁸⁰ Ao comentar a revolução copernicana de Kant, assim se pronuncia Bell: “Copérnico substituiu a teoria ingênua que considerava real o movimento aparente do sol por uma teoria segundo a qual o movimento aparente do sol é um produto do movimento real do observador: é porque estamos girando que o sol parece cruzar o céu. A chamada revolução copernicana de Kant é análoga a essa. Supunha-se que parecia haver objetos espaçotemporais que existem independentes de nós porque há de fato tais coisas. Kant substituiu esse realismo ingênuo por uma teoria segundo a qual a natureza e a independência aparentes do mundo objetivo são um produto de nossas percepções, de nossos conceitos e juízos; em última análise, é porque percebemos e pensamos do modo como fazemos que o mundo parece como tal” (BELL, David. *Kant*. In BUNNIN, Nicholas; TSUI-JAMES, E. P. (org.). *Compêndio de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 786).

internas que o sujeito tem dos objetos. Em face desta representação, surge a questão de como é possível assegurar-se da certeza de que o conhecimento traduza a realidade dos acontecimentos. A verdade como correspondência, entre as representações internas na consciência do sujeito e os acontecimentos do mundo real, é que define o acerto dessas representações. Os argumentos e raciocínios decorrentes das representações internas do sujeito, para afirmar a verdade ou falsidade dos acontecimentos, são válidos somente quando houver correspondência entre a realidade e essas representações.

A passagem para o paradigma da linguagem é assim posta por Nedel:

A reviravolta ou virada linguística consiste em passar da análise da consciência (subjetividade, entendimento puro) para a da linguagem. O trabalho filosófico já não é o de pensar as essências nem o de elucidar conteúdos da consciência ou do *cogito*, mas o de tomar como base da reflexão os signos linguísticos, exercitar a crítica da linguagem visualizada de maneira distinta da tradicional, principalmente sob o aspecto de seus pressupostos não elimináveis ou necessários⁸¹.

A linguagem é alçada ao centro das investigações filosóficas e se constitui nos fundamentos do pensar⁸². Afirma Oliveira que “a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, que caracterizou toda a filosofia moderna, se transformou na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo”⁸³. Neste novo paradigma, a realidade não é mais pensada por representações da consciência, mas construída a partir da significação ou sentido das

⁸¹ NEDEL, José. *Uma teoria do conhecimento*, cit., p. 292.

⁸² Aragão sintetiza as críticas ao paradigma da consciência, nos seguintes termos: “A filosofia clássica estabeleceu que a fonte de legitimação de qualquer fenômeno de consciência (entendido aqui como conteúdo mental, como as representações subjetivas que fazemos dos objetos que ela toma para si e através das quais se manifesta) é a autoconsciência do sujeito. Desde o cogito cartesiano, o fundamento da certeza da existência do próprio homem e do mundo é a consciência que ele possui de sua racionalidade. E é sobre essa racionalidade, ou melhor, sobre esta autoconsciência, que se apoia toda a capacidade do homem de produzir conhecimentos verdadeiros. Contudo, como ter acesso à consciência, se ela não pode ser submetida a um tratamento objetivo, e só é acessível intuitivamente, de modo introspectivo? Essas eram as críticas que a filosofia da linguagem lançou sobre a filosofia da consciência, exigindo que o acesso direto aos fenômenos, às representações, fosse substituído pelo seu exame indireto, através da análise das expressões linguísticas que utilizamos para transmitir os pensamentos” (ARAGÃO, Lúcia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 92).

⁸³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, cit., p. 13.

expressões linguísticas⁸⁴. A linguagem como faculdade comunicativa tem especial repercussão sobre a questão da verdade. E, para uma rápida visão sobre a verdade na perspectiva do paradigma da linguagem, elege-se Habermas, que desenvolveu, com sua teoria do agir comunicativo, uma teoria sobre a verdade⁸⁵.

A teoria consensual da verdade de Habermas⁸⁶ pode ser compreendida, em linhas gerais e para o propósito deste tópico, nos seguintes pontos: a) contrariamente ao modelo da verdade como correspondência (entre enunciados e a realidade), a proposta do modelo de Habermas é fundamentar o critério de verdade na utilização original da linguagem, visando a um entendimento entre falantes e ouvintes; b) o critério para afirmar a verdade de um enunciado está na possibilidade de obter-se o consenso dos participantes (falantes e ouvintes) sobre as proposições deste enunciado; c) a condição de validade das proposições deve ser legitimada discursivamente; d) por intermédio do discurso, no âmbito da comunicação intersubjetiva, os sentidos dos fatos (realidade) são esclarecidos; e) as condições de validade dos enunciados pressupõem condições ideais de fala dos participantes: igualdade de oportunidade para manifestarem seus assentimentos ou recusas relativamente à pretensão de validade das proposições.

Expostos, de maneira ampla, os paradigmas da consciência e da linguagem, bem como as respectivas relações que cada um estabelece com a verdade, é possível extrair breves considerações. A verdade, no paradigma da consciência, está na correspondência entre os acontecimentos da realidade e seus enunciados, formulados no âmbito interno e subjetivo do sujeito. O foco, portanto, está em descobrir o acerto desta correspondência. No âmbito do paradigma da linguagem, a atenção está centrada no conteúdo das

⁸⁴ Considerando os vários desdobramentos do paradigma da linguagem, Nedel apresenta a seguinte síntese de sua evolução: “No início da reviravolta linguística, a análise da linguagem se processava nas dimensões sintática e semântica (paradigma sujeito-objeto), ausente ainda a consideração do aspecto pragmático. Em determinado momento os autores se deram conta de que em qualquer ato da fala está implícito, quando não expresso, um elemento performativo, que permite ao locutor executar a ação a que se refere, ao mesmo tempo que fala. A clara percepção de que todo ato linguístico tem a estrutura dupla de ser simultaneamente fala e ação, representou um passo a mais na reviravolta linguística, no interior da qual aconteceu, e permitiu passar para o paradigma pragmático (sujeito-sujeito). É a consumação da virada pragmática ou comunicativa, que aprofunda e radicaliza a reviravolta linguística. A linguagem é entendida como práxis social, porque não é produto de um sujeito solitário, mas de uma comunidade de falantes” (NEDEL, José. *Uma teoria do conhecimento*, cit., p. 304).

⁸⁵ Afirma Pinzani: “O núcleo da teoria do agir comunicativo de Habermas e da correspondente teoria da verdade pode ser resumido da seguinte forma: Usar a linguagem significa, essencialmente, avançar pretensões de validade que devem ser justificadas discursivamente. Por isso, ao lado de uma teoria discursiva da verdade, Habermas elabora uma pragmática universal cujo papel é expor as condições de comunicação” (PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 80).

⁸⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, cit., p. 308-317; ARAGÃO, Lúcia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*, cit., p. 110-11; PINZANI, Alessandro. *Habermas*, cit., p. 88-96.

proposições, por intermédio do discurso. A verdade dos fatos, no paradigma da linguagem, encontra-se na possibilidade de consenso sobre os significados e conteúdos dos respectivos enunciados sobre esses fatos, por meio de uma relação intersubjetiva dos sujeitos.

1.2.5 Verdade como correspondência

Não é possível no contexto deste trabalho fixar pontos para definir, segundo critérios pertinentes, qual a melhor concepção da verdade. O que é possível e necessário é apontar qual teoria da verdade melhor serve ao propósito de compreender o lugar da verdade no processo judicial. E neste sentido, Taruffo⁸⁷ tem sustentado, com base em razões de ordem filosófica e epistemológica, o acolhimento da ideia base da verdade como correspondência, para o estudo da verdade no processo judicial. Em especial, Taruffo aponta para Alfred Tarski, pela forma como elaborou a verdade como correspondência:

Esta definición es relevante no sólo porque representa una versión moderna y metodológicamente correcta de la verdad como correspondencia, sino también porque parece dotada de una mayor generalidad, o de un alcance más fundamental, respecto de otras teorías de la verdad⁸⁸.

Tarski⁸⁹ desenvolveu um conceito semântico de verdade, reconhecido como uma elaboração da verdade como correspondência. O foco dos trabalhos de Tarski está voltado para uma definição adequada da verdade no contexto das expressões “é verdadeiro” e “é falso”. O mais célebre de seus exemplos, o enunciado “a neve é branca” é verdadeiro, permite captar minimamente sua proposta. Seu trabalho no nível semântico ou dos significados dos enunciados busca compreender e construir uma definição correta do que é um enunciado verdadeiro. A noção semântica da verdade não investiga as condições nas quais o enunciado do exemplo “a neve é branca” pode ser afirmado. O ponto central da teoria está no aspecto em que a afirmação ou rejeição do enunciado “a neve é branca”

⁸⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 170, 176; TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 100-101, 104.

⁸⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 169-170.

⁸⁹ Alfred Tarski (1902-1983), entre lógicos e filósofos é conhecido e exerceu influência em face de sua elaboração da semântica e investigações sobre noções de modelo, decidibilidade, definibilidade e verdade (MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. IV, p. 2815).

resultará na afirmação ou rejeição do enunciado “a neve é branca é verdadeiro”. O enunciado “a neve é branca” é verdadeiro se, e somente se, a neve é branca⁹⁰.

Greco aponta para a concepção da verdade como correspondência, ao se manifestar:

Dai resulta que o discurso justificativo das decisões sobre os fatos deve ter por função a demonstração lógico-racional da correspondência das afirmações aos fatos do mundo real, com o emprego dos mesmos métodos e critérios das ciências correspondentes, quando for o caso⁹¹.

Uma vez investigados de forma ampla e resumida alguns aspectos sobre a verdade, sobretudo com os aportes da filosofia, e adotada a verdade como correspondência para o estudo da verdade no processo, analisa-se agora o lugar da verdade no processo judicial.

1.2.6 Verdade dos fatos e seu alcance no processo judicial

A verdade sobre a qual se discute é aquela apontada pelas partes em suas alegações sobre os fatos que interessam à causa. A prova, como se verá em tópico seguinte, é o instrumento disponível às partes e ao juiz para trazer ao processo informações, dados e aspectos relativos aos acontecimentos narrados, em regra, na petição inicial e na defesa. Discutir a verdade no processo judicial é buscar respostas a duas indagações: É possível atingir o conhecimento do que de fato aconteceu no âmbito pretérito, em relação às partes? As informações trazidas ao processo, pelas partes, por intermédio das provas, permitem atingir a verdade dos acontecimentos?

Taruffo⁹² demonstra que, nas últimas décadas, a questão da verdade sofreu um processo de desconstrução por intermédio de diversas correntes⁹³ do pós-modernismo, até atingir o ponto de tornar inútil qualquer discussão sobre a verdade. Essas correntes

⁹⁰ MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. IV, p. 2996-2997; ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, cit., p. 996; TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 104.

⁹¹ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, in MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 379.

⁹² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 96-104; Idem. *Processo Civil Comparado: ensaios*, cit., p. 36-37.

⁹³ Taruffo alinha essas correntes dentro da filosofia, da sociologia, da epistemologia, da semiologia, da linguística, dentre outras (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 96-104).

chegaram ao propósito de excluir a possibilidade de qualquer conhecimento objetivo sobre a realidade externa ao sujeito⁹⁴. Houve uma separação entre os acontecimentos do mundo e o conhecimento sobre esses acontecimentos⁹⁵. As reações⁹⁶ a essa desconstrução tiveram por ponto de ataque “a desvalorização radical da ideia de verdade e da possibilidade de que se deem descrições verídicas sobre acontecimentos que se verificam no mundo externo”⁹⁷.

Superada a fase de desconstrução da verdade e da impossibilidade de se definir os contornos da realidade dos fatos⁹⁸, Taruffo sustenta hoje um retorno ao tema da verdade sob uma perspectiva denominada de realismo crítico, com positivas repercussões no âmbito do processo judicial. Três aspectos de grande relevo são apresentados por Taruffo⁹⁹, resultado da superação da desconstrução da verdade, que em síntese frisam o seguinte: a) a realidade externa existe, a despeito do ceticismo e dos exageros subjetivistas e irracionistas; b) a concepção da verdade como correspondência está mais consistente:

⁹⁴ Prossegue Taruffo: “Aos batalhões tradicionais de céticos radicais, de irracionistas e de idealistas solipsistas, somaram-se os novos céticos, os novos cínicos, os construtivistas, os relativistas, os entusiastas do *linguistic turn*, os sociólogos da ciência, os críticos do método científico e muitos outros pensadores. Tais pensadores eram fascinados pela ideia de que a coisa mais importante e necessária seria separar-se completamente toda e qualquer forma de conhecimento (científico e não científico) de qualquer conexão com a realidade (hipotética) do mundo externo; ainda que se pudesse falar de verdade algumas vezes (não sempre), a condição para tanto seria que se excluísse qualquer referência a tal mundo e que se reconduzisse a verdade à coerência do discurso ou ao consenso daqueles que discorrem” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 98).

⁹⁵ Explica Taruffo: “Era assim negada qualquer possibilidade de se configurar um conhecimento de algum modo verdadeiro de qualquer acontecimento externo ao sujeito: o *linguistic turn* teve o efeito de extinguir todas as conexões entre a linguagem e o mundo, bem como de mover todo o problema da verdade *para dentro* da dimensão linguística da experiência e do conhecimento. Afirmando que o conhecimento, a realidade e a verdade são exclusivamente produtos da linguagem, acabava-se, de fato, por negar a existência de qualquer realidade independente da linguagem que pudesse determinar a veracidade ou a falsidade de cada pensamento” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 97-98).

⁹⁶ Taruffo destaca os seguintes autores: “Não por acaso, nos últimos anos filósofos como Williams e Lynch (e como Pio Marconi na Itália) e epistemólogos como Haaek, Goldman e Norris, dedicaram artigos e livros importantes à verdade e à racionalidade dos métodos para obtê-la. Justamente, pois, na primeira página de seu livro, Williams fala da ‘*demand for truthfulness*’, da ‘*devotion to truthfulness*’ e do ‘*desire for truthfulness*’ como abordagens que atualmente são ‘*prominent in modern thought and culture*’, dedicando Lynch seu livro à demonstração de ‘*why truth matters*’. De resto, não faltam na literatura filosófica e epistemológica recentes análises convincentes que explicam as modalidades de um conhecimento confiável da realidade, colmatando o *gap* que caracteriza a relação entre mente, linguagem e realidade externa” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 101).

⁹⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 99.

⁹⁸ Explicita Taruffo: “O pós-modernismo não foi uma doença do pensamento, do qual se possa sair recuperando a saúde de antes: foi uma longa fase que determinou a crise irreversível de muitas ideias ‘*ingênuas*’ que não merecem ser recuperadas. Se é verdade que não era necessário o estilo vazio e *flamboyant* de Baudillard para entender a complexidade da sociedade moderna, da televisão e da realidade virtual, é também verdade que a problematização da linguagem e de suas complicadas relações com a realidade, a importância atribuída à dimensão contextual dos fenômenos e uma racional relativização dos conceitos (com o desaparecimento das Grandes Ideias – com letras maiúsculas) são aquisições significativas (mesmo que nem todas possam ser atribuídas, em realidade, ao pós-modernismo). A passagem do pós-modernismo a uma fase que se poderia talvez definir como pós-pós-moderna implica notáveis mudanças de perspectiva no que concerne ao problema da verdade” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 98-99).

⁹⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 100-101.

se é a realidade que determina a veracidade ou falsidade dos enunciados (narrativas, afirmações, asserções, alegações de fato) que a descrevem, mais importante que os instrumentos disponíveis para a verificação da veracidade ou falsidades dos enunciados, é que cada enunciado é verdadeiro ou falso em função da existência ou inexistência do evento que descreve; c) a retomada da concepção epistêmica da verdade¹⁰⁰, que sustenta que a verdade de um enunciado corresponde à existência de justificativas válidas para considerar verdadeiro um enunciado (*warranted assertibility*¹⁰¹).

Os pontos resumidamente destacados sobre a superação da crise no tema da verdade, e sua retomada como possibilidade teórica, têm especial interesse para o tema da apreciação da prova e formação do convencimento judicial.

Além de a verdade estar objetivamente presente nas regras processuais e éticas, como já discutidas, para orientar o comportamento das partes, dos advogados e do juiz, e constituir uma das funções da prova, é possível, objetiva e racionalmente, atingir a verdade dos fatos no processo judicial.

Em recentes conferências no Brasil¹⁰², Taruffo corrobora suas ideias sobre a verdade no processo judicial, desenvolvidas há décadas, nos seguintes termos, ao fixar as características da verdade processual:

Desse ponto de vista a verdade que se pode conseguir no processo representa em realidade uma *aproximação* àquela que se poderia considerar como correspondência perfeita dos enunciados aos fatos reais que esses descrevem. De outro lado, *essa* verdade é *relativa* – e, portanto, o grau de aproximação é maior ou menor conforme a qualidade das informações sobre as quais se funda volta e meia o conhecimento dos fatos dos quais se trata¹⁰³.

¹⁰⁰ Taruffo aponta vários autores (Drummett, Goldman e Norris) que retomam esta concepção que não é nova, mas tem merecido reconhecimento em seu desenvolvimento e aplicação (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 101-102).

¹⁰¹ “assertividade garantida” (tradução nossa).

¹⁰² Taruffo pronunciou duas conferências e um minicurso na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nos anos de 2011 e 2012; a tradução dos textos compõe o livro em referência (TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*, cit., p. 09-10).

¹⁰³ E prossegue Taruffo: “No contexto específico do processo isso significa que o grau de aproximação à verificação da correspondência dos enunciados aos fatos materiais que descrevem obedece à qualidade e à quantidade das provas sobre as quais se funda a reconstrução dos fatos realizada pelo juiz – e é tanto melhor quanto mais afluam ao processo todas as provas relevantes, isto é, todas as provas que possam ser úteis para a verificação da verdade dos fatos. Ainda aqui é a epistemologia geral a clarificar que a verdade, no processo como na ciência, depende de um emprego correto e racional dos conhecimentos de que se dispõe em toda e qualquer circunstância concreta” (TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*, cit., p. 46-47).

A verdade dos fatos, no contexto da discussão apresentada sobre a verdade, nada mais é que a realidade do que de fato aconteceu na relação de direito material entre as partes.

1.2.6.1 A natureza da verdade no processo judicial

Um aspecto importante surge neste ponto da discussão, considerando os questionamentos apresentados neste capítulo e o desenvolvimento do tema. É sobre a natureza da verdade atingida dentro do processo, haja ou não coincidência entre o resultado da apreciação da prova e convencimento do juiz (se o fato existiu ou não existiu) e o que ocorreu na realidade.

Sobre a natureza da verdade no processo judicial, duas ordens de questionamentos são normalmente apresentadas. Uma que contrapõe verdade absoluta e verdade relativa e outra que trabalha com a ideia de verdade formal ou processual e verdade real.

As críticas lançadas por Taruffo¹⁰⁴ sobre a distinção entre verdade absoluta e verdade relativa merecem ser mencionadas, sinteticamente. São as seguintes: a) a verdade absoluta é um conceito que extrapola a dimensão cognitiva humana e, portanto, não pode ser buscada no âmbito do processo; b) o conceito de verdade relativa diz respeito ao conhecimento da verdade relacionado ao contexto no qual surge; c) a relatividade desse conhecimento da verdade depende do método que se desenvolve para sua busca, bem como da quantidade e qualidade das informações disponíveis ou alcançáveis; d) a verdade de um enunciado (afirmação, asserção ou alegação de fato) está determinada exclusivamente pela realidade do evento que enuncia; e não há um enunciado mais ou menos verdadeiro; e a verdade do enunciado, em si, é absoluta; e) o que pode variar, a depender das circunstâncias, é o grau de confirmação que pode ser atribuído ao enunciado, de acordo com os conhecimentos que estiverem à disposição; portanto, é possível falar de uma maior ou menor aproximação à verdade.

Neste contexto, somente é possível falar de um conhecimento relativo sobre a verdade dos fatos e não de uma verdade relativa. Como esclarece Taruffo sobre o conhecimento:

¹⁰⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 105-106.

Isto é, esse guarda relação com os argumentos que justificam o convencimento sobre a verdade de um enunciado. O conhecimento da verdade é relativo, mas também objetivo, visto que a justificativa do convencimento verdadeiro não se funda nas preferências ou nas idiosincrasias dos sujeitos particulares, mas sim na capacidade deles de se exprimirem em proposições representativas do mundo como ele é¹⁰⁵.

No próximo tópico se verificará, ao desenvolver o tema da prova, que o conhecimento proporcionado para apurar se uma alegação sobre determinado fato é verdadeira ou falsa chega ao processo por intermédio da prova. A relatividade, portanto, não se refere à verdade, mas diz respeito à quantidade e qualidade do conhecimento produzido pela prova. Conclui Taruffo:

No contexto do processo é apropriado falar-se em verdade relativa e objetiva. A verdade da apuração dos fatos é relativa – no sentido de que é relativo o conhecimento sobre essa; isso porque essa funda-se em provas que justificam o convencimento do juiz, representando a base cognoscitiva na qual o convencimento de que um determinado enunciado corresponda à realidade dos fatos da causa encontra justificativa¹⁰⁶.

A distinção entre verdade real (substancial ou material) e verdade formal (processual ou jurídica) tem alguns aspectos históricos que permitem compreender a evolução desta qualificação.

Durante muito tempo, apontam Marinoni e Arenhart¹⁰⁷, esta distinção foi utilizada pela doutrina para se referir à forma como o processo penal trabalhava o tema da verdade. A justificativa da diferenciação entre os processos penal e civil no tema da verdade estava atrelada à natureza do bem tutelado, quando então se consideravam os bens com os quais lidava o processo civil menos relevantes do que o bem do processo penal. O juiz, na esfera civil, poderia satisfazer-se com uma verdade formal, ao passo que na esfera penal apenas de forma excepcional o juiz se contentaria com a verdade formal. A repercussão dessas ideias, segundo os autores, fez com que o processo civil desse mais relevo a certos aspectos legais da pesquisa probatória do que ao conteúdo da prova. E mais, entre decidir com segurança sobre a verdade buscada e decidir com celeridade, o processo civil então teria feito uma opção pela segunda hipótese.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 105-106.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 106.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 30.

Apesar das justificativas apresentadas, sustentam Marinoni e Arenhart que a ideia de verdade formal não tem mais consistência:

Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não tem particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais –, pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas¹⁰⁸.

Há ainda três argumentos¹⁰⁹ importantes para vencer, que durante muito tempo sustentaram a distinção entre verdade formal e verdade real. O primeiro é o de que a verdade no processo é formal porque a verdade real somente seria atingida fora do processo judicial. O segundo afirma que no âmbito do processo judicial é apenas possível uma fixação formal dos fatos da causa e que, portanto, não teria nenhuma relação com os fatos reais. E o terceiro argumento, que apoia os anteriores, é o de que em razão das regras sobre prova¹¹⁰ restaria condicionada a busca da verdade dos fatos da causa.

A superação dos argumentos em prol da distinção, desenvolvida por Taruffo¹¹¹, pode ser assim resumida. Não existem diferentes espécies de verdade. A verdade não depende de estar no interior ou fora do processo judicial. A verdade dos enunciados (afirmações, asserções, alegações) sobre os fatos que interessam à causa é determinada pela realidade desses fatos. Por fim, e este tema será abordado em outras oportunidades, as normas sobre a admissão, produção e valoração da prova por certo limitam, condicionam e definem modos diferentes sobre a busca da verdade, mas não por esse aspecto impõem uma verdade diferente ou diversa daquela que poderia ser encontrada fora do processo.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 32.

¹⁰⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 106.

¹¹⁰ Como por exemplo, regras sobre quem pode ou não depor como testemunha e o número de testemunhas possíveis.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 107.

1.2.7 A verdade no processo judicial – conclusões parciais

O tema da verdade será abordado ainda em vários momentos ao longo do trabalho e, em especial, no tema seguinte que é o da prova. Contudo, é necessário firmar conclusões parciais para fechar o tópico e fixar premissas sobre o lugar da verdade no processo judicial.

Conforme análises ao longo dos tópicos, três pontos fundamentais sobre a verdade no processo judicial podem ser estabelecidos.

O primeiro ponto é sobre o seu regramento. A verdade está objetivamente presente nas regras processuais e éticas para orientar o comportamento das partes, dos advogados e do juiz. O desenvolvimento profissional das atividades do advogado e do juiz está pautado na direção da reconstrução dos fatos que interessam à causa em conformidade com o que ocorreu na realidade. E é com base em descrições de fatos que a lei define as consequências de sua incidência.

O segundo ponto, de ordem filosófica, diz respeito ao retorno da verdade, e pode ser assim resumido: a) fatos são uma realidade objetiva e concreta e existem independentes da forma como se pode conhecê-los; b) a concepção da verdade como correspondência é válida e atual; c) é a realidade que determina a veracidade ou falsidade dos enunciados (narrativas, afirmações, asserções, alegações sobre o fato) que a descrevem, ou seja, um enunciado é verdadeiro ou falso em função da existência ou inexistência do evento que descreve; d) a concepção epistêmica da verdade: a verdade de um enunciado correspondente à existência de justificativas válidas.

O terceiro ponto é sobre a possibilidade de encontrar a verdade no processo judicial. A conclusão aqui é parcial, pois a busca da verdade depende de vários fatores, como se verá ao longo do trabalho, considerando a função da prova, a dimensão epistêmica do processo e as condições de exercício da atividade da judicatura. Contudo, em razão das conclusões de ordem filosófica, é possível admitir que a verdade pode ser encontrada no processo judicial. A verdade dos enunciados (afirmações, asserções, alegações) sobre os fatos que interessam à causa é determinada pela realidade desses fatos. O conhecimento da verdade no processo judicial depende das circunstâncias do processo, em razão do grau de

confirmação que pode ser atribuído ao enunciado, de acordo com os conhecimentos que estiverem à disposição por intermédio das provas.

1.3 Prova

Teixeira Filho¹¹² relata a extensa cizânia na doutrina sobre a natureza jurídica do instituto da prova, desde sua concepção como fenômeno material até sua compreensão como fenômeno unicamente processual, passando pela sua denominação como um direito judicial¹¹³, concluindo por afirmar a superação das controvérsias em razão da regulamentação geral da prova pelo código de processo civil¹¹⁴, bem como por força do estudo sistematizado e completo do instituto da prova pela ciência processual¹¹⁵.

O propósito do presente tópico é estabelecer um recorte no estudo doutrinário da ciência processual sobre o fenômeno probatório, com a finalidade de investigar os seus principais aspectos que influenciam e formam a base para compreensão da atividade de avaliar as provas e formar a convicção do julgador. O ponto de partida é o regramento geral da matéria, e o foco, o estudo sistemático do conteúdo dessas normas.

A atual sistemática do código de processo civil (2015) deslocou a definição e o regramento do sistema da persuasão racional para as disposições gerais do capítulo das

¹¹² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, v. II, p. 915-917.

¹¹³ Explica Teixeira Filho: “entendido como aquele que tem por objeto uma relação jurídica entre a Justiça e o indivíduo” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., v. II, p. 916).

¹¹⁴ Esclarece Teixeira Filho: “Nunca é inútil rememorar que o CPC de 1939 estatuiu, em seu art. 208, serem admissíveis em Juízo ‘*todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais*’ (sublinhamos), ao passo que o estatuto processual vigente estabelece, por seu art. 332, *litteris*: ‘Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa’. Constata-se, assim, que o CPC de 1973 abandonou a referência às leis materiais, feita pelo de 1939, tendo dedicado todo o Capítulo VI, Título VIII, do Livro I, ao instituto da prova (arts. 332 a 443), procurando, com isso, minudenciar o disciplinamento da matéria que atraiu para si” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., v. II, p. 916).

¹¹⁵ Didier Júnior destaca a importância prática sobre a discussão da natureza jurídica das normas do direito probatório, referindo-se, por exemplo, à aplicação da lei no tempo, e destaca: “A uma conclusão, contudo, é possível chegar: no regramento da prova no Código Civil é onde mais se percebe a zona cinzenta que separa o direito material do direito processual. Há, ainda, dois pontos que merecem tratamento destacado: a) o balizamento da valoração das provas por normas legais (o que revela um rescaldo do sistema da prova legal); b) a possibilidade de controle da aplicação desses dispositivos por recurso especial” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30).

provas, contemplando-o no artigo 371. Este novo posicionamento tópico do sistema da persuasão racional trouxe sensível modificação no artigo que regulamenta a regra geral sobre prova no processo civil, conforme seu artigo 369:

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz¹¹⁶.

Dessa forma, com pequenas modificações na construção do texto¹¹⁷, a regra geral manteve a estrutura do direito à prova, por intermédio dos meios legais, bem como daqueles meios não contemplados legalmente, mas moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos que interessam à causa. A novidade legal foi a inclusão do caráter persuasivo do direito à prova na formação da convicção do juiz, ponto este, como será visto na sua análise, já consagrado pela doutrina.

Provar, de origem latina, tem o sentido de demonstrar, verificar, examinar, do qual deriva prova, com acepções de argumento, razão e aprovação¹¹⁸. Seguindo este curso e indo diretamente ao ponto, no contexto normativo, prova judicial significa, no estudo clássico de Amaral Santos¹¹⁹: a) “a produção dos atos e dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados”; b) “fornecer os meios afirmativos da sua alegação”; c) “o meio de prova considerado em si mesmo”.

Destacados autores apresentam consistentes definições da prova judiciária¹²⁰. Entretanto, em razão do recorte proposto, a intenção é trabalhar com aspectos estruturais

¹¹⁶ BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.

¹¹⁷ Dispõe o art. 322 do CPC de 1973: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

¹¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 11.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 11-12.

¹²⁰ Dinamarco assim se pronuncia: “*Prova é demonstração e provar é demonstrar*. Como o juiz julgará a causa de um modo se certos fatos tiverem ocorrido e de modo oposto se não ocorreram, para julgar é preciso saber se ocorreram ou não. Por isso e dada a institucionalizada ignorância do juiz quanto aos fatos relevantes para o julgamento, é indispensável dotar o processo de meio capazes de tirar seu espírito do estado de obscuridade e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a qual julgará. Essa representação é o *conhecimento da realidade fática* e esses meios, em conjunto, compõem a *instrução probatória*. O resultado a ser obtido na instrução probatória é o *conhecimento* dos fatos e conseqüente firmeza para proferir a decisão. Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um *conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, cit., p. 42, grifos do autor); Para Teixeira Filho, que almeja ater-se ao aspecto substancial do instituto da prova judiciária, afastando a confusão que aponta entre significados de prova e meio probante, “É a demonstração,

da prova jurídica e, para essa finalidade, colhem-se, a seguir, duas definições atuais e práticas que permitem alcançar o nível de investigação pretendido.

Greco¹²¹ propõe uma definição de prova que alinha pertinentes elementos, a seguir sintetizados: a) prova são fatos representativos que apresentam as circunstâncias das quais é possível retirar o conhecimento dos fatos probantes¹²²; b) prova são os meios de comunicação que proporcionam ao julgador o conhecimento dos fatos probantes e probandos¹²³; c) prova são as atividades humanas, realizadas por diversos sujeitos, por intermédio das quais os meios de prova transmitem ao julgador o conhecimento dos fatos; d) prova são os argumentos construídos racionalmente, com suporte em deduções, induções, máximas de experiência ou presunções, com a finalidade de influir no julgamento sobre a existência dos fatos; e) prova judiciária são os testemunhos, os documentos, laudos periciais e outros ainda que não especificados em lei; f) prova judiciária é o procedimento probatório, desde a proposição, admissão até a produção; g) prova é o accertamento final sobre a existência ou inexistência dos fatos probandos, expresso em decisão fundamentada do juiz.

Em vigoroso e sistemático estudo sobre a prova, Taruffo propõe a seguinte definição de prova¹²⁴ jurídica:

segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., v. II, p. 919); Marinoni e Arenhart, conquanto levantem fundamentadas ressalvas sobre a busca da verdade no processo civil, as quais serão analisadas, apontam que “a definição de prova vem ligada à ideia de reconstrução (pesquisa) de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter certeza sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer a sua função” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 55); para concluir este pequeno calidoscópio de definições sobre a prova judicial, duas definições concisas: a primeira de Walter, para quem “*La forma lógica del proceso judicial es la prueba*” (WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*. Bogotá: Editorial Temis, 1985, p. 09); e Russomano, em conhecida e clássica expressão diz: “A prova é o pedestal da sentença” (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 2, p. 887).

¹²¹ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 374.

¹²² Que prova, que faz prova (SILVA, Adalberto Prado et al. *Mirador Internacional. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1979, p. 1396).

¹²³ Que, ou aquilo que se pretende ou se deve provar (Ibidem, p. 1396).

¹²⁴ Ao estabelecer compreensão sobre o sentido geral de prova no âmbito das diversas ciências em razão de suas especificidades e experiências, Taruffo esclarece que a questão central está em fixar o fundamento racional do conhecimento, e prossegue: “*En esos sectores surge un esquema conceptual muy común que se puede denominar evidence and inference que se vale de aportes provenientes de distintos campos a los efectos de ofrecer instrumentos generales para la formulación y el control racional de las inferencias que fundamentan aserciones sobre hechos. En ese contexto, emerge una noción general de ‘prueba’ como elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos. Esto se corresponde, por un lado, con la noción lógica de prueba como elemento que fundamenta un juicio, pero, por otro lado, constituye también la racionalización de las ideas de la prueba que se tienen en muchos campos de la experiencia*” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 327-328).

Por otra parte, el problema de la especificidad y de la ubicación de prueba jurídica resulta relativamente simple si – en lugar de observar las pretendidas peculiaridades ontológicas de la prueba o de la actividad del juez en la determinación del hecho – se observa lo que distingue la prueba jurídica de las metodologías cognoscitivas que se usan en otros campos. El elemento de distinción es, precisamente, el carácter jurídico de la prueba, que proviene esencialmente de dos factores: la presencia de una regulación jurídica de la prueba y el hecho de que sirve para usos típicamente jurídicos, en contextos jurídicos como el proceso. La prueba se puede, en realidad, definir como jurídica si concurre al menos una de estas condiciones (aunque habitualmente concurren ambas)¹²⁵.

A apresentação da classificação das provas em geral traz acentuado senso pedagógico para a compreensão do fenômeno probatório. A moderna e dinâmica categorização geral das provas realizada por Dinamarco¹²⁶ tem como fundamento os conceitos do direito probatório e os elementos integrantes da preparação do conhecimento do juiz. *Fontes* de prova são pessoas ou coisas por intermédio das quais é possível extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação. *Meios* de prova são técnicas voltadas à investigação de fatos relevantes para a causa e constituem fenômeno interno do processo. Essas *técnicas probatórias* no âmbito do processo são: a) depoimento pessoal da parte; b) prova testemunhal; c) prova documental; d) prova pericial; e) inspeção judicial; e f) confissão (embora atue no campo dos fatos, Dinamarco não a considera meio de prova). A *produção* da prova, compreendida como atividade destinada a trazer a prova ao processo, ocorre em quatro momentos: a) propositura pela parte; b) admissão pelo juiz; c) realização, com a participação dos sujeitos do processo; e d) valoração, pelo juiz. *Classificam-se* as provas: a) pelo objeto; b) pela fonte empregada; c) pela natureza das atividades a desenvolver; e d) pela sua preparação. Relativamente ao *objeto*, a prova pode ser direta ou indireta. A prova direta é aquela que diz respeito aos fatos considerados relevantes para o julgamento, ao passo que a prova indireta circunscreve-se a fatos que, por si, não têm relevância, mas no contexto indicam a possibilidade de ocorrência dos fatos relevantes. A prova indireta denomina-se, também, de *indício* e, como tal, pode levar a conclusões sobre o fato relevante por meio de técnicas de presunções. No que tange à *fonte* empregada, a prova é pessoal ou real. A prova é pessoal quando sua fonte é ativa, ou seja, testemunhas e as próprias partes em depoimento pessoal. Prova real é própria de fontes passivas, ou seja, coisas ou pessoas quando objeto de exame. Estão nesta categoria das provas reais as provas técnicas e a documental. Alerta Dinamarco tratar-se aqui de

¹²⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 342.

¹²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 85-99.

autêntica classificação pelas fontes, muito embora o linguajar comum refira-se a meio de prova. A classificação pela *natureza das atividades* a desenvolver, que se baseia diretamente nos meios de prova, podem ser orais (inquirição das testemunhas ou das partes), materiais (por intermédio de exames ou provas técnicas) e documentais (por meio da exibição e juntada de documentos aos autos). Em relação à sua *preparação*, as provas são preconstituídas ou constituendas. As provas preconstituídas são as provas emprestadas e os documentos em geral já constituídos antes e fora do processo. As provas constituendas serão formadas no curso no processo, como a prova testemunhal, depoimento pessoal, perícia e inspeção judicial. Por fim, cabe ainda a distinção entre provas *típicas* e *atípicas*. As provas típicas são aquelas contempladas e reguladas pela lei. As atípicas são aquelas provas que, moralmente legítimas, embora não disciplinados por lei, são admitidos no processo civil. Como exemplo, Dinamarco aponta: a) prova emprestada – o artigo 372 do CPC (2015) contempla a faculdade de o juiz utilizar de prova produzida em outro processo, assegurando nova valoração, observado, naturalmente, o contraditório; b) constatações realizadas por oficial de justiça; c) inquirição de testemunhas técnicas.

A partir da norma geral sobre prova e das definições apresentadas, é possível aprofundar a compreensão sobre o fenômeno probatório ao tomar em perspectiva duas dimensões sobre a sua função no processo: a) função cognoscitiva; b) função persuasiva. Cada uma delas será analisada.

1.3.1 Prova – função cognoscitiva

A função cognoscitiva da prova no processo judicial é a sua capacidade de produzir ou comunicar conhecimento ou informação a respeito dos fatos que interessam à causa. Como pondera Taruffo, “os fatos não entram no processo na sua materialidade empírica”¹²⁷, ou seja, não há a possibilidade de um conhecimento resultante da percepção direta do fato. O fato chega ao processo sob a configuração de enunciados ou conjuntos de enunciados¹²⁸. Esses enunciados, por sua vez, são descrições das circunstâncias que compõem o fato¹²⁹. Assim, no processo judicial, o fato é aquilo que se diz acerca dele¹³⁰.

¹²⁷ TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado*, cit., p. 38.

¹²⁸ Sobre a questão do fato em juízo, Taruffo pondera: “*Cuando se habla de ‘construcción’, ‘definición’ o ‘identificación’ del hecho, o de individualización del nivel de realidad o del grado de precisión en el que*

O ponto central, que tem provocado dissidências doutrinárias, é a vinculação funcional entre prova e verdade¹³¹, também denominada relação teleológica entre prova e verdade¹³², fixada pelo texto legal¹³³. Esta vinculação funcional direciona a função cognoscitiva da prova no sentido de estabelecer e controlar a verdade dos enunciados sobre o fato. As discussões doutrinárias têm duas ordens de questionamento: a) a primeira diz respeito às reais possibilidades de encontrar a verdade no âmbito do processo judicial¹³⁴; b) a segunda é sobre a capacidade instrumental do processo judicial de encontrar a verdade¹³⁵. A seguir são analisados os questionamentos no âmbito específico da prova.

Após realizar uma ampla e profunda análise sobre as distintas concepções que existem sobre o problema da determinação da verdade no processo judicial sob a perspectiva da prova¹³⁶, Taruffo estabelece três posições ou marcos¹³⁷ que reúnem essas diversas concepções.

A primeira posição concebe a prova como uma espécie de *nonsense*, porque não serviria para determinar os fatos, ao passo que seus ritos e procedimentos prestariam ao propósito de legitimar perante a opinião pública que o sistema processual respeita e assegura valores como a igualdade das partes e a vitória de quem tem razão.

No segundo marco, está uma ideia de prova que se sustenta em estruturas semióticas e linguísticas, concentrando a importância na dimensão narrativa do processo, desprezando a relação entre essa narrativa e a realidade empírica. Neste contexto, as provas

*aquél es determinado, o también del modo en que las normas individualizan los hechos jurídicamente relevantes, parece evidente que no se hace referencia al hecho en cuanto ocurrencia de la realidad empírica, sino a enunciados, de distinta naturaleza, que se refieren a ocurrencias que se supone que suceden en el mundo de la realidad empírica. Los hechos del mundo real existen (cuando existen) según modalidades empíricas absolutamente independientes de la esfera de las determinaciones conceptuales, valorativas o normativas: no son los eventos del mundo real los que se ‘construyen’, ‘definen’ o ‘identifican’, porque éstos, por decirlo así, ‘suceden’ de forma absolutamente independiente de las categorías, de los conceptos y de las valoraciones que a ellos se refieren. Lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real o, en el caso de hechos particularmente complejos, versiones de segmentos de experiencia o de sectores de la realidad, que tienen alguna relevancia en el juicio” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 113-114).*

¹²⁹ TARUFFO, Michele. *Proceso Civil Comparado*, cit., p. 38.

¹³⁰ Idem. *La prueba de los hechos*, cit., p. 114.

¹³¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 23, 83-84; GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 375-380; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 46-50.

¹³² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 29.

¹³³ Alhures citados: Artigo 332 do CPC de 1973; Artigo 369 do CPC de 2015.

¹³⁴ Cf. tópico 1.2.

¹³⁵ Cf. tópico 1.5.

¹³⁶ Em exaustiva análise, Taruffo parte das concepções que negam a verdade no processo civil (alinhando três impossibilidades: teórica, ideológica e prática), pendulando para a verdade possível no processo civil (retomando as possibilidades: teórica, ideológica e prática) (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 27-79).

¹³⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 80-87.

têm a única função de apoiar o conteúdo narrativo, linguístico e dialógico desenvolvido no processo, a partir das histórias sobre os fatos trazidos pelas partes. Taruffo destaca que, a despeito de relevantes incertezas, tem-se aqui, genericamente, uma concepção persuasiva da prova¹³⁸, que será analisada com mais detalhes no tópico seguinte.

A terceira posição concebe a prova tendo por premissa a possibilidade de determinar a verdade dos fatos no processo judicial e, portanto, assume plenamente a função cognoscitiva da prova.

Conforme aspectos expostos nas conclusões parciais sobre a verdade no processo judicial¹³⁹, é possível, objetiva e racionalmente, atingir a verdade dos fatos no processo judicial. E a verdade dos enunciados sobre os fatos que interessam à causa é determinada pela realidade desses fatos. Portanto, a produção do conhecimento oriundo da prova judicial a respeito dos fatos que interessam à causa tem por meta a verificação dos acontecimentos.

Greco¹⁴⁰ exorta o jurista a debruçar-se sobre a questão epistemológica da verdade, afastando a verdade metafísica, centrando foco na verdade acessível ao conhecimento racional sobre os fatos do mundo no qual o ser humano vive e interage. Ao questionar a contingência do conhecimento científico, que poderia levar o jurista a estar satisfeito com a ideia de certeza no lugar da ideia de verdade, opta pela segunda¹⁴¹. No mais, admite a reabilitação da verdade como correspondência no âmbito do processo¹⁴², assumindo a dimensão cognoscitiva da prova. Por fim, afiguram-se importantes as seguintes ponderações de Greco, sobre o conteúdo da função cognoscitiva da prova:

¹³⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 83.

¹³⁹ Cf. tópico 1.2.7.

¹⁴⁰ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 379.

¹⁴¹ Assim Greco desenvolve o seu pensamento: “Será que a contingência do conhecimento científico deveria levar o jurista a contentar-se com a ideia de certeza em lugar da ideia de verdade? Na doutrina jurídica com frequência se encontra a apresentação da obtenção da certeza dos fatos como a função da prova. Assim, em Mittermayer a prova é definida como o complexo de motivos produtores de certeza. Ora, a ideia de *certeza* é restritiva em relação a de *verdade*, porque pode representar apenas um juízo subjetivo meramente resultante de uma persuasão retórica, ou até mesmo de um juízo formal induzido por prescrições legais inteiramente distanciadas de qualquer fundamentação científica. Penso que não. A verdade, com os significados garantístico e político acima mencionados, tem de ser objetivamente controlável e controlada, para aproximar o processo da justiça, tendendo à reconstrução mais fiel possível dos fatos da causa. Para isso, o método da prova judiciária não pode diferir substancialmente do método de investigações das ciências experimentais, adotando critérios lógico-racionais comuns a essas ciências” (GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 379).

¹⁴² GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 379.

Mas, na medida em que a própria doutrina jurídica reconhece que a prova não é um fenômeno exclusivamente do mundo do direito, mas do cotidiano humano, é forçoso observar que sobrepaira como um dos mais importantes significados da prova a sua compreensão como raciocínio, como processo mental pelo qual se estabelecem as conclusões que decorrem de determinadas premissas, porque a prova é o meio lógico por meio do qual se constrói o julgamento¹⁴³.

1.3.2 Prova – função persuasiva

A função persuasiva da prova no processo judicial é a sua capacidade de convencer o juiz da verdade do enunciado sobre o fato, isto é, sobre a realidade do seu acontecimento. Greco aponta vários autores para os quais a convicção do julgador é elemento funcional do conceito de prova¹⁴⁴, no sentido de que as provas “se destinam a produzir efeitos na inteligência do juiz, formando, mediante o raciocínio nela desenvolvido, o juízo positivo ou negativo da existência dos fatos aos quais a decisão aplicará o correspondente direito”¹⁴⁵.

O novíssimo código de processo civil consagrou o entendimento doutrinário do juiz como destinatário das provas, ao contemplar no seu artigo 369 o direito da parte de, por intermédio da prova, “influir eficazmente na convicção do juiz”¹⁴⁶.

Marinoni e Arenhart estão entre os doutrinadores que limitam ou restringem a função cognoscitiva da prova, à medida que não admitem a possibilidade da verdade ser encontrada no processo judicial¹⁴⁷, asseverando que “o fim da prova não é a descoberta da verdade”¹⁴⁸. Para os autores, a prova assume uma função de argumento retórico ou

¹⁴³ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 368.

¹⁴⁴ Dentre os quais, Mittermayer, Chiovenda, Jaime Guasp, Devis Echandia, Moacyr Amaral Santos e Moniz de Aragão (GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 374).

¹⁴⁵ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 374.

¹⁴⁶ Dispõe o art. 369 do CPC: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

¹⁴⁷ Sustentam Marinoni e Arenhart, após várias considerações de caráter doutrinário e filosófico “Deve-se, portanto, excluir do campo de alcance da atividade jurisdicional a possibilidade da verdade substancial. Jamais o juiz poderá chegar a esse ideal, ao menos tendo a certeza de que o atingiu. O máximo que permite a sua atividade é chegar a um resultado que se assemelhe à verdade, um conceito aproximativo, baseado muito mais na convicção do juiz de que esse é o ponto mais próximo da verdade que pode atingir do que, propriamente, em algum critério objetivo” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 41).

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 50.

elemento de argumentação, com a finalidade de convencer o juiz sobre a credibilidade do enunciado ou da afirmação feita pela parte¹⁴⁹.

Taruffo¹⁵⁰ reconhece estar presente a ideia de que a prova não tem uma função cognoscitiva no sentido amplo, mas preponderantemente argumentativa. Neste sentido, esclarece o autor, a prova não estaria na dimensão lógica do fundamento racional das hipóteses sobre o fato, mas em uma dimensão retórica da argumentação, direcionada ao convencimento do juiz. Em resumo, afirma que *“la prueba no sería un instrumento para conocer racionalmente algo, sino un argumento persuasivo dirigido a hacer creer algo acerca de los hechos relevantes para la decisión”*¹⁵¹.

Conquanto a prova possa assumir uma feição de argumento retórico ou elemento de argumentação, a sua função persuasiva não está limitada à dimensão retórica, mas decorre também da própria prova e da forma como o juiz a percebe. Como pontifica Taruffo¹⁵², *“resulta innegable que factores persuasivos o retóricos existen en la asunción de las pruebas, en juicio”*¹⁵³.

Por outro lado, Greco critica o entendimento que reduz a função da prova à formação do convencimento do julgador. E assim se expressa:

Ao dizer que o accertamento dos fatos, a prova como resultado final de todos os elementos enumerados no item anterior, consiste na convicção ou tem como função a sua formação, como fenômeno psicológico que se passa na mente do julgador, a doutrina processual está na verdade se rendendo ao relativismo da justiça do caso concreto, abandonando qualquer correspondência dos fatos do processo com a verdade objetiva e renunciando a qualquer possibilidade de equiparar a cognição judicial à que se desenvolve racionalmente em outras ciências, mesmo experimentais. A convicção do julgador como função ou finalidade da prova corresponde a uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva, os fatos¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Os autores sustentam que, antes de se destinar à reconstrução dos fatos, a prova visa a estabelecer um diálogo entre as partes e o juiz. Com apoio em Chaïm Perelman, afirmam: “as provas sempre se referem a alguma proposição ou, como prefere denominar, a uma *tese*; ademais, é certo que essa proposição não pode ser fundamentada exclusivamente em um critério metafísico ou intuitivo, sendo necessário que se expresse por via de uma linguagem” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 51).

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 349-350.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 350.

¹⁵² *Ibidem*, p. 350.

¹⁵³ E prossegue o autor: *“Sin embargo, el problema no es establecer si esos factores existen sino decidir si son tan importantes como para justificar una teoría ‘retórica’ de la prueba que pueda ser asumida como dominante o incluso como teoría exclusiva y única de la prueba. Es en este plano, y no en el de la constatación de la presencia de elementos retóricos en la asunción de las pruebas, donde la teoría de la prueba como argumento persuasivo encuentra dificultades insuperables”* (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 350-351).

¹⁵⁴ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 374.

Por fim, Medina pondera que, embora a preocupação das partes esteja centrada em uma prova com caráter persuasivo, a função epistêmica da prova deve ser destacada, ao afirmar: “Para o processo, interessa a prova como instrumento de que se vale o órgão jurisdicional para descobrir e conhecer com exatidão os fatos da causa (função *epistêmica*, que considera a prova *instrumento de conhecimento*)”¹⁵⁵.

1.3.3 Prova – conclusões parciais

Após os aspectos doutrinários expostos sobre as funções cognoscitiva e persuasiva da prova, as seguintes conclusões podem ser lançadas como forma de preparação para um maior aprofundamento sobre a função da prova judicial, em sua análise no tópico sobre o conteúdo e a dinâmica de funcionamento do sistema da persuasão racional.

A primeira conclusão, de ordem normativa, aponta para o aspecto de que a regra geral sobre prova do artigo 369 do CPC (2015) contempla ao menos as duas funções da prova ora examinadas, ou seja, as partes têm o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos para: a) provar a verdade dos fatos (função cognoscitiva) em que se funda o pedido ou a defesa; b) influir de forma eficaz (função persuasiva) na convicção do juiz.

A segunda é a de que a função cognoscitiva da prova, ou seja, sua aptidão para propiciar o conhecimento a respeito dos fatos que interessam à causa, está orientada pela busca da verdade.

O conhecimento dos fatos de acordo com seus enunciados, por intermédio da prova, guarda uma dimensão de convencimento ou persuasão a respeito de sua ocorrência ou realidade. A formação da convicção do juiz tem por base de conhecimento três aspectos: a) o contato direto do juiz com a prova; b) o contato do juiz com os enunciados sobre os fatos; c) o contato do juiz com aquilo que as partes argumentam estar ou não demonstrado pelas provas produzidas.

¹⁵⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 622, grifo do autor.

Assim, as duas funções da prova, cognoscitiva e persuasiva, não se excluem mutuamente. Guardam, cada qual, dimensões e elementos de conhecimento e convencimento a respeito dos fatos que interessam à causa e que formarão a base do sistema da persuasão racional, isto é, da atividade de avaliar as provas e desenvolver o convencimento do juiz.

1.3.4 Regulação da prova: comparação entre os sistemas da *civil law* e da *common law*

O elemento de distinção da prova jurídica, conforme apresentado acima, é justamente o seu caráter jurídico, proveniente de dois fatores: a) uma regulamentação jurídica da prova; b) sua utilização para uso tipicamente jurídico, no contexto do processo judicial¹⁵⁶.

A partir dessa definição da prova jurídica, torna-se pedagogicamente proveitosa uma breve análise comparativa¹⁵⁷ entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, no que tange ao fenômeno probatório, para propiciar uma melhor compreensão do sistema da persuasão racional (avaliação da prova e formação da convicção).

A concepção proveniente das culturas jurídicas do sistema de *civil law* é denominada de “fechada”, por três razões: a) todo o fenômeno probatório está contido nas normas que o regulam; b) provas são apenas aquelas contempladas e reguladas por normas específicas, alijando-se a admissibilidade de provas atípicas ou inominadas; c) a regulação da prova e o processo formam um contexto autárquico, relativamente a outros campos do saber, pelo que há a tendência de excluir a adoção de modelos ou conceitos desses outros campos. Taruffo esclarece a existência de versões maleáveis desse sistema fechado, relativo ao fenômeno probatório, com tendência a desenvolverem “características de homogeneidade, monodimensionalidade e coerência do contexto jurídico-processual”¹⁵⁸.

A segunda concepção, que tem prevalecido nos sistemas do *common law*, conhecida como “aberta”, está assentada nas seguintes razões: a) prova é compreendida como um fenômeno amplo, presente no senso comum e nos campos da lógica e da

¹⁵⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 342.

¹⁵⁷ TARUFFO, Michele. *Proceso Civil Comparado: ensaios*, cit., p. 50-55; Idem. *La prueba de los hechos*, cit., p. 357-364.

¹⁵⁸ TARUFFO, Michele. *Proceso Civil Comparado: ensaios*, cit., p. 51.

racionalidade; b) não subsiste o problema da admissibilidade de provas atípicas; c) a reduzida disciplina sobre prova não a define nem a delimita (eventualmente, por razões especiais, pode haver exclusão de algum meio), pois é ampla a aceitação de qualquer meio como prova para o estabelecimento de um fato; d) o caráter utilitário de qualquer meio para a verificação do fato insere esta concepção aberta do sistema probatório em perspectiva preponderantemente epistemológica. Pontua Taruffo que “é obvio e lícito empregar noções, conceitos e modelos de análises provenientes de outros setores da experiência, sejam esses de corte científico ou trazidos do senso comum ou da racionalidade geral”¹⁵⁹.

Taruffo¹⁶⁰ ressalta, na comparação direta entre os sistemas, a riqueza de elementos desenvolvidos no sistema da *Common Law* no campo probatório, que podem ser compartilhados. Afirma, objetivamente, não haver razões suficientes para considerar que uma disciplina legal das provas possa estar completa ou abarcar todo o fenômeno probatório, inexistindo, por outro lado, ordenamento jurídico que contemple de forma total a disciplina legal dos meios de prova. Exemplifica, nos sistemas de *civil law*, a larga utilização das denominadas provas atípicas, como as provas científicas ou tecnológicas¹⁶¹.

A compreensão desenvolvida por Taruffo, avançando na comparação direta entre os sistemas, é que em ambos a disciplina normativa da prova tem uma função limitativa e exclusiva. E esclarece:

Substancialmente, essa função se explica mais no sentido de limitar o âmbito das provas que podem ser empregadas no processo em relação àquelas que são empregadas na experiência cotidiana ou em outros campos de pesquisa sobre os fatos, excluindo expressamente certos tipos de prova ou privilegiando-as em detrimento de outras – ou ainda privilegiando determinados modos de formação da prova¹⁶².

¹⁵⁹ TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*, cit., p. 52.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 52-53.

¹⁶¹ Sem pretensão de um apontamento histórico, mas apenas para melhor situar a brevíssima comparação entre os sistemas no campo probatório, são importantes algumas observações sobre o sistema de *Common Law*: a) o processo, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, tem fases preliminares (*pre-trial*), com a finalidade de propiciar às partes preparação adequada para o debate, sobretudo em relação à *discovery* das provas que estão na posse do adversário ou um terceiro; é na fase de *trial* que ocorre a produção das provas orais em audiência, por intermédio da técnica da *direct* e da *cross examination*; b) importantes alterações legislativas têm ocorrido com modificações expressivas no papel do juiz e na função da fase de *pre-trial*; na Inglaterra, a *Civil Procedure Rules* de 1998; nos Estados Unidos, a *Federal Rules of Civil Procedure* tem recebido sucessivas reformas, em especial as realizadas pelo *Civil Justice Reform Act* de 1990; c) há décadas, na Inglaterra, nas controvérsias civis, apenas 2 a 3 por cento das causas iniciadas superam a fase preliminar e chegam ao *trial*; nos Estados Unidos, também é alto o percentual de causas que não superam a fase *pre-trial*, seja porque as partes concordaram com um *settlement*, arbitragem ou porque o juiz designou uma tentativa conciliatória por um terceiro (TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*, cit., p. 18-21).

¹⁶² TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*, cit., p. 53.

Três conclusões finais são apresentadas por Taruffo¹⁶³, resultado da comparação, a seguir sintetizadas: a) o fenômeno da prova não está cabalmente definido e completamente contido nas regras que regulam as provas¹⁶⁴; b) do ponto de vista substancial e estrutural, a prova jurídica não é diversa daquela prova utilizada como instrumento para o conhecimento dos fatos na experiência comum ou em outros campos do saber; c) a especificidade da prova jurídica está no aspecto em que algumas provas são objeto de regulamentação específica e restrita, de várias formas.

Algumas considerações, após a apresentação resumida da comparação entre os sistemas da *civil law* e da *common law* sobre o fenômeno probatório e a regulação da prova jurídica, são possíveis.

O sistema de regulação da prova jurídica no processo civil brasileiro é de feição fechada, conforme definições mencionadas e classificações apontadas, e decorre diretamente da disciplina do artigo 369 do CPC (2015). Há considerável flexibilidade no sistema, ao conceder à parte o direito de empregar qualquer meio ainda que não legalmente previsto, mas moralmente legítimo, para provar a verdade dos fatos nos quais se funda o pedido ou a defesa.

Um exemplo interessante sobre a regulação da prova jurídica, e que merece ser mencionado pela novidade e sua relação com este tópico, é a regulamentação da admissão e utilização da prova emprestada, até então considerada pela doutrina como uma prova atípica¹⁶⁵. O artigo 372¹⁶⁶ do CPC (2015) faculta, sem especificação objetiva de critérios, a utilização de prova produzida em outro processo, garantindo nova valoração, com a observação, naturalmente, do contraditório.

Os diversos patamares¹⁶⁷ da regulação da prova jurídica representam uma limitação ao fenômeno probatório. Tais restrições podem comprometer a quantidade de informações

¹⁶³ TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*, cit., p. 54-55.

¹⁶⁴ Taruffo resgata a hipótese extrema formulada por Bentham, de que, mesmo se não existissem normas sobre provas, essas funcionariam para a uma verificação confiável dos fatos em juízo, observados os parâmetros do senso comum e da racionalidade (TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*, cit., p. 54).

¹⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 93.

¹⁶⁶ Dispõe o art. 372 do CPC (2015): “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

¹⁶⁷ A referência diz respeito às diversas formas por intermédio das quais a prova pode ser trazida e produzida no processo; alguns exemplos: a) o número de testemunhas que cada parte pode apresentar em juízo, a depender do procedimento e das limitações da cognição; b) a definição e condições nas quais as pessoas podem depor como testemunha; c) o momento da apresentação e produção da prova.

disponível para a apuração dos fatos, mas não comprometem a verificação dos acontecimentos, orientada pela busca da verdade.

Por fim, não há, em regra, nenhuma hierarquia prévia de valores entre as provas típicas e entre essas e as provas atípicas, não existindo, portanto, nenhum comprometimento no processo de avaliação da prova e na formação do convencimento do julgador.

1.4 Cognição judicial

A cognição no processo civil¹⁶⁸ e no processo do trabalho¹⁶⁹ tem recebido maior atenção desde o final da década de oitenta, a partir do trabalho específico apresentado por Kazuo Watanabe¹⁷⁰. O primeiro ponto que o estudo da cognição põe em relevo é o da efetividade do processo como instrumento da tutela dos direitos¹⁷¹. Um segundo aspecto destaca a importância da cognição e se mostra pela convergência das perspectivas do direito material e do direito processual¹⁷².

No âmbito do presente trabalho, o estudo da cognição judicial tem a finalidade de propiciar ampliação das condições para compreender a atividade do juiz na apreciação das provas e na formação de sua convicção. A interface entre a razão, consubstanciada na atividade do juiz, e o processo judicial é realizada, no âmbito da teoria geral do processo, pelo estudo da cognição judicial. Na sua concepção, a cognição judicial revela duas dimensões distintas e, ao mesmo tempo, duas atividades intimamente relacionadas, quais sejam, a própria atividade de quem busca conhecer e o funcionamento da estrutura por

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 60-80.

¹⁶⁹ ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2009, t. I, p. 72-96.

¹⁷⁰ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷¹ Neste sentido, destaca Watanabe “a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos”(WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, cit., p. 20).

¹⁷² Discorre Watanabe: “Ambas as perspectivas são igualmente relevantes. Devem mesmo constituir um método de pensamento unitário, de modo que se atinja, pelos esforços concêntricos partidos de ambos os polos, o objetivo comum, que é o de tutela efetiva de todos os direitos. Se de um lado há exigências próprias do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quanto à natureza do provimento (aqui o ponto de maior aderência ao reclamo do direito material), como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação da tutela, à intensidade e amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, cit., p. 24).

intermédio da qual ocorre esse conhecimento. Chiovenda foi quem primeiro identificou e articulou a necessidade desse estudo, ao afirmar que:

Antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita. Essas atividades intelectuais, instrumento de atuação da vontade da lei mediante verificação, constituem a *cognição* do juiz. E, naturalmente, uma vez que a cognição é tão necessária para receber como para rejeitar a demanda, a análise dessas atividades pertence à doutrina da relação processual¹⁷³.

A cognição judicial, conforme os modernos estudos de Watanabe, tem natureza bifronte. A cognição no processo civil, por um lado, relativamente à natureza da atividade do juiz, é “um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo”¹⁷⁴. No aspecto voltado para o desenvolvimento do processo, a cognição judicial é “uma técnica de extrema relevância para a concepção de processos com procedimentos diferenciados e mais bem preordenados à efetiva tutela de direitos materiais”¹⁷⁵.

Didier destaca a importância da cognição como núcleo metodológico para a compreensão do processo, considerando os graus da cognição judicial para cada tipo de processo¹⁷⁶. E na sua definição, Debbio põe em relevo a ocorrência das atividades

¹⁷³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Livraria Acadêmica e Saraiva Cia., 1942, v. I, p. 253-254.

¹⁷⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, cit., p. 67.

¹⁷⁵ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, cit., p. 153. Em razão do foco do presente trabalho, não é abordada a matéria relativa à cognição judicial como técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada. Em reduzida síntese, ao utilizar a cognição como técnica processual, Watanabe, em brilhante sistematização, traça dois planos por intermédio dos quais opera a cognição no âmbito do processo. Estes modos de utilização servem a dois propósitos: compreender o funcionamento da cognição e servir de baliza para o legislador na formulação de processos diferenciados, considerando as especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais a serem tutelados, ambos com vistas ao estabelecimento de uma cognição adequada. Os planos horizontal e vertical da cognição, ao abarcarem as questões de fato e de direito submetidas ao magistrado, divisam uma perspectiva de extensão e profundidade, respectivamente. A cognição do plano horizontal diz respeito a que matérias poderão compor o objeto de seu exame, vislumbrando o conhecimento em extensão. A cognição do plano vertical refere-se ao “como” estas matérias serão analisadas, revelando o conhecimento em profundidade (WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, cit., p. 118-120, 131; DEBBIO, Cristiano Rodrigo Del. *Tutela jurisdicional diferenciada: técnicas para sumarização da cognição*, cit., p. 39).

¹⁷⁶ “A cognição é um dos mais importantes núcleos metodológicos para o estudo do processo moderno (junto com o procedimento e a tutela jurisdicional, cujos conceitos estão intimamente relacionados com o de cognição). Basta ver que a própria noção que se tem de cada tipo de processo (conhecimento, cautelar e execução) estrutura-se a partir do grau de cognição judicial que se estabelece em cada um deles” (DIDIER

intelectuais da cognição no âmbito processual, traçando uma correspondência com o processo de formação do convencimento do juiz¹⁷⁷.

1.4.1 Cognição judicial como ato de inteligência do juiz

É possível, a partir dessas duas definições iniciais, e agora no que se refere especificamente à cognição como ato de inteligência, destacar cinco importantes conteúdos na estrutura da cognição, no âmbito do processo judicial, que jogam um papel dinâmico no desenvolvimento da atividade do juiz. A seguir, de forma sintética, cada um desses conteúdos da cognição como ato de inteligência do juiz.

Raciocínios lógicos que se constituem em fluxos de pensamentos através de estados e processos mentais conscientes¹⁷⁸. Aqui se tem a racionalidade propriamente dita, ou seja, a estrutura psíquica do sujeito que opera o direito, na compreensão das ideias e conceitos, e que tem no pensamento a base de seu movimento.

Conteúdos de caráter não intelectual (racional) também desempenham um papel dinâmico na formulação da cognição. Não é apenas pela racionalidade que aquele que opera o direito formula conceitos, compreende os enunciados e decide o que deve ser feito em determinada situação. Fatores como o cultural, intuitivo, sensitivo e vivencial, entre outros¹⁷⁹, estão presentes no desempenho da cognição judicial.

A apreciação das provas destaca-se como tarefa ou atividade elementar e essencial da cognição judicial. No esclarecer de Watanabe, é “a avaliação equitativa das provas e dos

Júnior, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 52-53).

¹⁷⁷ “Cognição – do latim *cognitione* – significa ‘aquisição de um conhecimento’; ‘ato de adquirir um conhecimento’; ‘percepção’. Antes de julgar o pedido, o juiz realiza uma série de atividades intelectuais, com o fim de aparelhar-se dos elementos necessários para esse julgamento. É a essa atividade que, em âmbito processual, se dá o nome de *cognição*, que corresponde, portanto, prevalentemente, a um ato de inteligência: significa considerar, analisar e valorar as alegações de fato e de direito e as provas produzidas pelas partes; sendo o resultado desse conhecimento a base para o julgamento do litígio. A cognição, assim, *corresponde ao processo de formação do convencimento do juiz*” (DEBBIO, Cristiano Rodrigo Del. *Tutela jurisdicional diferenciada: técnicas para sumarização da cognição*. (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2005, p. 38, grifos do autor).

¹⁷⁸ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, cit., p. 67-68; SEARLE, John R. *A Redescoberta da Mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 138, 185, 188 e 327.

¹⁷⁹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, cit., p. 68-69.

fatos, ainda no plano da reconstituição dos fatos relevantes para o julgamento da causa, antes, portanto, da tarefa de enquadramento dos fatos às normas jurídicas¹⁸⁰.

A formação e o aperfeiçoamento (além da seleção) compõem fator decisivo para o correto e sensível desempenho da atividade judicial¹⁸¹, com influência direta na qualidade da cognição judicial. Atualmente a cargo das escolas nacionais e estaduais, tem sido possível construir um projeto pedagógico com conteúdos específicos voltados às necessidades dos juízes e apto a desenvolver habilidades para o exercício maduro da atividade profissional.

Por fim, a fundamentação das decisões judiciais como expressão palpável da cognição judicial¹⁸². De índole constitucional e recentemente regulamentada por intermédio no novíssimo código de processo civil (2015), a fundamentação é a concretização de todo o desenvolvimento da cognição no âmbito judicial. Permite, por um lado, verificar os aspectos relevantes e decisivos tomados em consideração na formulação e solução das questões de fato e de direito, e por outro, permite um controle da atividade jurisdicional, por intermédio dos recursos inerentes ao sistema processual.

Os conteúdos primeiro, segundo e quarto são objeto de análise e aprofundamento, a partir de uma abordagem interdisciplinar, no capítulo IV. Para o quinto conteúdo, sobre a fundamentação, é dedicado o capítulo VI. A apreciação das provas, conteúdo terceiro, é enfrentada no capítulo III.

1.5 Dimensão epistêmica do processo

Ao longo dos tópicos desenvolvidos neste capítulo, dois pontos merecem destaque: o primeiro é que o processo judicial está direcionado para a descoberta da verdade; o segundo ponto é que a verdade pode ser encontrada no âmbito do processo judicial. Estes dois pontos têm levantado o debate, na doutrina, sobre a *função epistêmica*¹⁸³ do processo, isto é, a sua capacidade instrumental de descobrir e determinar a verdade dos fatos sobre os quais se embasa a decisão. A partir de uma perspectiva metodológica, a dimensão

¹⁸⁰ WATANABE, Kazuo, *Cognição no Processo Civil*, cit., p. 71.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 71-73.

¹⁸² *Ibidem*, p. 73-75.

¹⁸³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 159-163.

epistêmica do processo coloca a questão sobre admitir o processo judicial como um *modelo epistemológico* racionalmente válido e tecnicamente viável para conhecimento dos fatos por intermédio das provas¹⁸⁴.

Os sujeitos do processo, de acordo com a análise realizada no início deste capítulo, estão todos orientados, em seus comportamentos, por regras processuais e éticas, para agir de acordo com a verdade no âmbito do processo. As decisões do juiz devem ser o resultado de um *juízo justificado racionalmente*¹⁸⁵, que busca nas provas *a verdade dos fatos*¹⁸⁶. A parte e o advogado têm o dever de expor os fatos *conforme a verdade*¹⁸⁷. E a *veracidade*¹⁸⁸ é um dos deveres do advogado na sua atuação profissional.

A verdade que pode ser encontrada no processo judicial, por sua vez, representa, objetivamente, uma aproximação àquela que pode ser considerada uma correspondência exata entre os enunciados e os fatos reais que esses descrevem. Como já frisado, esta verdade por correspondência, entre aquilo que as partes afirmaram sobre os fatos e os fatos reais, é relativa. Esta relatividade está em razão da maior ou menor aproximação da verdade real, conforme a qualidade das informações sobre as quais se baseia o conhecimento dos fatos, por intermédio das provas produzidas no processo.

Historicamente a doutrina tem comparado a função do juiz, nesta investigação no processo judicial por intermédio das provas sobre os fatos que interessam à causa, a diversas outras funções, com o proveito de situar e dimensionar a atividade cognoscitiva. Em ligeira síntese, serão examinadas essas funções, em comparação.

¹⁸⁴ A larga dimensão do processo abarca os escopos sociais (pacificação e educação) e políticos (estabilidade das instituições, exercício da cidadania e preservação da liberdade), que não são examinados em razão do foco centrado na análise do sistema da persuasão racional. Sobre os escopos do processo, conforme Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. I, p. 131-135).

¹⁸⁵ Art. 24 do Código de Ética da Magistratura. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 25 maio 2015.

¹⁸⁶ Art. 8º do Código de Ética da Magistratura. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 25 maio 2015.

¹⁸⁷ Art. 77, I, do CPC (2015).

¹⁸⁸ Art. 2º, parágrafo único, II, do Código de Ética do Advogado Disponível em: <<http://www.oab.org.br/visualizador/19/codico-de-etica-e-disciplina>>. Acesso em: 25 maio 2015.

1.5.1 O juiz, o cientista, o historiador e o médico clínico geral

A comparação entre o juiz e o cientista, e, por conseguinte, entre o processo judicial e a investigação científica, é realizada pela doutrina¹⁸⁹ com o intento de negar analogias relevantes entre as duas funções. E, em sua versão radical, esta comparação pretende negar que haja qualquer caráter científico na atividade do juiz, relativamente à função da prova no processo e à determinação dos fatos¹⁹⁰.

Taruffo¹⁹¹, entretanto, estabelece algumas comparações, com distinções e conexões importantes entre os dois ofícios, que podem ser sintetizadas nos seguintes pontos: a) as definições de cada uma das atividades, decorrentes dos respectivos campos de atuação (por um lado, juiz, processo e prova, e por outro, cientista, laboratório e experimento), não permitem a utilização de conceitos de uma para definir a outra, como, por exemplo, para verificar se há ou não cientificidade na atividade do juiz pelos critérios daquilo que é científico; b) a determinação dos fatos, no processo judicial, e a delimitação dos eventos, no âmbito das metodologias científicas, propiciam uma analogia entre a experiência jurídica e as teorias científicas: em ambas as áreas são empregadas estruturas lógicas de argumentos racionais para justificar as decisões tomadas nos respectivos campos; c) não é concebível uma redução do papel do juiz ao papel do cientista, pois não é possível uma relação entre a ciência e a determinação judicial dos fatos: a utilização das provas no âmbito judicial está diretamente vinculada à regulamentação, que varia de acordo com a sociedade, a cultura e o sistema¹⁹²; d) é admissível e crescente a utilização de noções e métodos científicos para a determinação dos fatos em juízo, bem assim o emprego de provas que exijam conhecimento técnico, por meio de laudos realizados por perito.

A mais conhecida e comentada das analogias é a do juiz com o historiador¹⁹³. A comparação está baseada no aspecto de que as atividades cognoscitivas de ambos têm em comum o seguinte problema: a reconstrução de um fato individual do passado, que não

¹⁸⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 330.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 331.

¹⁹¹ Ibidem, p. 331-336.

¹⁹² Cf. a comparação entre os sistemas da *civil law* e da *common law* sobre a regulamentação da prova, analisada no tópico 1.3.4 deste capítulo.

¹⁹³ Taruffo menciona autores italianos, com destaque para Calamandrei, bem assim autores franceses e ingleses (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 336); FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 49.

pode ser repetido nem ser diretamente conhecido, ademais com a pretensão de estabelecer a verdade deste fato.

Apesar das diferenças de métodos entre as investigações do historiador e do juiz, aquela livre e ilimitada, enquanto esta circunscrita aos enunciados trazidos pelas partes sobre os fatos e às provas carreadas aos autos, os defensores desta analogia sustentam que a atividade do juiz conserva o caráter de investigação histórica. Taruffo¹⁹⁴ alinha, em apertada síntese, as seguintes críticas sobre a validade da analogia e seu proveito para auxiliar a determinação judicial dos fatos: a) a finalidade da historiografia abarca não apenas a determinação do fato, mas também sua explicação, compreensão e regularidade no contexto de transformações econômicas e políticas; b) enquanto o juiz busca a determinação de fatos específicos e individuais, o historiador está voltado para fatos complexos relativos a sujeitos coletivos, como grupo ou classes sociais. Contudo, Taruffo¹⁹⁵ reconhece a existência de semelhanças entre as duas atividades. Esta semelhança está situada no aspecto em que ambas as atividades, em alguma medida e em algum momento, na determinação do fato, cada qual em sua área, enfrentam problemas epistemológicos de ordem geral, relativos aos critérios que devem ser utilizados para conhecer um fato indiretamente.

Por fim, Beltrán¹⁹⁶ articula uma analogia entre a atividade do juiz e a atividade do médico nas decisões em clínica diagnóstica sobre a enfermidade de um paciente. Em síntese, os elementos de comparação são os seguintes: a) a decisão clínica diagnóstica refere-se a um fato individual e único, ou seja, a doença do paciente; b) a doença como fato não é acessível diretamente pelo médico, mas percebido por outros fatos (sintomas, reações a estímulos, provas diagnósticas, declarações do paciente, histórico clínico, etc.), a partir dos quais será possível realizar inferências sobre a doença; c) as informações colhidas pelo médico normalmente não são completas e as provas diagnósticas (exames) normalmente não são concludentes; d) a atividade diagnóstica não é desenvolvida apenas por regras de racionalidade, mas segue regras éticas e protocolos médicos; e) a decisão diagnóstica está condicionada por limitações temporais e recursos materiais e humanos.

Fixados os parâmetros de comparação, a decisão sobre os fatos da causa e a decisão sobre o diagnóstico clínico estão baseadas na apreciação dos elementos disponíveis. No

¹⁹⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 337-341.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 340.

¹⁹⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 49-52.

contexto das afirmações e enunciados das partes e com base em uma valoração dos elementos de prova, o juiz estabelece a veracidade ou falsidade dos fatos. Ao valorar os fatos disponíveis, o médico confirma ou não sua hipótese diagnóstica sobre a doença do paciente. Assim como a atividade do médico clínico é atingir a verdade sobre a saúde do paciente, a atividade do juiz é determinar a verdade sobre a ocorrência dos fatos da causa. A verdade, em ambas as atividades, é relativa à qualidade dos elementos disponíveis à valoração. Após a decisão sobre o diagnóstico clínico, tem início o tratamento do paciente.

Esta brevíssima apresentação das comparações erigidas pela doutrina sobre a atividade cognoscitiva do juiz põe em relevo três aspectos importantes sobre o processo. O primeiro diz respeito às condições nas quais o juiz desenvolve suas atividades. Essas condições estão vinculadas à capacidade do juiz no desenvolvimento de suas atividades, bem como nas possibilidades reais de investigação sobre os fatos no processo. O segundo aspecto está relacionado às partes no processo e, especificamente, como as partes colaboram no desenvolvimento das atividades de conhecimento sobre a verdade. O terceiro aspecto, examinado ao longo deste capítulo, é relativo à especificidade da prova judicial. A capacidade instrumental do processo de descobrir e determinar a verdade dos fatos sobre os quais se embasa a decisão está condicionada, por um lado, pela regulamentação jurídica da prova e, por outro, pela qualidade das provas que podem ser trazidas ao processo.

CAPÍTULO II

NOTAS HISTÓRICAS SOBRE OS SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA E O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA (das origens até o advento do código de processo civil de 2015)

2.1 Considerações iniciais

Com a finalidade de atingir uma compreensão ampla sobre o princípio da livre convicção motivada e o respectivo sistema da persuasão racional, apresenta-se a seguir uma síntese histórica sobre os principais aspectos relativos aos sistemas de avaliação das provas. O aspecto central que norteia esta síntese é a racionalidade desenvolvida ao longo de sua história, na perspectiva da evolução dos raciocínios probatórios que culminaram no atual sistema de apreciação das provas no Brasil. O recorte tem por foco os fatos e as diversas formas de decidir sobre eles. Não se pretende realizar uma contínua e detalhada descrição histórica dos sistemas; ao contrário, a proposta é destacar pontos principais na história da evolução da prova decisivos para uma mudança paradigmática sobre o tema.

Gorphe, na introdução de sua clássica obra sobre a apreciação judicial das provas, resultado de estudos nas primeiras décadas do século passado, segue o sociólogo italiano Enrico Ferri para resumir, nos seguintes termos, a evolução do sistema probatório, a partir de uma perspectiva penal:

Primeiro, foi a fase *ética*, a das sociedades primitivas, na qual as provas permaneciam abandonadas ao empirismo das impressões pessoais e o flagrante foi a forma típica de procedimento. Depois veio a fase *religiosa*, que melhor se denominaria mística, na qual se invocava o juízo de Deus ou deuses, e onde se utilizavam os ordálios, provas diversas que, de acordo com Tarde, nosso grande magistrado sociólogo, eram "de algum modo os peritos divino-legais do passado". Em seguida, foi a fase *legal* em que a lei define não só a prova, mas até mesmo o grau de força de cada uma e se considera a confissão a rainha das provas, de modo que se esforçam para obtê-la a todo custo, se necessário por meio de tortura ou "quaestio". Em quarto lugar, é a fase *sentimental*, na qual, pelo contrário, o juiz aprecia as provas apenas a partir de sua convicção pessoal: é o sistema atual, instituído em função do júri. Por último, aparece a fase *científica*, a do futuro, em que a prova por excelência é fornecida pelo trabalho

pericial, e não só para estabelecer os atos criminosos, mas para explicá-los, metodicamente, mediante dados experimentais¹⁹⁷. (tradução nossa)

As questões sobre os fatos, em distinção das questões sobre o direito (essa dicotomia é enfrentada ao longo do trabalho), guardam o mesmo grau de importância destas, seja pela quantidade de sua ocorrência nos processos judiciais, seja pela necessidade de sua precisão. Marinoni e Arenhart declaram que o professor William Twining “lembra de certo político que, em determinado debate, advertiu que noventa por cento dos advogados gastam noventa por cento do seu tempo lidando com fatos, e que isso curiosamente não se reflete nos cursos de direito”¹⁹⁸.

Há convergência na doutrina¹⁹⁹ sobre a construção, ao longo da história, de três destacados critérios ou sistemas de apreciação das provas no processo para o desenvolvimento e formação do convencimento do juiz: a) livre convicção; b) positivo ou legal; c) persuasão racional.

Tornou-se comum a contraposição²⁰⁰ entre os sistemas da livre convicção e o da prova legal, o que é compreensível em razão de que eles representam os dois polos das várias possibilidades de critérios de apreciação das provas²⁰¹. É o que se abstrai dos

¹⁹⁷ “D’abord, c’a été la phase ethnique, celle des sociétés primitives, où les preuves restaient abandonnées à l’empirisme des impressions personnelles, et où le flagrant délit était la forme typique de procédure. Puis, est venue la phase religieuse, on dirait mieux mystique, où l’on invoquait le jugement de Dieu ou des dieux, et où recourait aux ordales, épreuves diverses qui, d’après Tarde, notre grand magistrat sociologue, étaient ‘en quelque sorte les expertises divino-légales du passé’. Ensuite, c’a été la phase légale, où la loi fixe, non seulement les moyens de preuve, mais même le degré de force de chacun, et où l’aveu est tenu pour la reine des preuves, si bien qu’on s’efforce de l’obtenir à tout prix, au besoin par la torture ou ‘question’. En quatrième lieu, c’est la phase sentimentale, dans laquelle, au contraire, le juge apprécie librement les preuves, uniquement d’après son intime conviction : système actuel, institué en fonction du jury. Enfin, apparaît la phase scientifique, celle de l’avenir, où la preuve par excellence est fournie par l’expertise et qui cherche, non seulement à établir les faits délictueux, mais encore à les expliquer méthodiquement au moyen de données expérimentales” (GORPHE, François. *L’appréciation des preuves en justice: essai d’une méthode technique*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 14-15).

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 23.

¹⁹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 327-338; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 101-106; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, vol. I, p. 345-350; BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985, p. 528-531; BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*, cit., p. 428-431.

²⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. II, p. 520; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 387; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 103.

²⁰¹ Detalhado estudo de Guedes destaca consideráveis aspectos históricos na evolução dos dois sistemas, tanto no processo civil quanto no processo penal, nos ordenamentos de *civil law*, para compreender a evolução para o sistema da livre persuasão racional. A autora supera a dicotomia simplista entre os sistemas da prova legal e do livre convencimento, mas reconhece que esta dicotomia permite reunir aspectos gerais de cada sistema e vislumbrar o funcionamento da formação da convicção (GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão*

estudos encetados por Chiovenda²⁰², no início do século passado, ao analisar as influências dos processos romano e germânico nos primeiros tempos da idade média, aquele como expressão do sistema da livre convicção e este como manifestação do sistema da prova legal.

Nesse período, o processo germânico atinge um formato cuja finalidade assim pode ser resumida: a) manter o equilíbrio na convivência social; b) solucionar mais do que decidir as contendas; c) a solução dessas contendas resulta não do convencimento do juiz mas do resultado advindo da aplicação de fórmulas solenes; d) o que está em jogo não é o fato, mas a afirmação da parte; e) o povo acredita que essa solução é a manifestação de um ato divino²⁰³.

O processo romano, por sua vez, no período em questão, tem as seguintes bases: a) a prova está destinada a formar a convicção do juiz; b) diversos meios de prova são admitidos e o seu objeto são os fatos em questão; c) a direção do processo, em geral, cabe ao juiz; d) o juiz expressa sua livre apreciação sobre essas provas na sentença definitiva; e) o juiz é o responsável pela decisão²⁰⁴.

As notas históricas a seguir apresentadas traçam um perfil desses dois sistemas para propiciar um amplo alcance sobre o sistema da persuasão racional da prova e possui como elementos de retrospectiva quatro ideias: fato, prova, avaliação e convicção (convencimento). As diferentes nomenclaturas para a designação dos sistemas e dos respectivos elementos são explicitadas ao longo deste mosaico histórico.

2.2 O sistema da livre convicção

O sistema da livre convicção, também conhecido como da íntima convicção²⁰⁵, prova livre²⁰⁶ e convencimento moral²⁰⁷, é definido a partir da ampla liberdade do juiz para buscar a verdade e para decidir. Essa liberdade não está limitada por qualquer tipo de prova

racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, p. 117, 170).

²⁰² CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, t. I, 1977.

²⁰³ *Ibidem*, p. 11.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 12.

²⁰⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 331.

²⁰⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 387.

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 103.

ou apreciação delas. Dinamarco equipara essa liberdade ao poder de o juiz decidir “segundo seus próprios impulsos ou impressões pessoais”, ou ainda sobre os fatos “a partir de sua própria ciência privada, quando tivesse conhecimento deles graças a circunstâncias estranhas aos autos”²⁰⁸. Outro aspecto determinante que caracteriza o sistema em análise é a desnecessidade de exteriorização de motivação ou de elementos sobre os quais o juiz forma sua convicção e dos fundamentos de sua decisão²⁰⁹.

O ponto central do sistema da livre convicção está no propósito da atividade do juiz, compreendido no contexto de seu surgimento histórico. É este o aspecto que define o elevado grau de liberdade acima descrito. Diz Chiovenda:

O juiz de Roma tem por ofício procurar livremente a verdade dos fatos, avaliando as provas: ele pronuncia a decisão que lhe sugere a sua consciência. Tanto é este seu ofício que, si não consegue formar plena convicção, pode eximir-se da obrigação de julgar jurando *sibi non liquere*²¹⁰.

Essa possibilidade de o juiz seguir as razões de sua consciência e a partir de seu conhecimento pessoal (*secundum eventum conscientiam*)²¹¹, tinha por foco a verdade dos fatos, permitindo-lhe, nesse sentido e com essa perspectiva, ampla liberdade na apreciação das provas²¹².

Walter, no mesmo sentido de Chiovenda, afirma:

*Mientras que en los comienzos del Estado romano parecía regir aún un derecho probatorio primitivo, la época clásica se nos presenta como un caso de justicia ejemplar: tanto en el proceso civil como en el proceso penal rige el principio de la libre apreciación de la prueba; un procedimiento público y oral, la inmediatez de la recepción de la prueba y la garantía de que se escuchará a ambas partes, afianzan al máximo el logro de la meta procesal, que es la averiguación, el descubrimiento de la verdad*²¹³.

²⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 103-104.

²⁰⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 331; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 103.

²¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *A oralidade e a prova*. São Paulo: Revista Forense, v. 78, 1939, p. 239.

²¹¹ GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, cit., p. 119.

²¹² É o seguinte o exemplo pinçado de Fraga, sobre Aulo Gélíus (*Aulus Gellius*, 125-180), jurista, escritor e gramático latino: “Aulo Gélíus refere que, encarregado de decidir da existência de um título creditório num pleito em que o autor, que era de reputação ilibada, não apresentava provas suficientes, e o réu era de péssimos costumes, contornara a dificuldade, jurando que não achava esclarecida a questão: *sibi non liquere*” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 318, 330).

²¹³ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la prueba*, cit., p. 25.

Passa-se a seguir aos apontamentos do sistema da prova legal, mas será retomado, na análise do sistema da persuasão racional, o tema do princípio da livre convicção, em razão de sua importância histórica e do impacto que a concepção deste sistema causou.

2.3 Sistema positivo ou legal

A nota marcante do sistema das provas positivas ou legais está no critério taxativo do valor e do tipo da prova que deva ser considerada ou aplicada, conforme a situação processual apresentada. O legislador, ou quem faz suas vezes, “estabelece juízos valorativos ao impor normas que graduam, exaltam, limitam ou excluem a eficácia das variadas fontes ou meios probatórios, mediante verdadeiras tabelas de valores a serem observadas pelos juízes em geral”²¹⁴. Há o que se denomina de hierarquização ou *tarifamento* das provas²¹⁵.

Historicamente, dois momentos bem representam o conhecimento, a influência e a importância do sistema em destaque: a) as invasões bárbaras, que tiveram início nos séculos IV-V; b) a vedação imposta pelo papa Inocêncio III, em 1215, no IV Concílio de Latrão, aos seus sacerdotes de participar dos ordálios judiciários por suplício. Analisa-se, um pouco mais de perto, cada um desses pontos. Estes momentos permitem divisar duas fases do sistema positivo, a seguir brevemente expostas.

2.3.1 Primeira fase: os ordálios

O ordálio é a expressão máxima do sistema positivo, relativamente ao primeiro período acima apontado.

As invasões e conquistas dos povos germânicos fez disseminar, entre seus usos e costumes, suas tradições jurídicas, cujo principal instrumento para solucionar contendas de

²¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 102.

²¹⁵ Amaral Santos utiliza esta expressão para indicar o que ocorre nesse sistema, citando, entre outros, Lessona e Gusmão (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. I, cit., p. 329).

todo o tipo²¹⁶ era o ordálio, que acabou por se consolidar em todo o continente²¹⁷. O sistema do ordálio impunha uma prova que deveria ser superada, pois “não dizia respeito a culpa ou inocência, mas sim a como a culpa ou a inocência seria demonstrada”²¹⁸. Havia uma crença, própria da cultura e do estágio evolutivo dos povos da época, considerando também as dificuldades de apuração dos fatos, de que a divindade estaria presente para intervir em favor da verdade durante a execução do ordálio²¹⁹. Esta crença ganha ênfase após a conversão dos invasores à religião católica, quando passou a ser necessário um sacerdote assistir ao ordálio e consagrar os instrumentos aplicados na prova²²⁰.

O julgamento por ordálio, conhecido por juízos divinos²²¹, compreendido como “*liturgie d’un miracle judiciaire*”, de acordo com Jacob²²², pode ser dividido em três classes: a) por suplicio, envolvendo elementos da natureza, normalmente o fogo e a água²²³; b) por purgação²²⁴, procedimento em que o acusado jurava sua inocência, apoiado pelo juramento de outras pessoas²²⁵; c) por duelo ou combate judiciário, em que se

²¹⁶ Afirma Taruffo que o sistema germânico dos ordálios difundiu-se por todo o continente, tornando-se o mais comum método de resolver controvérsias, tanto penais quanto civis, considerando que essa distinção não era totalmente clara, de forma célere, objetiva e definitiva (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 19, 22).

²¹⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 19; CHIOVENDA, Giuseppe. *A oralidade e a prova*, cit., p. 241.

²¹⁸ YOSHINO, Kenji. *Mil vezes mais justo*, cit., p. 100.

²¹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 327.

²²⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 20.

²²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *A oralidade e a prova*, cit., p. 241.

²²² Apud TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 21.

²²³ Inúmeros exemplos ilustram a literatura jurídica, vejamos alguns: a) um suplicio por meio do fogo impunha à acusada um trajeto que devia ser cumprido portando um ferro em brasa; as queimaduras, cobertas, após alguns dias, eram examinadas: a cicatrização apontava para a inocência, ao passo que as inflamações dessas queimaduras selavam a culpa (YOSHINO, Kenji. *Mil vezes mais justo*, cit., p. 101); b) uma prova pela água fervendo: o contendor retirava objetos do fundo de uma caldeira com água fervendo, examinando-se, após alguns dias, como no exemplo anterior, as condições do braço e da mão, ocorrendo a absolvição se essa parte do corpo “aparecesse ileso, ou quase ileso”; c) na prova do pão bento o acusado ingeria um pão abençoado, constatando-se a culpa se houvesse um movimento de ondulação (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 27, 28).

²²⁴ YOSHINO, Kenji. *Mil vezes mais justo*, cit., p. 101.

²²⁵ Sobre o juramento de purgação, pelo qual o acusado tinha a possibilidade de purificar-se do conteúdo da acusação, pondera Amaral Santos: “Não se pode dizer, com segurança, qual a natureza probatória da instituição dos conspurgadores, misto de prova testemunhal e de juramento. Não se tem como certo se os conspurgadores – então denominados *juratores, conjuratores, sacramentales*– que juravam com a parte, atestavam a verdade da afirmação por esta jurada, ou se apenas abonavam o seu comportamento, de modo que merecesse ser crida. ‘Não se infere claramente das leis – escreve Savioli – se o juramento dos conspurgadores era *de veritate* ou *de credulitate*, isto é, se juravam que o réu dizia a verdade ou que sabiam que os fatos eram quais afirmava serem – *sic esse*; ou que eles entendiam que se devia crer no juramento do réu porque este era pessoa que merecesse fé – *quidquid iste juravit verum juramentum juravit*’ ” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 33, grifos do autor).

“opunha o acusado ao acusador, partindo do pressuposto de que Deus fortaleceria os braços do justo”²²⁶, tendo-se tornado o mais apreciado e usado dos ordálios²²⁷.

2.3.2 Segunda fase: prova com valor previamente fixado

O segundo momento relevante do recorte histórico apresentado, que permite a concepção de um novo sistema positivo ou legal de avaliação, é marcado pela proibição do clero de participar dos ordálios por suplicio, proveniente do IV Concílio de Latrão, em 1215²²⁸. Importantes razões e consequências em torno desse fato e dessa época fazem-no simbolicamente significativo para o direito probatório e, em particular, para os sistemas de apreciação das provas e formação do convencimento do juiz.

Afirma Taruffo que uma das razões para tanto é que “parecia teologicamente incorreto desafiar Deus a intervir em questões mundanas para determinar a vitória do inocente e a derrota do culpado”²²⁹. No mesmo sentido, Yoshino assevera que, embora a principal vantagem dessas provas sobrenaturais fosse sua legitimidade divina, os ordálios “representavam uma postura paradoxal de humildade e arrogância perante a autoridade divina”, em face do caráter exigente da presença divina em todos os julgamentos²³⁰.

O segundo argumento largamente utilizado para reconhecer o declínio e o desaparecimento dos ordálios é o de que são meios de prova irracionais. Entretanto, merece acolhida a bem ponderada crítica de Taruffo, considerando o contexto da época:

Na acepção moderna do termo esses eram certamente irracionais, sendo fundados em um ato de fé relativo à intervenção divina. Tal avaliação, todavia,

²²⁶ YOSHINO, Kenji. *Mil vezes mais justo*, cit., p. 102.

²²⁷ Amaral Santos esclarece que com o descrédito dos juramentos fez ressurgir o combate judiciário, proveniente de antigos costumes germânicos, com o apoio e éditos de reis e príncipes, e resistência de preclaros membros da igreja, vindo a ser considerada a prova por excelência para a resolver questões de fato e questões de direito (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 34-38).

²²⁸ A proibição não estava voltada à utilização dos ordálios, mas, sem a possibilidade de consagração dos instrumentos para sua realização, restava inviabilizada sua efetivação (YOSHINO, Kenji. *Mil vezes mais justo*, cit., p. 103; TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 18).

²²⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 18.

²³⁰ YOSHINO, Kenji. *Mil vezes mais justo*, cit., p. 102-103.

corre o risco de ser eivada pela *Rückschluss*, ou seja, pelo erro habitual consistente em interpretar eventos passados de acordo com critérios modernos²³¹.

Uma consequência direta, que renderia progressivo e lento desenvolvimento de novas categorias para o sistema da prova legal, foi a de que o “declínio das provas sobrenaturais significou que os seres humanos tinham de assumir o ônus de descobrir os fatos”²³². Taruffo observa, entretanto, que, mesmo antes da mencionada proibição, os ordálios estavam sendo aplicados de modo residual na solução das controvérsias²³³. Em síntese reveladora, Chiovenda²³⁴ demonstra a transição entre ambos os sistemas positivos, o que estava em declínio, dos ordálios, para aquele então em ascensão, da prova com valor previamente fixado:

Deste ponto em diante (estamos no princípio do século décimo-segundo) os testemunhos deixam de ter uma importância **imediate** para a decisão, e o duelo entre as testemunhas vai desaparecendo porque afigura-se sempre mais inadequado ao esclarecimento da verdade do “simples fato”. Entre os testemunhos e a sentença torna a interpor-se a figura do juiz, com uma certa função de **avaliação**. Mas esta não é livre. Se de um lado os textos romanos ensinavam a necessidade de julgar dos depoimentos segundo a credibilidade das testemunhas, de outro lado a mentalidade prática, formada por estratificações germano-longobardas, não podia entender, nem aceitar a ideia de uma liberdade de juízo, feita de observação e de crítica pessoal, de autonomia individual absoluta. As regras rigorosas e formais que no processo germano-longobardo disciplinavam a **capacidade** das testemunhas, sua admissibilidade em juízo segundo sua condição, sexo, fama, fortuna, número, etc., permaneceram como regras legais e baseado nelas o juiz era obrigado a avaliar a atendibilidade dos

²³¹ E prossegue Taruffo: “Em realidade, os ordálios podem parecer *culturalmente* racionais, no sentido de que eram coerentes com a cultura dos contextos sociais circundantes. Naqueles tempos, a vida cotidiana das pessoas era dominada pelo sangue e pela violência e estava profundamente imersa em um mundo místico repleto de milagres, santos, demônios, bruxas e magos: em uma cultura desse gênero, dominada pelo *enchantment*, a convicção de que o divino pudesse desempenhar um papel importante na determinação da vida dos seres humanos podia parecer profundamente justificada. Mais especificamente, não havia qualquer extravagância em pensar que Deus devesse intervir na determinação do êxito de eventos importantes como as controvérsias judiciais” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 20, 21).

²³² YOSHINO, Kenji. *Mil vezes mais justo*, cit., p. 104.

²³³ Taruffo aponta estudos em documentos relativos a sentenças proferidas no século VIII para afirmar: “É necessário, todavia, recordar que no curso do procedimento, e antes que fosse pronunciada a *Beweisurteil*, geralmente outros meios de prova eram apresentados à corte: eram inquiridas as testemunhas e apresentados os documentos, e as partes ou seus *conjuradores* podiam prestar juramento sobre fatos que estivessem à base da controvérsia. Somente quando esses meios de prova não produziam um resultado claro com relação a esses fatos é que a corte emanava a *Beweisurteil*, para pôr fim ao procedimento através do instrumento do ordálio – que portanto, tinha um papel residual. Quando, ao invés disso, as outras provas permitiam a apuração da verdade dos fatos, a corte formulava uma decisão com base naquilo que as provas haviam demonstrado. Nesses casos, o ordálio não era necessário, ou era substituído por um juramento formal prestado por uma das partes” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 22).

²³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *A oralidade e a prova*, cit., p. 242.

testemunhos. A avaliação das provas foi vinculada assim a normas preestabelecidas²³⁵. (grifos do autor)

Importantes desenvolvimentos estão ocorrendo no período próximo que antecede a proibição do clero de consagrar os instrumentos para a celebração do ordálio, os quais permitem contextualizar as transformações que estão sendo efetivadas. Essas transformações estão, no aspecto que interessa ao recorte histórico apresentado, na razão direta da passagem da descoberta divina para a descoberta humana dos fatos. Taruffo faz alusão ao “renascimento cultural do século XII”²³⁶ e ao “renascimento jurídico”²³⁷, para afirmar que “documentos disponíveis confirmam que no século XII uma nova cultura jurídica consolidara-se, sobretudo no que tange ao controle dos juízes sobre as provas”²³⁸.

As transformações destacadas no parágrafo anterior vão permitir chegar ao século XIII com um sistema de provas legais bem definido, com as seguintes características: a) um sistema rígido, formalista, categorizado e complexo²³⁹; b) disciplinamento detalhado do procedimento probatório, desde uma rigorosa estipulação dos meios de prova que seriam admitidas, obrigando o juiz a conferir a cada prova o valor adrede estipulado, ao ponto de proibi-lo considerar provados fatos por outras provas senão aquelas fixadas para tanto²⁴⁰.

Para as análises que são desenvolvidas ao longo dessa dissertação, destaca-se, neste ponto, a questão da racionalidade que engendrou todo o sistema positivo. Em observação

²³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *A oralidade e a prova*, cit., p. 242.

²³⁶ O autor afirma que houve elevado avanço cultural, considerando os progressos nas áreas da ciência, teologia, filosofia, lógica, em suas palavras: “O desenvolvimento do ensino escolar, verificado nas escolas eclesiásticas (mas também nas universidades que floresceram em toda a Europa nesse período), é especialmente importante para o presente estudo, pois teve uma forte e direta influência na formação profissional e na cultura geral dos juristas. O estudo do direito fazia parte do *trivium*, junto com a retórica e a lógica, tornando-se muito difundido, pois podia abrir caminho para o ingresso em carreiras públicas e na prática profissional privada” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 30).

²³⁷ Ensina Taruffo: “a partir da metade do século XII, ocorre o ‘renascimento jurídico’, que se deveu principalmente à redescoberta do *Corpus Justiniano* e ao estudo dos textos romanos, que floresceu principalmente em Bolonha. Antes da aludida redescoberta, o direito romano não fora esquecido; encontram-se em documentos dos séculos precedentes referências a esse, e vários aspectos seus eram bem conhecidos já aos juristas longobardos. De qualquer modo, Bolonha foi o primeiro e mais importante centro em que o *Corpus Juris* começou a ser analisado e estudado de maneira sistemática, pioneiramente por Imerio, entre o fim do século XI e o início do século XII. Nos anos sucessivos, e sobretudo na segunda metade do século XII, isso se torna o fundamento da formação do jurista” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 32).

²³⁸ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 33.

²³⁹ Esclarece Taruffo: “*La línea fundamental de ese desarrollo parece ser el de la progresiva complicación analítica: de una clasificación más bien elemental de los medios de prueba se pasa progresivamente, por obra sobre todo de los tratadistas del siglo XVI y del XVII, a catálogos extensísimos, en los que se intenta prever cualquier caso posible y fijar su valor de prueba respectivo*” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 388, 389 e nota 180).

²⁴⁰ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 381.

arguta de Taruffo, o aspecto mais relevante para a compreensão do sistema da prova legal não são as normas que predeterminam o valor da prova, mas a forma de articular e sistematizar critérios racionais, a partir de uma metodológica derivada da mentalidade da época desse sistema²⁴¹. Duas formas distintas de racionalidade estiveram subjacentes ao sistema de prova legal²⁴²: a) a escolástica²⁴³, na primeira fase, que vai do século XIII ao XV; b) a humanista²⁴⁴, nos séculos XVI e XVII. A racionalidade operante tem seu eixo deslocado do juiz para o sistema das provas legais. Conforme Greco, “a prova judiciária se afastou das suas origens lógico-racionais, pretendendo criar uma lógica própria, imposta ao juiz pelo legislador ou pelo soberano”²⁴⁵.

As notas históricas apontadas até aqui dizem respeito aos acontecimentos ocorridos no continente europeu, provedores do desenvolvimento para a consolidação do sistema da *civil law*.

2.3.3 Processo por júri no sistema da *common law*

Na Inglaterra, que forjou e concebeu o sistema da *common law*, o declínio e o desaparecimento dos ordálios ocorrem no mesmo período e por razões semelhantes. As consequências, entretanto, são diversas das verificadas no Continente, para o sistema probatório²⁴⁶.

²⁴¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 389.

²⁴² *Ibidem*, p. 389, 390.

²⁴³ Define Abbagnano: “O problema fundamental da Escolástica é levar o homem a compreender a verdade revelada. A Escolástica é o exercício da atividade racional (ou, na prática, o uso de alguma filosofia determinada, neoplatônica ou aristotélica) com vistas ao acesso à verdade religiosa, à sua demonstração ou ao seu esclarecimento nos limites em que isso é possível, apresentando um arsenal defensivo contra a incredulidade e as heresias” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, cit., p. 344).

²⁴⁴ Ferrater Mora assim explica: “[...] o termo ‘humanismo’ pode ser aplicado (retrospectivamente) ao movimento que surgiu na Itália no final do século XIV e prontamente se estendeu para outros países durante os séculos XV e XVI. Característico dos humanistas é, segundo Kristeller (*Studies in Renaissance Thought and Letters*, 1956, p. 24), o fato de terem herdado muitas tradições dos mestres medievais de gramática e de retórica, os chamados *dictadores*’, e de terem acrescentado a essas tradições a insistência no estudo dos grandes autores latinos (insistência que, além disso, já se encontra nas escolas das catedrais francesas no século XII) e da língua e da literatura gregas” (MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. II, p. 1395).

²⁴⁵ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 381.

²⁴⁶ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 40.

A proibição da participação do clero nos ordálios, ordenada no IV Concílio de Latrão em 1215, foi ratificada por Henrique II em 1219²⁴⁷.

O processo por júri passa a predominar no sistema probatório, no âmbito civil e penal, embora o duelo judicial perdurasse por maior período em questões penais. Instituições semelhantes ao júri provavelmente estão na base do direito inglês antigo, afirma Taruffo²⁴⁸.

As seguintes razões são apontadas para a consolidação do júri como *trier of fact*: a) “a inquirição fundava-se na obtenção de respostas dadas por um grupo de sujeitos pertencentes à comunidade particular em que se tinham verificado os fatos (os assim chamados *homines de vicineto*)”²⁴⁹; b) “supunha-se, na verdade, que esses soubessem o que acontecera e, portanto, estivessem em condições de confirmá-lo diante do juiz, já que a comunidade estava a par dos eventos principais que caracterizavam sua vida econômica e jurídica”²⁵⁰; c) os juízes itinerantes (*justices in eyre*), criados por Henrique II, em constantes viagens, não detinham outra possibilidade de apurar os fatos; assim, a comunidade local, por intermédio de seus membros, na função de jurados, proporcionava ao juiz o conhecimento dos fatos, e sua decisão “representava a comunidade”²⁵¹; d) vários disciplinamentos legais detalham o funcionamento do sistema do júri²⁵².

Nesse pequeno recorte histórico, considerando que o júri foi aos poucos suplantando o sistema de decisão das disputas por meio dos ordálios, a questão que se impõe é se o veredicto do júri poderia ser considerado um instrumento racional para decidir sobre os fatos. Taruffo mostra alguns aspectos que sugerem que o *jury trial* que então se consolidava tinha aspectos que o equiparavam aos ordálios: a) o elemento de confiabilidade dos jurados estava na exigência de seus membros jurarem solenemente que contariam aquilo que conheciam dos fatos, equiparando-os, pois, aos *conjuradores*, constituindo uma forma de intervenção divina²⁵³; b) os jurados podiam conhecer os fatos

²⁴⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 39.

²⁴⁸ Ibidem, p. 36.

²⁴⁹ Ibidem, p. 36.

²⁵⁰ Ibidem, p. 36.

²⁵¹ Ibidem, cit., p. 36, 37.

²⁵² Destaca Taruffo os seguintes regulamentos: *Constitution of Clarendon* (1164); *Grand Assize of Clarendon* (1166); *Assize of Nothampton* (1176); *Assize of the Forest* (1184) (Ibidem, p. 37).

²⁵³ Ibidem, p. 38.

diretamente ou de maneira indireta, e esse conhecimento não era examinado nem colocado em dúvida²⁵⁴.

Antes de passar para as conclusões desse tópico sobre o sistema positivo ou legal, uma rápida menção ao denominado processo romano-canônico, considerando sua consolidação no período histórico em foco e a importância que lhe é atribuída para a compreensão do sistema das provas legais.

2.3.4 Processo romano-canônico

Afirma Taruffo que o “*ordo iudiciorum* é verdadeiramente um direito processual comum”²⁵⁵.

No que tange ao sistema probatório, e mais especificamente ao sistema de avaliação das provas, o processo romano-canônico consagrou o sistema positivo. As *ordines*²⁵⁶ sobre as provas estabelecem diversos meios de provas, detalham o número, a qualidade e credibilidade das testemunhas e a forma de inquirição; em relação aos documentos, regula sua forma e aferição de sua falsidade²⁵⁷.

Walter pondera que, embora houvesse a regra de que o juiz poderia decidir de acordo com sua convicção sobre a comprovação dos fatos, autêntica reminiscência do princípio da livre convicção do processo romano, não é possível reconhecê-lo em pleno

²⁵⁴ Alinha Taruffo que “o veredicto era imperscrutável, sendo baseado na consciência dos jurados, que se supunham estarem inspirados pela divindade: havia, pois uma reminiscência dos ordálios. Por conseguinte, a Inglaterra substituiu a ‘*inscrutable vox dei expressed in trial by ordeal with the inscrutable vox Populi expressed in jury verdicts*’. Nenhuma surpresa há, conseqüentemente, no fato de que os historiadores tendam a considerar o *jury trial* como um equivalente do processo por ordálio. Como acertadamente escreveu Franco Cordeiro, os vereditos dos júris conservam a marca irracional das provas ordálicas, e ‘*o júri é o órgão de uma cognição mística radicada nas vísceras comunitárias*’” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 39).

²⁵⁵ Afirma Taruffo que esse processo, aplicado em jurisdições de direito civil e de direito canônico, considerando seu caráter de adaptabilidade a variadas situações particulares, foi “uma espécie de modelo universal do processo civil que era seguido, mesmo que com variações devidas às influências locais, em todas as partes da Europa e, em particular, na Inglaterra, na Alemanha, na França, na Espanha e na Itália” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 44, 45).

²⁵⁶ A ampla literatura do processo romano-canônico compreende dezenas de obras conhecidas, em sua maioria, como *ordines iudicarii* (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 44).

²⁵⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 46.

vigor, em razão de regras que categorizavam previamente as provas²⁵⁸. Taruffo explicita a polêmica doutrinária sobre se o juiz poderia, no processo romano-canônico, decidir com base em seu conhecimento pessoal (*secundum conscentiam*), fazendo a distinção e afirmando essa possibilidade sobre as questões de direito²⁵⁹.

Na produção das provas do processo romano-canônico, orientada para estabelecer a verdade dos fatos²⁶⁰, a formação do pleno convencimento do juiz ocorre pelo preenchimento das condições e pressupostos valorativos fixados para cada prova²⁶¹. Dentro da característica do sistema positivo de avaliação da prova, a precisão lógica da atividade racional do juiz é moldada segundo a medida de cada prova.

2.3.5 Consequências do fim dos ordálios nos sistemas da *civil law* e *common law*

Para finalizar o tópico relativo ao sistema da prova legal, apontam-se a seguir as principais consequências da concepção desse sistema, surgidas a partir do fim dos ordálios, de acordo com Taruffo²⁶², para a história do direito probatório continental: a) o objetivo da produção das provas é a descoberta da verdade sobre os fatos da causa; b) as provas são consideradas meios racionais para atingir essa finalidade; c) a crença no poder místico da prova é superada e triunfa uma concepção racionalista da relação entre provas e fatos.

Na Inglaterra, conforme acima delineado, o fim dos ordálios propiciou um sistema fundado no júri, pelo qual:

²⁵⁸ Continua Walter: “*El derecho canónico limitaba la libertad del juez estableciendo determinadas reglas fijas que, salvo contadas excepciones, lo obligaban. Creó la división de la prueba en plena y semiplena, determinó el número de testigos necesarios para hacer la plena y dio al juez instrucciones fijas acerca de cómo sopesar producciones de prueba diversas y opuestas la una a la otra*” (WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la prueba*, cit., p. 41).

²⁵⁹ Prossegue Taruffo, sobre a opinião de Azzone, que prevaleceu: “Essa opinião era que o juiz poderia decidir *secundum conscentiam* (ou seja, com base em seu conhecimento pessoal) somente sobre questões de direito: ele podia, por conseguinte, *supplere de iure*, ou seja, colmar as argumentações jurídicas das partes. Não tinha, ao contrário, o poder de *supplere de facto*, ou seja, de usar seu conhecimento pessoal sobre os fatos (aquilo que chamaríamos hoje de ‘*ciência privada*’) como fundamento de sua decisão (*quia omnia nota sunt ei ut privato... supplere non potest*). Em outros termos, o juiz devia decidir somente sobre fatos alegados pelas partes em suas manifestações; a esses nada podia acrescentar (*iudex secundum alligata iudicare debet*). Além disso, a sua decisão sobre os fatos alegados devia fundar-se exclusivamente nas provas produzidas ao longo do *ordo probationum*, isto é, somente sobre aquilo que depreendera na função de juiz (*quod notum est ei ut iudici*)” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 47).

²⁶⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 48.

²⁶¹ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la prueba*, cit., p. 44.

²⁶² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 43.

[...] coloca-se a confiança *a priori* na correção e na justiça do veredito imperscrutável, formulado por um grupo de pessoas que falam com a *vox Populi*. Nessa perspectiva, a verdade é aquilo que o júri diz, mas essa concepção é circular, fundada na ideia de que descobrir a “*verdade real*” não seja algo particularmente interessante: a audiência não é um “*laboratório da verdade*” ou uma reconstrução histórica dos fatos²⁶³. (grifos do autor)

Taruffo²⁶⁴ destaca que essa diferença entre os sistemas, o continental fundado em uma concepção racional das provas e o inglês fundado no júri, consolida-se historicamente e representa um traço marcante dos sistemas probatórios de *civil law* e de *common law*.

2.4 O princípio da livre convicção motivada e o sistema da persuasão racional

O sistema da persuasão racional²⁶⁵ tem recebido diversas denominações: convicção condicionada ou convicção racional²⁶⁶, princípio da apreciação livre da prova²⁶⁷, princípio da livre apreciação da prova²⁶⁸, princípio do livre convencimento motivado²⁶⁹, princípio da persuasão racional da prova²⁷⁰, sistema intermédio²⁷¹, ou simplesmente regra do livre convencimento²⁷². A perspectiva histórica do presente capítulo permite traçar alguns momentos relevantes para a construção desse sistema.

O surgimento desse novo sistema de avaliação das provas pode, resumidamente, ser apontado a partir de dois fatores, com base em Taruffo²⁷³: a) novos métodos de raciocínio são desenvolvidos pela cultura filosófica do Iluminismo²⁷⁴, superando os antigos conceitos

²⁶³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 43.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 43.

²⁶⁵ Amaral Santos destaca a utilização desta denominação pelos doutrinadores Maximo Castro, Furno e Costa Carvalho (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 332).

²⁶⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 327.

²⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (1939). 2. ed. São Paulo: Revista Forense, 1958, t. II, p. 230.

²⁶⁸ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la prueba*, cit., p. 3.

²⁶⁹ BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*, cit., p. 428; FRIEDE, Reis; DYRLUND, Poul Erik. *Vícios da Capacidade Subjetiva do Julgador*, cit., p. 12.

²⁷⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 274.

²⁷¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, cit., p. 528, 529.

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 103.

²⁷³ TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 132.

²⁷⁴ “[...] o Iluminismo se caracterizou por seu otimismo quanto ao poder da razão e à possibilidade de reorganizar a fundo a sociedade com base em princípios racionais. Proveniente diretamente do racionalismo do século XVII e do auge alcançado pela ciência da Natureza, a época do Iluminismo vê no conhecimento da Natureza e em seu domínio efetivo a tarefa fundamental do homem” (MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*, cit., t. II, p. 1444-1445).

de racionalidade que sustentaram o sistema das provas legais; b) a função do juiz, profissionalmente treinado, funcionário do Estado, neutro e responsável, criado a partir da Revolução Francesa e das reformas de Napoleão²⁷⁵. A confluência dos diversos elementos desses dois fatores resultou no princípio da livre apreciação, “um novo princípio geral relativo à valoração das provas”²⁷⁶, segundo Taruffo, que assim o define:

O julgador não está mais vinculado a regras abstratas: deve determinar o valor probatório de cada meio de prova específico mediante uma apreciação livre e discricionária. Tal apreciação deve ser realizada caso a caso, de acordo com *standards* flexíveis e critérios racionais. A ideia básica é a de que esse tipo de julgamento conduza o julgador a descobrir a verdade empírica dos fatos em litígio, com base unicamente no apoio cognitivo e racional oferecido pelos elementos de provas disponíveis²⁷⁷.

Dinamarco afirma que a regra do livre convencimento “provavelmente representa o mais importante entre todos os pilares do direito probatório”²⁷⁸. E, em síntese histórica sobre o surgimento da regra, assim esclarece:

Ela tem por premissas a necessidade de julgar segundo as imposições da justiça de 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 ingênua quimera e um absurdo enorme²⁷⁹.

Walter justifica a necessidade de uma retrospectiva histórica em sua obra “*porque el concepto de libre convicción no se entendería sin conocer los antecedentes de los cuales*

²⁷⁵ Cf. anunciado na introdução da dissertação, a perspectiva adotada para a descrição e análise do sistema de apreciação das provas é a do Processo Civil para, em seguida, ingressar no Processo do Trabalho (tópico 2.6). Registre-se, entretanto, que com a derrocada do sistema das provas legais, o princípio da livre convicção é retomado, primeiramente, no âmbito do Processo Penal, conforme ampla e detalhada análise de Clarissa Diniz Guedes, com base na visão crítica de Massimo Nobili (GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal* (Tese de Doutorado), cit., p. 133-146).

²⁷⁶ TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 132.

²⁷⁷ E prossegue Taruffo: “O princípio da livre apreciação das provas rapidamente converteu-se, dessa forma, na regra fundamental que governa a decisão sobre os fatos. Atualmente, encontra-se praticamente em todos os códigos processuais dos países de *civil law*. No § 286 do Código Processual Civil Alemão, bem como no § 272 do Código Processual Civil Austríaco, estipula-se uma *freie Beweiswürdigung*. Na Itália, o *prudente apprezzamento* do juiz está disposto no art. 116 do Código de Processo Civil, existindo regras similares também em outros sistemas da *civil law*” (TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 133).

²⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 101.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 101.

la convicción tuvo que liberarse: las cadenas de las pruebas legales”²⁸⁰. Dentre as conclusões apresentadas pelo autor, destaca-se:

*Todos os intentos de limitar o de conducir al juez en la investigación mediante cualesquiera reglas de prueba, estaban condenados al fracaso. Solo insertando la libre apreciación de la prueba en un tejido de principios procesales de garantía y de control se puede obtener tanto una salvaguardia para un posible reconocimiento de la verdad, como también una garantía contra el abuso de esa libertad por parte del juez*²⁸¹.

O princípio da livre convicção motivada surge, portanto, como consequência do abandono das regras que definiam o valor de cada fonte ou meio de prova, constituindo a base desse novo sistema de apreciação, caracterizado pela liberdade do juiz na avaliação da prova. Afirma Walter que a “*libre convicción es solo el meollo de la libre apreciación*”²⁸². Apreciação e convencimento podem ser considerados duas atividades e, como tais, são distintamente examinadas no capítulo III, que detalha os componentes, etapas e dinâmica do atual sistema de avaliação das provas. Não obstante, a locução *sistema da persuasão racional*, consagrado historicamente, bem sintetiza o âmago deste sistema de apreciação ou o próprio princípio da livre convicção motivada: o juiz extrai da prova, e de tudo o que as partes sobre ela argumentam, os motivos que embasam a formação do seu convencimento.

Relativamente à nomenclatura do princípio em tela, adota-se *princípio da livre convicção motivada*, que se mostra o mais consentâneo com o sentido e abrangência do *sistema da persuasão racional*. Conquanto *convicção* e *convencimento* constituam substantivos, aquele tem o significado mais próximo do resultado final da atividade de convencer²⁸³, ao passo que este expressa mais a atividade de convencer²⁸⁴. E o princípio, enquanto base e orientação do sistema, aponta e mostra como a atividade de convencer deve estar, ou seja, concluída. Além, portanto, da denominação *convicção* melhor servir para direcionar todo o sistema, a adjetivação *motivada* demonstra o seu condicionamento

²⁸⁰ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la prueba*, cit., p. 5.

²⁸¹ Ibidem, p. 94-95.

²⁸² Ibidem, p. 99.

²⁸³ Convicção (substantivo feminino): “1 crença ou opinião firme a respeito de algo, com base em provas ou razões íntimas, ou como resultado da influência ou persuasão de outrem; convencimento” (Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, *online*. Disponível em: < <http://houaiss.uol.com.br/> >. Acesso em: 01 fev. 2016).

²⁸⁴ Convencimento (substantivo masculino): “1 ato ou efeito de convencer(-se)” (Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, *online*. Disponível em: < <http://houaiss.uol.com.br/> >. Acesso em: 01 fev. 2016).

aos elementos probatórios proporcionados no processo e, como será examinado oportunamente, aos raciocínios probatórios.

Não obstante a doutrina utilize de forma sinônima princípio da livre convicção motivada e sistema da persuasão racional, é possível reconhecer, não apenas em termos históricos e didáticos, mas de acordo com o desenvolvimento desta dissertação e baseada na nova disciplina do código de processo civil (2015), cujas análises seguem neste capítulo II e no capítulo III, que no centro está o princípio da livre convicção motivada e, à sua volta, o sistema da persuasão racional, estruturado em diversos artigos, conforme oportuna análise. O princípio garante que não mais haja valorações prévias das provas, mas apenas em hipóteses de exceção. E o sistema, por sua vez, organiza o desenvolvimento da apreciação das provas e a formação do convencimento.

Dois fundamentos estão na base do sistema da persuasão racional. O primeiro é o de que a discricionariedade na apreciação da prova, que deixou de ser atendida por valorações prévias, seja agora exercida por regras de racionalidade²⁸⁵. O segundo é o de que há um vetor na liberdade da avaliação das provas, de conteúdo racional: apuração da verdade²⁸⁶.

Diversas regras do sistema da prova legal subsistiram ao surgimento e consolidação do princípio da livre apreciação, que passou a ser a regra fundamental de decisão sobre os fatos no âmbito do processo civil, nos ordenamentos de *civil law*²⁸⁷. Nesse mesmo sentido Pontes de Miranda²⁸⁸ e Amaral Santos²⁸⁹.

2.4.1 O sistema da persuasão racional no Brasil (1939, 1973 e 2015)

No Brasil, o sistema da persuasão racional é inaugurado pelo legislador do código de processo civil de 1939, por intermédio do seu artigo 118²⁹⁰, no capítulo do Juiz. Esse

²⁸⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 189.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 189.

²⁸⁷ Taruffo esclarece que entre as mais difundidas estão aquelas sobre a eficácia vinculante dos documentos públicos de negócios entre particulares (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*, cit., p. 190).

²⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil (1939)*, cit., t. II, p. 230.

²⁸⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., t. I, p. 361.

²⁹⁰ Dispõe o art. 118 do CPC (1939): “Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova

código também contemplou o procedimento oral, que guarda estreita relação com esse sistema, conforme demonstra Chiovenda:

As vantagens da simplificação e abreviação das lides que se conseguem com o processo oral, foram decantadas pelos partidários da oralidade e reconhecidas pelos seus opositores. Estas inegáveis virtudes têm, porém, um valor que direi **exterior**. Convém por em maior relevo o valor **íntimo** da oralidade, considerada naquele de seus poliédricos aspectos, a que se entendeu denominar **immediatezza**. A oralidade, entendida como **immediatezza** de contacto entre o juiz que vai pronunciar a sentença e os elementos de que deve haurir a sua convicção (pessoas, lugares, objetos), é condição indispensável para a atuação do princípio da “da livre convicção do juiz” em oposição ao sistema da prova legal²⁹¹. (grifos do autor)

Pontes de Miranda, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, ensina que o princípio adotado é o da apreciação livre da prova²⁹², mas destaca que o legislador passou a denominá-lo do livre convencimento²⁹³.

No que tange ao conteúdo do sistema da persuasão racional, Pontes de Miranda assim o define, a partir de seu princípio:

O princípio da apreciação livre da prova, segundo o qual os meios e motivos de prova (salvo regra legal especial, de direito material ou formal) são todos, e não só alguns; pois não é exaustiva a lista das leis processuais, que apenas se referem às provas principais ou mais usadas, e não existe teoria legal da prova²⁹⁴.

Amaral Santos²⁹⁵ define quatro elementos que estruturam o sistema da persuasão racional, tomando por base a evolução histórica de seu surgimento e o artigo 118 do CPC de 1939, então vigente, afirmando que a convicção fica condicionada: a) aos fatos que envolvem a relação jurídica controvertida²⁹⁶; b) às provas sobre esses fatos, colhidas no processo²⁹⁷; c) às regras legais e máximas de experiências²⁹⁸; d) à motivação²⁹⁹.

por outro meio. Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

²⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *A oralidade e a prova*, cit., p. 238.

²⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil (1939)*, cit., t. II, p. 230.

²⁹³ *Ibidem*, p. 231.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 230.

²⁹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 333-338.

²⁹⁶ Exemplifica Santos: “Se é dos fatos que se faz a prova, é neles que vai encontrar o juiz os primeiros motivos formadores da sua consciência. O autor, que pede pagamento, ou o réu, que alega pagamento, dão

Conquanto o sistema da persuasão racional e seu princípio da livre convicção motivada tenham sido consagrados no código de processo civil de 1939, Amaral Santos, com base em destacados autores (Paula Batista, João Monteiro, Gusmão (Aureliano), Costa Carvalho, Carvalho Santos), ao examinar o sistema de avaliação das provas anterior a este código, registra “ser da tradição brasileira o critério da persuasão racional, ou critério misto, o que dirigia a avaliação da prova”³⁰⁰. Com base nas legislações anteriores³⁰¹, a avaliação orientou-se pelo sistema das provas legais. Nada obstante, Amaral Santos afirma que, em face da possibilidade de o juiz examinar e ponderar as provas para definir o seu real valor e, assim, formar sua convicção, “não raro, era violado e mesmo ferido de morte o chamado sistema legal das provas”³⁰². Por fim, é com base na jurisprudência que se

razões de defesa, que podem ser aceitáveis e admissíveis, umas mais fortes e outras menos fortes, mesmo pouco aceitáveis ou inacreditáveis, e até imorais ou impossíveis. Nessas razões, ou seja, nos fatos alegados pelos litigantes, tem o juiz soma grande de motivos que influem na sua convicção” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 333).

²⁹⁷Explica Amaral Santos: “Condicionar a convicção às provas colhidas, significa que ao juiz não é lícito formá-la a não ser com os elementos probatórios proporcionados no processo; significa que o sistema pressupõe a existência de provas legais, no sentido de provas admitidas pela lei e produzidas, na causa, segundo a forma também pela lei prescrita. A liberdade que se concede ao juiz reside na faculdade que tem de estimar a prova através da convicção que qualquer delas produz em seu espírito, preponderando sobre as demais, ‘por lhe merecer mais crédito e apresentar, a seu ver, maiores indícios de verossimilhança, e, portanto, de superioridade sobre as outras.’ Assim, tanto poderá persuadir-se na prova feita por uma só testemunha, contrariando o brocardo ‘*testis unus, testis nullus*’, relegando as demais testemunhas, como poderá negar eficácia a todas elas, por se convencer da inverossimilhança das suas assertivas” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 334).

²⁹⁸Expõe Amaral Santos: “Estar condicionado às regras legais e às máximas de experiência, importa em dizer que o juiz não pode considerar-se convicto porque entende que a verdade é esta e não aquela, conquanto o direito e as máximas de experiência digam que ele está errado. As regras legais devem influir, e, às vezes, não podem ser prescindidas na formação da convicção”. E continua: “Outrossim, entre as regras legais, que influenciam a convicção, estão, sem dúvida alguma, as relativas ao objeto da prova, ao ônus da prova, as quais fornecem ao juiz critérios de avaliação, como por exemplo aquela regra que diz que os fatos não contestados são admitidos como verdadeiros”. E, sobre as regras de experiência: “Como tais denominam-se ‘juízos gerais de fatos, isto é, juízos formados pela observação daquilo que comumente acontece’, como diz Chiovenda; ‘juízos empíricos da vida, do comércio, da indústria, da arte, que servem como proposição maior na apreciação dos fatos, seja para comprová-los, seja para comprovar sua submissão à norma jurídica’, como ensina Goldschmidt” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 336-337).

²⁹⁹Ensina Amaral Santos: “Exatamente porque a convicção do juiz está condicionada, é-lhe imposta a obrigação de motivá-la, isto é, é-lhe imposta a obrigação de dar as razões em que seu espírito assentou o convencimento. Cumpre-lhe mostrar, com clareza, nos julgamentos que houver de proferir, os motivos e fundamentos de sua convicção. Na motivação está a única garantia possível da justiça e das partes de que o juiz decidiu segundo *allegata et probata*, eis que com ela se assegura a legitimidade das fontes de convencimento. Com essa condição se evita possa o juiz fundar-se na sua ciência privada na formação do convencimento e se dá, quando for o julgamento renovado na instância superior, por via de recurso, meio ao juiz *ad quem* para indagar e se compenetrar da sinceridade, ou insinceridade, da apreciação do juiz de cujo julgamento se recorre. É pela motivação que se apura qual o trabalho intelectual desenvolvido pelo juiz na apreciação da prova” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 337-336).

³⁰⁰SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 352.

³⁰¹Amaral Santos examina o Decreto 737 de 1.850 (artigos 231 e seguintes), bem como as Ordenações (livro 3^o, título 66) (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 351-353).

³⁰²SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 353.

sustenta esta tradição brasileira pelo critério da persuasão racional. Esclarece Amaral Santos:

A prova manifesta de que o direito processual anterior ao Código vigente se adaptava perfeitamente ao sistema da persuasão racional está na farta jurisprudência, dos mais variados tribunais, pela qual se verifica a extensão considerável da faculdade concedida ao juiz de formar convicção e dizer a verdade nesta fundada, sem peias que não fossem aquelas decorrentes dos princípios legais relativos à admissibilidade e produção de provas³⁰³.

O código de processo civil de 1973 manteve o sistema da persuasão racional, no capítulo do Juiz, agora em seu artigo 131³⁰⁴.

Dinamarco³⁰⁵ traça os seguintes conteúdos do sistema em destaque: a) a valoração das provas contidas no processo é realizada com preponderância do juiz; b) há poucos e específicos parâmetros valorativos fixados por lei; c) na análise dos elementos probatórios, menos importa ao juiz as fontes e meios de prova enquanto categorias abstratas; d) o fundamental na apreciação dos elementos probatórios é a influência que cada prova efetivamente provoca na consciência do juiz³⁰⁶.

O código de processo civil de 2015³⁰⁷ consagrou o sistema da persuasão racional, entretanto, posicionou-o em capítulo diverso do qual até então estava contemplado nas duas edições do código de processo civil. Hoje está positivado no capítulo das provas (XII), do procedimento comum (Título I), no artigo 371, e sua análise é realizada adiante, no tópico 2.5. Outra norma do novíssimo código de processo civil, que terá sua oportuna análise no capítulo seis, mas que representa destacável marco histórico na legislação pátria e que guarda relação com o sistema da livre convicção motivada, é o artigo 489, que regula a fundamentação das decisões judiciais.

³⁰³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 354.

³⁰⁴ Dispõe o art. 131 do CPC (1973). “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, Código de Processo Civil (1973), cit.).

³⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 100.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 101.

³⁰⁷ Código de Processo Civil. Lei 3.105, de 16 de março de 2015, publicada no Diário Oficial da União em 17.03.2015.

2.4.2 O sistema da persuasão racional no processo do trabalho

No âmbito do Direito Processual do Trabalho, em perspectiva histórica, a promulgação da consolidação das leis do trabalho em 1943 contemplou, embora de forma objetiva e simples, própria da consolidação, o sistema da persuasão racional, ao utilizar a expressão “apreciação das provas”³⁰⁸. Dispõe o artigo 832: “Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”³⁰⁹.

No procedimento sumaríssimo, introduzido no processo do trabalho pela Lei n. 9.957, de 12 de janeiro de 2000, há expressa menção aos elementos de convicção do juízo, o que indica a subsistência do sistema da persuasão racional, sem embargo da análise desse e outros artigos correlatos, oportunamente. Dispõe o artigo 852-I: “A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório”³¹⁰.

Amplamente e detalhadamente estudado de Silveira³¹¹ afirma o sistema da persuasão racional (utiliza também a denominação livre convicção relativa) no que chamou de sistema probatório trabalhista nacional. Além das análises doutrinárias, referido autor baseia-se na hipótese do artigo 769 da CLT³¹² para aplicar, ao processo do trabalho, o então artigo 118 do CPC de 1939.

2.5 Apreciação das provas e convencimento do juiz no novíssimo CPC (2015): alterações legislativas de topologia, conteúdo e nomenclatura

Este tópico analisa as alterações legislativas a respeito do sistema da persuasão racional levadas a efeito pela edição do novíssimo código de processo civil (2015), bem

³⁰⁸ No tópico 2.6, abaixo, é examinado, em detalhes, o posicionamento atual da doutrina trabalhista sobre a Consolidação das Leis do Trabalho contemplar ou não, e de forma plena, o sistema da persuasão racional.

³⁰⁹ BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho (1943), cit.

³¹⁰ BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho (1943), cit.

³¹¹ SILVEIRA, Alípio. *A apreciação da prova no direito processual do trabalho*. Revista Trabalho e Seguro Social, Rio de Janeiro, v. 17, n. 61-63, p. 102-103, jan./mar. 1948.

³¹² Art. 769 da CLT. “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título” (BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943), cit.).

como, em subtópico contínuo, examina a polêmica instaurada em face da supressão da expressão “livre” e a subsistência do princípio da livre convicção motivada. Em seguida, também em subtópico, as conclusões sobre todas as modificações legais.

O núcleo do sistema da persuasão racional é regulado pelo artigo 371 do CPC (2015)³¹³: “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”.

Há sensíveis modificações operadas pelo legislador sobre a forma de conceber sua definição escrita e localização na estrutura do código, considerando sua expressão normativa nas duas edições do código de processo civil, conforme ressaltado nas notas históricas sobre os sistemas de avaliação das provas (tópico 2.4). Inicialmente, as seguintes observações são lançadas para compreender o alcance dessas alterações legislativas.

A primeira diz respeito à localização da definição do sistema de avaliação. Nas edições anteriores do código, estava contemplada no capítulo dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz. Atualmente encontra-se nas disposições gerais do capítulo das provas (XII), do procedimento comum (Título I).

Sobre o conteúdo da definição do sistema, analisam-se, a seguir, três aspectos.

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.

³¹³ BRASIL, Código de Processo Civil (2015), cit.

No que respeita à prova, e esse aspecto está examinado em tópico específico no capítulo I³¹⁴, há marcante alteração legislativa que explicitou ser uma de suas funções “influir eficazmente na convicção do juiz”, conforme artigo 369 do CPC (2015).

Por fim, há a questão da indicação das razões da formação do convencimento e a fundamentação das decisões contemplada no artigo 489 do CPC (2015), com destaque para os seus parágrafos 1º, 2º e 3º. Esse tema é analisado no capítulo VI.

Antes de analisar a repercussão das assinaladas modificações legislativas, adentra-se ao exame específico, em face de sua repercussão no âmbito da doutrina, dos efeitos da retirada do vocábulo *livremente*.

2.5.1 O aparente desaparecimento do princípio da livre convicção motivada em face do CPC (2015)

Examinam-se, com mais detalhes, o impacto e os eventuais efeitos no atual sistema da persuasão racional da supressão do adjetivo *livre*, em sua forma adverbial³¹⁵, que no código de processo civil de 1973 referia-se à apreciação da prova³¹⁶, e no de 1939 à formação do convencimento³¹⁷, conforme acima mencionado. Esta supressão ocorreu em meio aos debates que cercaram o desenvolvimento dos trabalhos das comissões parlamentares responsáveis pela tramitação legislativa, e tem gerado intensas disputas doutrinárias. O anteprojeto³¹⁸ do novo código de processo civil continha a definição de que

³¹⁴ Cf. tópico 1.3.2.

³¹⁵ *Livremente* é um advérbio de modo e, como tal, modifica o verbo que acompanha, definindo sua maneira ou circunstância (ALMEIDA, Napoleão Mendes de. *Gramática metódica da língua portuguesa*. 45. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 321).

³¹⁶ Dispõe o art. 131 do CPC (1973): “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, Código de Processo Civil (1973), cit.).

³¹⁷ Dispõe o art. 118 do CPC (1939): “Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio. Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

³¹⁸ Na exposição de motivos, em 08.06.2010, da Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, consta: “o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código”; e no artigo 259 do anteprojeto está disposto: “O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento” (Brasil. Congresso Nacional. *Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão*

o juiz apreciará livremente a prova, ao passo que a redação final³¹⁹ excluiu o vocábulo *livremente*³²⁰.

Sem embargo dos autores³²¹ que estão interpretando as mudanças trazidas com a edição do novíssimo código de processo civil, o dissenso doutrinal oriundo da supressão do advérbio *livremente* pode ser objetivamente visualizado, pelos elementos que reúnem e que

de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 19 e 105, respectivamente. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 de jan. 2016).

³¹⁹ O anteprojeto do código de processo civil, aprovado no Senado Federal como PLS 166/2010, encaminhado à Câmara dos Deputados, recebeu o número PL 8046/10 e, na sessão deliberativa ordinária em 26.03.14, foi aprovada a redação final assinada pelo Relator, Deputado Paulo Teixeira. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/ordemDetalheReuniaoPle.asp?codReuniao=35538>>. Acesso em: 26 jan. 2016. Na redação final deste projeto de lei 8046/10 está disposto no seu artigo 378: “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”. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 26 jan. 2016. Ao retornar ao Senado Federal, o texto-base do novo CPC, aprovado na Câmara dos Deputados, foi aprovado em 16.12.14 e, no dia seguinte, votados os destaques. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/12/16/texto-base-do-novo-cpc-e-aprovado-e-destaques-ficam-para-esta-quarta>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

³²⁰ O vocábulo *livremente* foi excluído, por emenda supressiva, de quatro artigos do atual CPC (2015). Além da exclusão do artigo 371, núcleo do sistema da persuasão racional, como alhures anotado, também o foram dos seguintes artigos, relativos às provas em espécie: 394, 426 e 480, § 3º. A seguir são apontados, respectivamente, os artigos originais do PLS 166/10, aprovado no Senado Federal, nos quais constavam o vocábulo *livremente*, e os artigos originais do PL 8046/10, aprovado na Câmara dos Deputados, dos quais foram excluídos o vocábulo em questão: artigos 259, 373, 406 e 462 do texto aprovado no PLS 166/10; artigos 378, 401, 433 e 490, parágrafo único, no texto aprovado no PL 8046/10.

³²¹ Por exemplos: 1) Delfino e Lopes argumentam sobre o fim do princípio da livre convicção motivada, ao rebater o artigo de Gajardone sobre a permanência deste princípio (DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. *A expulsão do livre convencimento motivado no Novo CPC: por que a razão está com os hermeneutas?* In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador geral); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Organizadores). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 305-311); 2) Cardoso sustenta que o novo CPC (2015) adota o livre convencimento motivado como sistema de valoração judicial das provas (CARDOSO, Oscar Valente. *A valoração judicial das provas no Novo Código de Processo Civil*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador geral); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Organizadores). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 313-340); 3) Nery Junior e Nery, em seus comentários ao novo CPC (2015), especificamente ao artigo 371, continua trabalhando com o princípio do livre convencimento motivado (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 992); 4) Medina, ao comentar o artigo 371 do CPC (2015), afirma o seguinte sobre a supressão do termo *livremente*: “o fato de se ter extirpado tal expressão da lei processual é carregado de simbologia: à luz do Código de Processo Civil de 2015, fica claro que não se admite qualquer carga de irracionalidade, na motivação da decisão judicial, em relação às provas (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, cit., p. 621); 5) Marinoni, Arenhart e Mitidiero assim se manifestam: “Nada obstante a valoração da prova seja livre pelo juiz, já que o direito brasileiro adotou – e continua adotando, conquanto a supressão do adjetivo “livre”, tendo em conta que a eventualidade de ter o juiz de escolher entre duas versões probatórias é ineliminável – a regra da valoração racional da prova (art. 371), as razões que fundaram o seu convencimento a respeito da prova devem constar da fundamentação da sentença” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 424, grifos dos autores).

interessam diretamente ao estudo do princípio da livre convicção motivada, pelas manifestações de Streck³²² e Gajardoni³²³ sobre o tema.

As ideias de Streck³²⁴, nos textos referidos, podem ser, pontualmente, resumidas nos seguintes tópicos: a) houve uma mudança de paradigma com a supressão da expressão *livremente* do artigo 371 do CPC (2015)³²⁵; b) o papel do juiz na modernidade exige uma nova forma de pensar e decidir o direito³²⁶; c) a retirada do poder de livre apreciação da prova (e livre convencimento) deve ser compreendida no contexto de outras mudanças trazidas pelo novo CPC³²⁷.

A mudança de paradigma a qual alude Streck é a da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. Em sua descrição, “a matriz teórico-filosófica sustentada na subjetividade (esquema sujeito-objeto)”³²⁸ cede lugar a “um novo paradigma de compreensão dos objetos e do mundo”³²⁹. O velho paradigma, no âmbito jurídico da busca da verdade e da produção das provas, está representado por uma judicatura solipsista, isto é, um julgamento assentado em impressões pessoais do julgador, rendendo ensejo a

³²² STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?* Consultor Jurídico, 18.12.14. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 26 jan. 2016; STRECK, Lenio Luiz. *Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento no NCPC*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador geral); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Organizadores). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 297-303; STRECK, Lenio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coordenadores). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 5, p. 107-114.

³²³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Jota Jornalismo Ltda, 06.04.15. Disponível em: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

³²⁴ Declara Streck: “Por emenda supressiva do relator Paulo Teixeira, atendendo à minha sugestão e contando com a aquiescência de Fredie Didier, Dierle Nunes e Luis Henrique Volpe, todas as referências de que-o-juiz-teria-o-poder-de-livre-convencimento foram colocadas em um exílio epistêmico. Isto é: foram retiradas do ordenamento processual. Neste ponto, viva o NCPC!” (STRECK, Lenio Luiz. *Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento no NCPC*, cit., p. 297).

³²⁵ Afirma Streck: “É disso que se trata. De forma bem simples: o CPC de 1973 apostava em um tipo de paradigma filosófico; o de 2014-15 aposta na intersubjetividade, ao expungir – espero que para sempre – esse resquício de um paradigma ultrapassado, autoritário, fundado na consciência individual do intérprete” (STRECK, Lenio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*, cit., p. 110).

³²⁶ Em suas palavras: “O que o legislador do novo CPC quer é que as decisões judiciais sejam ditadas segundo o direito e não conforme o pensar individual dos julgadores” (STRECK, Lenio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*, cit., p. 111).

³²⁷ Assim assevera: “Por tais razões, deve haver uma chave de leitura no novo CPC, constituída pela conjugação dos artigos 10, 926 e a consciência das consequências da retirada do poder de livre apreciação da prova” (STRECK, Lenio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*, cit., p. 113).

³²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*, cit., p. 113.

³²⁹ *Ibidem*, p. 113.

protagonismos e discricionariedades nas decisões judiciais³³⁰. O novo paradigma sustenta a fundamentação das decisões judiciais baseada numa relação intersubjetiva (esquema sujeito-sujeito), ou seja, construída a partir do diálogo com as partes e em atitude reflexiva do juiz que afaste suas impressões pessoais³³¹.

O aspecto central das ideias de Streck está relacionado à fundamentação das decisões judiciais e à forma de utilização do princípio do livre convencimento motivado. Em vários exemplos nos textos referidos para esta breve síntese, é possível verificar que o princípio da livre convicção motivada foi utilizado para sustentar decisões mais com base em impressões do julgador do que assentadas em justificativas e argumentos técnico-jurídicos³³². Para tanto, Streck propõe uma compreensão ampla ao afirmar a retirada do poder de livre convencimento, que envolve os artigos 10³³³ e 926³³⁴ do CPC (2015). Esta compreensão abarca uma fundamentação das decisões judiciais construída a partir do diálogo com as partes, nas quais o direito seja “um produto intersubjetivo”³³⁵, com a permanente contribuição da doutrina e de uma jurisprudência que observe os princípios da coerência e da integridade³³⁶.

Gajardoni sustenta que 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

³³⁰ Assevera Streck: “Simplesmente o legislador quis dizer o seguinte: o cidadão quando vai ao judiciário não vai pedir a opinião pessoal do juiz sobre determinado assunto; ele quer que o juiz diga o que o direito tem a dizer para ele. O legislador despersonalizou a aplicação da lei; em outras palavras: em uma democracia, não se pode depender da bondade ou da maldade de quem vai dizer o direito” (STRECK, Lenio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*, cit., p. 113).

³³¹ Afirma Streck: “A decisão judicial exige exercício prático, senso de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias pré-compreensões, garantia da coparticipação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público” (STRECK, Lenio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*, cit., p. 111).

³³² Streck: “Eis dois modos de ver o direito: Eis dois modelos de juiz. No primeiro caso, um modo dogmático, voluntarista, autoritário, do tipo ‘sou juiz e não devo satisfação a ninguém’; ‘aonde já se viu me dizerem como devo julgar’; ‘nada está acima do meu livre convencimento’ ” (STRECK, Lenio Luiz. *Dilema de dois juizes diante do fim do livre convencimento no NCPC*, cit., p. 298). E outro exemplo: “Do mesmo modo, julgados (RT 500/180) assentando que o juiz pode dar a prova o valor que entender adequado, podendo considerar a testemunha superior à escritura pública, deverão sofrer uma forte censura epistemológica por parte da doutrina. Isto é, poderá ocorrer uma hipótese em que a escritura valha menos que um depoimento testemunhal. Só que isso terá que ser demonstrado por uma fundamentação que, obviamente, não exsurge do livre convencimento do juiz. Portanto, inadequado dizer, diante do novo CPC, que ‘o juiz pode dar a prova o valor que entender adequado’ ” (STRECK, Lenio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*, cit., p. 112).

³³³ Dispõe o art. 10 do CPC (2015): “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL, Código de Processo Civil (2015), cit.).

³³⁴ Dispõe o *caput* do art. 926 do CPC (2015): “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, Código de Processo Civil (2015), cit.).

³³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*, cit., p. 114.

³³⁶ *Ibidem*, p. 113.

significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir”³³⁷. Suas ideias, a partir do texto referenciado, são a seguir resumidas nos seguintes pontos: a) historicamente, o princípio do livre convencimento motivado não foi concebido como método de não aplicação da lei ou como alforria para o juiz julgar o processo ao seu alvedrio; a concepção deste princípio foi o antídoto necessário e efetivo para superar os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro; b) os artigos 371 e 372 do CPC (2015) comprovam a subsistência da liberdade na valoração da prova, “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”³³⁸; c) o estabelecimento de parâmetros mínimos de motivação por intermédio do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC (2015) não afeta a liberdade do juiz na valoração da prova, pois “autonomia na valoração da prova e necessidade de adequada motivação são elementos distintos e presentes tanto no CPC/1973 quanto no CPC/2015”³³⁹, cuidando o dispositivo indicado de motivação.

Vários exemplos são destacados por Gajardoni para demonstrar que os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro constituem exceções, sobejando como regra geral de valoração da prova no país o modelo do livre convencimento motivado. Sobre o convencimento puro, aponta o julgamento em plenário do Tribunal do Júri³⁴⁰. Relativamente à admissão da prova legal, reporta-se à exigência da escritura pública para comprovação de negócios jurídicos nas hipóteses especificadas em lei³⁴¹. Aponta, também, no âmbito do processo penal, o modelo do livre convencimento motivado³⁴².

Expostos os principais elementos que compõem o dissenso doutrinal sobre o princípio da livre convicção motivada, as conclusões a seu respeito são analisadas em conjunto com as demais modificações legislativas indicadas no início do tópico 2.5, quando será possível verificar que o desaparecimento deste princípio é apenas aparente.

³³⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*, cit.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ Artigo 482 e seguintes do Código de Processo Penal.

³⁴¹ Artigos 406 do CPC (2015) e 108 do Código Civil.

³⁴² Artigo 155 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei 11.690 de 9 de junho de 2008.

2.5.2 Conclusões sobre as alterações legislativas

Apesar das ideias alinhadas que sustentam o fim do princípio da livre convicção motivada, os novos contornos legislativos destacados não permitem concluir que as alterações sobre a nova nomenclatura e a localização do sistema de apreciação das provas no capítulo das provas tenham proporcionado a ocorrência de qualquer alteração que atinja o âmago desse sistema. É possível reunir três grupos de argumentos em prol da subsistência do princípio da livre convicção motivada e permanência do sistema da persuasão racional, sem embargo de possível ajuste de sua nomenclatura.

Por primeiro, a questão dos efeitos da retirada do advérbio *livremente*, que definia o modo de ser da apreciação da prova. Não é possível reconhecer que esta supressão tenha acarretado a derrubada do pilar central do sistema da persuasão racional, isto é, do princípio da livre convicção motivada. A perspectiva histórica, destacada por Gajardoni e, no mais, exposta em seus principais aspectos, de acordo com a doutrina, no tópico 2.4, neste capítulo, bem demonstra que o surgimento deste princípio representou a expressão da libertação do sistema da prova legal, abrindo espaço para a construção de um sistema no qual a valoração da prova não mais pertence ao legislador.

O sistema da prova legal foi superado por vários aspectos e, em síntese do que já foi exposto em tópicos pretéritos, podem-se pontuar: a) novos métodos de raciocínios, advindos da cultura filosófica do iluminismo; b) a profissionalização da judicatura; c) a impossibilidade de o legislador de prever todas as hipóteses para tarifar a prova e editar tabelas que pudessem ser utilizadas em todos os processos, em face das miríades de situações fáticas. A profissionalização da magistratura perdura e recebeu impulso decisivo com a criação das escolas nacionais de formação e aperfeiçoamento de magistrados, por intermédio da Emenda Constitucional 45/2004 (tema objeto do capítulo IV). A impossibilidade de adrede valorar a prova, diante da complexidade e aumento das hipóteses fáticas, também subsiste. Os raciocínios aplicados em matéria de prova recebem, atualmente, expressivo estudo da doutrina e representam, no âmbito da teoria da argumentação jurídica, importante linha em desenvolvimento (tema objeto do capítulo VI).

Removido do artigo nuclear do sistema da persuasão racional o advérbio *livremente*, não há nenhuma definição legal sobre critérios de apreciação da prova ou a ocorrência de valoração prévia de provas, no novíssimo código de processo civil (2015).

Neste sentido, e diante da perspectiva histórica, não é possível reconhecer que a apreciação da prova e a formação do convencimento possam estar atreladas a algum critério legal. E o deslocamento do sistema da persuasão racional, que nas edições anteriores do código estava contemplado no capítulo dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz, atualmente nas disposições gerais do capítulo das provas, do procedimento comum, não acarreta a perda do poder do juiz de apreciar com liberdade a prova, isto é, sem prévios critérios de valoração. O juiz continua na função de apreciar e dar o valor que a prova merece, no contexto de sua admissão e produção, considerando as presunções legais e regras de experiência, segundo critérios de racionalidade. Contudo, a supressão da expressão *livremente* e o deslocamento do sistema para o capítulo as provas guardam significado interpretativo e, como demonstrou Streck, devem ser compreendidos no contexto das demais mudanças trazidas pelo novo código.

O segundo aspecto que permite sustentar a integridade do sistema da persuasão racional é a adoção do substantivo *razão*. A substituição do termo *motivos* pelo termo *razões* na formação do convencimento do juiz não indica uma mudança de sistema, mas de perspectiva. A salvaguarda do sistema da persuasão racional ganha em precisão ao manter o dever de o juiz externar a formação de seu convencimento, cujo conteúdo vem definido como *razões*. Dar razões é externar motivos, ponderações, argumentos e os raciocínios probatórios utilizados para explicar e justificar porque determinado fato foi ou não demonstrado, segundo a prova dos autos.

O terceiro argumento em prol da subsistência do princípio da livre convicção motivada e do sistema da persuasão racional do código de processo civil de 1973 no código de processo civil de 2015, pode ser compreendido a partir de uma análise conjunta de três modificações introduzidas pelo novo código: 1) o deslocamento do sistema para às disposições gerais do capítulo das provas; 2) a substituição do termo *motivo* por *razões* no dever de indicar como o convencimento foi formado; 3) o incremento dos critérios de fundamentação da decisão judicial (artigo 489 do CPC (2015), com destaque para os seus parágrafos 1º, 2º e 3º). As disposições gerais do capítulo das provas organiza e define os aspectos centrais do fenômeno probatório e, sendo a prova o material por excelência com o qual o sistema da persuasão racional trabalha, apresenta-se consentâneo sua configuração no contexto dessas disposições gerais. O detalhamento normativo de critérios de fundamentação, com considerável aumento dos elementos que devem compor as justificativas da decisão judicial, tem reflexo direto sobre a apreciação da prova e formação

do livre convencimento. O termo *razão*, em face desse incremento, vai ao encontro da necessidade de maior aprofundamento nas justificativas que devem compor a decisão, para evitar fundamentos meramente formais e fórmulas genéricas que nada esclarecem. O que se constata é, cada vez mais, a busca de critérios para compreender e aperfeiçoar a apreciação da prova e a racionalidade na valoração do material probatório, a formação do convencimento do juiz, e a possibilidade de controle³⁴³.

É com a perspectiva deste terceiro argumento que as preocupações externadas por Streck podem ser compreendidas. 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, a partir da chave proposta por Streck: em conjunto com os artigos 10 e 926 do CPC (2015)³⁴⁴. 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.

2.6 O sistema da persuasão racional do Direito Processual Civil no Direito Processual do Trabalho: contornos normativos – artigos 769 da CLT e 15 do CPC (2015)

A questão a ser analisada é sobre o sistema da persuasão racional e o Direito Processual do Trabalho, em razão do desenvolvimento dos demais capítulos. O que se

³⁴³ Por exemplo: KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, cit., p. 352-353; SILVEIRA, Daniel Coutinho da. *Prova, Argumento e Decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. (Dissertação de Mestrado) Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011.

³⁴⁴ Dispõem o art. 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”; e art. 926, *caput*: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

pretende examinar é se o processo do trabalho contempla este sistema ou se é necessária a aplicação subsidiária da respectiva norma processual civil.

Veja-se, a seguir, em breve apontamento, como se manifestava a doutrina sob a vigência do código de processo civil de 1973.

Bebber³⁴⁵ é categórico ao asseverar a inexistência de regra expressa sobre o princípio da persuasão racional do juiz na consolidação das leis do trabalho, aplicando o artigo 131 do CPC (1973)³⁴⁶, por força do artigo 769 da CLT³⁴⁷.

Costa³⁴⁸ e Batalha³⁴⁹ trabalham no mesmo sentido que Bebber, pois utilizam diretamente o artigo 131 do CPC (1973) para suas explanações sobre a apreciação da prova no processo do trabalho³⁵⁰.

Teixeira Filho³⁵¹, entretanto, realiza inferência e extrai, “embora palidamente”, que o sistema adotado pelo Direito Processual do Trabalho é o da persuasão racional, estribado nas expressões “apreciação das provas” e “fundamentos da decisão”, contempladas no artigo 832 da CLT³⁵². Utiliza, referido autor, o artigo 131 do CPC (1973). E o faz ao argumento de que a adoção supletiva de certas normas do processo civil também serve ao propósito de robustecer as interpretações abstraídas do texto celetista, como no caso, a conclusão sobre o sistema da persuasão racional adotado pela CLT.

Leite³⁵³, por sua vez, reconhece que a CLT contempla “implicitamente” o princípio da persuasão racional nos artigos 765³⁵⁴ e 832, naquele por conferir ampla liberdade ao juiz na condução do processo, e neste por força das expressões “a apreciação das provas” e “os fundamentos da decisão”, neste aspecto conforme Teixeira Filho.

³⁴⁵ BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*, cit., p. 428.

³⁴⁶ Atualmente, como alhures apontado, artigo 371 do novíssimo CPC (2015).

³⁴⁷ Dispõe o art. 769 da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título” (BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho (1943), cit.).

³⁴⁸ COSTA, Coqueijo. *Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 73.

³⁴⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, cit., p. 528.

³⁵⁰ Batalha, Costa e Bebber trabalham no mesmo sentido de SILVEIRA, que também vislumbrou omissão, aplicando ao processo do trabalho o então art. 118 do CPC de 1939, conforme apontamentos em notas históricas (SILVEIRA, Alípio. *A apreciação da prova no direito processual do trabalho*, cit., p. 102-103).

³⁵¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., v. II, p. 993.

³⁵² Dispõe o art. 832 da CLT: “Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão” (BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho (1943), cit.).

³⁵³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., p. 655.

³⁵⁴ Dispõe o art. 765 da CLT: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas” (BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho (1943), cit.).

As análises acima apresentadas têm por referência as normas gerais e relativas ao procedimento comum ordinário do processo do trabalho.

A Lei n. 9.957, de 12 de janeiro de 2000, instituiu no âmbito da consolidação das leis do trabalho o denominado procedimento sumaríssimo³⁵⁵. Dois artigos em particular relativos a este procedimento apontam, objetivamente, a opção pelo princípio da livre convicção motivada³⁵⁶:

Art. 852-D. *O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. (grifo nosso)*

Art. 852-I. *A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório. (grifo nosso)*

O ponto central da discussão está atrelado às normas gerais sobre apreciação das provas no processo do trabalho e, basicamente, como acima destacado, às regras relativas ao procedimento comum ordinário e sumaríssimo, para se concluir ou não pela aplicação subsidiária do sistema da persuasão racional do processo civil ao processo do trabalho.

O tema toca três dimensões. A primeira diz respeito à autonomia do Direito Processual do Trabalho. A segunda refere-se à atual interpretação da regra de contenção contemplada no artigo 769 da CLT. E a terceira sobre o alcance do artigo 15 do CPC (2015).

Não se pretende aqui uma ampla discussão sobre a autonomia do Direito Processual do Trabalho³⁵⁷. Perfilha-se a corrente que sustenta esta autonomia, conforme amplamente

³⁵⁵ O procedimento sumaríssimo está contemplado nos arts. 852-A a 852-I da CLT, e destina-se aos dissídios individuais cujo valor da causa supere o dobro do mínimo legal e não exceda o correspondente a quarenta salários mínimos, com as seguintes principais características: 1) exclusão do procedimento sumaríssimo as demandas em que é parte a Administração Pública, autárquica e fundacional; 2) pedido certo ou determinado e indicação do valor correspondente (pedido líquido); 3) não há citação por edital; 4) celeridade na tramitação: apreciação da reclamação em no máximo quinze dias e possibilidade de pauta especial; 5) atuação simultânea dos Juízes Titular e Substituto; 6) possibilidade de o Juiz limitar ou excluir as provas que considerar excessivas (impertinentes ou protelatórias); 7) especial valor, na apreciação das provas, às regras de experiência comum ou técnica; 8) registro resumido em ata dos atos essenciais, afirmações fundamentais das partes e informações úteis à solução da causa trazida pela prova testemunhal; 9) até o máximo de duas testemunhas de cada uma das partes; 10) dispensado o relatório da sentença.

³⁵⁶ BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho (1943), cit.

³⁵⁷ Leite apresenta os principais autores das correntes monistas e dualistas, aqueles no sentido de o direito processual ser um desdobramento do processo civil, ao passo que estes sustentando a sua autonomia,

discutido por Bebber³⁵⁸, considerando, também, a estruturação da Justiça do Trabalho como ramo especializado do Poder Judiciário³⁵⁹. O fundamental, nesta seara, e para os objetivos do presente trabalho, é reconhecer a unidade da ciência do direito processual, bem como que a divisão em direito processual penal e civil, com suas ramificações, atende ao caráter pragmático, considerando as técnicas processuais e a especialização da jurisdição³⁶⁰.

No que se refere à norma do artigo 769 da CLT³⁶¹, sobre o direito processual comum ser fonte subsidiária nos casos de omissão, observada a compatibilidade, perfilha-se o entendimento, acima referido, no sentido de que a Consolidação das Leis do Trabalho não contempla, de forma plena e descritiva, nas regras relativas ao procedimento comum ordinário, o sistema da persuasão racional. Reconhece-se, também, essa omissão³⁶², no âmbito das regras relativas ao procedimento sumaríssimo. Portanto, e na mesma linha dos referidos autores, é possível a aplicação subsidiária do sistema da persuasão racional contemplado no novo código de processo civil (2015). Esta aplicação subsidiária atende

firmando-se pela segunda corrente, ponderando entretanto: “Reconhecemos, porém, que o direito processual do trabalho não desfruta de métodos próprios tipicamente próprios, pois a hermenêutica, que compreende a interpretação, a integração e a aplicação das normas jurídicas processuais, é a mesma da teoria geral do direito processual” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., p. 93).

³⁵⁸ Assim se pronuncia: “íntegro a corrente (dualista) dos que sustentam a autonomia do direito processual do trabalho (Américo Plá Rodriguez, Geraldo Salazar, Wagner Giglio), uma vez que suas regras são especiais, sua doutrina é homogênea, possui princípios (ainda que alguns sejam comuns à teoria do direito processual) e particularidades próprias (princípios da finalidade social, da normatização coletiva) e opera com um ordenamento jurídico igualador (princípio da proteção), tendo em vista o conflito que constitui seu objeto” (BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho. Adaptação à contemporaneidade*, cit., p. 128).

³⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *O papel da Justiça do Trabalho no Brasil*, in ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa; ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa (coord.). *Justiça do Século XXI*. São Paulo: LTr, 2014, p. 17-24.

³⁶⁰ BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho. Adaptação à contemporaneidade*, cit., p. 128.

³⁶¹ Bebber aponta o sentido histórico deste artigo, ao afirmar: “Em outras palavras, pretendeu-se evitar que normas deficitárias, extremamente complexas e orientadas ao formalismo, interferissem no curso de um processo que se pretendia fosse simples e ágil”. Esclarece, entretanto, que, embora as regras processuais comuns tenham sido ampliadas e modificadas na busca de maior efetividade e tempestividade, as regras da CLT mantiveram-se sem alterações ou com modificações de pouca expressão. E completa: “Essa lacuna na história evolutiva da legislação processual trabalhista deve, então, ser suprida com criatividade pelo aplicador da lei. É desoladora a visão daqueles que adotam comportamento passivo, limitando-se a apenas lamentar a ausência de normas. As regras de contenção (CLT, 769 e 889) devem ser aplicadas com o mesmo espírito justificador de sua existência. Ou seja: deve-se impedir que as regras processuais comuns e especiais da execução fiscal ingressem no processo do trabalho, sobrepondo-se a este, *somente* quando se mostrarem deficitárias. Isso permitirá um adequado grau de flexibilização relativamente ao requisito da omissão, de modo que os avanços e melhorias da legislação processual comum sejam aproveitadas no processo do trabalho sempre que se apresentem condizentes com um processo tempestivo e de resultado úteis” (BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho. Adaptação à contemporaneidade*, cit., p. 130-131).

³⁶² Trata-se, no caso, de acordo com a classificação de Bebber, de uma lacuna ou omissão normativa, no sentido de que “não há regra para uma determinada situação específica”, no caso, sobre o sistema de apreciação da prova (BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho. Adaptação à contemporaneidade*, cit., p. 131, nota de rodapé 512).

aos critérios da norma de contenção, de acordo com Bebber³⁶³: a) há omissão de regulamentação específica do sistema da persuasão racional pelas normas processuais trabalhistas; b) há compatibilidade do sistema da persuasão racional do código de processo civil (2015) com a ordem jurídica processual trabalhista; c) o sistema da persuasão racional do processo civil não afronta os princípios do processo trabalho. A inexistência de afronta aos princípios trabalhistas e a compatibilidade são constatáveis, conforme notas históricas, pelo aspecto em que, tanto nas normas processuais civis (CPC/2015) quanto nas normas processuais trabalhistas (CLT/1943), vige o princípio da livre convicção motivada, ou seja, a valoração da prova é realizada, preponderantemente pelo juiz.

O recente código de processo civil (2015) autoriza, por intermédio de seu artigo 15, sua aplicação aos processos trabalhistas, de forma supletiva e subsidiária, na hipótese de ausência de normas³⁶⁴. Esta norma tem gerado intenso debate sobre os limites fronteiriços entre o processo civil e o processo do trabalho. Em resumida síntese, e de acordo com as primeiras manifestações sobre o tema, vejam-se, a seguir, os principais pontos da polêmica instaurada diante do artigo 769 da CLT.

Feliciano ressalta perplexidade³⁶⁵ e possibilidade de confusões³⁶⁶ diante do comando do artigo 15 do CPC (2015), particularmente sobre sua aplicação supletiva na ausência de normas. Suas preocupações e ponderações concentram-se no requisito da compatibilidade, além da omissão, que deve haver para que regras do processo comum (Direito Processual Civil) possam ingressar ou ser aplicadas ao processo do trabalho. Este requisito da compatibilidade foi ignorado pela nova norma adjetiva civil, não sendo

³⁶³ BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho. Adaptação à contemporaneidade*, cit., p. 129.

³⁶⁴ Dispõe o art. 15 do CPC (2015): “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (BRASIL, Código de Processo Civil (2015), cit.).

³⁶⁵ Assevera Feliciano: “Do ponto de vista estritamente hermenêutico – dizendo, pois, menos com as prerrogativas da Magistratura nacional e mais com a própria atividade judicante diuturna do juiz do Trabalho –, o artigo 14 do PLS n. 166/2010 (original), a que corresponde o artigo 15 do NCPC, deverá causar alguma perplexidade, abalando talvez o próprio edifício jurisprudencial que ao longo dos anos se construiu, na Justiça do Trabalho, em torno do artigo 769 da CLT. Por isso mesmo, convirá desde logo **adaptá-lo** para que, no futuro, sua redação não justifique arroubos de interpretação incoerentes com a sistemática e a principiologia da Consolidação das Leis do Trabalho (ou do diploma legislativo que venha a substituí-la no plano processual), aptos a causar, nos jurisdicionados, polêmica e assombro – e, por essa via, mais demandas em corregedorias” (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *O Novo Código de Processo Civil e as Prerrogativas da Magistratura Nacional: Reflexões de um Juiz*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estevão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 203, grifo do autor).

³⁶⁶ Assim se manifesta Feliciano: “Mas o fato é que, sem o indispensável pressuposto da compatibilidade principiológica, a norma do artigo 15 do vindouro CPC trará muito mais confusões do que equacionamentos, ao menos em seara processual laboral” (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *O Novo Código de Processo Civil e as Prerrogativas da Magistratura Nacional: Reflexões de um Juiz*, cit., p. 204).

possível entende-la implícita ou óbvia, sobretudo diante de sua previsão expressa no artigo 769 da CLT³⁶⁷. Feliciano propõe uma “hermenêutica minimamente razoável”, ao concluir que “na tensão entre o artigo 15 do NCP e o artigo 769 da CLT, as linhas mestras deste último devem sobressair-se”³⁶⁸.

Laurino, ao examinar o artigo 15 do CPC e os limites da autonomia do processo do trabalho, em perspectiva histórica e sistemática³⁶⁹, apresenta vantagens e aplicações da distinção entre subsidiária e supletiva. Firma o entendimento de que o juízo de compatibilidade com o processo comum “deve ser formulado em face da lógica formal dos procedimentos e não de ‘objetivos ou ‘princípios’ do processo do trabalho, que, em essência, são os mesmos dos demais ramos do direito processual”³⁷⁰. Dentre as várias conclusões firmadas, em apertada síntese, é possível extrair as seguintes: a) a existência de uma crise da autonomia do processo do trabalho perante o processo civil, por razões de ordem sistemática e axiológica; b) um abrandamento da fronteira do processo civil por intermédio do artigo 15 do CPC (2015), possibilitando uma aproximação que permitira o processo do trabalho usufruir da evolução do processo civil; c) com base no princípio da segurança jurídica, o artigo 15 do CPC (2015) representa um reforço na convergência do processo do trabalho rumo a um modelo de processo comandado pelos princípios do acesso à justiça e do devido processo legal.

Meireles, ao examinar o novo código de processo civil (2015) e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho³⁷¹, dentre os vários aspectos de natureza procedimental, processual e histórica, sustenta, para o que interessa a este tópico, “que o art. 769 da CLT está revogado em face do art. 15 do novo CPC a partir da vigência

³⁶⁷ Relata Feliciano sua proposta original de emenda ao artigo em questão para inserir o requisito da compatibilidade, com a finalidade de tentar evitar “arroubos colonizadores do processo civil”, que não se concretizou. Por fim, o destaque supressivo proposto pela Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), para que o processo do trabalho fosse excluído do artigo 15, assim como o fora o processo penal, também não obteve êxito (FELICIANO, Guilherme Guimarães. *O Novo Código de Processo Civil e as Prerrogativas da Magistratura Nacional: Reflexões de um Juiz*, cit., p. 204-205).

³⁶⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *O Novo Código de Processo Civil e as Prerrogativas da Magistratura Nacional: Reflexões de um Juiz*, cit., p. 205.

³⁶⁹ LAURINO, Salvador Franco de Lima. *O artigo 15 do novo Código de Processo Civil e os limites da autonomia do processo do trabalho*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estevão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 111-130.

³⁷⁰ LAURINO, Salvador Franco de Lima. *O artigo 15 do novo Código de Processo Civil e os limites da autonomia do processo do trabalho*, cit., p. 121.

³⁷¹ MEIRELES, Edilton. *O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estevão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 85-109.

deste”³⁷². Afirma que o artigo 769 regulava a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho, passando o artigo 15 do CPC (2015) a tratar inteiramente da matéria³⁷³ relativa à referida aplicação. Agora, o código de processo civil passa a ser a fonte de onde se deve buscar normas para uma aplicação subsidiária e também com a inovação de aplicação supletiva. Meireles distingue aplicação subsidiária da supletiva com base no tipo de omissão, exigindo aquela omissão absoluta e esta omissão parcial. Sobre o requisito da compatibilidade, previsto no artigo 769 da CLT e não contemplado no artigo 15 do CPC (2015), pondera a necessidade de sua observância e aferição, na aplicação subsidiária e supletiva, pela presença dos seguintes princípios constitucionais: do acesso à justiça, do contraditório, da duração razoável do processo trabalhista e da efetividade das decisões judiciais.

Após este breve resumo sobre as primeiras análises do alcance do artigo 15 do CPC, que permite vislumbrar profundo e instigante debate sobre o tema das fontes e dos modos de aplicação de normas ao processo do trabalho, adota-se a postura doutrinária firmada por Feliciano, para quem os parâmetros do artigo 769 da CLT devem prevalecer. Como norma de contenção regulada no próprio e adequado âmbito da CLT, os requisitos da omissão e compatibilidade, relativos ao regramento do sistema da persuasão racional no âmbito do processo civil, estão atendidos e permitem sua aplicação ao processo do trabalho, conforme análise na primeira parte deste tópico.

A partir desta definição, o capítulo III analisa o sistema da persuasão racional na sua concepção normativa completa e objetivamente clara como esteve³⁷⁴ e está hoje no artigo 371 do CPC (2015), para, em seguida, examiná-lo no processo do trabalho.

Este é o sentido, do processo civil para com o processo do trabalho, do estudo da doutrina em relação às principais questões que envolvem o tema da apreciação da prova e da formação do convencimento do juiz. É a partir das principais discussões desse instituto no processo civil que se ingressa no processo do trabalho, observando sempre as suas especiais características normativas e doutrinárias.

³⁷² MEIRELES, Edilton. *O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho*, cit., p. 99.

³⁷³ Meireles invoca e aplica, na hipótese em questão, a parte final do § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Vade Mecum*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143-145).

³⁷⁴ Como alhures apontado, art. 118 do CPC de 1939 e art. 131 do CPC de 1973.

CAPÍTULO III

O PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA EM OPERAÇÃO: CONTEÚDO E DINÂMICA DA APRECIACÃO DAS PROVAS E DO CONVENCIMENTO JUDICIAL COMO SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL

3.1 Considerações iniciais

Analisadas as principais questões sobre a verdade no processo judicial, o fenômeno probatório, a cognição judicial, bem assim os aspectos históricos relevantes sobre o surgimento e consolidação do princípio da livre convicção motivada e sua manutenção no atual código de processo civil (2015), adentra-se nos conteúdos das duas principais atividades do sistema da persuasão racional, quais sejam, a apreciação das provas e o convencimento do juiz, para compreender sua dinâmica de formação, desenvolvimento e funcionamento.

Apreciação e convencimento são duas atividades exercidas pelo juiz ao longo do desenvolvimento dos seus trabalhos no processo judicial, particularmente na admissão, produção e valoração da prova, em cotejo com os enunciados dos fatos alegados pelas partes. Ambas as atividades desenvolvem-se baseadas no princípio da livre convicção motivada³⁷⁵, isto é, sem prévia valoração das fontes e meios de prova. A apreciação das provas ocorre por intermédio de raciocínios sobre os fatos e provas, que vão constituir o suporte para formação e sustentação do convencimento judicial.

Os raciocínios sobre os fatos e provas desenvolvidos pelo juiz ocorrem a partir de regras que balizam o fenômeno probatório, com o objetivo de descobrir a verdade³⁷⁶ e a finalidade de fixar o valor das provas. Neste sentido, a nova sistemática do código de processo civil (2015), ao fixar o núcleo do sistema da persuasão racional³⁷⁷ nas disposições

³⁷⁵ Cf. tópico 2.4, sobre o princípio da livre convicção motivada e o sistema da persuasão racional.

³⁷⁶ Cf. tópico 1.2.6, sobre a verdade dos fatos e seu alcance no processo judicial.

³⁷⁷ Art. 371 do CPC (2015): “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, Código de Processo Civil (2015), cit.).

gerais do capítulo das provas (XII), do procedimento comum (Título I), e com a substituição do vocábulo *motivos* por *razões*³⁷⁸, resultou no aperfeiçoamento do sistema³⁷⁹.

Neste contexto, o presente capítulo desenvolve e demonstra que a *persuasão racional* como *sistema* é composta por regras sobre a atividade probatória, definidas para guiar os raciocínios, contempladas nas disposições gerais do capítulo das provas do código de processo civil (2015). É a partir dessas regras que o juiz desenvolve raciocínios sobre fatos e provas com a finalidade de atribuir a cada prova o valor que merece em razão do exame do seu conteúdo. Inexistindo regras sobre o peso prévio das provas, a fixação dos seus valores deve seguir critérios de comprovação racional, com suporte nos raciocínios desenvolvidos, para a consolidação do convencimento judicial sobre os fatos da causa.

O *sistema da persuasão racional* é constituído pelas seguintes regras contidas nas disposições gerais do capítulo das provas do atual código de processo civil (2015): artigos 369 (direito à prova), 370 (determinação das provas necessárias), 373 (ônus da prova), 374 (fatos que não dependem de prova) e 375 (regras de experiência). Se por um lado o núcleo do sistema está identificado no artigo 371 do CPC (2015), por outro lado os demais dispositivos guardam com este uma relação direta, pois definem formas de desenvolvimento do fenômeno probatório, que constituem a base do sistema.

No âmbito do estudo e da teoria do Processo Civil, o tema da apreciação e valoração da prova tem sido estabelecido, pela doutrina³⁸⁰, no campo do *direito probatório*. A formação do convencimento, embora esteja intimamente relacionada à apreciação da prova, tem sido atualmente vinculada ao estudo doutrinário da *sentença*³⁸¹, o que é compreensível, não apenas em razão do dever de o juiz indicar na decisão as razões de sua convicção, mas sobretudo pelo incremento nas regras de fundamentação das decisões judiciais, pelo artigo 489 do CPC (2015). O convencimento judicial é analisado, em suas relações com a apreciação das provas, neste capítulo, mas a sua exteriorização, por intermédio dos fundamentos da decisão, é examinado no capítulo VI.

³⁷⁸ Cf. tópicos 1.3 e 2.5.

³⁷⁹ Cf. tópico 2.5.2.

³⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 56.

³⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 416-424.

Quatro elementos estruturam o conteúdo do sistema da persuasão racional: *apreciação, prova, razões e convencimento*³⁸². A ordem a seguir definida para a análise desses elementos tem cunho didático e permite sedimentar a compreensão da dinâmica do sistema.

3.2 Razão

Razões, como conceito expressamente previsto na norma que regulamenta o sistema da persuasão racional, comporta dois ângulos de análises: a) *razões* como atividade, própria da cognição judicial, relativamente à natureza da atividade do juiz e ato de inteligência; b) *razões* como justificativa, sobre a formação do convencimento, enquanto resultado da apreciação das provas, ponto consagrado historicamente pela doutrina sob a nomenclatura *motivos*³⁸³. A seguir, cada uma dessas acepções.

3.2.1 Razão como atividade intelectual do juiz

Locuções como *raciocínio do juiz*³⁸⁴, *raciocínio judicial*³⁸⁵, *critérios racionais*³⁸⁶ apontam para o cerne e funcionamento do sistema da persuasão racional, representado objetivamente na palavra *razão*, agora expressa na norma que o contempla³⁸⁷. A razão é a base das atividades de apreciação das provas e do convencimento, desenvolvidas por intermédio do juiz.

É longa e antiga a série de expressões que apontam para essa dimensão da razão na construção do sistema da persuasão racional.

³⁸² Dispõe o art. 371 do CPC (2015): “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. Código de Processo Civil (2015), cit., grifos nossos).

³⁸³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 333; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 104; TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., v. II, p. 993; ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. I, p. 706.

³⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 103, 131, 142.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 86, 99, 100, 102.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 57.

³⁸⁷ Art. 371 do CPC (2015).

Stein utiliza a expressão *processo mental* do juiz³⁸⁸. Amaral Santos refere-se ao funcionamento do sistema no sentido de que o juiz tira sua convicção das provas, por intermédio de uma ponderação sobre a “qualidade” e a “força probatória” deste material, afirmando que a convicção está na *consciência* formada pelas provas³⁸⁹. Pontes de Miranda fala em *atividade psíquica do juiz* quando explica que toda a atividade do juiz é ato de aplicação da lei³⁹⁰.

Dinamarco pontifica que o “convencimento há de ser *racional*, porque necessariamente alcançado mediante as forças do *intelecto*”³⁹¹ (grifos nossos). Descreve Greco que “as provas se destinam a produzir efeitos na *inteligência* do juiz, formando, mediante o *raciocínio* nela desenvolvido, o juízo positivo ou negativo da existência dos fatos aos quais a decisão aplicará o correspondente direito”³⁹² (grifos nossos). Taruffo³⁹³ pondera que “não há qualquer antítese entre liberdade de convencimento e emprego de *critérios racionais* de valoração”, e afirma que a “a discricionariedade da valoração que o juiz deve formular lhe impõe a aplicação de *regras da razão* para chegar a uma decisão intersubjetivamente válida e justificável” (grifos nossos).

Zangrando³⁹⁴ discorre sobre os “sistemas de avaliação do *processo cognitivo* da prova”, esclarecendo que a avaliação recai sobre “todo o *processo cognitivo lógico-indutivo* que levou o juiz àquela convicção subjetiva”. Afirma que a prova, “como convicção subjetiva do juiz, é a conclusão da *operação cognitiva* sobre as informações trazidas pela utilização dos meios de prova”. E aponta como regras do sistema da persuasão racional a “observação da *lógica* e da *razão*” (grifos nossos).

Gorphe, em magistral síntese, demonstra o alcance do uso da razão no âmbito judicial, isto é, a racionalidade como fator de desenvolvimento do processo judicial, ao assim se expressar:

Em uma concepção racional da justiça, e especialmente das provas, a convicção que envolve a decisão deve ser a resultante lógica de um exame analítico dos

³⁸⁸ Escrita em 1.893, tornou-se obra clássica da literatura jurídica mundial: STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 6.

³⁸⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 332.

³⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. II, p. 477.

³⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 104.

³⁹² GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 374.

³⁹³ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 189.

³⁹⁴ ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. I, p. 704, 705 e 706.

fatos e de uma apreciação crítica dos elementos de prova. A convicção, portanto, passa do estado de simples crença subjetiva ao de um verdadeiro conhecimento objetivo, comunicável e controlável³⁹⁵. (tradução nossa)

Superada a técnica da prova legal, que contemplava regras definidoras do valor de cada tipo de prova, e uma vez firmado o então denominado princípio da prova livre ou livre convicção³⁹⁶, a eficácia de cada prova para a determinação do fato é fixada em cada caso, “*siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón*”³⁹⁷.

Toda essa dimensão do pensamento e da razão³⁹⁸, voltados para o desenvolvimento do processo judicial de conhecimento é, classicamente, estruturada pela doutrina de acordo com o seguinte silogismo: 1) a premissa maior: a lei, representada pelo conjunto das normas jurídicas abstratas e, especificamente, para cada caso, a norma de direito pertinente; 2) a premissa menor, os fatos alegados ou a situação de fato da causa e, especificamente, os fatos considerados como ocorridos; 3) a conclusão ou o dispositivo, o resultado a que chega o juiz, por intermédio da subsunção dos fatos à norma legal.

Este “esquema silogístico científico simplificado”³⁹⁹, com frequência utilizado pela doutrina para coordenar os elementos estruturais da sentença, tem recebido acentuada crítica, sobretudo pelo seu caráter reducionista. Dinamarco reconhece o fascínio que a ideia de compreender a sentença como um silogismo gerou na doutrina, mas afirma que essa aplicação perdeu seu interesse, por reconhecer não ser este o itinerário mental do juiz,

³⁹⁵ “*Dans une conception rationnelle de la justice, et notamment des preuves, la conviction qui emporte la décision doit être l’aboutissement logique d’un examen analytique des faits et d’une appréciation critique des éléments de preuve. Elle passe ainsi de l’état de simple croyance subjective à celui d’une véritable connaissance objective, communicable et contrôlable*” (GORPHE, François. *L’appréciation des preuves en justice: essai d’une méthode technique*, cit., 1947, p. 18).

³⁹⁶ Cf. tópico 2.4.

³⁹⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 387. Taruffo descreve as formas de racionalidade na passagem do sistema da prova legal para o da livre convicção do juiz: “*Es verdad también, pues, que se trata esencialmente del paso de una forma de racionalidad a otra distinta. La primera está marcada por la escolástica en un primer momento, después por el logicismo de los humanistas y, finalmente, por el delirio clasificatorio típico de la cultura barroca: por tanto, es una racionalidad analítica ligada a las jerarquías conceptuales y a las distinciones formalistas. La segunda es la racionalidad moderna, libre de vínculos formales, basada en la lógica de la probabilidad, inspirada en criterios científicos y en el sentido común, flexible y adaptable a las exigencias de la verdad empírica*” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 394-395).

³⁹⁸ E todos os seus consectários supra alinhados: consciência, atividade psíquica, processo mental, inteligência, intelecto, lógica, causas da razão, critérios racionais, regras da razão, racional, raciocínio, racionalidade, raciocínio do juiz, raciocínio judicial, operação ou processo cognitivo lógico-indutivo, operação cognitiva.

³⁹⁹ ZANGRANDO, Carlos. *Proceso do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. I, p. 81.

embora, ao final, deva a sentença apresentar-se como um silogismo⁴⁰⁰. Teixeira filho reconhece a aplicação desse silogismo à maioria dos casos, mas esclarece ser ele insuficiente para abarcar situações nas quais o raciocínio desenvolvido pelo juiz apresentasse muito mais complexo⁴⁰¹.

Com o sentido de abarcar as diversas etapas intelectuais desenvolvidas pelo juiz no exercício de sua atividade no processo judicial de conhecimento, Zangrando apresenta o que denomina de operação cognitiva judicial, com especial relevo sobre a reconstituição dos fatos e a capacitação técnica do magistrado⁴⁰².

É possível reafirmar, por fim, a correta opção feita pelo legislador ao estampar o vocábulo *razão* para compor o rol de elementos estruturais do sistema da persuasão

⁴⁰⁰ Após apresentar o silogismo em questão, explica Dinamarco: “Isso não significa que, no momento em que compõe a sentença, o juiz percorra consciente e racionalmente esse *iter*. A afirmação da *sentença como silogismo* foi muito combatida e perdeu prestígio, porque na realidade o juiz antes *intui* a decisão a tomar, formulando mentalmente sua hipótese de julgamento, para só depois *racionalizar* as intuições em busca de confirmação na prova e nos conceitos jurídicos. *Depois de redigida*, porém, a sentença apresenta-se realmente como um silogismo e como tal deve guardar coerência lógica entre seus elementos constitutivos, sendo imperfeita quando a decisão da causa não corresponder aos fundamentos adotados na motivação; como em todo silogismo, a conclusão não será legítima se não tiver apoio nas premissas assumidas como corretas” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 687-688).

⁴⁰¹ Esclarece Teixeira Filho: “Essa visão silogística da sentença, contudo, embora possa ser aceita com relação à maioria dos casos, revela-se insuficiente para definir aquelas situações em que o raciocínio desenvolvido pelo juiz, visando à solução do conflito de interesses, por meio da aplicação do preceito legal regulador da espécie, tem uma estrutura lógica muito mais complexa do que a dos silogismos (do grego *sylogismos*), entendidos estes como os argumentos compostos de três termos, que formam três proposições articuladas, das quais a terceira se deduz da primeira, por intermédio da segunda. Pensamos, pois, que a sentença seja algo que se situa além do silogismo, traduzindo um ato lógico e complexo do juiz, baseado na apreciação crítica e valorativa dos fatos submetidos à sua cognição, da qual extrai uma conclusão impositiva para as partes” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., v. II, p. 1208-1209).

⁴⁰² Discorre Zangrando: “Afim, como se opera a cognição judicial? Tudo começa com a demanda, é claro. Num primeiro momento, o juiz, ao receber a inicial, verifica a justiça do caso, de acordo com as informações advindas dos fatos narrados pelo autor, e dos meios de prova que acompanham a demanda. Posteriormente, oportuniza-se a *dialecicidade*, com a exposição da *antítese*, pelo réu. Porém, a solução do problema judicial não se resume apenas a essa estrutura dialética. É evidente a importância da análise dos dados jurídicos e fáticos. A análise dos dados jurídicos é de altíssima importância, por óbvio. Porém, mais importante ainda é a análise dos *dados fáticos*. O próprio aforismo ‘*narra mihi factum, narrabo tibi jus*, assim o revela, pois da informação sobre os fatos é que surge o meio para a narração do direito. O plano da reconstituição dos fatos relevantes para o julgamento da demanda é anterior ao seu enquadramento dentro dos esquemas abstratos das normas jurídicas. Avaliar bem os fatos, e analisar melhor ainda as informações probatórias são condições essenciais para que a decisão judicial melhor se aproxime do ideal de justiça. Nem mesmo naquelas questões nas quais o uso da equidade no julgamento é autorizada, se pode prescindir da boa e equitativa avaliação. A reconstituição dos verdadeiros fatos que ocorreram entre as partes agora em conflito se dará por intermédio de uma avaliação equitativa das informações obtidas pela utilização dos meios de prova e demais elementos constantes dos autos, temperada com aqueles outros elementos que influenciam no conhecimento, inclusive os ilógicos, que o juiz conseguirá chegar a uma conclusão *justa e equânime*. Além disso, há também de se considerar a *qualidade* do agente cognoscitivo: o juiz. O grande apuro técnico-jurídico que lhe é exigido já é muito conhecido. Mas há de reconhecer também outras áreas do conhecimento humano, como a Economia, a História, a Sociologia, a Política, a Filosofia etc. Tudo para obter assim uma visão o mais completa possível da questão que lhe foi posta à resolução” (ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. I, p. 87).

racional. Dentro do silogismo simples mas válido para descrever a atividade intelectual do juiz, o foco do sistema da persuasão racional está voltado para os critérios lógicos e regras da razão que o juiz aplica para a reconstrução dos fatos. O que interessa saber é quais são os possíveis e legítimos raciocínios que o juiz pode desenvolver ao realizar a apreciação da prova constante dos autos, que serão a base da formação do seu convencimento. Orientado pela busca da verdade como correspondência, no sentido de verificar nas provas o que ocorreu na realidade fática, a racionalidade da cognição do juiz a ser examinada é a da relação que ele estabelece com os elementos probatórios.

3.2.2 Razão como justificativa

O dever de o juiz indicar na decisão as *razões* da formação de seu convencimento aponta para dois elementos fundamentais do sistema da persuasão racional: transparência e controle.

Tudo indica que o legislador, como já frisado no tópico anterior, ao consagrar o vocábulo *razões* para que o juiz externe a formação do seu convencimento, fixou aspecto elementar e próprio da cognição judicial. Apresenta-se, assim, corretamente adaptada e harmonicamente ajustada a substituição do vocábulo *motivo*⁴⁰³. É possível afirmar que houve precisão de conceito com a nova nomenclatura, que mostra maior grau de exigibilidade para com o juiz ao indicar as razões de formação de seu convencimento e, por conseguinte, melhor aferição na correção do desenvolvimento do próprio sistema da persuasão racional.

Os sete primeiros significados atribuídos ao substantivo feminino *razão* pelo dicionário Houaiss⁴⁰⁴ bem demonstram o acerto da escolha desse termo. A seguir, cada um dos significados. *Razão*: 1) faculdade de raciocinar, no sentido de apreender, compreender, ponderar e julgar, indicando, pois, a inteligência em ação; 2) raciocínio que conduz à indução ou dedução de algo; 3) bom senso, juízo: a capacidade de avaliar com correção, com discernimento; 4) causa, origem: aquilo que provoca, ocasiona ou determina um

⁴⁰³ Dispõe o art. 131 do CPC (1973): “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. Código de Processo Civil (1973) cit., grifo nosso).

⁴⁰⁴ Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, *online*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

acontecimento ou a existência de algo; 5) argumento, motivo: justificação de um ato ou explicação de um fato; 6) argumento: recurso para convencer alguém, ou para alterar a opinião e o comportamento desse alguém; 7) justiça, a lei moral.

Para completar a ideia, na senda do sentido do vocábulo, *convencimento*⁴⁰⁵ denota ato ou efeito de convencer-se, convicção ou certeza de algo.

Assim, o dever de o juiz indicar *na decisão as razões da formação do seu convencimento*⁴⁰⁶ é a obrigação de exteriorizar, por intermédio de argumentos, os raciocínios desenvolvidos na apreciação das provas, que o levaram a um determinado convencimento sobre os fatos pertinentes à causa⁴⁰⁷. Passou a ser tecnicamente adequado e objetivamente exigível que o juiz apresente os critérios lógicos e racionais utilizados nas atividades da cognição judicial. A regra em destaque aponta para a necessidade de o juiz expor o raciocínio que o levou a estar convencido da ocorrência ou não de determinado fato. Dar a razão do convencimento é mostrar, de forma racional e lógica, porque certo aspecto da prova fez com que determinado fato tenha sido aceito ou demonstrado como aquilo que ocorreu na realidade.

Essa obrigação sobre a necessidade de o juiz ser transparente sobre as razões que o levaram a estar convencido da existência ou não de determinado fato ao apreciar as provas, permite a possibilidade de um controle pelas partes interessadas, e eventual reexame da matéria de fato. Esses dois aspectos, do reexame da matéria de fato e da exteriorização das razões da formação do convencimento, por intermédio dos fundamentos da decisão, serão abordados com detalhamentos, respectivamente, nos capítulos V e VI.

⁴⁰⁵ Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, *online*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

⁴⁰⁶ Dispõe o art. 371 do CPC (2015): “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. Código de Processo Civil (2015), cit., grifo nosso).

⁴⁰⁷ Sustenta Dinamarco, mesmo antes da alteração de nomenclatura de *motivos* para *razões*, relativamente ao dever do juiz sobre a formação de sua convicção: “Ele tem o dever de desenvolver, na motivação das decisões, o *iter* de raciocínio que, à luz dos autos, o leva a concluir que tal fato aconteceu ou não, que tal situação existe ou deixa de existir, que os fatos se deram de determinado modo e não de outro, que dado bem, serviço ou dano tem tal valor e não mais nem menos, *etc*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 106).

3.3 Prova

*Prova*⁴⁰⁸, como objeto da apreciação judicial e base da formação da convicção, permite circunscrever os limites de aplicação do sistema da persuasão racional⁴⁰⁹. As funções cognoscitiva⁴¹⁰ e persuasiva⁴¹¹ da prova propiciam as bases racionais da comunicação de informações e conhecimento a respeito dos fatos, bem como da construção do convencimento judicial. É também a garantia da possibilidade de controle do sistema.

Registre-se, inicialmente, a mudança legislativa. A delimitação do campo de incidência da avaliação, na disciplina anterior⁴¹², além da *prova*, prescrevia ao juiz dar atenção *aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes*. Atualmente, não há menção a qualquer outro elemento que derive da prova, ao contrário, há um ressaltado do seu caráter autônomo em relação à parte que a produziu. Esse caráter da prova é consagrado pela doutrina sob a denominada regra da aquisição da prova. A apreciação da prova, para a verificação da ocorrência ou não de determinado fato, considera o conjunto das provas constantes dos autos, independentemente de quem as tenha produzido⁴¹³.

O caráter objetivo do novo regramento, ao centrar todo o foco do sistema de apreciação na *prova*, permite, entretanto, detectar todos os elementos necessários para bem delimitar o campo de sua aplicação, que de resto não comportou novidades.

A doutrina⁴¹⁴ consagrou dois elementos que decorrem, objetivamente, da prova e, conseqüentemente, devem compor o campo de sua apreciação: a) os fatos nos quais se

⁴⁰⁸ O tópico 1.3 apresenta e analisa os principais aspectos doutrinários sobre o fenômeno probatório.

⁴⁰⁹ Dispõe o art. 371 do CPC (2015): “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. Código de Processo Civil (2015), cit., grifo nosso).

⁴¹⁰ Cf. tópico 1.3.1.

⁴¹¹ Cf. tópico 1.3.2.

⁴¹² Dispõe o art. 131 do CPC (1973). “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. Código de Processo Civil (1973), cit.).

⁴¹³ Dinamarco assim doutrina: “Essa é a regra da *aquisição da prova*, pela qual toda prova vinda aos autos se considera integrante do processou, ou *adquirida* por ele. Ela pode ter sido produzida pela parte a quem incumbia o ônus de provar o fato, ou mesmo pelo adversário. Pode ter vindo por iniciativa do fiscal da lei, do próprio juiz ou por acaso. Nada disso importa, diante do dever do julgar segundo o que estiver nos autos, sem restrições além daquelas referentes à ilicitude da prova” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 84).

⁴¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 333; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 104; TEIXEIRA FILHO, Manoel

funda a relação jurídica controvertida; b) as provas desses fatos ou, especificamente, as informações sobre esses fatos, trazidas ao processo por intermédio das provas.

Os fatos chegam ao processo sob a configuração de enunciados ou conjuntos de enunciados⁴¹⁵, os quais, por sua vez, são descrições das circunstâncias que os compõem⁴¹⁶. Assim, como bem sintetiza Taruffo, “*en el proceso, ‘el hecho’ es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado*”⁴¹⁷. Dinamarco utiliza a expressão “conjunto de alegações” para se referir à manifestação das partes sobre os fatos⁴¹⁸. E Marinoni e Arenhart utilizam a expressão “afirmação do fato” para indicar que a prova incide sobre as afirmações das partes a respeito dos fatos⁴¹⁹.

Assim, o campo de investigação do juiz, na apreciação da prova, está delimitado da seguinte forma: a) por um lado, pelo conjunto de enunciados, afirmações ou alegações das partes sobre os fatos, nos quais embasam o pedido e a defesa; b) por outro, pelas provas produzidas no processo.

Esta delimitação do campo de atuação do sistema da persuasão racional é a aplicação e a garantia de dois fundamentais princípios da jurisdição⁴²⁰: do devido processo legal e do contraditório⁴²¹. Se o fato sobre o qual se funda o pedido e a defesa não ingressa no processo na sua materialidade empírica, mas somente por intermédio das provas e do que asseveram as partes sobre ele, o convencimento do juiz somente poderá estar assentado em elementos advindos exclusivamente do processo sobre os quais as partes tiveram oportunidade de se manifestar. A consequência direta dessa configuração do sistema é a exclusão do conhecimento privado que o juiz tem ou venha a ter sobre o fato que interessa

Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., v. II, p. 993; ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. I, p. 706.

⁴¹⁵ Conforme aspectos examinados no tópico 1.3.1 sobre a função cognoscitiva da prova (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 113-114).

⁴¹⁶ TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado*, cit., p. 38.

⁴¹⁷ Idem. *La prueba de los hechos*, cit., p. 114.

⁴¹⁸ Segue Dinamarco: “O objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas a esses fatos e não os fatos em si mesmos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., t. III, p. 57).

⁴¹⁹ Assim se manifestam: “Ora, se o fato obviamente existe independentemente do processo, esse apenas pode servir para declarar a verdade acerca de uma afirmação de fato. A sentença de cognição exauriente, fundada no convencimento do juiz, declara somente a verdade ou a falsidade de uma afirmação” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 97).

⁴²⁰ ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. I, p. 706; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., t. III, p. 105.

⁴²¹ Artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

à causa na formação da sua convicção. A utilização desse conhecimento violaria os citados princípios constitucionais, rompendo o equilíbrio e a validade do sistema da persuasão racional. Como aponta Dinamarco, se o juiz tem conhecimento pessoal dos fatos concretos, poderá prestar depoimento como testemunha, quando então estará impedido de exercer seu mister⁴²².

Uma vez realizada a apreciação e formado o convencimento, subsiste íntegro o conjunto probatório que poderá ser objeto de nova apreciação ou reexame por um juízo colegiado⁴²³. A convicção formada pelo juiz monocrático pode ser substituída por outra convicção diversa, agora de um juízo colegiado, mas tendo por base o mesmo conjunto probatório utilizado por aquele. Neste sentido, a *prova* é a garantia do sistema da persuasão racional.

3.4 Apreciação da prova

A atividade do juiz de *apreciar a prova constante dos autos*⁴²⁴ comporta as seguintes etapas: a) análise do contexto da prova; b) verificação das regras legais; c) presunções e regras de experiência; d) valoração da prova. Esta atividade desenvolve o juízo sobre o fato, cujo ponto culminante é a valoração da prova.

Dinamarco descreve o que denomina de *exame da prova*, que bem pode ser aplicado ao amplo sentido de *apreciar* que se adota. Em suas palavras:

Exame da prova é a atividade intelectual consistente em buscar, nos elementos probatórios resultantes da instrução processual, pontos que permitam tirar conclusões sobre os fatos de interesse para o julgamento. O juiz procura por esse meio a reconstituição histórica de fatos passados ou o correto entendimento de situações presentes (estado dos bens, seu valor, valor do dano suportado *etc.*). Para isso, vale-se dos resultados dos meios de prova aplicados, que lhe favorecem a captação dos informes emanados das fontes probatórias examinadas. O exame da prova constitui delicada operação inerente ao exercício da jurisdição, da qual depende em grande parte a efetividade da justiça em cada

⁴²² Além dos princípios constitucionais, Dinamarco aplica o brocardo *Testis non est judicare* (À testemunha não compete julgar); e invoca os artigos 134, II, e 409, I, do CPC (1973), respectivamente, artigos 144, I, e 452, I, do CPC (2015) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., t. III, p. 105).

⁴²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., t. III, p. 110.

⁴²⁴ Dispõe o art. 371 do CPC (2015): “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. Código de Processo Civil (2015), cit., grifo nosso).

caso concreto. É essencial e indispensável a sensibilidade do juiz, associada à disposição a cumprir com empenho o dever de aprofundar a atenção tanto quanto lho exijam as dificuldades encontradas⁴²⁵.

Como se verá a seguir na análise das diversas etapas da apreciação da prova, a valoração é, além de uma atividade específica, uma *operação cognitiva do juiz*⁴²⁶ que vai sendo construída por intermédio de diversas hipóteses, premissas e raciocínios no desenvolvimento dessas etapas. É longo o caminho que se inicia com a apreciação das provas, que tem o seu ponto central na valoração da prova, e termina na sentença com a exteriorização das razões da formação da convicção, embora esta possa estar configurada bem antes da decisão final⁴²⁷.

3.4.1 Análise do contexto da prova

A atividade desenvolvida nesta etapa consiste na análise dos fatos pertinentes à causa em face do conjunto probatório produzido. O juiz tem, por um lado, o conjunto de enunciados, afirmações ou alegações das partes sobre os fatos, que embasam o pedido e a defesa, e, por outro lado, as provas produzidas no processo. Este momento inicial da apreciação é o confronto entre o que se pretendeu provar em relação aos fatos e as informações trazidas ao processo, por meio da prova, sobre esses fatos.

Para compreender esta etapa, é oportuno fixar algumas distinções estabelecidas pela doutrina relativamente aos fatos e às provas, bem como descrever as principais hipóteses sobre os graus de confirmação dos fatos pelas provas.

Os fatos a considerar na apreciação das provas são os controvertidos⁴²⁸. Fatos que não dependem de prova não necessitam de avaliação sobre sua correspondência com a realidade, e seus enunciados são aceitos como verdadeiros e produzem impacto direto na

⁴²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., t. III, p. 110.

⁴²⁶ Assim discorre Zangrando: “O sistema da ‘persuasão racional’ estabelece regras quanto à operação cognitiva do juiz, mas sem ditar a forma de sua certeza subjetiva. Mapeia-se, portanto, o caminho, mas sem indicar o fim da jornada, o qual ainda toca ao juiz, e a ninguém mais” (ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. I, p. 705, grifo do autor).

⁴²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 690-691.

⁴²⁸ Dinamarco claramente assim define: “A necessidade de provar é gerada pela *controvérsia* sobre os fatos. Controvérsia é choque de razões, alegações ou fundamentos divergentes, que se excluem – de modo que a aceitação de uma delas é negação da oposta e vice-versa (Carnelutti)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 58, grifo do autor).

dinâmica da avaliação dos fatos controvertidos. Legalmente é possível afirmar que não dependem de prova os fatos⁴²⁹: I) notórios⁴³⁰; II) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária⁴³¹; III) admitidos no processo como incontroversos⁴³²; IV) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade⁴³³.

3.4.1.1 Fatos principal e secundário, provas direta e indireta

Há uma simples mas importante distinção sobre os fatos e as provas que permite apreender os principais raciocínios desenvolvidos na apreciação das provas nestas etapas: fato principal e fato secundário; prova direta e prova indireta.

Fato principal⁴³⁴, também denominado de relevante⁴³⁵, influente⁴³⁶ e direto⁴³⁷, é aquele capaz de demonstrar diretamente a verdade das afirmações feitas na petição inicial ou contestação e, assim, determinar com quem está a razão. Fato secundário⁴³⁸, também

⁴²⁹ O atual código de processo civil manteve a estrutura e a redação do artigo (344) que na edição anterior (1973) lhe corresponde, apenas com apuro gramatical. Dispõe o art. 374 do CPC (2015): “Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁴³⁰ “A notoriedade é uma qualidade do fato que é conhecido no momento e no lugar em que a decisão é proferida” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 112).

⁴³¹ Com aperfeiçoamento de linguagem, o atual código de processo civil (2015) dispõe, em seu art. 389: “Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁴³² O exemplo clássico é a ausência de contestação em razão do ônus da impugnação específica (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 117-118); Dinamarco alude, também, à revelia (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 59).

⁴³³ Para Marinoni e Arenhart, a hipótese ora em questão, do inciso IV do artigo 374 do CPC (2015), que corresponde ao inciso IV do artigo 334 do CPC anterior, trata da presunção absoluta (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 127); Dinamarco trata esta hipótese legal como a da presunção relativa (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 119). De qualquer forma, aquela não admite prova em contrário, ao passo que nesta a prova é admitida. O tema das presunções é analisado em tópico adiante.

⁴³⁴ Taruffo trabalha com a perspectiva de narrativas (conjunto de enunciados) e insere, em um primeiro nível, os enunciados sobre as circunstâncias que descrevem o fato principal, que se equipara ao conceito acima desenvolvido (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 236-238).

⁴³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 64; TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., v. II, p. 924-925.

⁴³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 212.

⁴³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 98.

⁴³⁸ Na perspectiva de Taruffo, os fatos secundários estão no segundo nível das narrativas (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 236-238).

denominado de circunstancial⁴³⁹ e indireto⁴⁴⁰, não reúne condições de comprovar a verdade das afirmações, mas pode auxiliar no reconhecimento da ocorrência do fato principal.

A prova direta tem por objeto de sua incidência o fato principal, ou seja, aquele que pode demonstrar diretamente a verdade das afirmações sobre as quais se baseiam a petição inicial ou a defesa. A prova indireta toca o fato secundário, que não tem condições de demonstrar a verdade dos enunciados do fato direto, mas permite vislumbrar a sua ocorrência⁴⁴¹. Contudo, Marinoni e Arenhart⁴⁴² introduzem nesta equação entre prova direta e prova indireta um terceiro fator, com base em Carnelutti, relativo à percepção do juiz. Neste sentido, a diferença entre esses dois tipos de prova está na coincidência ou divergência entre o fato a provar e o fato percebido pelo juiz, ou seja, entre o objeto da prova e o objeto da percepção do juiz. O interesse desta diferença está no ponto em que nem sempre a prova permite uma percepção direta do fato, seja este fato principal ou secundário.

A importância dessas distinções para o sistema da persuasão racional reside nos seguintes aspectos. Na prova direta, não é necessário nenhum raciocínio inferencial do juiz pois a prova diz respeito ao fato principal. A questão é saber se a prova direta foi suficientemente convincente ou capaz de demonstrar o fato principal. É o momento da valoração. Na prova indireta, superado o momento da valoração e reconhecido o seu poder de convicção, o juiz precisa desenvolver raciocínios dedutivos ou formular hipóteses para, partindo dos fatos secundários provados, tirar conclusões a respeito do fato principal.

Dinamarco⁴⁴³ equipara a prova indireta ao indício, ao afirmar que o juiz se apoia nos fatos que em si mesmos não possuem relevância (fato secundário) no julgamento, para, com base neles, mediante a técnica da presunção, extrair conclusões sobre o fato relevante (fato principal). Marinoni e Arenhart⁴⁴⁴ situam o fato indiciário no mesmo plano classificatório do fato direito, que permite ao juiz, por intermédio de um raciocínio judicial dedutivo, demonstrar as afirmações sobre o fato direito.

⁴³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 67.

⁴⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 98.

⁴⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 91.

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 98-101.

⁴⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 91.

⁴⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 101-103.

3.4.1.2 Hipóteses de confirmação dos fatos pelas provas

Vejam-se agora as principais hipóteses sobre os graus de confirmação dos fatos pelas provas. É possível levantar hipóteses sobre os enunciados, afirmações ou alegações em função da prova produzida, que podem oscilar entre verdadeiras e falsas. Taruffo⁴⁴⁵ apresenta seis hipóteses gerais sobre o fato principal para resolver a incerteza sobre a sua verdade ou falsidade. São as seguintes, colocando como premissa o fato principal: a) não teve nenhuma confirmação; b) teve confirmação fraca; c) teve confirmação forte; d) a falsidade do fato não teve qualquer confirmação; e) a falsidade do fato teve confirmação fraca; f) a falsidade do fato teve confirmação forte.

Taruffo estabelece os seguintes parâmetros com as seis hipóteses, relativos ao trabalho do juiz na reconstrução conclusiva dos fatos: 1) descarte das hipóteses “a” e “f”, em razão de que o fato principal não demonstrado ou provada sua inexistência, não é possível ser levado em consideração; 2) descarte das hipóteses “b”, “d” e “e”, por um lado porque a veracidade do fato não está suficientemente confirmada e, por outro lado, porque a falsidade não está demonstrada de forma adequada pelas provas; 3) no âmbito do processo judicial, Taruffo firma a necessidade de o juiz mencionar também os fatos que não tiveram suas descrições sustentadas por confirmação probatória adequada ou resultaram falsas, sobretudo no que diz respeito às regras de distribuição do ônus da prova e para os efeitos da motivação da decisão.

Citado autor apresenta um quadro de compatibilidades, ponderando a relevância dos possíveis nexos de compatibilidade/incompatibilidade para efeito de coerência do raciocínio que o juiz desenvolve, em função do grau de confirmação probatória que cada hipótese recebeu: 1) “a” é compatível com “d” e “f”; 2) “b” é compatível “d” e “e”, mas não é compatível com “f”; 3) “c” é compatível com “d” e com “e”, e não é compatível com “f”.

Essas hipóteses sobre as possibilidades de confirmação que cada fato pode receber em face da respectiva prova, se por um lado podem auxiliar na fixação de premissas no desenvolvimento da apreciação da prova, por outro lado não substituem e não podem resolver a questão central da apreciação da prova que é a sua valoração.

⁴⁴⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 250.

O sistema da persuasão racional, ao concluir seu trabalho de valoração da prova e formação da convicção do juiz, define quais hipóteses de trabalho estão corretas, à medida que determina e resolve, em relação a essas hipóteses, dois problemas: a) o grau de confirmação que cada fato deve obter para ser considerado provado; b) o grau de confirmação de cada fato.

Por fim, o trabalho com hipóteses, como as que foram apresentadas, levanta a tendência à utilização de raciocínios probabilísticos para a confirmação probatória de um fato.

Adota-se a posição de Taruffo⁴⁴⁶, para quem “o grau de confirmação probatória de um enunciado não pode ser quantificado em termos probabilísticos”⁴⁴⁷. Como Taruffo, a maioria dos estudiosos sobre o fenômeno probatório no processo entende que a probabilidade estatística não é adequada para o raciocínio probatório no Direito⁴⁴⁸. Sem adentrar nos aspectos técnicos sobre a impossibilidade de determinar o grau de confirmação de uma prova em termos de frequência estatística, que extrapolariam os limites deste trabalho, há três ordens de ideias que permitem abarcar a posição adotada.

O raciocínio probabilístico é próprio das situações nas quais os raciocínios sobre os fatos não podem ser certos. Esta incerteza deriva, basicamente, de uma perspectiva cética sobre as possibilidades de encontrar a verdade ou da impossibilidade de encontrar a verdade absoluta dos fatos no processo. São diversas, entretanto, as posições até aqui adotadas. As conclusões afirmadas no tópico sobre a verdade decorrem da possibilidade de encontrar a verdade no processo judicial, tendo por referência a verdade por correspondência. A verdade dos enunciados (afirmações, asserções, alegações) sobre os fatos que interessam à causa é determinada pela realidade desses fatos. Não há verdade absoluta no processo. A verdade no processo é relativa à qualidade das informações trazidas por intermédio das provas.

⁴⁴⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 190-220; Idem. *A prova*, cit., p. 29-31; Idem. *Processo Civil Comparado: ensaios*, cit., p. 47-48; Idem. *Uma simples verdade*, cit., p. 251-252.

⁴⁴⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 251. Taruffo realiza uma ampla demonstração sobre a impossibilidade de as teorias da probabilidade proporcionarem uma solução para os problemas da prova em juízo, analisado o teorema de Bayes, bem como as teorias dos suecos Ekelöf, Halldén e Edman, e de Schafer (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 193-215).

⁴⁴⁸ Beltrán cita vários autores ao afirmar: “*La mayoría de los teóricos de la prueba en el contexto del proceso judicial consideran muy claramente que la probabilidad frecuentista o estadística no es adecuada para dar cuenta del razonamiento probatorio en el derecho porque no dice nada acerca de lo que importa de forma general al proceso: los hechos individuales [...]*” (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 98).

A segunda ideia, que tem sustentado o hábito de atribuir valor numérico, em número decimal ou percentual, ao grau de confirmação de uma prova em relação a determinado fato, não tem fundamento. Explica Taruffo: “funda-se na ilusão (totalmente falaciosa) de que tudo pode ser quantificado numericamente, e que o que se traduz em números (geralmente sem qualquer fundamento) é mais exato e, portanto, mais racional do que aquilo que não é *contado*”⁴⁴⁹.

Em terceira ordem, é possível a utilização da probabilidade quantitativa e, particularmente, sob a forma de frequências estatísticas, para o desenvolvimento de raciocínios probatórios. Taruffo relata a utilização da probabilidade estatística para efeitos probatórios em setores específicos⁴⁵⁰. A condição de sua validade ocorre quando os dados estatísticos estão apoiados em fundamentos científicos.

3.4.2 Verificação das regras legais

As regras legais que balizam o sistema da persuasão racional podem ser agrupadas em três classes. Essas normas formam a base para o desenvolvimento da apreciação da prova e traçam alguns parâmetros para a sua realização: a) normas operacionais do sistema probatório⁴⁵¹; b) normas que estabelecem vínculos à formação do convencimento do juiz⁴⁵²; c) normas que reafirmam a liberdade na valoração da prova⁴⁵³. Será analisada cada uma dessas classificações.

O ingresso de informações no processo judicial a respeito das afirmações, alegações e enunciados sobre os fatos deve seguir estritamente as regras que regulam o requerimento, a admissão e a produção da prova. Se por um lado, as regras de regulamentação sobre a prova limitam a quantidade de informação que pode ser trazida ao processo⁴⁵⁴, por outro

⁴⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 251-252.

⁴⁵⁰ Taruffo alude a dois exemplos: a) quando o resultado da prova está formulado em probabilidade estatística, como as provas hematológicas ou biológicas e nas hipóteses de diagnóstico médico; b) quando o dado estatístico existe, embora sua relevância seja discutível, como no caso da frequência sobre a percepção ou memória de determinados fatos, em dadas condições, no âmbito experimental da psicologia cognitiva (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 220-221).

⁴⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 108.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 106

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 108.

⁴⁵⁴ Por exemplo, as normas que estipulam o número de testemunhas e os requisitos para sua admissão nesta condição: no processo civil, o máximo de 10 testemunhas para cada parte, sendo até três para cada fato - artigo 357, § 6º, do CPC (2015); no processo do trabalho, o máximo de 3 testemunhas para cada parte no

lado, a observância dessas regras é a garantia de que as informações extraídas das provas podem ser apreciadas de forma legítima para que sejam valoradas e formem a convicção. Pondera Taruffo⁴⁵⁵ que a regulamentação jurídica da prova tem a finalidade de prevenir erros na valoração da prova e garantir a aceitabilidade da prova. Explica Dinamarco⁴⁵⁶ que essas normas operacionais do sistema não são valorativas.

Vínculos normativos à convicção do juiz, no dizer de Dinamarco⁴⁵⁷, estão nas normas que (1) definem limites à admissibilidade ou à eficácia de algum meio de prova e (2) estabelecem parâmetros para a eficácia da prova. Alguns exemplos da primeira⁴⁵⁸: a) restrição da admissibilidade da prova testemunhal, quando houver começo de prova escrita emanado da parte contra quem se pretende produzir prova, quando a lei exige prova escrita da obrigação⁴⁵⁹, b) exigência de perícia para a prova de fatos que exigem conhecimento técnico ou científico⁴⁶⁰; no âmbito do processo do trabalho, para caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade⁴⁶¹; c) a inadmissibilidade e ineficácia das provas obtidas por meios ilícitos⁴⁶². E em relação à segunda: a) a exigência legal da língua portuguesa para a validade de documentos em juízo⁴⁶³; b) a certidão do registro civil para prova do casamento⁴⁶⁴.

A terceira classificação diz respeito às normas que, segundo Dinamarco⁴⁶⁵, reafirmam, em hipóteses particularizadas, a *regra central do livre convencimento*. A seguir, alguns exemplos dos indicados pelo autor: a) normas que autorizam a oitiva de testemunhas menores, impedidas ou suspeitas, expressamente regulando que o “juiz lhes

procedimento ordinário (artigo 821 da CLT) e até 2 para cada parte no procedimento sumaríssimo (artigo 852-H da CLT); incapacidade, impedimento e suspeição das testemunhas (artigo 477 do CPC (2015) e artigo 829 da CLT).

⁴⁵⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 421.

⁴⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 108.

⁴⁵⁷ Dinamarco também relaciona nesta categoria as normas que estabelecem presunções legais relativas, que são analisadas no próximo tópico, em razão de sua especificidade e abrangência (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 106).

⁴⁵⁸ Exemplos retirados de Dinamarco, atualizados de acordo com o novo CPC (2015), menos o contido na letra “a” da primeira hipótese (para o qual o autor faz referência ao artigo 401 do CPC (1973), pelo qual a prova exclusivamente testemunhal estava limitada aos contratos de valor até o décuplo do maior salário mínimo vigente no país ao tempo de sua celebração), e o exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁴⁵⁹ Art. 444 do CPC (2015).

⁴⁶⁰ Arts. 156, 375, parte final, e 443, II, 2ª parte, do CPC (2015).

⁴⁶¹ Art. 195, § 2º, da CLT.

⁴⁶² Art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

⁴⁶³ Arts. 224 do CC e 192, parágrafo único, do CPC (2015).

⁴⁶⁴ Art. 1.543 do CC.

⁴⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 108.

atribuirá o valor que possam merecer⁴⁶⁶; b) normas que consagram a possibilidade de o juiz atribuir o valor que a prova pericial merecer, apesar da imposição legal da prova técnica, bem assim quando determinada uma segunda perícia⁴⁶⁷.

Por fim, acolhe-se o entendimento de Dinamarco, de que as normas⁴⁶⁸ que estabelecem requisitos formais para a existência de determinados negócios jurídicos não interferem nos critérios para a formação do convencimento do juiz⁴⁶⁹:

A “prova” solene não é prova mas elemento jurídico-substancial do negócio. Se não disponho de escritura pública de compra-e-venda de imóvel, não adquiri; e, se o direito material estabelece que por outro modo não posso ter adquirido, de nada me valeria provar o ajuste feito com o “vendedor”. Ajustes nessas circunstâncias, sendo *irrelevantes* perante o direito material, ficam *fora do objeto da prova* em pleitos onde se discuta sobre o domínio imobiliário⁴⁷⁰. (grifos do autor)

3.4.3 Presunções e regras de experiência

Dentro do acervo do qual dispõe o juiz para a apreciação das provas, figuram as presunções e as regras de experiência, que serão analisadas a seguir, com a indicação de alguns exemplos no âmbito do processo civil e do processo do trabalho. As presunções têm por finalidade facilitar a prova⁴⁷¹. As regras de experiência, por sua vez, permitem a análise da relação entre o fato secundário e o fato principal e a construção de ilações a respeito dessa relação⁴⁷².

⁴⁶⁶ O exemplo está atualizado, pois o novo código de processo civil (2015) acrescentou a possibilidade da oitiva de *testemunhas menores*; artigo 477, § 4º e § 5º, do CPC (2015).

⁴⁶⁷ O artigo 479 do CPC (2015) agora faz referência direta ao artigo 371, voltando a utilizar o vocábulo “motivo” para as justificativas de o juiz considerar ou não as conclusões do laudo pericial, nos seguintes termos: “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”; e artigo 480, § 3º, do CPC (2015), expressamente dispondo que a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de cada uma delas (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁴⁶⁸ Artigos 108 do CC e 406 do CPC (2015).

⁴⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 108.

⁴⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 108.

⁴⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 114; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 130.

⁴⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 121; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 141.

3.4.3.1 Presunções: definição e classificação

A presunção, questionada na doutrina⁴⁷³, é um processo racional do intelecto ou processo mental⁴⁷⁴, por intermédio do qual, a partir do conhecimento de um fato, chega-se à conclusão, aceitação ou inferência de outro fato, até então controvertido, admitindo-o como existente, sem que tenha havido prova a seu respeito.

Quatro fundamentos subsequentes estruturam a presunção: 1) a cultura dos povos e a experiência pessoal do homem revelam a existência de relações razoavelmente contínuas entre a ocorrência de um fato a de outro fato⁴⁷⁵; 2) o conhecimento de um determinado fato pode ser induzido pela constatação de outro, com o qual, de maneira regular, está associado⁴⁷⁶; 3) a observação e a constatação empírica desta relação de constância entre dois fatos ou acontecimentos: onde acontece um, normalmente acontece o outro⁴⁷⁷; 4) situações nas quais o juiz, em face da prova, não tem elementos suficientes para configurar a ocorrência dos fatos principais, mas apenas elementos que os tangenciam, embora suficientes para induzir que tais fatos principais ocorreram⁴⁷⁸.

Dois momentos definem o ciclo da presunção: a) momento inicial: prova do fato secundário, também denominado de indireto, fato-base ou indício⁴⁷⁹; b) momento final: o reconhecimento da ocorrência do fato principal. A doutrina refere-se a este tipo de prova como *prova crítica*⁴⁸⁰. A prova do fato secundário importa uma valoração, operação a ser examinada em tópico à frente. Esclareça-se, entretanto, que o fato secundário pode ser um fato incontroverso ou notório, situação na qual não dependerá de prova.

A presunção é um juízo intermediário⁴⁸¹, entre a prova do fato secundário ocorrido e a conclusão da existência do fato principal. Este juízo intermediário é uma “inferência lógica ou critério racional indutivo de normalidade ou probabilidade lógica da coexistência

⁴⁷³ Marinoni e Arenhart assim afirmam: “De natureza controvertida e de função questionada na doutrina (especialmente a da doutrina penal), as presunções formam importante capítulo no sistema probatório” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 131); Taruffo também investe contra as presunções criadas pelos tribunais (TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 151-152).

⁴⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., vol. I, p. 113 e 76.

⁴⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 113.

⁴⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 131.

⁴⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 76.

⁴⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 131.

⁴⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 113.

⁴⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 131.

⁴⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 133-134.

de ambos os fatos”⁴⁸². A doutrina ainda distingue os aspectos intensivo e extensivo para mensurar o valor da presunção⁴⁸³: o aspecto extensivo diz respeito à capacidade da presunção demonstrar a totalidade ou não do fato principal, ao passo que o aspecto intensivo refere-se à possibilidade ou não da prova secundária levar à conclusão de outro fato que não o fato principal.

Classificam as presunções, segundo a doutrina, em legal⁴⁸⁴ e judicial⁴⁸⁵. A legal, por sua vez, está subdividida em absoluta⁴⁸⁶ e relativa⁴⁸⁷.

As presunções estabelecidas por lei têm por base um silogismo racional indutivo utilizado pelo legislador com razoável grau de probabilidade de que um fato seja indício de outro fato. Havendo elevado grau de probabilidade de que a relação entre a ocorrência de um fato com a de outro fato se mantenha constante, tem-se a denominada presunção absoluta. Quando este grau de probabilidade for menor, afigura-se a presunção relativa. Com maior grau de probabilidade, o nível de certeza da ocorrência dos fatos gera um risco menor de não haver esta relação entre os fatos, ao passo que com menor probabilidade e nível de certeza reduzido, há maior risco de que a existência de um fato não resulte naquele outro fato previsto.

A presunção absoluta, também denominada de peremptória, *juris et de jure*⁴⁸⁸, irrefutável ou conclusiva⁴⁸⁹, é instituto de direito material, com reflexos no direito probatório. Dinamarco esclarece que na presunção absoluta “o legislador constrói certas *ficções* e nelas se apoia para impor as consequências jurídicas que entende convenientes”⁴⁹⁰. Marinoni e Arenhart explicam que, “fixada a hipótese normativa abstrata, a presunção desvincula-se completamente do raciocínio que a autoriza, incidindo no caso concreto independentemente de qualquer valoração lógica ulterior”⁴⁹¹. Não há nenhum nível de indagação diante da presunção absoluta. Afasta-se qualquer

⁴⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 133.

⁴⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 135.

⁴⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., t. III, p. 115-116; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 132.

⁴⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 121-124; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 132-136.

⁴⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 116-118; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 139-140.

⁴⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 120-121; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 136-138.

⁴⁸⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 83

⁴⁸⁹ TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 149.

⁴⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 116.

⁴⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 139.

questionamento sobre suas premissas. Uma verdade formal acerca do fato presumido fica estabelecida. Não se admite, portanto, prova em contrário.

Para exemplos de presunção absoluta, citam-se⁴⁹²: a) a presunção da boa-fé do possuidor, quando sua posse adequada for de quinze anos ou mais, para a consumação do usucapião extraordinário⁴⁹³; b) a presunção de fraude dos direitos de outros credores, pelas garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor⁴⁹⁴. No âmbito Trabalhista⁴⁹⁵, na falta de informação, a presunção da existência de condição essencial ao contrato de trabalho verbal, como se os interessados a tivessem estatuído, em conformidade com os preceitos pertinentes à sua legitimidade⁴⁹⁶.

A presunção relativa, também chamada de condicional, disputável e *juris tantum*⁴⁹⁷, possui um menor grau de probabilidade de um fato principal estar em relação estável com um fato secundário, mas o suficiente para o estabelecimento da ocorrência daquele em função da existência deste. Todavia, por esta menor probabilidade, se por um lado dispensa a prova do fato principal, por outro lado, permite que a parte desfavorecida pela presunção possa produzir prova para inverter a sua lógica. Sua previsão está artigo 374 do CPC (2015)⁴⁹⁸, com a função de alterar a distribuição do ônus da prova.

Algumas previsões legais que encerram presunção relativa⁴⁹⁹: a) a presunção de comoriência, quando o falecimento de dois ou mais indivíduos ocorrem na mesma ocasião e não se pode averiguar se houve precedência nas mortes⁵⁰⁰; b) presunção de pagamento de todas as quotas anteriores em face da quitação da última⁵⁰¹; c) presunção de que toda construção ou plantio existente no terreno tenha sido realizada pelo proprietário e à sua custa⁵⁰². Na seara Trabalhista: a) a presunção de que o empregado obrigou-se a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal, diante da falta de prova ou

⁴⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 116-117.

⁴⁹³ Art. 1.238 do CC.

⁴⁹⁴ Art. 163 do CC.

⁴⁹⁵ ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. I, p. 695; JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 641; Teixeira Filho afirma que o exemplo em questão é de presunção relativa (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., t. II, p. 1164).

⁴⁹⁶ Art. 447 da CLT.

⁴⁹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 83.

⁴⁹⁸ Dispõe o art. 374 do CPC (2015): “Não dependem de prova os fatos: [...] IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁴⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 120-121.

⁵⁰⁰ Art. 8º do CC.

⁵⁰¹ Art. 322 do CC.

⁵⁰² Art. 1.253 do CC.

inexistindo cláusula expressa⁵⁰³; b) a presunção de validade dos recibos de quitação ou pedidos de demissão, ainda que não homologados ou assistidos por sindicato, dos empregados das entidades especificadas⁵⁰⁴.

A presunção judicial, conhecida também por *simples, comum, de homem*⁵⁰⁵, é a dedução da ocorrência de um fato em razão da prova de outro fato, por intermédio de um raciocínio operado exclusivamente pelo juiz. A possibilidade desse juízo intermediário entre um fato provado e um fato probando está assentada em um critério racional indutivo de normalidade ou de probabilidade lógica de ocorrência de ambos os fatos. Esta inferência lógica enunciada pelo magistrado ocorre de um fato secundário ou indício para o reconhecimento da existência do fato principal. O fato secundário, que é a base para a formulação da presunção, conforme acima já apontado, pode ser um fato incontroverso, um fato notório ou então provado.

Além dos aspectos intensivo e extensivo da presunção, acima apontados, Amaral Santos⁵⁰⁶ também distingue, baseado em doutrina, os seguintes caracteres a serem considerados na formulação de uma presunção: a) gravidade, que é a capacidade de gerar probabilidades com eficácia de criar convicção; b) precisão, ou seja, não dá margem à dúvidas ou contradições lógicas; c) concordância, quando, sendo várias as presunções, estas devem ser concordes quanto ao mesmo resultado, ressalvando, ainda, a possibilidade de o juiz louvar-se numa única presunção.

Dinamarco afirma que as ilações da presunção judicial “são fruto de sua própria construção inteligente ou do alinhamento a outras anteriormente fixadas em casos

⁵⁰³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., v. II, p. 1164; JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito Processual do Trabalho*, cit., p. 641.

⁵⁰⁴ São as seguintes as entidades: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica (Art. 1º, I, do Decreto-lei 779/69. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0779.htm>. Acesso em: 11 maio 2015); ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., v. I, p. 695.

⁵⁰⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2, p. 505.

⁵⁰⁶ Pondera Amaral Santos: “Conquanto seja o juiz livre na formação do seu convencimento, fundado nas presunções que extrair, andará sempre com elogiável prudência se considerá-las nos seus caracteres de *gravidade, precisão e concordância* antes de dar-se por convencido. A delicadeza da prova por presunção de homem recomenda ao juiz valer-se do critério, aconselhado pela doutrina, acolhido por várias legislações e calcado em experiência milenária, de estabelecer convicção quando as presunções sejam *graves, precisas e concordantes*” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, cit., v. 2, p. 505).

precedentes pelos tribunais, com a constância suficiente para caracterizar determinadas *linhas jurisprudenciais*⁵⁰⁷.

3.4.3.2 Regras de experiência: definição e classificação

O fundamento legal para que o juiz possa formular presunções está no artigo 375 do CPC⁵⁰⁸. Esta norma compõe o sistema da persuasão racional e é corolário do artigo 371 do CPC na atividade da apreciação da prova. E há sensível modificação em relação à igual norma no código de processo civil de 1973⁵⁰⁹, pois não há mais o requisito da falta de normas jurídicas particulares⁵¹⁰ para que o juiz aplique, na apreciação da prova, “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica”. Esta nova regulamentação sobre a aplicação das regras de experiência amplia sua utilização no âmbito da apreciação da prova.

Outra importante alteração legislativa, que ampliou o espectro de utilização dos raciocínios judiciais por presunção, é a revogação expressa do artigo 230 do código civil⁵¹¹ pelo novíssimo código de processo civil⁵¹². Vale dizer, por exemplo, que é cabível a presunção judicial na apreciação de prova documental e pericial⁵¹³.

⁵⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 122.

⁵⁰⁸ Dispõe o art. 375 do CPC (2015): “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. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁵⁰⁹ Dispõe o art. 335 do CPC (1973): “*Em falta de normas jurídicas particulares*, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit., grifo nosso).

⁵¹⁰ Esclarece Amaral Santos, quando então havia o requisito da falta de normas jurídicas particulares: “As regras de experiência, sem o uso das quais especialmente nos sistemas em que atua o princípio da livre apreciação da prova dificilmente poder-se-á chegar à verdade quanto aos fatos, se encontram no plano das normas de que o juiz deverá utilizar-se, salvo a existência de *normas* jurídicas a respeito, que sobre elas prevalecem. Assim, por exemplo, o juiz não poderá valer-se de máximas de experiência em face de presunções legais, mas, necessariamente, delas se utilizará, como premissa maior, em face do indício, para extrair uma presunção de homem” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. IV, p. 42-43).

⁵¹¹ Dispõe o art. 230 do CC: “As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.” (BRASIL. Código Civil (2002). *Vade Mecum*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 149-289)

⁵¹² Art. 1.072, II, do CPC (2015).

⁵¹³ Dispõe o art. 443 do CPC (2015): “O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre os fatos: [...]; II – que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

No processo do trabalho, a aplicação subsidiária⁵¹⁴ da norma em questão ao procedimento ordinário convive com a previsão expressa no procedimento sumaríssimo⁵¹⁵.

As regras de experiência comum são a base de sustentação do raciocínio judicial na construção do juízo intermediário entre o fato secundário e o fato principal. Para que o juiz possa raciocinar a partir de um fato e, com base nele, tirar deduções, é fundamental que ele seja compreendido no contexto dos acontecimentos. Essa compreensão resulta da experiência da observação do fato e do senso comum a seu respeito. Marinoni e Arenhart, em brilhante síntese, após análise crítica dos conceitos clássicos ligados ao tema, assim equacionam o instituto:

Isso tudo quer dizer que as regras de experiência comum não são apenas aquelas que, induzidas a partir da experiência, permitem um *raciocínio dedutivo capaz de afirmar a verdade de um fato*, mas também aquelas que, surgidas do senso comum e também ancoradas na experiência, são fundamentais para o juiz *compreender* um fato e, especialmente, a relação entre o indicio e o fato essencial, ainda que não sejam capazes de garantir a *incontestabilidade do raciocínio inferencial que ligou um ao outro*⁵¹⁶. (grifos dos autores)

As regras de experiência técnica, por sua vez, resultam da observação do que ordinariamente ocorre sobre os fatos a partir do manuseio de técnicas. Essas técnicas, além de serem do senso comum, estão legitimadas pela comunidade científica. No mais, quando o conhecimento a respeito do fato depender da aplicação técnica de conhecimento científico, deve-se observar a exigência legal do exame pericial⁵¹⁷.

Dinamarco⁵¹⁸ cita, como exemplo de presunção judicial, a culpa do motorista que acerta a traseira de outro veículo, ao argumentar que, de acordo com o conhecimento das pessoas em geral, ordinariamente este tipo de colisão é causado por uma ou mais das três causas: a) ineficiência ou desgaste dos pneus (negligência); b) incapacidade de avaliar e frear o veículo a tempo (imperícia); c) excesso de velocidade ou demasiada aproximação do veículo da frente (imprudência). Outra hipótese citada de raciocínio judicial baseado no

⁵¹⁴ Art. 769 da CLT

⁵¹⁵ Dispõe o art. 852-D da CLT. “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, *bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica*” (BRASIL. Consolidação da Leis do Trabalho (1943), cit., grifos nossos).

⁵¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 143-144.

⁵¹⁷ Arts. 156, 375, parte final, e 443, II, 2ª parte, do CPC (2015); art. 195, § 2º, da CLT.

⁵¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 123.

senso comum, que integra as regras de experiência, é a presunção de que a cessão de imóvel ocorre a título oneroso.

Na esfera Trabalhista, tem-se o exemplo⁵¹⁹ das anotações nos cartões de ponto da jornada de trabalho do empregado. Em face da experiência ordinária e do senso comum do dia a dia das relações de emprego, consagrou-se a presunção judicial sobre o fato de que documentos de controle da jornada com marcações rígidas ou invariáveis de horário de entrada e saída são inválidos. Esta presunção judicial importou distribuição do ônus da prova a cargo do empregador, e sua consagração pela jurisprudência dos tribunais erigiu-a ao patamar de súmula do Tribunal Superior do Trabalho⁵²⁰. Um exemplo⁵²¹ no âmbito do processo do trabalho é a presunção de recebimento da notificação em 48 (quarenta e oito) horas após sua postagem, com distribuição do ônus da prova ao destinatário sobre o seu não recebimento ou recebimento após esse prazo. Esta presunção também está sumulada⁵²².

3.4.4 Valoração da prova

No sistema da persuasão racional, valorar⁵²³, estimar ou avaliar⁵²⁴ a prova é estabelecer um vínculo final entre os meios de prova utilizados no processo e a veracidade ou falsidade das alegações, afirmações ou enunciados declinados pelas partes relativamente aos fatos⁵²⁵. O conjunto probatório produzido nos autos é estimado em relação às hipóteses fáticas. É o momento de determinar o valor de cada um dos elementos⁵²⁶ de prova em relação a um fato.

A doutrina distingue dois momentos sobre a valoração da prova⁵²⁷: a) a valoração da prova que é realizada após o encerramento da instrução probatória e externada na

⁵¹⁹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito Processual do Trabalho*, cit., p. 641.

⁵²⁰ Súmula 338, item III, do TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

⁵²¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., t. II, p. 1165.

⁵²² Súmula 16 do TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

⁵²³ TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 130, 135, 137; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 91.

⁵²⁴ Afirma Amaral Santos: “avaliação: o processo intelectual destinado a estabelecer a verdade produzida pelas provas” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 326).

⁵²⁵ TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 130.

⁵²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 100; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 33.

⁵²⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 91.

sentença em face das exigências da indicação das razões de formação do convencimento e da motivação; b) a valoração da prova que é realizada pelo juiz durante a produção da prova, pela qual se determina, por exemplo, a produção de uma nova prova, de ofício ou a requerimento da parte, em face da insuficiência ou falta de credibilidade da prova para a formação da convicção⁵²⁸.

A aquilatação do conjunto probatório incide diretamente sobre os elementos de prova ou dados probatórios⁵²⁹, independentemente dos meios ou fontes pelos quais chegaram ao processo⁵³⁰. Para cada um desses dados ou elementos de prova é atribuído um valor. Essa atribuição de valores representa o peso que cada um desses elementos tem sobre as alegações, afirmações ou enunciados do fato. Os valores dos elementos de prova, considerados individualmente e em conjunto, sustentam as conclusões a respeito dos fatos.

O resultado da valoração da prova realizada pelo juiz, com base nos elementos de prova, define se o enunciado de um fato está provado ou demonstrado ou se não houve tal demonstração por falta ou insuficiência de prova. Esta definição resulta na decisão final positiva ou negativa sobre a veracidade das alegações, afirmações ou enunciados sobre o fato⁵³¹. A definição da veracidade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos representa a verdade alcançada no processo judicial.

3.4.4.1 Racionalidade, critérios e controle na valoração da prova

A determinação do valor de cada elemento de prova levanta o debate da necessidade de formular *critérios, instrumentos, modelos de constatação* ou *standards*⁵³² *jurídicos de prova*⁵³³, com a finalidade de estabelecer mecanismos de controle tanto

⁵²⁸ Cf. tópicos 3.5.2 e 3.7.

⁵²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, in YARSHEL, Flávio Luiz, MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrina Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 308-309.

⁵³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 100.

⁵³¹ TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 130.

⁵³² O vocábulo *standard* é da língua inglesa e significa *padrão, tipo, modelo, norma* (Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, *online*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 04 maio 2015); seu uso está consagrado no âmbito jurídico, cf. KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.

⁵³³ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, cit., p. 50.

endoprocessuais quanto *extraprocessuais*⁵³⁴. Para compreender essa discussão e prosseguir na descrição dos parâmetros que a doutrina tem construído para a valoração da prova, é necessário mencionar, sucintamente, dois aspectos históricos.

O primeiro deles está ligado aos efeitos que o desaparecimento do sistema da prova legal provocou na construção e consolidação do sistema da persuasão racional. Esta mudança criou o que Taruffo⁵³⁵ denomina de um vazio, com significados negativo e positivo. Veja-se o aspecto negativo.

Enquanto perdurou o sistema da prova legal, regras fixavam o valor de cada prova, definidos com base em critérios racionais pelo legislador. A partir da superação desse modelo, espraiou-se uma expectativa a respeito da definição desses critérios, agora voltados à atividade do juiz, que passou a ser o detentor do poder de valorar a prova. Há uma constante necessidade, gerada por este vazio, de definir ou criar critérios de valoração que possam ser aplicados pelo juiz e que sirvam para o seu controle, com a precípua finalidade de evitar o subjetivismo e o arbítrio. É considerável a quantidade de críticas e advertências que, a esse respeito, a doutrina lança sobre o sistema da persuasão racional⁵³⁶. E a base do sentido negativo, dado a esse vácuo deixado pela retirada de regras adrede definidas de valoração da prova, é a versão irracional do princípio da livre convicção, ou

⁵³⁴ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 388.

⁵³⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 396-397.

⁵³⁶ Citam-se alguns exemplos: A) Amaral Santos: “Como, porém, todo o juízo individual pode ressentir-se de defeitos momentâneos ou permanentes, peculiares do próprio indivíduo, e aconteceria, por vezes, a conclusão pela convicção vir contaminada deles, acarretando ficar a avaliação das provas sujeita aos mesmos perigos apontados no sistema da *livre convicção*, condiciona-se esta, no sistema da *persuasão racional*, a determinados requisitos” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 343); B) Pontes de Miranda: “O inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou clube” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. II, p. 520); C) Dinamarco: “O livre convencimento há de ser *racional*, porque necessariamente alcançado mediante as forças do intelecto e não dos impulsos pessoais e eventualmente passionais do juiz” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 104-105); D) Marinoni e Arenhart: “Todavia, é necessário advertir que esse convencimento do Estado-juiz não é asséptico – o juiz, ao formar seu convencimento sobre o fato, não age como ser inerte e neutro, desprovido de qualquer ‘pré-conceito’, preconceito ou vontade anterior. O convencimento do órgão julgador – em face de sua peculiar situação diante dos demais sujeitos da argumentação e frente ao objeto do processo – merece especial atenção, já que toda a retórica do ‘diálogo judicial’ se destina a ele. O juiz, assim como todo ser vivente, é influenciado por critérios políticos, sociais, econômicos, históricos etc” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 53-54); E) Greco: “A convicção do julgador como função ou finalidade da prova corresponde a uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva. Essa concepção faz do juiz um soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios predeterminados de avaliação probatória ou a exigência de motivação. Há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio, especialmente na avaliação das provas casuais ou inartificiais, como a prova testemunhal, que pode redundar e redundar em frequentes injustiças” (GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, cit., p. 374).

seja, a impossibilidade de conhecer e racionalizar os critérios que o juiz utiliza para decidir sobre os fatos da causa⁵³⁷.

Muitos aspectos podem ser considerados, destacados e examinados sobre o magistrado e o seu mister de julgar. Para ampliar e aprofundar a compreensão sobre o conteúdo e a dinâmica do sistema da persuasão racional, o capítulo seguinte é dedicado a uma abordagem interdisciplinar sobre alguns fatores que, estruturalmente, no âmbito da formação do magistrado, estão subjacentes ao processo racional de valoração da prova e formação do convencimento.

Adota-se, contudo, o sentido positivo apontado por Taruffo do vazio surgido com o término do sistema da prova legal e a consolidação do sistema da livre apreciação da prova, identificado neste trabalho por princípio da livre convicção motivada e sistema da persuasão racional, conforme razões expostas⁵³⁸.

O sentido positivo propiciou, e aqui o segundo aspecto histórico relevante, o surgimento e a consolidação de uma concepção racionalista da livre valoração da prova⁵³⁹, com consideráveis efeitos sobre a sua dinâmica.

A seguir, apresenta-se uma síntese das consequências desta concepção racionalista⁵⁴⁰: 1) permite conceber o juízo sobre o fato orientado a fim de estabelecer uma versão verdadeira, considerando, entretanto, os limites e circunstâncias dentro dos quais é possível no processo atingir a verdade; 2) demonstra claramente a irracionalidade substancial do sistema da prova legal, à medida que, por definição, constrange o juiz ao impor critérios distintos daqueles necessários para uma aproximação racionalmente justificada diante da realidade empírica do fato específico; 3) atribui um forte significado

⁵³⁷ Em perspectiva histórica, resume Taruffo: “É sabido que com a afirmação do princípio do livre convencimento do juiz – e com a conseqüente derrocada do sistema da prova legal que por séculos dominara os ordenamentos processuais da Europa continental – abriu-se caminho para a valorização discricionária das provas por parte do juiz. Afirmado o princípio da *intime conviction* no âmbito do processo penal na França Revolucionária (com referência à decisão do júri), a regra do ‘livre convencimento’ do juiz difundiu-se rapidamente também no âmbito do processo civil. De resto, deram-se (e ainda se dão) duas versões bastante diferentes desse princípio: segundo a primeira delas, o juiz do fato (jurado ou juiz togado) estaria desvinculado não só das regras de prova legal, mas também de qualquer critério racional de valoração. A decisão sobre as provas (e, por conseguinte, a apuração do fato) seria, pois, fruto de uma atividade irracional, de introspecção radicalmente subjetiva e substancialmente solipsista, relegada ‘à *imperscrutável esfera do individual*’. A afirmação dessa interpretação, sobretudo no âmbito do processo penal, assinalou uma profunda involução no modo de conceber a valoração das provas e a decisão sobre os fatos, bem como assinalou ‘*uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais*’ ” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 188-189).

⁵³⁸ Cf. tópico 2.4.

⁵³⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 400.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 400-403.

ao direito à prova instituído às partes, ao permitir prova e contraprova para a defesa de um direito, enquanto no sistema da prova legal o seu efeito é a incontestabilidade do fato abrangido pela prova, não sendo possível a contraprova; 4) orienta a liberdade do juiz no uso das provas, para escolher do conjunto probatório os elementos que considera significativos e determinantes, em quatro sentidos: a) alcançar uma decisão voltada para a verdade; b) utilizar critérios racionais, pois o juiz está livre de vínculos legais, mas não de critérios de valoração racionais; c) critérios de valoração racionais são os únicos que permitem verificar se a valoração da prova produz elementos aptos a embasar o juízo do fato; d) a distinção entre concepção racional e concepção irracional da convicção do juiz equivale à distinção entre liberdade de valoração e arbitrariedade subjetiva; 5) define com precisão o dever do juiz de motivar a formação da convicção: justificar, mediante argumentos racionais, os critérios que adotou para valorar a prova e fundamentar o juízo sobre o fato.

Duas constatações, resultantes do término do sistema da prova legal, com a consagração do sistema da persuasão racional em sua concepção racionalista, também compõem seu sentido positivo: 1) a impossibilidade de o legislador prever as miríades de situações para editar tabelas fixando o valor de cada prova⁵⁴¹; 2) a possibilidade de julgar cada caso de acordo com o seu contexto cultural e social específico, ou seja, “*con criterios de valoración de las pruebas correspondientes a la ética y al sentido de racionalidad del ambiente en el que tiene lugar el proceso*”⁵⁴².

Por fim, dois aspectos fundamentais do sistema da persuasão racional completam seu sentido positivo: 1) a existência de critérios de valoração da prova, desenvolvidos ao longo da história do sistema, consagrados pela doutrina, que serão a seguir expostos; 2) há dois mecanismos de controle sobre o sistema: a) a justificação das razões da formação do convencimento na fundamentação da sentença, que é examinada em detalhes no capítulo VI; b) a garantia do duplo grau de jurisdição sobre a matéria de fato, objeto de análise no capítulo V.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero reconhecem esta dimensão racional da valoração da prova ao nominarem o núcleo do sistema da persuasão racional contemplado no artigo 371 do CPC (2015) como *regra da valoração racional da prova*⁵⁴³.

⁵⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 101.

⁵⁴² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 397.

⁵⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 424.

Estabelecem-se, no próximo tópico, para se adentrar em seguida nos aspectos específicos da valoração da prova, critérios de comprovação racional para essa atividade, decorrentes da própria concepção racionalista do sistema da persuasão racional.

3.4.4.2 Critérios de comprovação racional da valoração da prova

Os critérios de comprovação racional⁵⁴⁴ têm por objetivo demarcar uma distinção entre uma discricionariedade absoluta, e portanto subjetiva, sem parâmetro e possibilidade de aferição, de uma discricionariedade direcionada pela racionalidade na valoração da prova. Incidem diretamente sobre a racionalidade da atividade de valorar a prova, com a finalidade de controlar os fundamentos do raciocínio do juiz. A função desses critérios pode ser aplicada em dois momentos: a) para que o juiz possa controlar o fundamento de seu próprio raciocínio que será desenvolvido sobre as provas; b) para que a validade do raciocínio do juiz sobre as provas possa ser examinada por outros sujeitos, com base nos mesmos critérios, para controle da motivação do juízo do fato.

Uma necessária observação inicial sobre os critérios de comprovação racional que serão expostos é que eles não são completos nem vinculantes. Ademais, no contexto das concepções sobre racionalidade, deve-se distinguir concepções marcadamente estruturadas, como, por exemplo, da lógica formal e a aplicada pelas ciências empíricas, daquelas concepções mais flexíveis, utilizadas nas ciências humanas, que identificam a racionalidade com a razoabilidade, aplicadas no âmbito da moderna teoria do raciocínio jurídico⁵⁴⁵.

Apresentam-se a seguir, em síntese, sete critérios reunidos por Taruffo⁵⁴⁶ para comprovação da racionalidade na avaliação das provas no âmbito do processo judicial.

O primeiro critério é óbvio mas necessário ser enunciado e afirma que a valoração da prova não deve ser realizada com métodos qualificados como irracionais⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 422, 426, 427.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 422.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 422-426.

⁵⁴⁷ Taruffo dá como exemplo o juiz que decide sobre os fatos asseverando estar iluminado por alguma divindade ou mediante uma sessão de espiritismo, bem como o uso da intuição subjetiva ou alguma certeza moral (*Ibidem*, p. 423).

O segundo critério é a utilização de todos os dados empíricos, isto é, para a determinação dos fatos, o juiz deve utilizar adequadamente todos os elementos de prova disponíveis.

O terceiro critério, que tem por pressuposto que a valoração das provas geralmente supõe um raciocínio complexo, define a utilização de esquemas adequados de argumentação, em condições de permitir acompanhar os passos desenvolvidos no raciocínio probatório. Para tanto, é necessária a utilização de regras de inferência entre proposições relativas aos fatos. Em apertada síntese, é possível apresentar quatro regras para análise das proposições fáticas no processo⁵⁴⁸. Sobre as alegações, afirmações e enunciados dos fatos declinados pelas partes, é necessário verificar, no confronto com os elementos de prova: a) coerência narrativa entre essas alegações; b) coerência lógica dessas alegações; c) congruência entre essas alegações e os elementos de prova; d) correspondência dos fatos determinados com o suposto legal do fato, para constituir o critério jurídico da decisão. Assim, esquemas adequados de argumentação pressupõem o desenvolvimento de raciocínios sobre as proposições fáticas que levem em consideração as quatro regras apontadas e sua articulação com os elementos de prova.

O quarto critério para a comprovação da racionalidade está na utilização das regras de experiência, acima apresentadas, que funcionam como parâmetro do raciocínio probatório entre os fatos. O ponto a ser destacado aqui diz respeito ao uso racional dessas regras de experiência. Taruffo propõe uma análise crítica na utilização das máximas de experiência, que deve ser baseada em um amplo consenso na cultura média do lugar e do momento no qual é formulada a decisão. E, também, *“la inferencia tiene que tomar en cuenta la naturaleza específica de la máxima que se utiliza, de modo que, por ejemplo, no se pueden efectuar inferencias ‘ciertas’ sobre la base de máximas no generales, ni inferencias ‘cognoscitivas’ mediante máximas que expresen únicamente valoraciones”*⁵⁴⁹.

O quinto critério refere-se ao estabelecimento de condições apropriadas para a utilização do raciocínio probabilístico, sobre o qual foram feitas pontuais análises no tópico 3.4.1.2. Sua aplicação deve estar restrita ao âmbito apropriado da probabilidade estatística, nas hipóteses cabíveis.

⁵⁴⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 319-323.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 424-425.

O sexto critério fixa condições mínimas de racionalidade para o raciocínio probatório quando a valoração da prova abarca diversos elementos de prova, distintos entre si e que poderiam, cada qual, servir para inferências distintas sobre o fato a provar. No raciocínio probatório, há esquemas lógicos de inferências simples, no qual apenas um elemento de prova se refere a uma hipótese sobre o fato, e inferências complexas, em que há diversos elementos de prova sobre uma hipótese do fato ou diversas hipóteses sobre o fato com um ou mais elementos de prova. A primeira condição é a de que a valoração considere todos os elementos de prova disponíveis e relevantes para uma determinação positiva ou negativa do fato. A segunda condição é que esta valoração esteja baseada em um raciocínio coerente, ou seja, sem contradições, apesar de alguns elementos de prova, por exemplo, apontarem uns para a verdade e outros para a falsidade da hipótese fática.

O sétimo critério, adicionalmente estabelecido em razão do anterior, firma a condição de que não haja contradições no resultado final da valoração conjunta das provas. Se por um lado é comum, e um dos grandes problemas enfrentados na valoração, a existência de elementos de prova contraditórios, por outro lado o juízo sobre o fato deve apoiar-se em elementos de prova que prevaleçam sobre os outros elementos que apoiam hipóteses sobre o fato distintas ou contrárias. São aceitáveis elementos contraditórios de prova na avaliação inicial, mas esta contradição deve estar resolvida na valoração das provas, no sentido de que o juízo sobre o fato deve produzir um resultado unívoco.

3.4.4.3 Definição da credibilidade das provas e determinação do peso das provas

No sistema da persuasão racional as provas produzidas não têm, em regra, valor determinado. E não há *standards* de prova de aplicação ou uso obrigatório na legislação brasileira para a valoração da prova. As várias etapas descritas e examinadas nos tópicos precedentes, entretanto, demonstram que a concepção racional desse sistema aliada à possibilidade de buscar e atingir uma verdade relativa dos fatos que interessam à causa, proporcionam ao juiz critérios racionais que podem e devem ser utilizados para a valoração da prova e para o seu controle.

Assim, o grau de confirmação das hipóteses fáticas é o resultado de inferências lógicas, que devem levar em conta a qualidade e a quantidade de provas disponíveis no processo.

Alegações, afirmações e enunciados dos fatos, provas, regras de experiência e presunções constituem os elementos por intermédio dos quais o juiz desenvolve raciocínios para determinar qual hipótese fática deve ser considerada provada. A construção do raciocínio judicial, com base nos critérios racionais destacados no tópico anterior, possibilita definir quais elementos de prova estão aptos a sustentar a constatação da ocorrência de um fato e permitir ao juiz proferir a decisão final.

Nesse sentido, a valoração da prova no sistema da persuasão racional não está afeta à determinação de um grau ou valor que deva ser atingido, segundo um padrão previamente estipulado, pelo elemento de prova para que o fato respectivo seja considerado provado, mas sim à determinação de um grau ou valor que proporcione ao juiz convencimento sobre a ocorrência do fato para ser considerado verdadeiro.

É possível reconhecer, de acordo com critérios racionais, duas etapas para a valoração da prova: a) a definição da credibilidade das provas⁵⁵⁰; b) a determinação do peso das provas⁵⁵¹.

Definir a credibilidade dos elementos de prova exige que o juiz realize uma avaliação sobre as características dos meios de prova utilizados. Por exemplo, nos depoimentos testemunhais é necessário verificar se a testemunha tem credibilidade, o que pode ser aferido de acordo com o seu comportamento e a coerência de suas respostas. Nas provas documentais, verificar o conteúdo e a observância de regras sobre sua produção. Em ambos os exemplos, devem ser observados raciocínios lógicos e coerentes que possam expressar, de forma clara e objetiva, as razões pelas quais se definiu a credibilidade ou não do meio de prova.

A determinação do valor ou do peso do elemento de prova, no contexto da persuasão racional, como apontado, é saber sobre sua capacidade de formar o convencimento acerca da existência ou não da hipótese fática, ou seja, de sua verdade ou falsidade. Quando um elemento de prova refere-se a um fato, o raciocínio probatório que deduz ou infere se esse fato é falso ou verdadeiro costuma ser simples, e sua justificação é

⁵⁵⁰ TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 137.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 137-140.

retirada diretamente do elemento de prova. Quando há vários elementos de prova relativos a um fato ou ainda, sendo o fato secundário, conforme já demonstrado, serão necessárias várias linhas de raciocínios probatórios, com base em regras de experiência e presunções, para estabelecer se as alegações, afirmações ou enunciados deste fato são verdadeiros ou falsos.

3.4.4.3.1 *Standards* de prova consagrados pela doutrina

Apresentam-se a seguir dois *standards* de prova, consagrados pela doutrina, de diferentes ordenamentos jurídicos. Estes modelos ou módulos de prova representam o produto final da concepção racional em matéria de prova, no contexto onde foram construídos, reunindo clareza e consistência lógica. Esses padrões de prova são, concretamente, raciocínios probatórios consolidados e tem o objetivo de propiciar uma valoração da prova adequada e criteriosa. Conquanto não sejam de uso obrigatório no ordenamento brasileiro, sua utilização serve para sustentar o raciocínio probatório.

Amplamente utilizado no processo civil de *common law*, o *standard* ou modelo da “preponderância da prova”⁵⁵² estabelece a seguinte regra: diante de provas conflitantes sobre um mesmo fato, o juiz deve sopesar as probabilidades de cada uma das diferentes versões sobre o fato e decidir sobre aquela que entender mais provável. Taruffo afirma que esse modelo tem a capacidade de minimizar os erros mais prováveis nas decisões, bem como assegurar o cumprimento do princípio da igualdade das partes no processo civil. Levanta, entretanto, algumas situações nas quais o *standard* precisa ser amoldado, como por exemplo, quando a hipótese do fato mais provável tem um baixo nível de suporte probatório, insuficiente para que a versão seja considerada verdadeira. Aplica-se nesta situação regra subsidiária: a melhor versão dos fatos não basta que seja a mais provável em relação às outras, sendo necessário, também, que esta versão seja mais provável que a sua negação, no contexto no qual é avaliado. Quando interesses individuais importantes estão em disputa ou em casos considerados socialmente mais graves, este modelo geral da

⁵⁵² De ampla utilização no processo civil estadunidense, também denominado de “preponderância das probabilidades”, “balanço das probabilidades” ou “maior peso da prova”, originalmente nominadas *preponderance of evidence*, *preponderance of probability*, *balance of probabilities* e *greater weight of evidence* (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 254; TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 135-136); KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, cit., p. 33-34.

“preponderância da prova” cede lugar a um *standard* de maior rigor, denominado “prova clara e convincente”⁵⁵³, exigindo, portanto, maior grau de confirmação probatória.

Na Alemanha, a discussão sobre a aplicação do princípio da livre apreciação da prova esteve centrada no *Beweismass*, do grau de prova requerido ou módulo de prova⁵⁵⁴. Com feição similar ao *standard* anterior, esclarece Taruffo que uma de suas versões recebeu diversas críticas, a propósito de se estabelecer um percentual de 51% de probabilidade para a comprovação do fato, pois “a valoração da prova é algo que não pode ser quantificado com exatidão, já que é o resultado de uma apreciação subjetiva do julgador”⁵⁵⁵. Constatou-se, também, a possibilidade de redução do módulo de prova ou grau de prova requerido para a comprovação do fato, em razão da matéria subjacente ao direito processual⁵⁵⁶. A versão preponderante deste *standard*, afirma Taruffo, é a sua adaptação à especificidade do caso particular, com a preponderância da prova em favor da versão dos fatos mais provável.

3.5 Convencimento judicial

O convencimento judicial é o derradeiro elemento da estrutura do sistema da persuasão racional, diz respeito à matéria de fato⁵⁵⁷, e pode ser analisado sob duas perspectivas: a) como resultado final da apreciação da prova; b) como atividade autônoma desenvolvida a partir da apreciação da prova. As perspectivas adotadas têm finalidade didática para o exame do tópico.

⁵⁵³ “*clear and convincing proof*” (KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, cit., p. 34; TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 136).

⁵⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 97-89; TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 136-137.

⁵⁵⁵ TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 136-137.

⁵⁵⁶ Walter aponta os seguintes exemplos de redução do grau de prova requerido ou redução do módulo de prova para a comprovação dos fatos: “*En grupos de casos individuales se hallaron entonces algunas reducciones típicas del módulo de prueba (enfermedades profesionales, lesiones prenatales, casos de seguro, etc.) surgidas de la consideración de razones materiales como ejemplos se dieron también la prueba de descargo, la protección contra el despido, el examen de conciencia, la responsabilidad objetiva, y otros más. Estos ejemplos no son taxativos. Su objeto es únicamente poner en claro el sistema subyacente*” (WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la prueba*, cit., p. 288).

⁵⁵⁷ Convencimento ou convicção judicial também são utilizados de forma ampla, abarcando não apenas a matéria de fato, mas também a interpretação das normas (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 289-298; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 115-116).

3.5.1 Convencimento como resultado da apreciação da prova

A apreciação da prova é, naturalmente, portadora de persuasão⁵⁵⁸. O desenvolvimento da apreciação descrita em quatro etapas (análise do contexto da prova, verificação das regras legais; presunções e regras de experiência; e valoração da prova), seguindo critérios racionais para o seu desenvolvimento (descritos no tópico critérios de comprovação racional), cria condições para que o juiz possa, ao final, estar convencido da veracidade ou falsidade das alegações, afirmações ou enunciados sobre os fatos da causa.

O arcabouço de conhecimentos aportados no processo por intermédio das provas, alinhado aos enunciados dos fatos e argumentos trazidos pelas partes sobre o que está demonstrado por essas provas, ao permitir ao juiz a definição da ocorrência ou não desses fatos, encerra convencimento em relação às afirmações das partes sobre esses fatos.

A valoração da prova também é um ato de convencimento. Quando o juiz estabelece um vínculo final entre os meios de prova utilizados no processo e as alegações, afirmações ou enunciados declinados pelas partes relativamente aos fatos, ou seja, quando determina o valor de cada um dos elementos de prova, está definindo quais desses elementos foram capazes de convencê-lo a respeito da verdade ou falsidade das afirmações sobre os fatos.

A partir da perspectiva do convencimento judicial como consequência final da avaliação da prova, torna-se possível compreendê-lo dotado com as seguintes características. É um convencimento estruturado com base nos raciocínios desenvolvidos na avaliação da prova e, portanto, uma convicção racional. A verdade alcançada está relacionada, diretamente, à quantidade e qualidade dos conhecimentos fornecidos e valorados pelos elementos de prova. Objetivamente, o convencimento judicial somente se revela com a sua exteriorização diante do dever de o juiz indicar as razões de sua formação, por intermédio de argumentos, na fundamentação da decisão.

⁵⁵⁸ Substantivo feminino: a) ato ou efeito de persuadir(-se), levar ou convencer (alguém ou a si mesmo) a acreditar ou aceitar; b) certeza fortemente estabelecida, convicção. Sinonímia e variantes: persuadição e persuadimento (Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa *online*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2015).

3.5.2 Convencimento a partir da avaliação da prova

O convencimento judicial é o espelho da verdade no processo judicial. É a realidade que determina a veracidade ou falsidade dos enunciados (narrativas, afirmações, asserções, alegações sobre o fato) que a descrevem, ou seja, um enunciado é verdadeiro ou falso em função da existência ou inexistência do evento que descreve. Se é possível, por um lado, atingir a verdade no processo judicial, como analisado no tópico sobre a verdade, por outro lado, o conhecimento sobre a verdade depende da qualidade e da quantidade das informações trazidas pelos elementos de prova. Assim, pondera Taruffo⁵⁵⁹: “[...] *en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad* [...]”.

O ponto para distinguir um convencimento formado a partir da avaliação da prova reside no aspecto em que, em diversas situações, o resultado da apreciação da prova não permite uma conclusão da qual resulte diretamente o convencimento. O conjunto dos elementos de prova, na hipótese do tópico em análise, não é suficiente para firmar uma convicção plenamente satisfatória. A apuração dos fatos propiciou uma aproximação da verdade que não permite uma conclusão cabal a respeito da realidade de como os fatos ocorreram.

A situação em análise conduz a um dos mais utilizados conceitos no âmbito do convencimento judicial⁵⁶⁰, a partir do famoso ensaio de Calamandrei⁵⁶¹ sobre a verdade e a verossimilhança⁵⁶² no processo civil.

Neste ensaio, em breve síntese, Calamandrei retoma a ideia de relativismo processual de Wach, a partir de um juízo histórico a respeito dos fatos, ao afirmar que:

[...] *cuando se dice que un hecho es verdadero, se quiere decir en sustancia que ha logrado, en la conciencia de quien como tal lo juzga, aquel grado máximo de verosimilitud que, en relación a los limitados medios de conocimiento de que el*

⁵⁵⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 181.

⁵⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 31-42; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 183-190.

⁵⁶¹ CALAMANDREI, Piero. *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*, in *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, t. III, p. 317-353.

⁵⁶² O substantivo *verossimilhança* tem, dentre vários, os seguintes sinônimos e variantes: *verosimilitude*, *verossimilidade* (Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, *online*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2015).

*juzgador dispone, basta para darle la certeza subjetiva de que aquel hecho ha ocurrido*⁵⁶³.

Para os propósitos do tópico, as seguintes ideias do estudo merecem destaque. O sistema probatório civil⁵⁶⁴ está configurado para impor ao juiz que trabalhe com a verossimilitude como sub-rogada da verdade, à medida que não lhe é permitido situar-se em estado de incerteza, dúvida ou insegurança sobre os fatos, em face do mandamento de proferir uma decisão. Diante da liberdade de apreciação, a valoração da prova não pode atingir mais do que um juízo de probabilidade e de verossimilitude. As dúvidas de natureza psicológica e sociológica que podem pairar na consciência do juiz, com maior ou menor amplitude conforme o material probatório disponível, não têm relevância jurídica.

Calamandrei desenvolve várias análises sobre o juízo de verossimilhança, esclarecendo, entre vários aspectos, que ele está voltado, inicialmente, para as hipóteses fáticas, quando o juiz examina a admissibilidade de uma prova ou mesmo de uma ação. O ponto central, que interessa diretamente ao tema, está no aspecto em que, após superada a etapa da produção das provas, e no momento da valoração das provas, a verossimilhança ou a inverossimilhança passam a ser argumentos que podem servir para o juiz na formação do seu convencimento. Afirma Calamandrei:

[...] cuando los materiales probatorios consisten en deposiciones testimoniales mutuamente contrastantes, o cuando de las pruebas recogidas sólo resulten indicios de los cuales se puede remontar a la verdad únicamente por medio de razonamiento presuntivo, el juicio de verosimilitud puede tener en la conciencia del juez valor decisivo [...]^{565 566}

Taruffo⁵⁶⁷ desenvolve algumas críticas às ideias desenvolvidas por Calamandrei a respeito da verossimilhança no processo civil. Afirma que o juízo de verossimilhança não pode ser aplicado às hipóteses fáticas, pois não há grau de certeza que se possam atribuir às afirmações ou alegações dessas hipóteses fáticas. Assim, pondera que verossimilhança

⁵⁶³ CALAMANDREI, Piero. *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*, cit., p. 318.

⁵⁶⁴ O ensaio foi escrito e publicado originalmente em 1955 em revistas especializadas em processo e processo civil na Itália (CALAMANDREI, Piero. *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*, cit., p. 318).

⁵⁶⁵ CALAMANDREI, Piero. *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*, cit., p. 348.

⁵⁶⁶ E prossegue Calamandrei: “*Se puede establecer, pues, esta regla: que mientras la inverosimilitud de las alegaciones no es un motivo para no admitir la prueba acerca de ellas, la verosimilitud de ellas puede bastar, después de la asunción inútil de otras pruebas, para hacer que se las considere probadas*” (CALAMANDREI, Piero. *Verdad y verosimilitud en el proceso civil*, cit., p. 348-349).

⁵⁶⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 183-190.

não pode ser sinônimo de elevada ou de baixa probabilidade. Esclarece que a verossimilhança não expressa conhecimento ou graus de conhecimento, ao passo que estes, no processo, somente são fornecidos pelos elementos de prova.

De volta à questão posta no início do tópico, sobre o conjunto probatório não fornecer elementos suficientes dos quais se possa abstrair convencimento ou conhecimento apropriado para afirmar a verdade ou falsidade das afirmações e alegações do fato, três aspectos podem aportar melhor compreensão sobre o tema e apontar solução. Diante de graus reduzidos de conhecimento trazidos pelas provas sobre as hipóteses fáticas, o juiz pode decidir, desde que o faça a partir dos critérios de comprovação racionais anteriormente apontados. Se o convencimento não se completa em face de poucas informações trazidas pelas provas produzidas pelas partes, a questão pode ser solucionada determinando o juiz a produção de novas provas⁵⁶⁸, ou com base no ônus da prova⁵⁶⁹.

3.6 Ônus da prova, avaliação da prova e convencimento judicial

O objetivo do presente trabalho permite realizar um recorte no amplo tema do ônus da prova, para levantar as suas principais questões relacionadas à formação do convencimento judicial. Ademais, há peculiaridades que serão apontadas sobre o processo do trabalho. O maior desafio da análise, entretanto, está centrado na profunda modificação introduzida pelo novíssimo código de processo civil⁵⁷⁰, na regra sobre a distribuição do ônus da prova.

⁵⁶⁸ Cf. tópico 3.7.

⁵⁶⁹ Cf. tópico 3.6.

⁵⁷⁰ Dispõe o art. 373 do CPC (2015):

“O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º *Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.*

§ 2º *A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.*

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

3.6.1 Regra geral do ônus da prova

Quatro categorias de fatos, concebidos pela doutrina⁵⁷¹, interessam diretamente ao direito, para a aplicação de uma norma: constitutivos⁵⁷², impeditivos⁵⁷³, modificativos⁵⁷⁴ ou extintivos⁵⁷⁵. A capacidade de um fato, juridicamente relevante, de constituir, impedir, modificar ou extinguir um direito é definido em relação à finalidade para a qual o fato é alegado no litígio⁵⁷⁶.

Esta categorização dos fatos permite, no âmbito do processo, estabelecer o ônus da produção da prova e o risco pela sua não realização. Dinamarco⁵⁷⁷ alude ao princípio do interesse para a distribuição legal do ônus da prova, em sua regra geral⁵⁷⁸, uma vez que o reconhecimento do fato constitutivo beneficiará o autor, ao passo que o reconhecimento de um dos demais fatos aproveitará o réu.

Assim, a racionalidade e a lógica que imperam no instituto do ônus da prova⁵⁷⁹ são de que o autor deve provar os fatos que sustentam o direito que afirma ter, mas não aqueles fatos que possam ir de encontro à constituição desse direito. A prova de fatos que impedem, modificam ou extinguem o direito do autor deve ser realizada por aquele que está em posição contrária, o réu, que tenciona que o direito não seja reconhecido.

Conforme análise em tópicos precedentes, a prova tem duas funções: a) cognoscitiva, que é sua capacidade de produzir e comunicar conhecimento ou informação a respeito dos fatos; b) persuasiva, que é a possibilidade de convencer o juiz sobre a verdade do enunciado sobre o fato, ou seja, sobre a realidade do seu acontecimento.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit., grifos nossos)

⁵⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 259.

⁵⁷² Na clássica expressão de Chiovenda, são as circunstâncias de um fato que dão vida ao direito (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 165).

⁵⁷³ Os fatos impeditivos são fatos ou circunstâncias que, anteriores ou simultâneos ao fato constitutivo, impedem que este produza os seus efeitos, isto é, são a negação desses efeitos (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 260).

⁵⁷⁴ Os fatos extintivos aniquilam os efeitos gerados pelos fatos constitutivos, causando a morte do direito (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 260).

⁵⁷⁵ Os modificativos alteram objetiva ou subjetivamente a relação jurídica substancial (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 260).

⁵⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 260.

⁵⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., III, p. 72

⁵⁷⁸ Artigo 333, I e II, do CPC (1973), atualmente artigo 373, I e II, do CPC (2015).

⁵⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 158.

Outro aspecto importante sobre a prova, já destacado anteriormente, e que merece especial menção em relação à questão de seu ônus, é a regra da aquisição da prova, consagrado pela doutrina e, objetivamente, ressaltada no novíssimo código de processo civil⁵⁸⁰. As funções cognoscitiva e persuasiva da prova não guardam nenhuma vinculação com a parte que a produziu ou com a parte que detinha o ônus de produzi-la.

Assim, é possível chegar às seguintes conclusões, relativamente à regra geral do ônus da prova, considerando as funções e a regra da aquisição. A parte a quem é atribuído o ônus da prova poderá, com a sua produção, convencer ou não o juiz a respeito dos fatos que afirmar. O descumprimento do ônus da prova não importa, necessariamente, em decisão desfavorável, mas no aumento do risco de um julgamento contrário⁵⁸¹. O juiz pode se convencer, com os elementos de prova fornecidos por uma parte, da veracidade das afirmações da outra parte. A parte que produz prova também corre um risco de seus elementos convencerem o juiz da veracidade de afirmações contrárias ou diversas daquelas que pretendia demonstrar⁵⁸².

3.6.2 Ônus da prova como regra de decisão

O tema em epígrafe completa a questão erigida no tópico 3.5.2 (convencimento a partir da avaliação da prova).

Na perspectiva do juiz, e especificamente sobre a formação do seu convencimento judicial, o ônus da prova como regra de decisão ou julgamento⁵⁸³ é o critério que soluciona o problema da falta ou insuficiência de prova. Se no processo “fato não provado é fato inexistente”⁵⁸⁴, todas as respectivas afirmações, alegações e enunciados são contrários à realidade. Inexistindo prova ou subsistindo dúvida a respeito da prova produzida sobre o fato, a decisão final será contrária à parte que detinha o ônus de provar este fato.

⁵⁸⁰ Dispõe o art. 371 do CPC (2015): “O juiz apreciará a prova constante dos autos, *independentemente do sujeito que a tiver promovido*, e indicará na decisão as razões de seu convencimento” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit., grifo nosso).

⁵⁸¹ Em sentido semelhante, Dinamarco registra a dimensão relativa do ônus da prova e de seu descumprimento (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., III, p. 84).

⁵⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 164-165.

⁵⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 81-83; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 90-93, 159-162; TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 146-148.

⁵⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 81.

Conquanto a regra em tela tenha aplicação no momento do julgamento, antes que o juiz atinja esse momento em dúvida ou indefinido em relação ao seu convencimento, há dois desdobramentos importantes para análise, relativamente a esse estado de dúvida que normalmente se instaura no próprio curso da instrução. O primeiro, a doutrina convencionou chamar de prova suficiente⁵⁸⁵. O segundo desdobramento está na possibilidade da determinação de novas provas pelo juiz⁵⁸⁶.

A dinâmica do sistema da persuasão racional permite compreender que o processo de valoração da prova e formação do convencimento não ocorre em um momento estanque e somente após o encerramento da instrução. No desenvolvimento do processo e particularmente diante das provas apresentadas e, durante a produção da prova oral em audiência, o sistema da persuasão racional opera. Por exemplo, a inquirição das partes e testemunhas ocorre por intermédio das perguntas, dos advogados das partes ou do juiz, com o intuito de definir os fatos controvertidos que estão em jogo na instrução processual, no sentido de sua confirmação ou esclarecimento. Neste contexto, é possível falar em uma valoração da prova que ocorre concomitantemente ao desenrolar da instrução processual e, conseqüentemente, um convencimento que vai se firmando a partir desta valoração.

A prova suficiente, no contexto do ônus da prova, é o seu desencargo, vale dizer, a demonstração do fato e a veracidade das respectivas afirmações, alegações ou enunciados. Como não há no sistema da persuasão racional um grau mínimo de suficiência para o cumprimento do ônus, cada prova será valorada no contexto da sua produção, de acordo com critérios de comprovação racional. O tópico 3.4.1.2 sobre a análise do contexto da prova aponta, em exame teórico, os possíveis graus de confirmação das hipóteses fáticas. O limite deste grau de confirmação ou suficiência é aquele que permite ao juiz formar seu convencimento judicial sobre os fatos da causa, e que possa ser racionalmente fundamentado.

Outro aspecto importante sobre o conceito de prova suficiente é o do direito material que está em litígio. Dinamarco⁵⁸⁷ pondera que o encargo probatório não pode ter um peso que dificulte em demasia a defesa dos direitos. E a única forma de avaliar o quanto o encargo da prova pode ou não ser excessivamente oneroso é analisando o

⁵⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 80-81.

⁵⁸⁶ Cf. análise no tópico 3.7.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 80.

contexto do direito material em litígio. Neste sentido, Marinoni e Arenhart⁵⁸⁸ aludem a um “*módulo de convencimento próprio a uma específica situação de direito material*”, significando que a valoração de uma prova depende não apenas de sua capacidade cognoscitiva e persuasiva, mas também do quanto é possível provar ou demonstrar, em uma específica situação de fato⁵⁸⁹.

Este aspecto relativo à consideração do direito material na avaliação da prova compõe a terceira etapa dos critérios de comprovação racional, relativamente às análises das proposições fáticas no processo. A análise da coerência narrativa entre as alegações, sua congruência com os elementos de prova e a correspondência dos fatos determinados com o suposto legal do fato permitem examinar a questão no contexto do direito material em disputa.

Subsistindo a dúvida ou a incerteza em relação ao fato, em razão da insuficiência de prova, a não permitir o convencimento judicial, se por um lado o juiz decide em desfavor de quem detinha o ônus da prova, por outro lado, detectando essa situação no curso da instrução processual, pode determinar, de ofício, a produção de outras provas⁵⁹⁰.

3.6.3 Distribuição dinâmica do ônus da prova e o sistema da persuasão racional

A distribuição dinâmica do ônus da prova é tema amplamente debatido na doutrina, no âmbito do processo civil⁵⁹¹ e do processo do trabalho⁵⁹², que reconhece a sua necessidade.

⁵⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 161, grifos dos autores.

⁵⁸⁹ Dinamarco considera cumprido o *onus probandi* quando houver demonstração razoável da existência do fato, descartando a certeza absoluta; equipara, ainda, tal demonstração a um juízo comum do *homo medius*, no sentido de que a probabilidade seja grande a ponto de os riscos de erro se mostrarem suportáveis (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 80). Marinoni e Arenhart trabalham com a técnica da verossimilhança (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 51-54, 161).

⁵⁹⁰ Cf. tópico 3.7.

⁵⁹¹ Marinoni e Arenhart assim se manifestam, sobre as diversas necessidades do direito material e a possibilidade de tratamento diferenciado do ônus da prova na ausência de lei, sob a perspectiva do código de processo civil de 1973: “*Além disso, não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei*. Aliás, a própria norma contida no art. 333 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 187, grifo dos autores). Didier, Braga e Oliveira também discutem a teoria da distribuição dinâmica, também na perspectiva do código de processo civil de 1973: “*Parece-nos que a concepção mais acertada sobre a distribuição do ônus da prova é essa última: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual*

A superação da distribuição estática, estabelecida na regra geral⁵⁹³, segundo a doutrina⁵⁹⁴, é decorrência da conjugação de vários princípios e regras que podem, resumidamente, ser expressas da seguinte forma: a) princípio da igualdade⁵⁹⁵, que define que as partes, no âmbito do processo, devem estar em condições reais e substanciais de igualdade, o que é atingido ao se atribuir o ônus da prova à parte que tem condições ou meios para satisfazê-lo; b) princípios da lealdade, boa-fé e veracidade⁵⁹⁶, ao não admitir que a parte possa agir ou se omitir de forma ardilosa, com a finalidade de prejudicar a contraparte; c) princípio da solidariedade para com o órgão judicial⁵⁹⁷, em razão do dever de todos de colaborar com o juiz na busca da verdade dos fatos da causa; d) princípio do devido processo legal⁵⁹⁸, que deve garantir, assim, resultados justos e equânimes; e) princípio do acesso à justiça⁵⁹⁹, que deve propiciar a tutela jurisdicional justa e efetiva.

O sentido expresso pelas regras e princípios alinhados também está contido, hoje, entre as normas fundamentais do processo civil⁶⁰⁰, que deve assegurar às partes paridade

a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode” (DIDIER Júnior, FREDIE; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 95-96).

⁵⁹² Mallet, a propósito da criação do procedimento sumaríssimo trabalhista pela Lei 9.957 de 2000, que inseriu os artigos 852-A a 852-H na CLT, pontifica: “Finalmente, errou o legislador ao deixar de criar presunções favoráveis à parte que tem mais dificuldade de produzir as provas e também ao deixar de prever a possibilidade de inversão do ônus da prova, tal qual se verifica nos processos envolvendo relações de consumo. É preciso não perder de vista que as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam sério obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio. Dessa forma as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material e decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas ao processo, ficando facilitados inclusive o esclarecimento da verdade e a tutela de situações que de outro modo provavelmente não encontrariam proteção adequada” (MALLET, Estêvão. *Procedimento sumaríssimo trabalhista: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2002, p. 63-63); Bebber, ao sustentar a necessidade de admitir e propor a distribuição dinâmica do ônus da prova, pondera: “Tendo em vista, porém, que o maior cliente da Justiça do Trabalho é, em geral, hipossuficiente (deve-se-lhe tratamento desigual), que o direito processual do trabalho sofre ideologicamente influência do direito material (que tem a incumbência de realizar) e que a distribuição estática do ônus da prova não deve ser mitificada, cumpre efetuar uma releitura do sentido, alcance e conteúdo do art. 818 da CLT” (BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho. Adaptação à contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2011, p. 166-167).

⁵⁹³ Art. 373, I e II, do CPC (2015).

⁵⁹⁴ DIDIER Júnior, FREDIE; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 97-98.

⁵⁹⁵ Arts. 5º, *caput*, da Constituição Federal e 125, I, do CPC (1973), atualmente art. 139, I, do CPC (2015).

⁵⁹⁶ Arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III, do CPC (1973), respectivamente, arts. 77, I, 79, 80, 81 e 139, III, do CPC (2015).

⁵⁹⁷ Arts. 339, 340, 342, 345 e 355 do CPC (1973), respectivamente, arts. 378, 379, 139, III, 386 e 396 do CPC (2015).

⁵⁹⁸ Art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

⁵⁹⁹ Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

⁶⁰⁰ Dispõe o art. 7º do CPC (2015): “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções

de tratamento para o exercício dos direitos e faculdades processuais, especificamente em relação ao ônus da prova.

A partir desses parâmetros é possível identificar situações nas quais o direito material que está sendo discutido no processo requeira um tratamento diferente daquele fixado na regra geral, como forma de proporcionar um tratamento adequado que restabeleça a igualdade entre as partes. E uma das formas de assegurar que os litigantes tenham condições de igualdade no âmbito do processo é verificar qual deles tem melhores condições de produzir prova.

O eloquente exemplo utilizado como parâmetro sobre a necessidade de flexibilizar e aplicar em determinadas situações uma distribuição dinâmica do ônus da prova é a regra sobre inversão do ônus da prova contemplada no código de defesa do consumidor⁶⁰¹. Em brevíssimas palavras, a norma fixa a possibilidade de o juiz, com base em regras ordinárias de experiência relativas às relações de consumo, inverter o ônus da prova quando a alegação do consumidor for verossímil ou for ele hipossuficiente. Ademais, o código de defesa do consumidor criou um sistema apropriado para equilibrar, em determinadas situações e no âmbito do processo, as relações entre o prestador de bens e serviços e o consumidor, fixando hipótese de inversão do ônus da prova⁶⁰².

Após essa rápida introdução, é possível identificar a importância do tema da distribuição dinâmica no sistema da persuasão racional. A formação do convencimento do juiz está diretamente ligada àquilo que, por intermédio das provas, ficou demonstrado ter ocorrido no âmbito do direito material entre as partes. Como algumas situações na relação de direito material podem dificultar ou facilitar a prova de um dos litigantes, o convencimento judicial deve estar adaptado a essa situação. Se uma das partes está em situação desvantajosa pela dificuldade em produzir provas, decorrente da própria relação

processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁶⁰¹ Dispõe o art. 6º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código do Consumidor: “São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (BRASIL. Código do Consumidor. *Vade Mecum*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 811-822).

⁶⁰² É exemplo a hipótese do art. 12, § 3º, do CDC, que define a responsabilidade do fabricante, do produtor, do construtor e do importador pelo fato de o produto apresentar defeitos, independente da existência de culpa. E estabelece que não haverá responsabilidade quando o fabricante, construtor, produtor ou importador provar que: a) não colocou o produto no mercado; b) embora haja colocado o produto no mercado, o defeito não existia; c) por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Assim, não é necessário que o consumidor prove o defeito do produto, incumbindo ao réu o ônus da prova de que tal defeito não existe (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 193).

de direito material, o convencimento judicial não tem condições de ser formado não por falta de prova, mas pela dificuldade de sua produção.

Portanto, o sistema da persuasão racional deve contemplar as diversas situações nas quais, em razão da facilidade ou dificuldade de uma parte produzir a prova, decorrente da relação de direito material entre as partes, o convencimento judicial possa ser formado por intermédio da valoração de uma prova que possa ser produzida por quem tem condições de trazê-la ao processo. Para que a apreciação da prova possa proporcionar a formação do convencimento, é necessário verificar em que condições a prova pode ser produzida e quem, entre os litigantes, detém os melhores meios para trazê-la ao processo.

Assim, o novo regramento sobre o ônus da prova, que prevê hipóteses de sua distribuição de modo diverso da regra geral, vem ao encontro da necessidade de desenvolvimento efetivo do sistema da persuasão racional. Em razão das particularidades do direito material, a adequada distribuição do ônus da prova permite condições para que sua valoração e a formação do convencimento possam ocorrer dentro das reais possibilidades no âmbito do processo. E, em última análise, a verdade sobre a ocorrência dos fatos possa ser objetivamente encontrada ou, ao menos, investigada, por intermédio da prova, com reais condições de ser atingida.

3.6.3.1 Nova regra de atribuição dinâmica do ônus da prova

A nova regra sobre a atribuição dinâmica do ônus da prova ressalvou as hipóteses previstas em lei⁶⁰³, bem como aquela realizada por convenção das partes⁶⁰⁴. O presente tópico concentra sua análise sobre a nova regra e sua importância no sistema da persuasão racional.

⁶⁰³ Dinamarco dá como exemplo da inversão do ônus da prova, decorrente de presunção estabelecida em lei, a obrigação de trato sucessivo, na qual o pagamento da última parcela faz presumir o adimplemento de todas as anteriores, nos termos do art. 322 do Código Civil. No âmbito do processo, a parte que sofre os efeitos desta presunção tem o ônus de provar sua alegação, no sentido de provar a negativa do fato presumido ou “os fatos integrantes de uma versão colidente com os fatos presumidos”. Assim, quem alegou o pagamento de todas as parcelas somente precisa provar o pagamento da derradeira, ao passo que ao credor é facultado provar que as parcelas anteriores não foram pagas (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 76).

⁶⁰⁴ Art. 373, § 3º, do CPC (2015).

O artigo 373, parágrafo 1º, do CPC (2015)⁶⁰⁵ estabelece três hipóteses nas quais o juiz pode atribuir de modo diverso o ônus da prova: a) impossibilidade do cumprimento do encargo da prova na forma como distribuído na regra geral; b) excessiva dificuldade do cumprimento do encargo da prova na forma como distribuído na regra geral; c) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. As três hipóteses têm por premissa “as peculiaridades da causa” e, como limite, que a atribuição do encargo não gere uma situação que torne impossível ou excessivamente difícil a desincumbência⁶⁰⁶.

As peculiaridades da causa indicam que o juiz deve considerar o direito material subjacente ao conflito, isto é, verificar, diante das alegações, afirmações e enunciados das partes, se a regra geral da distribuição do ônus da prova⁶⁰⁷ onera excessivamente ou impossibilita que uma das partes cumpra o seu encargo. Por outro lado, a partir da verificação do contexto dos fatos controvertidos que interessam à causa, pode o juiz constatar que uma delas reúne melhores condições de realizar a prova. Em qualquer dessas hipóteses, uma das partes não terá de realizar o encargo que lhe atribui a regra geral, restando inteiramente à outra parte o encargo da prova.

A decisão do juiz que atribui o encargo da prova de forma diversa da regra geral, além da expressa exigência de fundamentação, compõe o espectro de decisões do novo regramento sobre o saneamento e a organização do processo⁶⁰⁸. É importante destacar, também, no que respeita a esta e a outras decisões no âmbito do processo, o caráter dialógico inaugurado pelo novo código de processo civil⁶⁰⁹. A construção de um diálogo entre as partes e o juiz sobre as decisões tomadas no processo atendem, por um lado, de forma efetiva ao princípio do contraditório e, por outro, possibilitam uma fundamentação

⁶⁰⁵ Dispõe o art. 373, § 1º, do CPC (2015): “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁶⁰⁶ Dispõe o art. 373, § 2º, do CPC (2015): “A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁶⁰⁷ Dispõe o art. 373 do CPC (2015): “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁶⁰⁸ Dispõe o art. 357 do CPC (2015): “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁶⁰⁹ Dispõem o art. 9º, *caput*, do CPC (2015): “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”; e o art. 10 do CPC (2015): “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

que considere os argumentos necessários para sua legitimação. Se houver complexidade no tema relativo à atribuição do ônus da prova, é possível a cooperação das partes em audiência destinada ao saneamento⁶¹⁰, com uma dinâmica de esclarecimento e integração. Por fim, não tendo havido a opção pela audiência, a parte tem o direito de solicitar esclarecimento ou ajuste, sem os quais a decisão sobre a atribuição do ônus da prova torna-se estável⁶¹¹.

Definidos o procedimento e as hipóteses para a atribuição dinâmica do ônus da prova, ou seja, de forma diversa da estabelecida na regra geral, a questão que se coloca é como o juiz deve avaliar as peculiaridades da causa para extrair ou constatar uma das três hipóteses indicadas. As peculiaridades da causa são os aspectos ou características do direito material que está em litígio na causa. E, para que seja possível, a partir destas peculiaridades, o desenvolvimento de justificativas para embasar uma mudança na atribuição do ônus, é necessário que o juiz utilize as regras de experiência comum.

A aplicação das regras de experiência está contemplada no artigo 375 do CPC⁶¹². Conforme análise no tópico 3.4.3.2 deste capítulo, tais regras compõem o sistema da persuasão racional e tiveram a possibilidade de sua aplicação ampliada, pois não dependem mais da falta de normas específicas para sua utilização.

Com base na experiência de observação do fato e do senso comum a seu respeito, o juiz tem condições de haurir regras comuns do que ordinariamente acontece. Esta constatação da regularidade de acontecimentos sobre determinado fato permite ao juiz um raciocínio dedutivo a seu respeito. Ao examinar os fatos que interessam à causa, em função das afirmações, alegações e enunciados das partes, o juiz toma contato com as características do direito material em questão e pode, assim, desenvolver raciocínios dedutivos para verificar o que normalmente ocorre naquelas circunstâncias e estabelecer presunções. Com base nestes raciocínios, o juiz pode constatar, por exemplo, a excessiva dificuldade de uma parte, ou a facilidade da outra parte, de produzir prova a respeito do

⁶¹⁰ Dispõe o art. 357, § 3º, do CPC (2015): “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁶¹¹ Dispõe o art. 357, § 1º, do CPC (2015): “Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁶¹² Dispõe o art. 375 do CPC (2015): “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. Código de Processo Civil (2015), cit.).

fato. Assim, torna-se possível ao juiz, de forma fundamentada, a partir de presunções, atribuir o ônus da prova a uma das partes.

1.6.3.2 Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho

O processo do trabalho tem norma sobre o ônus da prova⁶¹³, formulada em concepção objetiva e simples, atribuindo-o à parte que alega. Doutrinadores trabalhistas sustentam⁶¹⁴, em razão da dicção específica da consolidação das leis do trabalho, a não aplicação da norma do processo civil que regula a matéria. Contudo, a maioria dos doutrinadores⁶¹⁵ aplica a regra geral sobre o ônus da prova como contemplada no processo civil⁶¹⁶.

Seguindo a mesma senda dos doutrinadores que aplicavam a regra geral sobre o ônus da prova como contemplado no diploma adjetivo anterior, o atual regramento sobre o ônus da prova e sua atribuição dinâmica no artigo 373 do CPC (2015) mostra-se compatível com o processo do trabalho, sobretudo em face das peculiaridades do direito material trabalhista. Neste contexto, a norma de contenção contemplada no artigo 769 da CLT tem seus requisitos preenchidos, autorizando a aplicação subsidiária do artigo 373 do CPC (2015), em sua inteireza.

3.7 Poderes instrutórios do juiz e convencimento judicial

O artigo 370 do CPC (2015)⁶¹⁷, que guarda sentido com seu correlato no CPC de 1973⁶¹⁸, continuou consagrando o *inquisitorial system*⁶¹⁹, que confere amplos poderes de

⁶¹³ Dispõe o art. 818 da CLT: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer” (BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943), cit.).

⁶¹⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., t. II, p. 974-978.

⁶¹⁵ BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho. Adaptação à contemporaneidade*, cit., p. 166.

⁶¹⁶ As afirmações e doutrinas apontadas levam em consideração o então vigente código de processo civil de 1973, e a regra contemplada em seu artigo 333.

⁶¹⁷ Dispõe o art. 370 do CPC (2015): “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único: O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁶¹⁸ Dispõe o art. 130 do CPC (1973): “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (BRASIL. Código de Processo Civil (1973), cit.).

instrução ao juiz na formação do conjunto probatório⁶²⁰, com a inovação de seu posicionamento nas disposições gerais do capítulo das provas. Este tópico analisa, de forma pontual, a relação entre os poderes instrutórios do juiz e a formação de seu convencimento, mostra que o novo posicionamento do artigo está em função de que tais poderes compõem o sistema da persuasão racional, e examina, a partir da dimensão epistêmica do processo, a versão das partes sobre a verdade.

Dentre os aspectos fundamentais da atividade instrutória do juiz, examinados em perspectiva por Bedaque⁶²¹ e Dinamarco⁶²², destacam-se os seguintes pontos que circunscrevem as análises doutrinárias sobre o desenvolvimento e a evolução das iniciativas probatórias⁶²³: a) a passividade do juiz diante da instrução probatória integrava um modelo de processo civil dispositivo, fundado na lógica de uma ideologia privatista: se as partes podem dispor livremente de seus direitos (renúncia, transação, etc.) e das respectivas ações que lhes são asseguradas, poderiam, também, ter ampla liberdade para atuar processualmente, de acordo com seus interesses, apresentando ou abdicando de provas, diante de um comportamento receptivo do juiz; b) a existência de direitos indisponíveis, por um lado, e o dever de o juiz promover o equilíbrio das partes no processo (considerando também que desigualdades econômicas podem propiciar dificuldades probatórias por uma das partes), mitigaram o modelo de um processo dispositivo; c) a jurisdição, como função pública, dotada de escopos sociais, políticos e jurídicos, sedimentou uma atuação ativa do magistrado, sem o comprometimento de sua

⁶¹⁹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

⁶²⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 285-286; BEBBER, Júlio César. *Provas no Novo CPC e o Processo do Trabalho*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estevão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 306-307.

⁶²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, cit., p. 93-124.

⁶²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 51-56.

⁶²³ Dinamarco sintetiza: “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 sempre *audessus de la mêlée*, simplesmente recebendo as provas que elas trouxessem, para afinal examiná-las e valorá-las. Mas a vocação solidarista do Estado moderno, que não permanece naquele *laissez faire, laissez passer* da filosofia liberal, 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* (Liebman)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. I, p. 228-229, grifos do autor).

imparcialidade, quando completa, com iniciativas próprias, as deficiências probatórias das partes.

Um dos aspectos centrais, que fundamenta, legitima e confere ao juiz amplo poder instrutório no âmbito do processo civil, para decidir sobre a admissibilidade, necessidade, pertinência e relevância das provas requeridas pelas partes, e também tomar a iniciativa probatória, diz respeito à formação do seu convencimento⁶²⁴.

O princípio da livre convicção motivada, que garante que não mais haja valorações prévias das provas, permitiu a construção dos dois fundamentos que estão na base do sistema da persuasão racional⁶²⁵: a) a discricionariedade na apreciação da prova, que deixou de ser atendida por valorações prévias, é exercida por regras de racionalidade; b) o vetor da liberdade da avaliação da prova, de conteúdo racional, está orientado para apuração da verdade.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁶²⁶ afirmam, com base no artigo 370 do CPC (2015), que o juiz “tem o dever de esclarecer as alegações de fatos relevantes da causa”, que o possibilita determinar prova de ofício. Este dever de esclarecimento decorre da orientação para a apuração da verdade, a fim de que o julgamento dos fatos esteja o mais próximo possível do que realmente aconteceu na relação de direito material entre as partes. Subsistindo dúvida a respeito dos fatos, a despeito das provas trazidas pelas partes, a determinação, de ofício, de novas provas pelo juiz abre campo para reunir maiores elementos de convencimento. Não havendo êxito nesta iniciativa probatória do juiz, incide o ônus da prova, como regra de julgamento⁶²⁷.

O deslocamento do artigo 370 do CPC (2015), que estava contemplado no capítulo dos poderes do juiz na edição anterior do CPC (1973), para as disposições gerais do capítulo das provas, está em consonância com o deslocamento do núcleo do sistema da persuasão racional para tais disposições gerais⁶²⁸, ambos os artigos orientados pela dimensão racional do sistema: o juiz continua na função de apreciar e atribuir à prova o valor que ela merece, no contexto de sua admissão e produção, podendo determinar prova de ofício para firmar o seu convencimento.

⁶²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. III, p. 54; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, cit., p. 111-112.

⁶²⁵ Cf. tópico 2.4.

⁶²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 286.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 286.

⁶²⁸ Cf. tópico 2.5.

Por outro lado, surge a questão do indeferimento de prova requerida pela parte, sob o fundamento de o juiz estar com seu convencimento formado relativamente à matéria de fato. Diante da nova disposição do artigo 370 do CPC (2015), Ferreira⁶²⁹ afirma que a possibilidade do indeferimento da prova, situado no seu parágrafo único, agora com expressa exigência de decisão fundamentada, configura *norma de exceção*, embasando-se, também, no princípio da comunhão da prova, que enuncia que a “titularidade da prova” não é do juiz nem das partes. Torna-se necessário, portanto, quando o indeferimento da prova está lastreado na formação do convencimento sobre a matéria de fato, que o juiz fundamente sua decisão externando as razões de sua convicção.

O exame do tópico considerou a matéria no âmbito do processo civil. Como pondera Bebbber⁶³⁰, o processo do trabalho sempre esteve assentado no amplo poder instrutório do juiz⁶³¹, e ressalta que a determinação de ofício das provas pelo juiz está em função daquelas que entender indispensáveis para a formação do seu convencimento.

A possibilidade de o magistrado tomar iniciativas probatórias, entretanto, não é garantia de que a verdade será encontrada no âmbito do processo ou que suas eventuais dúvidas em face de incipientes elementos de prova para formar seu convencimento serão resolvidas. É necessário considerar, a partir da dimensão epistêmica do processo⁶³², isto é, sua capacidade instrumental de descobrir e determinar a verdade dos fatos sobre os quais se embasa a decisão, a atividade das partes diante do poder instrutório do juiz⁶³³.

Taruffo⁶³⁴ pondera que não é possível falar de uma função epistêmica das partes no processo, pois suas iniciativas e atividades não estão direcionadas para a busca e a descoberta da verdade. Ademais, em perspectiva histórica, “o livre confronto dialético entre as partes não é, de fato, um bom método para chegar-se à descoberta da verdade”⁶³⁵.

⁶²⁹ FERREIRA, William Santos. *Das provas*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coordenadores). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 997-998.

⁶³⁰ BEBBBER, Júlio César. *Provas no Novo CPC e o Processo do Trabalho*, cit., p. 307.

⁶³¹ Artigos 765 e 852-D, segunda parte, da CLT.

⁶³² Cf. tópico 1.5.

⁶³³ Taruffo, em resumo, afirma: “O problema dos poderes instrutórios do juiz pode, pois, ser sintetizado nestes termos: a atribuição desses poderes e seu efetivo exercício – naturalmente com respeito rigoroso aos direitos processuais das partes – correspondem a uma necessidade epistêmica, tratando-se de instrumentos que têm como fim atingir o escopo da apuração da verdade. Vice-versa, a oposição a um papel ativo do juiz na produção das provas parece motivada exclusivamente por opções ideológicas: tais opções, além de histórica e politicamente infundadas, configuram-se em termos claramente antiepistêmicos” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 208).

⁶³⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 196-197.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 199.

O empreendimento das partes no processo está centrado no direito à prova e, especificamente, na satisfação do ônus da prova⁶³⁶ e à contraprova⁶³⁷. Afirma Taruffo: “Em realidade, o que as partes têm interesse em demonstrar é que suas alegações de fato são fundadas, alegações essas feitas com o escopo de mostrar que suas demandas e exceções são fundadas do ponto de vista fático”⁶³⁸.

Os deveres das partes e dos advogados para com a verdade no âmbito do processo⁶³⁹ encontram um parâmetro modulador: a alegação da parte nada mais é do que uma afirmação sobre o fato que, de certo modo, verificou-se. Esta afirmação, sob a perspectiva epistêmica, “é um enunciado hipotético: pode ser verdadeiro ou falso em si, mas no momento em que é expresso, – e até que não seja formulada a decisão final – esse não é nem verdadeiro nem falso”⁶⁴⁰. Como demonstra Calamandrei⁶⁴¹:

O advogado trabalha sobre a realidade como o historiador, que recolhe os factos segundo um critério de escolha preestabelecido, desprezando aqueles que, segundo o mesmo critério, julga serem irrelevantes. Tal como o historiador, trairia o seu officio se alterasse a verdade, contando factos inventados, mas não a trai desde que se limite a recolher e coordenar, de entre os reais, apenas aqueles aspectos que são favoráveis à sua tese⁶⁴².

Por outro lado, o poder e a capacidade do juiz para buscar a verdade dos fatos no âmbito do processo estão condicionados por alguns fatores pessoais e estruturais. Se o processo está orientado para a descoberta da verdade, com reais possibilidades de ser encontrada, a função do juiz, nesta perspectiva epistêmica, é fundamental e legítima, como analisado, seus poderes instrutórios, para determinar, de ofício, a produção de provas. O maior obstáculo, entretanto, está na falta de informações a respeito de como e onde buscar conhecimento para determinar novas provas, com o desiderato de desvendar a verdade dos

⁶³⁶ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 197.

⁶³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 168.

⁶³⁸ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 199.

⁶³⁹ Cf. tópico 1.2.

⁶⁴⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 151.

⁶⁴¹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1985, p. 102-103.

⁶⁴² Calamandrei invoca a seguinte imagem sobre as relações com a verdade: “Há, no museu de Londres, um quadro do pintor Champaigne, no qual se pintou o cardeal Richelieu em três atitudes diferentes. Ao centro da tela, vemo-lo de frente, aos lados vemo-lo de perfil a olhar para o centro. O modelo é um só, mas na tela parece que são três pessoas a conversar, de tal modo são diferentes as expressões das figuras vistas de perfil e, mais do que isso, o ar calmo que, no retrato do centro, é a síntese dessas duas figuras. Num processo passasse o mesmo. Os advogados procuram a verdade de perfil, esforçando o olhar, e apenas o juiz, que está no meio do quadro, vê pacatamente de frente” (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados*, cit., p. 96).

fatos da causa⁶⁴³. Assim, também é fundamental a capacidade do juiz de lidar com as provas trazidas pelas partes ao processo, e delas poder extrair o maior número de elementos possíveis para a apuração da verdade.

A capacidade de o juiz desempenhar satisfatoriamente seu mister no que se refere às questões sobre os fatos da causa está objetivamente vinculada à sua formação, treinamento e experiência⁶⁴⁴. Não há uma formação específica para o juiz voltada para a apuração da verdade⁶⁴⁵, conquanto haja disciplinas sobre provas na formação técnico-jurídica⁶⁴⁶.

⁶⁴³ Mallet esclarece, sobre a utilização dos poderes concedidos ao juiz para determinar a produção de prova: “a experiência mostra que poderes dessa natureza raramente são exercidos na prática, até porque não dispõe o julgador de informações suficientes para saber onde e como buscar os fatos importantes ao esclarecimento da causa, não contando, de outro lado, com condições favoráveis para o desempenho de atribuição, especialmente em regiões com grande volume de processos”(MALLET, Estêvão. *Procedimento sumaríssimo trabalhista: problemas e perspectivas*, cit., p. 61-61); no mesmo sentido Marinoni e Arenhart: “É claro que o juiz, quando não convencido pela prova das partes, pode determinar prova de ofício. Acontece que essa possibilidade não é suficiente para permitir elucidar todos os casos concretos, especialmente porque, na maioria das vezes, não há outras provas a produzir ou o juiz desconhece os meios de prova que efetivamente podem auxiliar” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 90-91).

⁶⁴⁴ Ao mencionar a evolução do denominado juiz profissional, com origens remotas, Taruffo afirma: “a figura do juiz-jurista é enriquecida por novos aspectos que até hoje a caracterizam: o juiz é um funcionário do Estado, inserido em uma organização burocrática com estrutura piramidal, mas, sobretudo, é escolhido (e progride na carreira) com base em sua preparação técnico-jurídica; de qualquer modo, é mantido na figura do moderno juiz de *civil law* o caráter mais relevante no presente contexto, ou seja, o poder de decidir contextualmente tanto as questões de fato, quanto as questões de direito” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 209).

⁶⁴⁵ No capítulo IV é realizada uma análise sobre a formação do juiz do trabalho por intermédio das escolas judiciais, relativamente às habilidades que devem ser adquiridas e desenvolvidas ao longo da carreira.

⁶⁴⁶ E continua Taruffo: “É necessário ter em mente a circunstância de que frequentemente o juiz togado transcorre anos desempenhando sua função em órgãos judiciários de primeira instância, nos quais a produção de provas e a apuração dos fatos constituem, via de regra, o núcleo essencial do processo” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, cit., p. 211).

CAPÍTULO IV

O SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL E A FORMAÇÃO DO JUIZ: UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR

4.1 Considerações iniciais

A complexidade do sistema da persuasão racional permite uma análise mais ampla, a partir de uma abordagem interdisciplinar, para que se possa desenvolver uma compreensão abrangente sobre o seu funcionamento.

Os temas da verdade, da prova, da cognição judicial e da dimensão epistêmica do processo judicial foram desenvolvidos, no capítulo I, para formar uma base para se adentrar no estudo específico do atual sistema de avaliação das provas. As notas históricas, no capítulo II, e a análise tópica do atual regramento do sistema, permitiram uma perspectiva e um conhecimento maior de seus fundamentos. Foi possível, assim, no capítulo III, conhecer as estruturas processuais e o funcionamento da apreciação das provas e da formação do convencimento judicial.

O presente capítulo tem a finalidade de averiguar, em linhas gerais, as condições nas quais o sistema da persuasão racional opera, no âmbito da Justiça do Trabalho. Por um lado, a pessoa do juiz que avalia as provas e forma o seu convencimento e, por outro, a estrutura de trabalho na qual está inserido no desenvolvimento do seu mister.

As estruturas de trabalho do juiz têm um papel relevante na forma como sua atividade pode ser desempenhada. Duas dimensões relevam-se aqui. Primeiro, as condições objetivas de trabalho, como, por exemplo, o número de processos a julgar e o número de funcionários para o desenvolvimento de tarefas, aspectos que serão brevemente e sinteticamente mencionados, apenas para uma visão global do sistema. O segundo, de maior interesse e que exige, portanto, aprofundamento, é sobre a preparação pedagógica do juiz, atualmente sob a responsabilidade das escolas judiciais. As análises sobre as condições de trabalho e a preparação pedagógica do juiz são dedicadas à Justiça do Trabalho.

Um dos pontos mais críticos do sistema da persuasão racional é o subjetivismo do juiz na apreciação das provas e formação do convencimento⁶⁴⁷, que desafia formas cada vez mais maduras de racionalidade. Para uma compreensão desse aspecto da pessoa do juiz no desenvolvimento da apreciação da prova e formação de seu convencimento, apresentam-se, em tópico específico, as distinções entre abordagens jurídica, racional e psicológica do sistema da persuasão racional. Não se trata de uma investigação empírica, que demandaria o desenvolvimento de uma metodologia própria da psicologia do direito, mas de diferenciar, para bem visualizar o labor no sistema da persuasão racional, os fatores que compõem a dimensão humana do magistrado.

4.2 Necessidade e justificativa para uma abordagem interdisciplinar

4.2.1 Visão geral da interdisciplinaridade

Para uma visão geral sobre o fenômeno da interdisciplinaridade, que permita verificar e entender os principais métodos construídos ao longo de sua história, com a finalidade de ser útil ao propósito deste trabalho e, particularmente utilizado neste capítulo, é necessária a apresentação, embora sucinta, de três ideias a respeito do contexto de seu surgimento.

A primeira dessas ideias é que a interdisciplinaridade surge como um esforço no sentido de superar a dissociação entre o *pensamento teórico* e a *ação informada*. Japiassu⁶⁴⁸ constata, no âmbito da ciência, que o elevado número de especializações e o rápido desenvolvimento de cada uma delas resultaram na fragmentação do conhecimento a ponto de dificultar o encontro de soluções para os problemas investigados⁶⁴⁹. A metodologia de trabalho das ciências humanas, ao utilizar o modelo das ciências naturais,

⁶⁴⁷ Cf. tópico 3.4.4.1.

⁶⁴⁸ JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 30.

⁶⁴⁹ É comum, para compreender o contexto no qual surgem os estudos interdisciplinares, a referência à frase ou ao sentido da célebre expressão de Chesterton sobre os especialistas, assim sintetizadas por Japiassu: “o especialista converteu-se neste homem que, à força de conhecer cada vez mais sobre um objeto cada vez menos extenso, acaba por saber tudo sobre nada” (JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 40-41).

tem produzido conhecimentos parciais a respeito do fenômeno humano⁶⁵⁰. Prado demonstra que a “ênfase dada ao método científico e ao pensamento racional, estendida para as ciências ditas humanas, gerou uma dificuldade de compreensão do mundo”⁶⁵¹.

O segundo campo de ideias sobre a interdisciplinaridade é a de que o seu surgimento ocorre na área da Educação com a finalidade de abarcar e compreender o homem em suas várias expressões e não apenas nos aspectos racionais⁶⁵². Japiassu pondera que a interdisciplinaridade, como metodologia, objetiva rearticular as estruturas de ensino das disciplinas científicas, à medida que “coloca em questão não somente a pedagogia de cada disciplina, mas também o papel do ensino pré-universitário, bem como o emprego que se faz dos conhecimentos psicopedagógicos adquiridos”⁶⁵³.

A terceira ideia fundamental associada à interdisciplinaridade diz respeito aos problemas a serem estudados. A crescente complexidade dos problemas requer uma convergência de conhecimentos, de diferentes disciplinas que possam formar um processo de interação e colaboração, para a reflexão e o enfrentamento de questões sobre o homem, como ser social⁶⁵⁴.

Prado⁶⁵⁵ afirma que a interdisciplinaridade é reconhecida como a mais recente tendência da teoria do conhecimento. Fazenda⁶⁵⁶ apresenta os principais avanços sobre a interdisciplinaridade, que podem ser assim resumidos: a) a interdisciplinaridade não é uma categoria de conhecimento; b) interdisciplinaridade é uma ação que conduz a um exercício de conhecimento: o de perguntar e o de duvidar; c) há uma diferença de categoria entre as

⁶⁵⁰ E prossegue Japiassu: “Surge, aqui, um problema: se nas ciências naturais há um amplo acordo quanto aos métodos a serem utilizados, a ponto de a possibilidade de ‘reduzir’ desempenhar, numa explicação científica, o papel de uma hipótese metodológica, o mesmo não ocorre no caso das ciências humanas, onde a situação metodológica está longe de apresentar-se com a devida clareza. Pelo contrário, nesse domínio, a confusão parece ser a regra. Basta ver que aí a diversificação metodológica não passa de multiplicação das disciplinas especializadas. A questão que se coloca é a seguinte: devemos recorrer aos métodos ‘reduzores’, inspirados nos métodos das ciências naturais e tentando a construção de *modelos*; ou não seria preferível recorrer a métodos talvez menos ‘explicativos’, mas seguramente mais *compreensivos* dos fenômenos humanos?” (JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 61, grifos do autor).

⁶⁵¹ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a Emoção*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 3.

⁶⁵² Fazenda afirma: “A década de 60 inaugura o início dos estudos sobre interdisciplinaridade. Surgem entre os teólogos e fenomenólogos na busca de um sentido mais humano para a Educação, baseiam-se numa antropologia filosófica; nascem com os estudos sobre linguagem influenciados especialmente por Buber, Delanglade, Bujtendijk, não como oposição ao cartesianismo, mas como busca de compreensão do humano em outros aspectos que não apenas os racionais” (FAZENDA, Ivani. *Interdisciplinaridade: qual o sentido?* 2. ed. São Paulo: Paulus, 2006, p. 5).

⁶⁵³ JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 34.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 44-45, 62.

⁶⁵⁵ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a Emoção*, cit., p. 3.

⁶⁵⁶ FAZENDA, Ivani. *Interdisciplinaridade: história, teoria e pesquisa*. 4. ed. Campinas: Papyrus, 1999, p. 28-29.

disciplinas e a interdisciplinaridade; d) o desenvolvimento da interdisciplinaridade ocorre a partir do desenvolvimento das próprias disciplinas. Japiassu⁶⁵⁷ reconhece que a metodologia interdisciplinar pode ser aplicada em pesquisas, no ensino e em realizações de ordem técnica.

4.2.2 Interdisciplinaridade: conceitos, finalidades, campos e abordagens

Apresentado em linhas gerais o fenômeno da interdisciplinaridade, é possível estabelecer os seus principais conceitos, entender suas finalidades, visualizar seus campos de operação e os tipos de abordagem. Descreve-se a seguir uma breve síntese das classificações desenvolvidas por Lenoir⁶⁵⁸.

O sentido da interdisciplinaridade aponta para dois elementos⁶⁵⁹: a) a existência de ao menos duas disciplinas; b) a presença de uma ação recíproca entre elas. A existência e o desenvolvimento de disciplinas distintas é condição para o surgimento e a atuação da interdisciplinaridade. Essas disciplinas podem estar no campo escolar ou no campo científico. Tem-se, assim, a interdisciplinaridade entre disciplinas escolares e aquela entre disciplinas científicas. A ação recíproca entre as disciplinas compreende uma interação ou um diálogo⁶⁶⁰ entre elas. Este encontro entre as disciplinas tem uma natureza didática, à medida que há uma transmissão de conhecimentos com o objetivo de ensinar.

Duas finalidades são perseguidas pela interdisciplinaridade⁶⁶¹. A primeira, de caráter epistemológico, filosófico e holístico, é a construção de um quadro de conceitos que possa integrar e unificar todo o saber científico. A segunda é instrumental, ou seja, desenvolver a aplicabilidade do saber para a solução de problemas, promovendo uma integração social do conhecimento.

No âmbito da interdisciplinaridade científica há produção de novos conhecimentos e respostas diretas às necessidades sociais. Estabelecem-se ligações entre as ramificações

⁶⁵⁷ JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 42.

⁶⁵⁸ LENOIR, Yves. *Didática e interdisciplinaridade: uma complementaridade necessária e incontornável*, in *Didática e Interdisciplinaridade*, Ivani Fazenda (organizadora). Campinas: Papirus, 1998, p. 45-52.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 46-47.

⁶⁶⁰ JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 29.

⁶⁶¹ LENOIR, Yves. *Didática e interdisciplinaridade: uma complementaridade necessária e incontornável*, cit., p. 48-49.

da ciência. A interdisciplinaridade escolar visa a difundir e integrar conhecimentos. As ligações desenvolvidas buscam integrar teoria e prática.

Os campos nos quais a interdisciplinaridade pode atuar podem ser resumidos no científico, escolar e profissional⁶⁶². Em qualquer um destes campos, a interdisciplinaridade pode operar realizando pesquisa, desenvolvendo o ensino ou na própria atuação de sua prática.

Três abordagens são divisadas na aplicação da interdisciplinaridade: a) abordagem relacional, na qual a função da interdisciplinaridade é estabelecer relações, convergências e interconexões entre as disciplinas; b) abordagem ampliativa, que propicia o surgimento de novas disciplinas, a partir do preenchimento dos espaços vazios entre duas ciências existentes; c) abordagem radical, na qual a interdisciplinaridade substitui uma estruturação disciplinar.

Por fim, Japiassu sintetiza o sentido do interdisciplinar⁶⁶³, nos seguintes termos:

Este pode ser caracterizado como o nível em que a colaboração entre as diversas disciplinas ou entre os setores heterogêneos de uma mesma ciência conduz a *interações propriamente ditas*, isto é, a uma certa reciprocidade nos intercâmbios, de tal forma que, no final do processo interativo, cada disciplina saia enriquecida. Podemos dizer que nos reconhecemos diante de um empreendimento interdisciplinar todas as vezes em que ele conseguir *incorporar* os resultados de várias especialidades, que *tomar de empréstimo* a outras disciplinas certos instrumentos e técnicas metodológicos, fazendo uso dos esquemas conceituais e das análises que se encontram nos diversos ramos do saber, a fim de fazê-los *integrarem* e *convergirem*, depois de terem sido *comparados* e *julgados*⁶⁶⁴. (grifos do autor)

⁶⁶² LENOIR, Yves. *Didática e interdisciplinaridade: uma complementaridade necessária e incontornável*, cit., p. 50.

⁶⁶³ Japiassu estabelece uma distinção teórica no âmbito das pesquisas sobre um sistema disciplinar, a partir do grau de cooperação e coordenação entre as disciplinas: a) multidisciplinaridade: simultaneidade de disciplinas, no mesmo nível e nenhuma cooperação; b) pluridisciplinaridade: justaposição de diversas disciplinas, no mesmo nível, com cooperação, mas sem coordenação; c) interdisciplinaridade: conexão de disciplinas, de objetivos múltiplos e coordenação precedendo do nível imediatamente superior, que introduz a noção de finalidade; d) transdisciplinaridade: coordenação de todas as disciplinas, com níveis e objetivos múltiplos, coordenados para uma finalidade comum (JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 73-74).

⁶⁶⁴ JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 75.

4.2.3 Conclusão

A interdisciplinaridade a ser exercida neste capítulo é a de uma abordagem relacional, e a partir de conceitos específicos da área da Psicopedagogia e da Psicologia estabelecer um breve diálogo com o Direito, relativamente ao sistema da persuasão racional.

Não há pretensão de fixar parâmetros de análise a respeito do funcionamento do sistema da persuasão racional por intermédio de esquemas conceituais e técnicas das ciências mencionadas. Esta possibilidade demandaria o desenvolvimento de um projeto de pesquisa voltado especificamente para tal finalidade.

As interações entre as ciências que são desenvolvidas a seguir têm por objetivos: a) ampliar a compreensão do funcionamento do sistema da persuasão racional; b) esclarecer os fatores que de alguma forma podem influenciar o desempenho do juiz na avaliação da prova e formação de seu convencimento; c) identificar aspectos no sistema da persuasão racional que podem ser aperfeiçoados para um funcionamento e desempenho que cumpram as finalidades jurídicas do instituto.

4.3 A formação dos juízes do trabalho e seu impacto no desempenho profissional

Para desenvolver o tema da formação dos juízes do trabalho é necessário situar, ainda que em brevíssimas palavras, o contexto da atividade relativamente a sua natureza e condições gerais.

O Direito do Trabalho, nas palavras de Delgado, é “o complexo de princípios, regras, institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho”⁶⁶⁵. Esclarece, ainda, que a expressão Direito Social, que outrora foi uma de suas denominações, tem recuperado prestígio e ampliado seu sentido, para englobar vários outros ramos

⁶⁶⁵ E prossegue: “e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores serviços, em especial através de suas associações coletivas” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 51).

especializados do Direito, em razão da prevalência de normas imperativas, de forte conteúdo social⁶⁶⁶.

A função central do Direito do Trabalho é a “melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica”⁶⁶⁷. Duas outras funções estão associadas: a) modernização e progresso, na perspectiva econômica e social; b) civilizatória e democrática⁶⁶⁸. Situa-se, assim, na dimensão social dos direitos humanos⁶⁶⁹.

O Conselho Nacional de Justiça, por intermédio do departamento de pesquisas jurídicas, publica anualmente o relatório justiça em números⁶⁷⁰, que realiza uma radiografia da prestação jurisdicional e da estrutura⁶⁷¹ dos diversos ramos do Poder Judiciário.

A Justiça do Trabalho⁶⁷², com sua competência definida constitucionalmente, está estruturada, em seu primeiro grau de jurisdição, por Varas do Trabalho e, no segundo grau, por Tribunais Regionais do Trabalho. No terceiro grau de jurisdição, o Tribunal Superior do Trabalho.

⁶⁶⁶ Delgado situa como Direitos Sociais os seguintes ramos: Direito do Trabalho, Direito de Seguridade Social, Direito Ambiental e Direito do Consumidor (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 55).

⁶⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 58.

⁶⁶⁸ Ibidem, p. 58, 61.

⁶⁶⁹ Nas palavras de Delgado: “O Direito do Trabalho corresponde à dimensão social mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário (ou de Seguridade Social). É por meio desses ramos jurídicos que os Direitos Humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana. O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, em regra geral, por sua própria força e/ou habilidades isoladas, não alcançariam. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também, a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural – o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 81-82).

⁶⁷⁰ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 25 de fev. 2016.

⁶⁷¹ Várias metodologias e índices estatísticos são utilizados para mensurar os principais aspectos da atividade jurisdicional. Quatro categorias de indicadores estatísticos são fixados: I – Insumos, dotações e graus de utilização (receitas e despesas; estrutura); II – Litigiosidade (carga de trabalho; taxa de congestionamento; recorribilidade e reforma das decisões); III – Acesso à Justiça; IV – Perfil das Demandas. É possível verificar, por exemplo: o número de magistrados por 100.000 habitantes; o número de casos novos por 100.000 habitantes; casos novos por magistrados no primeiro e no segundo graus, em cada Tribunal; a carga de trabalho dos magistrados (BRASIL. *Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2015, p. 13-24. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 25 de fev. 2016).

⁶⁷² Dispõe o art. 111 da Constituição Federal: “São Órgãos da Justiça do Trabalho: I – O Tribunal Superior do Trabalho; II – Os Tribunais Regionais do Trabalho; III – Juizes do Trabalho” (BRASIL. Constituição Federal (1988), 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 3-121).

Para uma ideia geral a respeito do extraordinário volume de trabalho dos magistrados trabalhistas no primeiro e segundo graus de jurisdição, dentre os vários índices disponibilizados no relatório justiça em números, o relativo à carga de trabalho e o número de processos julgados bem dimensionam a quantidade de trabalho. O número a seguir apresentado é uma média nacional, com a observação de que há diferentes situações na perspectiva individual de cada tribunal, resultantes da regionalização da Justiça do Trabalho. A carga de trabalho engloba os casos novos no ano de 2014, os casos pendentes do ano anterior, os recursos internos, as execuções iniciadas no ano e as pendentes do ano anterior e seus incidentes. Por magistrado trabalhista, no primeiro grau, no ano de 2014, a carga de trabalho foi de 2.778 processos; no segundo grau, a carga de trabalho foi de 2.190 processos. Em relação ao número de processos julgados, no ano de 2014, dentro deste universo carga de trabalho, por magistrado trabalhista, em média: no primeiro grau, 1.148 processos julgados; no segundo grau 1.434 processos julgados⁶⁷³.

4.3.1 As escolas judiciais e o dever de formação e aperfeiçoamento

A criação das escolas nacionais de formação e aperfeiçoamento dos magistrados⁶⁷⁴, por intermédio da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004⁶⁷⁵, representou derradeiro avanço na profissionalização da atividade judicante⁶⁷⁶ e, para muitos, agente básico de transformação do Judiciário⁶⁷⁷. Até então, após a aprovação em concurso público de provas e títulos, os magistrados brasileiros não estavam obrigados a manter ou realizar

⁶⁷³ BRASIL. *Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça*, cit., p. 217. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 25 de fev. 2016.

⁶⁷⁴ Dinamarco registra a influência da *Ecole Nationale de la Magistrature* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. I, p. 421).

⁶⁷⁵ Dispõem o art. 105, parágrafo único, da Constituição Federal: “Funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça: I – a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira”; e o art. 111-A, § 2º, da Constituição Federal: “Funcionarão junto ao Tribunal Superior do Trabalho: I –a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira” (BRASIL. Constituição Federal (1988), cit.).

⁶⁷⁶ Dispõe o art. 93, IV da Constituição Federal: “previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados” (BRASIL. Constituição Federal (1988), cit.).

⁶⁷⁷ A Afirmação é de Prado, que cita Sálvio de Figueiredo Teixeira (PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a Emoção*, cit., p. 106).

qualquer atualização dos seus conhecimentos. Vigorava o mito da autossuficiência teórica e prática do magistrado⁶⁷⁸, que deveria conhecer a lei, a doutrina e a jurisprudência⁶⁷⁹.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat)⁶⁸⁰ definiu os parâmetros para uma formação profissional institucional, criando o Sistema Integrado de Formação de Magistrados Trabalhistas, composto pelas 24 Escolas Judiciais de cada um dos Tribunais Regionais do Trabalho. Criou duas classes de formação. A formação inicial, com módulos nacionais e regionais, destinada aos magistrados recém-aprovados em concurso público de provas e títulos. E a formação continuada para os magistrados vitalícios. Fixou, em síntese, as disciplinas e respectivos conteúdos, métodos didáticos de ensino, competências a serem adquiridas e desenvolvidas⁶⁸¹, módulos de formação inicial e carga horária mínima de frequência aos cursos de formação continuada.

O código de ética da magistratura⁶⁸² define balizas sobre o compromisso do magistrado com o desenvolvimento do seu conhecimento e da sua capacitação, fixando como premissa o direito dos jurisdicionados e da sociedade à obtenção de um serviço de qualidade na administração da justiça. Em síntese, a seguir, as principais características éticas estabelecidas pelo código sobre a formação e o aperfeiçoamento do magistrado: a) a formação adequada é o resultado da conjugação do conhecimento do Direito com a capacidade técnica e atitudes éticas para a sua correta aplicação; b) o conhecimento e a capacidade técnica assumem especial dimensão em relação às matérias, técnicas e atitudes que propiciem a máxima proteção dos direitos humanos e desenvolvimento dos valores constitucionais; c) o magistrado deve facilitar e promover a formação dos outros membros do órgão judicial e colaborar com as atividades correlatas.

⁶⁷⁸ OLSSON, Giovanni. *Os saberes do juiz no século XXI: um novo paradigma profissional na era da globalização*, in ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa; ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa(coord.). *Justiça do Século XXI*. São Paulo: LTr, 2014, p. 69.

⁶⁷⁹ NALINI, José Renato. *Ética da Magistratura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 162.

⁶⁸⁰ Criada pela Resolução 1.140/2006 e Estatuto definido pela Resolução 1.158/2006, ambas do TST. Disponível em: <<http://www.enamat.jus.br>>. Acesso em: 27 maio 2015.

⁶⁸¹ Resolução Administrativa 07/2010 da Enamat. Disponível em: <<http://www.enamat.jus.br>> Acesso em: 27 maio 2015.

⁶⁸² Artigos 29 a 36. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 27 maio 2015.

4.3.2 A influência da Escola Nacional da Magistratura Francesa: o saber-fazer

Os primórdios da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho recebeu inspiração da Escola Nacional da Magistratura Francesa⁶⁸³, para a construção de um modelo de Escola Nacional. O intercâmbio teve início por iniciativa da Escola Nacional da Magistratura da Associação dos Magistrados Brasileiros, em acordo com a Embaixada da França no Brasil, para a participação de dois juízes brasileiros no curso de “Formador de Formadores”⁶⁸⁴.

Apresentam-se, a seguir, em síntese, a partir do trabalho de Schmidt⁶⁸⁵, as principais características da formação de juízes e membros do ministério público na França, que compõem a mesma carreira e têm a mesma denominação de “magistrado”.

A formação tem duas principais funções: 1) a aquisição de um saber-fazer (*savoir-faire*); 2) a reflexão sobre o exercício das práticas profissionais. O conhecimento jurídico é pressuposto a partir da aprovação no concurso de ingresso. A *Ecole Nationale de la Magistrature* (ENM) é uma escola profissionalizante, com dois grandes ramos: a formação inicial e a formação continuada.

A formação inicial, considerada indispensável na formação de magistrados competentes e polivalentes, para o desempenho das funções de juiz e de promotor, tem três objetivos: a) adquirir elevado nível técnico profissional que proporcione segurança ao jurisdicionado; b) conhecer e analisar o ambiente da justiça, na sua dimensão humana, econômica e social; c) desenvolver reflexões sobre as funções judiciárias, seus princípios

⁶⁸³ A nota histórica constante no site da Enamat registra a participação do Ministro Gelson de Azevedo, que compôs a segunda das três comissões formadas para o desenvolvimento dos trabalhos de implantação da Escola, no Curso de Formação de Formadores da Escola Nacional da Magistratura Francesa, em Paris e Bordeaux, em setembro de 2004. Também está registrado: “A Terceira Comissão, constituída para aperfeiçoar o trabalho inicial da comissão anterior, apresentou a segunda minuta de resolução administrativa, aproveitando os subsídios trazidos pela participação dos Ministros Ives Gandra Martins Filho e Maria Cristina Irigoyen Peduzzi no “Curso de Formação de Formadores”, ministrado em Brasília pelos professores da Escola da Magistratura Francesa, de 6 a 10/2/06. O curso focou principalmente o modelo ideal para uma Escola Nacional de Magistratura Trabalhista, contando com sugestões formuladas pelos diretores de quinze Escolas Regionais de Magistratura Trabalhista e pelo Ministro João Oreste Dalazen. Disponível em: <<http://www.enamat.jus.br>>. Acesso em: 27 maio 2015.

⁶⁸⁴ A juíza do Trabalho Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt foi uma das selecionadas e participou do curso na França, no período de 1º a 11 de março de 2004 (SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. *A Escola Nacional da Magistratura Francesa: uma fonte de inspiração para as escolas da magistratura e do ministério público brasileiros?* Belo Horizonte, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 41, n. 71, p. 41, jan./jun. 2005).

⁶⁸⁵ SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. *A Escola Nacional da Magistratura Francesa: uma fonte de inspiração para as escolas da magistratura e do ministério público brasileiros?* cit., p. 41-50.

fundamentais, seu estatuto e sua deontologia. A formação inicial “é o momento próprio para ensinar que o magistrado deve se formar *tout au long de la vie* (ao longo de toda a vida)”⁶⁸⁶. A formação contínua visa a estabelecer o hábito de estudos e atender às necessidades de conhecimento e técnica dos magistrados, conjugada com as demandas impostas pela jurisdição.

A importância da pedagogia na formação pode ser reconhecida pelos seguintes fatores: a) construção de um projeto de formação, com a definição do que deve ser transmitido e dos resultados almejados; b) estabelecimento das competências necessárias para o desempenho de um professor de formação inicial e continuada; c) alternância das técnicas pedagógicas no processo de ensino, com ênfase nos métodos participativo-ativo, demonstrativo-interrogativo e experimental; d) formação de pequenos grupos (oficinas); e) avaliação ao final das atividades pelos alunos.

A competência dos magistrados está na razão direta de sua formação e contínuo aprimoramento. Nos dizeres de Schmidt, “a formação é um instrumento de evolução da Justiça, porque a torna mais eficaz, mais humana, mais certa e mais equilibrada”⁶⁸⁷.

4.3.3 Formação profissionalizante e interdisciplinar do magistrado nas escolas judiciais trabalhistas: aquisição e desenvolvimento de competências

Há um fenômeno denominado de *jurisdicionalização de todos os temas*⁶⁸⁸, trazendo cada vez mais questões complexas⁶⁸⁹, exigindo ampliação na capacitação dos juízes, ou seja, o “aperfeiçoamento deve ser feito não somente em disciplinas técnico-jurídicas, como também em outras disciplinas afins, principalmente em economia, sociologia, política e psicologia, em nível que lhes propicie, ao menos, o suficiente para ter a visão global do momento histórico e do contexto socioeconômico-cultural em que atuam”⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. *A Escola Nacional da Magistratura Francesa: uma fonte de inspiração para as escolas da magistratura e do ministério público brasileiros?* cit., p. 48.

⁶⁸⁷ Ibidem, p. 49.

⁶⁸⁸ NALINI, José Renato. *Ética da Magistratura*, cit., p. 163;

⁶⁸⁹ OLSSON, Giovanni. *Os saberes do juiz no século XXI: um novo paradigma profissional na era da globalização*, cit., p. 72.

⁶⁹⁰ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*, cit., p. 72.

A formação profissionalizante e interdisciplinar do juiz é uma realidade que está sendo construída a partir das diretrizes didático-pedagógicas da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho. A seguir são descritos, em síntese, alguns aspectos fundamentais estabelecidos para a formação do magistrado, que norteiam as Escolas Judiciais na construção do projeto pedagógico de formação inicial e continuada dos magistrados trabalhistas.

As formações inicial e continuada têm por objetivo proporcionar ao magistrado a aquisição de competências profissionais e o seu permanente desenvolvimento⁶⁹¹. As competências possuem três dimensões⁶⁹²: a) cognitivas (saber-saber); b) funcionais (saber-fazer); c) atitudinais (saber-ser/saber-estar).

Entre as várias capacidades, habilidades e atitudes definidas pela Escola Nacional, no total de trinta e nove, distribuídas em dois eixos e nove subeixos⁶⁹³, e respectivas dimensões cognitivas, funcionais e atitudinais, são apresentadas, a seguir, aquelas que interessam diretamente ao tema da *persuasão racional*.

No subeixo *argumentativo-discursivo*, a competência de *elaborar atos decisórios fundados em raciocínios logicamente estruturados* tem o objetivo, dentre outros, de *fundamentar racionalmente a decisão*. No subeixo *jurisdicional-trabalhista*, a competência de *exercer com instrumentalidade os poderes de direção de instrução probatória oral, documental e pericial em contraditório*, com o objetivo, dentre outros, de *conhecer as dimensões sociológicas e psicológicas da prova*. No subeixo *jurídico-trabalhista*, a competência de *atualizar-se criticamente em temas contemporâneos relevantes para a jurisdição*, tem a dimensão, dentre outras, de *identificar as alterações sociais, políticas e econômicas na sociedade contemporânea*. No subeixo *sócio-psicológico*, a competência de

⁶⁹¹ A Resolução Administrativa 07/2010 da Enamat, que regulamenta e atualiza as competências dos magistrados do trabalho a serem adquiridas e desenvolvidas pelos alunos-juizes nos módulos nacional e regional dos cursos de formação inicial e formação continuada, estabelece em seus *considerandos* a premissa de que “as competências são tomadas como a potencialidade de o Magistrado mobilizar respostas de forma internalizada para enfrentar circunstâncias em que o indivíduo deve deter um conjunto integrado de conhecimentos, atitudes e habilidades já incorporado ao seu aparato pessoal, a fim de ser utilizado no exercício da profissão”. Disponível em: <<http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2012/04/Resolucao-n-7-2010.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2015.

⁶⁹² Artigo 3º, alínea “b”, da Resolução Administrativa 07/2010 da Enamat. Disponível em: <http://www.enamat.jus.br/?page_id=18>. Acesso em: 27 maio 2015.

⁶⁹³ As competências a serem adquiridas e desenvolvidas estão distribuídas em dois eixos e nove subeixos, nos termos do artigo 3º, alínea “c” e “d”, da Resolução Administrativa 07/2010 da Enamat, a saber: A) eixo teórico prático de competências gerais: 1) argumentativo-discursivo; 2) jurídico-didático; 3) jurídico-deontológico; 4) político-institucional; 5) sócio-interativo; e B) eixo teórico prático de competências específicas: 6) administrativo-funcional; 7) jurisdicional-trabalhista; 8) jurídico-trabalhista; 9) sócio-psicológico. Disponível em: <http://www.enamat.jus.br/?page_id=18>. Acesso em: 27 maio 2015.

exercer a magistratura com respeito ao equilíbrio entre as dimensões emocional e racional de sua subjetividade frente ao conflito social laboral, tem a dimensão, dentre outras, de conhecer as principais categorias da dimensão subjetiva do juiz, identificar o papel da emoção e da razão na atuação profissional do juiz e equilibrar a participação da emoção e da razão no processo decisório como elemento de realização pessoal.

4.3.4 A formação dos magistrados trabalhistas e o sistema da persuasão racional

O conjunto de competências acima destacadas permite reconhecer, ao menos, cinco aspectos fundamentais sobre a formação do juiz com reflexo direto na dinâmica de funcionamento do sistema da persuasão racional. Antes, contudo, é necessário ressaltar que as capacidades, habilidades e atitudes a serem adquiridas pelos magistrados estão estabelecidas para nortear as ações formativas, ou seja, são o ponto de partida para a definição das disciplinas e respectivos conteúdos, nas diversas áreas, a serem oferecidas nos cursos de formação. São os seguintes os cinco aspectos que decorrem do conjunto das competências indicadas, fixadas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho: a) uma concepção subjetiva de pessoa, que exerce a atividade de julgar, com pelo menos duas dimensões, a emocional e a racional; b) o reconhecimento do papel da emoção e da razão no processo decisório do juiz, considerados também como elementos de realização pessoal; c) o exercício consciente e crítico da jurisdição, a partir da atualização do juiz em temas contemporâneos que permitam a identificação e compreensão dos diferentes aspectos da sociedade, em suas manifestações social, política e econômica; d) o desenvolvimento de uma instrução probatória oral que leve em consideração, além dos aspectos técnico-jurídicos, a dimensão social e psicológica da prova; e) a necessidade do desenvolvimento da capacidade argumentativa-discursiva, para a elaboração de raciocínios logicamente estruturados, com a finalidade de serem corretamente expostos em decisões racionalmente fundamentadas.

A subjetividade do juiz, com a compreensão das dimensões emocional e racional, a partir das premissas pedagógicas definidas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, permite o reconhecimento de que não apenas elementos racionais estão presentes na atividade de avaliação da prova e de formação do convencimento. A emoção, como elemento estrutural da pessoa, desempenha

um papel importante na atividade cognitiva da persuasão racional e, como tal, é pontualmente examinada de uma perspectiva psicológica⁶⁹⁴. O fundamental, entretanto, é o aspecto argumentativo-discursivo da pessoa, ou seja, sua capacidade de traduzir e externar, de forma racional, todos os elementos subjetivos, que interessam ao convencimento, em raciocínios e argumentos.

A formação interdisciplinar do juiz proporciona maiores condições de compreensão do processo judicial, diante de uma melhor contextualização do direito material em litígio. Estudos na área econômica, social e política dão perspectiva ao conflito de interesses e facilitam o entendimento de sua dinâmica. Os fatos que interessam à causa são apreendidos em seu contexto cultural e social, que proporcionam o desenvolvimento de raciocínios pertinentes para sua análise. Por exemplo, é conhecendo o contexto cultural e social do conflito que o juiz pode constatar e abstrair regras de experiência sobre fatos que ordinariamente acontecem, para o estabelecimento de presunções.

4.4 Uma Abordagem psicológica do sistema da persuasão racional: limites e possibilidades

Trindade⁶⁹⁵ propõe a seguinte distinção entre as relações da psicologia com o direito: a) psicologia *do* direito; b) psicologia *no* direito; c) psicologia *para* o direito. A psicologia *para* o direito é denominada de psicologia jurídica⁶⁹⁶ e tem realizado proficuas contribuições em suas aplicações⁶⁹⁷. A psicologia *no* direito tem por objeto de estudo a

⁶⁹⁴ Cf. tópicos 4.4.1.1 e 4.4.1.2.

⁶⁹⁵ TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 32-33, 38-44.

⁶⁹⁶ Também denominada de psicologia forense ou psicologia judicial (TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*, cit., p. 33).

⁶⁹⁷ Trindade relaciona várias contribuições que a psicologia (em geral pela atuação dos psicólogos nas instituições judiciais), como ciência auxiliar, tem realizado, sob a denominação de psicologia jurídica (forense ou judicial), dentre as quais, por exemplo: a) nas questões de família, nas separações, divórcio, regulamentação de visitas (a síndrome de alienação parental); b) no direito penal, no estudo do crime e das motivações; c) no procedimento de declaração do incidente de insanidade mental; d) no processo penal, nos procedimentos de oitiva das testemunhas e interrogatório do réu; e) no direito do trabalho, nas condições emocionais do trabalhador, na constatação de dano moral e psicológico (TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*, cit., p. 40-43). Outra área do direito na qual a psicologia tem aportado importantes contribuições é nos procedimentos alternativos de solução de conflitos, como a mediação, arbitragem e conciliação (FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni Mangini. *Psicologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 386-394; MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. *A prática da Moderna Mediação: integração entre a psicologia e o direito*, in

conduta humana a partir das normas jurídicas, ou seja, a capacidade e o efeito dessas regras para produzir ou evitar determinados comportamentos⁶⁹⁸. A psicologia *do* direito, por sua vez, abarca um campo que extrapola as contribuições que a psicologia tem proporcionado na aplicação do direito, pois tem o propósito de compreender o próprio fenômeno jurídico.

Em linhas gerais, a psicologia *do* direito abrange três grandes campos de estudos. O primeiro destes campos diz respeito às ligações entre o fato social e o normativo, para compreender a gênese da elaboração das normas, em face do reconhecimento dos sentimentos e necessidades das pessoas dentro da perspectiva de convivência social⁶⁹⁹. Uma das manifestações mais expressivas deste primeiro campo é o realismo jurídico, em especial na sua versão norte-americana e escandinava⁷⁰⁰. O segundo campo de estudos é formado pelas investigações sobre os conceitos e representações de justiça, com o surgimento de teorias psicológicas sobre a justiça⁷⁰¹. O terceiro campo da psicologia *do* direito abarca os estudos destinados a compreender como os fatores psíquicos influenciam o juiz na prolação da sentença. Este terceiro campo é o que se aproxima do propósito deste tópico.

A doutrina jurídica é vasta em apontar fatores de natureza subjetiva, emocional ou psicológica sobre a atuação do juiz e a necessidade do estudo psicológico das decisões judiciais. Destacam-se alguns exemplos. Calamandrei retoma a ideia de que sentença vem de sentir⁷⁰². Cappelletti refere-se ao sentimento do juiz⁷⁰³. Gorphe desenvolve estudos

ZIMERMAN, David, COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002, p. 471-488).

⁶⁹⁸ As diversas escolas, modelos ou sistemas em Psicologia, que estudam, por exemplo, a estrutura da personalidade, seu desenvolvimento, o comportamento e os processos de aprendizagem, podem ser classificados de diversas formas. Adota-se aqui o padrão de Trindade, que assim aponta: a) Psicologia psicanalítica (psicanálise); b) Psicologia experimental; c) Psicologia comportamental (behaviorismo); d) Psicologia humanista; e) Psicologia gestáltica (TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*, cit., p. 28).

⁶⁹⁹ TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*, cit., p. 48-49.

⁷⁰⁰ Trindade descreve, em linhas gerais, os principais aspectos do realismo jurídico, que procura detectar os fatores da realidade que estão na origem da normatividade, com abordagens de natureza psicológica, linguística e cultural. O realismo norte-americano tem seu foco de estudo centrado na compreensão dos fatores que compõe a produção das decisões judiciais. O realismo escandinavo compreende o direito como o conjunto das decisões judiciais, com seu campo de estudos voltado para a compreensão da dinâmica das decisões judiciais (TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*, cit., p. 49, 54, 56, 60).

⁷⁰¹ Spadoni desenvolve as principais características e pesquisas das três vertentes da psicologia social da justiça: a) justiça distributiva; b) justiça dos procedimentos; c) justiça retributiva (SPADONI, Lila. *Psicologia realmente aplicada ao Direito*. São Paulo: LTr, 2009, p. 24-43).

⁷⁰² Calamandrei expressa que “não foi sem razão que alguém disse que sentença derivava de sentir”, ao concluir suas análises sobre o papel do sentimento e da lógica das sentenças (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, cit., p. 145).

⁷⁰³ Como aluno que foi de Calamandrei, Cappelletti narra que o mestre gostava de sugerir como tema de estudo o “sentimento na sentença” e, embora não tenha aprofundado o tema, tomou outra vertente, próxima a

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 antipatia⁷⁰⁴. Em sua obra *Estruturas Psicológicas da Decisão Judicial*, 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 Lewin⁷⁰⁵. Portanova distingue três planos no âmbito das motivações sentenciais: probatório, pessoal e ideológico⁷⁰⁶. Prado examina o papel criador do juiz e destaca a

essa, que é o estudo da ideologia no direito processual. Assim se manifesta: “*queda el hecho innegable de que en muchas ocasiones la que es la motivación verdaderamente real e efectiva de una sentencia no está expresada en absoluto en la llamada ‘parte motiva’ del pronunciamiento del juez, sino que se encuentra más bien en los pliegues ocultos – más o menos ocultos – del ánimo del que juzga. El sentimiento del juez: la simpatía, la antipatía por una parte o por un testigo; el interés, el desinterés por una cuestión o argumentación jurídica; la apertura hacia un tipo evolutivo, histórico, sociológico de interpretación de las leyes, antes que hacia una interpretación rigidamente formal; el interés o el fastidio frente a una compleja vicisitud del hecho; y así sucesivamente discurriendo. Sentimientos: afectos, tendencias, odios, rencores, convicciones, fanatismos; todas las variaciones de esta realidad misteriosa, maravillosa y terrible que es el espíritu humano, reflejadas con o sin velos en las líneas frías, ordenadas, compuestas, de los repertorios de la jurisprudencia: pasiones desencadenadas, pasiones recogidas, ternuras, temblores; en los estantes enmohecidos de las secretarías de los tribunales*” (CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1974, p. 4).

⁷⁰⁴ E assim se manifesta: “A psicologia forense seria incompleta, senão inexata, se, depois de estudar o depoente, *lato sensu* (testemunha, acusado), que é para o juiz um objeto de conhecimento, negligenciasse a considerar o próprio juiz, *lato sensu*, independente de seu título (presidente, conselheiro ou juiz), isto é, o conhecedor, tanto em sua pessoa (estaticamente), quanto em sua ação (perspectiva dinâmica)” (GORPHE, François. *Les décisions de justice. Étude psychologique et judiciaire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1952, p. 13-14 – tradução nossa). No original: “*La psychologie judiciaire serait bien incomplète, sinon inexacte, si, après avoir étudié le déposant lato sensu (témoin, inculpé, etc.), qui n’est pour le juge qu’un objet de connaissance, elle négligeait d’examiner le juge lui-même, lato sensu, quel que soit son titre (président, conseiller ou juge) c’est-à-dire le sujet connaissant, tant en sa personne (point de vue statique) qu’en son action (point de vue dynamique)*”.

⁷⁰⁵ Esclarece Weimar: “Disso resultou que atualmente as faculdades de direito não conseguiram obter clareza satisfatória no que concerne aos raciocínios nos quais se baseia a D_j (decisão judicial) e aos fenômenos psíquicos que os acompanham. De que maneira ocorrem processos psíquicos na D_j (decisão judicial) e como estes influenciam a decisão tornam-se, porém, de suma importância: pois a D_j (decisão judicial), particularmente, é um resultado do raciocínio, da vontade e de complexos fenômenos correlatos altamente diferenciados. Portanto, nossos estudos se ocupam principalmente da questão de como o processo decisório jurídico decorre na sua facticidade: somente este setor, e não o trabalho normativo da lógica da jurisprudência, é o objeto das presentes investigações” (WEIMAR, Robert. *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*. Bern: Verlag Stämpfli+Cie AG Bern, 1996, p. 1 – tradução nossa). No original: “*Dies führte dazu, daß die Rechtsdisziplinen bis heute über die in E_r (Entscheidung), zugrunde liegenden Denkvollzüge und sie begleitenden psychischen Phänomene befriedigende Klarheit kaum gewinnen konnten. Es ist aber von sehr entscheidender Bedeutung, in welcher Weise sich psychische Vorgänge in E_r (Entscheidung) vollziehen und entscheidungskonstitutiv wirken: Ist doch E_r (Entscheidung) ganz speziell ein Produkt des Denkens, des Wollens sowie Zahlreicher zugeordneter, hochdifferenzierter Phänomenkomplexe. Demgemäß befassen sich unsere Studien in erster Linie mit der Frage, wie der richterliche Entscheidungsprozeß in seiner Faktizität verläuft: Nur dieser Sektor und nicht die normative Arbeit rechtswissenschaftlicher Logik bildet den Gegenstand vorliegender Untersuchungen*”.

⁷⁰⁶ Sobre os três aludidos planos, nas palavras de Portanova: a) motivação probatória: “É o resultado da experiência probatória que responde à questão de se o fato está provado ou não e quais os motivos que levaram o julgador a tal solução”; b) sobre as motivações pessoais, no mesmo sentido de Cappelletti, menciona, por exemplo, as que “interferem via simpatia ou antipatia por uma parte ou testemunha, interesse ou desinteresse por uma questão de argumento, inclinação para uma interpretação rígida ou flexível”; c) sobre a motivação ideológica, assinala o quanto os juízes são afetados, em sua atividade, por sua concepção de mundo, no sentido de que são “levados a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela

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 Jung⁷⁰⁷.

É fascinante a riqueza de conhecimentos produzidos pelas investigações psicológicas no campo do Direito. Contudo, o estudo psicológico do comportamento do juiz e dos processos mentais pelos quais ocorrem a decisão judicial extrapolam os limites do presente trabalho. Esta empreitada demanda um projeto com características interdisciplinares e metodologia própria.

De particular clareza, entretanto, é a distinção traçada por Taruffo entre abordagens jurídica, racional e psicológica sobre o sistema da persuasão racional. Analisa-se, no próximo tópico, esta diferenciação, para que seja possível reconhecer, atualmente, as demarcações das investigações sobre a atividade da apreciação da prova e da formação do convencimento do juiz.

4.4.1 Abordagens jurídica, racional e psicológica

Taruffo formula nos seguintes termos a distinção entre as possíveis abordagens:

Com o propósito de se esclarecer algumas características do raciocínio que o julgador precisa desempenhar, há uma distinção básica entre abordagens “psicológicas”, “racionais” e “jurídicas” da valoração da prova que merece ser ressaltada. A análise psicológica da valoração das provas pertence ao domínio da psicologia e tem por propósito a descrição da dinâmica mental do julgador. Com efeito, 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. Todavia, a análise psicológica da valoração das provas não se ocupa das características da tomada de decisão que são mais importantes em uma perspectiva racional e jurídica⁷⁰⁸.

ordem de valores imprimidas em sua consciência individual”, vendo tais valores nas regras jurídicas (PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 15-16).

⁷⁰⁷ Pondera Prado: “Com o enfraquecimento dos redutivismos, nota-se, na Filosofia do Direito, uma atual postura de moderação: o juiz não é mais considerado como alheio à realidade (aplicando de modo automático leis que são meras abstrações), nem encarado como *todo poderoso senhor do processo*, agindo ao sabor das próprias motivações psíquicas, acima do direito positivo e das exigências sociais da interpretação Jurídica. É dentro desse prisma que dever ser entendido este trabalho. Examinando papel criador do juiz (visto como um ser humano e, como tal, sujeito na elaboração da sentença às influências do seu psiquismo), tratarei da noção de inconsciente, como um dos fatores desencadeantes da necessidade de introdução na Filosofia de um alargamento do conceito da razão” (PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*, cit., p. 24, grifo da autora, grifo da autora).

⁷⁰⁸ TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 130-131.

O capítulo III examina a apreciação da prova e a formação do convencimento judicial na sua concepção original, que é jurídica, diante dos estudos doutrinários e das normas pertinentes. O desenvolvimento, também no capítulo anterior, de uma perspectiva racional do sistema da persuasão racional é uma opção feita a partir dos referenciais doutrinários apontados. Os critérios de comprovação racional da valoração da prova (tópico 3.4.4.2), por exemplo, conferem inteligibilidade aos processos mentais desenvolvidos pelo julgador. Os raciocínios probatório e justificatório são examinados no capítulo VI, não apenas como forma de acompanhar os itinerários mentais do juiz, mas sobretudo para permitir o controle da decisão judicial.

A abordagem racional do sistema da persuasão racional traz consequências importantes para o seu estudo, compreensão e desenvolvimento⁷⁰⁹. Ao explicar a necessidade de evitar *desvios cognitivos*, Medina ressalta a abordagem racional:

Tarefa importante consiste em afastar, no processo de valoração das provas, tendências cognoscitivas em que se pode incorrer, mesmo que inconscientemente, distorcendo aquilo que se encontra em observação. Essa preocupação deve ser levada em conta quando se dá relevo à apreciação racional da prova. O assunto, que parece escapar da seara do direito (poderia ser pertinente à psicologia, apenas), não lhe é estranho. Não é por acaso que se considera impedido o magistrado, se do processo já tiver participado de algum modo, ainda que não como juiz (cf. art. 144, I e II, do CPC/2015)⁷¹⁰.

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,

⁷⁰⁹ Taruffo pondera: “Contudo, a escolha de uma perspectiva racional e jurídica para a abordagem da valoração da prova não é algo óbvio. Por exemplo, as correntes irracionais aos problemas da prova e da verdade não compartilham dessa perspectiva. Da mesma forma, as teorias que sustentam não ser a prova mais que um instrumento retórico utilizado pelos advogados com o propósito de persuadir o tribunal a decidir o caso em favor dos seus clientes adotam premissas diferentes e peculiares ao tratar da valoração da prova. Todavia, tais enfoques não possuem contribuições significativas à análise da tomada de decisões sobre os fatos, podendo, pois, ser postos de lado neste momento” (TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 131).

⁷¹⁰ MEDINA, José Miguel García. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 623.

sobre o convencimento. Como bem exemplifica Medina, “interessa saber não como *o juiz creê* que os fatos ocorreram, mas como *o juiz conheceu* o fato, através de atividade cognitiva baseada em passagens extraídas das informações colhidas na atividade probatória”⁷¹¹. E alinha Taruffo:

*Sin embargo, dado que la fuerza lógica de un silogismo no equivale a (y no depende de) los procesos mentales de quien los formula, el análisis racional de los esquemas y de los criterios de la decisión debe distinguirse, al menos en línea de principio, del análisis psicológico de los procesos cognitivos que puedan llevar a la decisión en el caso concreto. En resumen, una cosa es analizar el procedimiento psicológico de la decisión, que aquí no se pretende realizar, y otra es discutir modelos racionales de decisión*⁷¹².

A abordagem psicológica, contudo, tem permitido o aperfeiçoamento da judicatura. Além dos aspectos relativos à formação dos juízes, acima delineados, sobre o desenvolvimento de habilidades e competências para melhor desempenhar a atividade judicante e, por certo, nela incluída a apreciação da prova, há outros elementos que compõem o acervo psicológico que podem ter um papel importante no processo decisório. A seguir, a emoção é apresentada como fator importante a ser conhecido no âmbito das atividades jurisdicionais.

4.4.1.1 A emoção e o processo decisório

É do senso comum caracterizar as pessoas como seres racionais. Esta ideia tem favorecido o surgimento de falsos truísmos sobre as emoções e a razão, como por exemplo⁷¹³: 1) quanto mais racional é a pessoa, melhor ela será e, também, possivelmente mais rica; 2) o que não compõe ou não contribui com a racionalidade, não tem importância; 3) as emoções nos deixam em situações difíceis, quando é necessário conversar, tomar decisões ou expressar ideias; 4) a racionalidade é o melhor ponto de partida para qualquer investigação.

⁷¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 622-623.

⁷¹² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 293.

⁷¹³ STOCKER, Michael; HEGEMAN, Elizabeth. *O valor das emoções*. São Paulo: Palas Athenas, 2002, p. 123-124.

Maroney, pesquisadora das emoções nas atividades judiciais, afirma:

Os juízes têm emoções e as emoções influenciam o processo de decisão. Essas observações podem parecer óbvias, até mesmo banais. Mas suas implicações são de amplo alcance. Emoção judicial é mais comum do que a maioria das pessoas – certamente pessoas leigas e talvez os próprios juízes – gostaria de acreditar. Além disso, a emoção quase certamente tem um impacto substancial na tomada de decisão judicial e no comportamento – e isso não é necessariamente uma coisa ruim⁷¹⁴. (tradução nossa)

A neurociência e a psicologia têm demonstrado a importância das emoções no âmbito das relações sociais⁷¹⁵. A emoção é considerada um mecanismo evoluído, adaptável, necessário para a sobrevivência, que proporciona coesão social e permite o desenvolvimento de raciocínios práticos. Neste sentido, a emoção pode ser compreendida como um mecanismo que pode estar a serviço da razão, ao motivar a ação e potencializar a própria razão. Muitos tipos penais são estabelecidos a partir de comportamentos desencadeados por fortes emoções⁷¹⁶, que são categorizadas como negativas, na perspectiva da convivência social. A seguir, os aspectos positivos que podem ser extraídos das emoções, de acordo com os estudos de Maroney⁷¹⁷.

A emoção revela razões, à medida que cada emoção é acompanhada de um pensamento subjacente básico e uma estrutura de crenças. Este pensamento e seu conjunto de crenças traduzem uma avaliação da situação na qual a emoção emerge. A raiva, por exemplo, traz no seu bojo um julgamento de que alguém, de alguma forma e inevitavelmente, está prejudicando ou ameaçou prejudicar algo ou alguém que se considera importante.

A emoção motiva ações a serviço de razões. Além de a emoção refletir uma avaliação, ela permite mobilizar forças para lidar com as situações. O exemplo mais comum é o do medo, diante de uma situação de perigo. Nesta circunstância, quando é

⁷¹⁴ No original: “Judges have emotions, and emotions influence decision making. These observations may seem obvious, even banal. But their implications are broad-reaching. Judicial emotion is more common than most people – certainly laypeople, and perhaps judges as well – would like to believe. Further, emotion almost certainly has a substantial impact on judicial decision making and behavior – and that is not necessarily a bad thing” (MARONEY, Terry A. *The Emotionally Intelligent Judge: a New (and Realistic) Ideal*. *Court Review*, v. 49, p. 100-113, 2013).

⁷¹⁵ MARONEY, Terry A. *The Emotionally Intelligent Judge: a New (and Realistic) Ideal*, cit., p. 103.

⁷¹⁶ POSNER, Richard A. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 281-282.

⁷¹⁷ MARONEY, Terry A. *The Emotionally Intelligent Judge: a New (and Realistic) Ideal*, cit., p.103-104.

necessário enfrentar o perigo ou buscar uma alternativa de fuga, a emoção permite uma rápida decisão que aponta para a melhor saída.

Esses aspectos gerais da emoção podem ser compreendidos no contexto da atividade judicante, uma vez que o juiz, diariamente, no ambiente de trabalho, em face das relações interpessoais, está sujeito a vários tipos de emoção. Por exemplo, emoções de raiva, tristeza ou rancor, aliados a sentimentos de antipatia, podem manifestar-se no embate do dia a dia com as partes e advogados. Assim também emoções de alegria, entusiasmo ou encantamento também podem estar presentes nestas relações profissionais. Ademais, o ambiente judicial normalmente é tenso, marcado por conflitos de interesse, com fortes conteúdos emocionais, geralmente ignorados ou subvalorizados⁷¹⁸. A seguir, brevíssimas referências de como o juiz pode lidar com essas emoções, para que elas não prejudiquem sua atividade e não causem dificuldades nos julgamentos.

4.4.1.2 Como as emoções favorecem ou dificultam o processo decisório

Várias estratégias são estudadas na literatura psicológica, sob a denominação de *regulação emocional*⁷¹⁹, para que o juiz possa lidar com as emoções subjacentes à sua atividade. A seguir, brevíssimos apontamentos sobre como lidar com as emoções⁷²⁰.

A anulação é a mais comum das estratégias de como lidar com as emoções. Sua forma mais usual é evitar o contato com situações ou pessoas que provocam emoções desagradáveis ou perturbadoras. Todavia, no ambiente forense, esta estratégia é raramente adequada para os juízes, que não podem escolher os processos nos quais devem atuar⁷²¹. E a estratégia de tentar suprimir as emoções, ou evitar entrar em contato quando elas se

⁷¹⁸ MARONEY, Terry A. *The Emotionally Intelligent Judge: a New (and Realistic) Ideal*, cit., p. 101.

⁷¹⁹ Ibidem, p. 107.

⁷²⁰ Ibidem, p. 108-111.

⁷²¹ Maroney fornece vários exemplos de situações no dia a dia dos juízes, que desencadeiam emoções, entre os quais se destacam: a) no âmbito criminal, o juiz que decide não mostrar as fotos da autópsia ao júri, pela razão de que o impacto emocional desequilibra o valor das informações, ao passo que ele mesmo terá de examinar essas imagens; b) a utilização de argumentos absurdos por advogados pouco informados; c) ao estabelecer indenizações em casos de ato ilícito, ao ter de considerar com precisão os prejuízos causados (MARONEY, Terry A. *The Emotionally Intelligent Judge: a New (and Realistic) Ideal*, cit., p. 108).

apresentam ou surgem no ambiente do trabalho, pode trazer consequências negativas, como, por exemplo, afetar a memória e o desempenho de tarefas lógicas⁷²².

Estratégias úteis para lidar com as emoções alinham a reavaliação cognitiva e a profissionalização da atividade. A reavaliação cognitiva tem o objetivo de examinar as razões por trás das emoções. Como as emoções provocam pensamentos, é necessário verificar se esses pensamentos correspondem à realidade da situação que está sendo vivenciada. Outro aspecto importante desta reavaliação é justificar adequadamente as razões das emoções⁷²³.

A profissionalização como estratégia útil para lidar com as emoções não está ligada apenas à capacitação da atividade, embora esta capacitação seja de fundamental importância, como demonstrado em tópicos precedentes. O ponto a ser destacado aqui é o de ver os problemas enfrentados, a partir de uma perspectiva profissional, pois tal atitude permite reconhecer as emoções que surgem e, ao mesmo tempo, manter o foco em objetivos específicos das tarefas. Afirma Maroney:

Os tribunais servem como palco para tratar as muitas coisas tristes e perturbadoras em nosso mundo e para demonstrar a maneira como tratamos uns aos outros. Para muitos juízes, a maneira mais eficaz de abordar essa realidade é, quando possível, tratar estímulos (impulsos) vívidos como sendo relevantes profissionalmente, e não como pessoalmente provocativos⁷²⁴. (tradução nossa)

Por fim, a psicologia aponta a revelação como uma estratégia que permite o desenvolvimento de uma inteligência emocional. A revelação é o falar, pensar e escrever sobre as emoções experimentadas no trabalho. A possibilidade de compartilhar as emoções vividas aumenta o grau de autoconhecimento e abre campo para novas reavaliações cognitivas⁷²⁵.

⁷²² MARONEY, Terry A. *The Emotionally Intelligent Judge: a New (and Realistic) Ideal*, cit., p. 109.

⁷²³ Maroney dá o exemplo de um artigo publicado por um juiz estadual de Los Angeles, no qual são identificados os fatores desencadeadores de sua raiva: falta de civilidade, pelos atrasos à audiência e celulares tocando durante a audiência (MARONEY, Terry A. *The Emotionally Intelligent Judge: a New (and Realistic) Ideal*, cit., p. 110).

⁷²⁴ No original: “Courtrooms can be a theater for much that is broken and disturbing in our word and how we treat one another. For many judges, the most effective way of approaching that reality will be, when possible, to treat vivid stimuli as professionally relevant rather than personally provocative” (MARONEY, Terry A. *The Emotionally Intelligent Judge: a New (and Realistic) Ideal*, cit., p. 111).

⁷²⁵ Afirma Maroney: “Muitos juízes relataram a essa autora que gostariam de poder ter esse tipo de comunicação com seus colegas, mas têm receio de fazer isso, em grande parte devido ao estigma. Quanto mais juízes agissem por esse impulso de revelar, menos estigmatizado eles seriam” (MARONEY, Terry A.

CAPÍTULO V

O SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

5.1 Considerações iniciais

Este capítulo é dedicado ao estudo das principais questões relativas ao funcionamento do sistema da persuasão racional na Justiça do Trabalho⁷²⁶. Definida a aplicação subsidiária⁷²⁷ das regras que regulamentam o sistema da persuasão racional no processo civil e analisados os seus conteúdos e sua dinâmica na apreciação da prova e formação do convencimento, a partir da doutrina do Direito Processual Civil⁷²⁸, ingressa-se no Direito Processual do Trabalho. As peculiaridades deste ramo especializado do Poder Judiciário brasileiro, aliadas às características do Direito do Trabalho, permitem situar temas próprios que merecem enfrentamento para melhor compreender a apreciação da prova e a formação do convencimento do magistrado trabalhista.

As estruturas do sistema da persuasão racional, como regras de funcionamento, não se modificam ao ingressarem no processo do trabalho. O que marca o sistema da persuasão racional no processo do trabalho, e permite reconhecer sua especificidade, é o direito material do trabalho. A apreciação da prova e a formação do convencimento do juiz do trabalho estão identificadas por raciocínios probatórios que se desenvolvem no âmbito dos institutos do Direito do Trabalho.

O primeiro tema a ser enfrentado diz respeito ao princípio da primazia da realidade e suas relações com o sistema da persuasão racional. Também é examinado o princípio *in dubio pro operario* e a apreciação da prova. A seguir, são traçadas as diferenças que cercam a apreciação da prova e a formação do convencimento no primeiro e segundo graus

The Emotionally Intelligent Judge: a New (and Realistic) Ideal, cit., p. 112 – tradução nossa). No original: “Numerous judges have reported to this author that they wish they could have this sort of communication with their colleagues but feel nervous about doing so, largely because of stigma. The more judges were to act on that impulse to disclose, the less stigmatized it would become”.

⁷²⁶ Os órgãos da Justiça do Trabalho estão definidos em três instâncias. Dispõe o art. 111 da Constituição Federal: “São órgãos da Justiça do Trabalho: I – o Tribunal Superior do Trabalho; II – os Tribunais Regionais do Trabalho; III – Juízes do Trabalho” (BRASIL. Constituição Federal (1988), cit.).

⁷²⁷ Cf. tópico 2.6.

⁷²⁸ Cf. capítulo III.

de jurisdição trabalhistas, com a discussão de aspectos relacionados à finalidade e à natureza dos recursos. A distinção entre questão de fato e questão de direito é estudada com a finalidade de examinar as decisões oriundas do terceiro grau de jurisdição trabalhista alusivas ao sistema da persuasão racional.

As decisões judiciais trabalhistas são apresentadas e analisadas para compreender alguns aspectos do funcionamento do sistema da persuasão racional e descortinar alguns modos de decidir no âmbito jurisprudencial. Não há pretensão de fixar parâmetros de regularidade, com base na análise sistemática das decisões judiciais trabalhistas⁷²⁹, para constatar tendências ou definir correntes jurisprudenciais sobre o tema da apreciação da prova e do convencimento do juiz.

O Tribunal Superior do Trabalho divulga⁷³⁰ sua jurisprudência por meio de súmulas, precedentes normativos e orientações jurisprudenciais. Os vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho, com vastíssima produção jurisprudencial⁷³¹, propiciam em seus endereços eletrônicos suas respectivas súmulas⁷³² e, no geral, banco de dados com

⁷²⁹ Fragale Filho e Noronha, a partir de pesquisa realizada na plataforma lattes e nos anais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), traçam a seguinte distinção: “Considerando que o uso de jurisprudência como fonte de pesquisa é tradicional na área jurídica, distinguiu-se entre ‘pesquisa jurisprudencial’ e ‘pesquisa não jurisprudencial’, compreendidas, respectivamente, como aquela que utiliza e está calcada em uma análise sistemática de decisões judiciais e aquela que delas não faz uso ou faz uso muito marginal, apenas ilustrativo e não sistemático” (FRAGALE FILHO, Roberto; NORONHA, Rodolfo. *Pesquisa empírica em direito no Brasil: o estado da arte a partir da plataforma Lattes e dos encontros do Conpedi*, in *Justiça em foco: estudos empíricos* (Org. Fabiana Luci de Oliveira). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 114).

⁷³⁰ Artigos 156 a 175 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (TST); a página de jurisprudência do TST oferece uma base eletrônica de julgados, permitindo uma varredura por palavras e informa estarem disponíveis as principais decisões decorrentes do procedimento de uniformização de jurisprudência; ademais, por intermédio Informativo TST, na página de jurisprudência, é possível o acompanhamento semanal das decisões das Subseções I e II de dissídio individual e da Seção de Dissídio Coletivo. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em 27 maio 2015.

⁷³¹ O último relatório Justiça em Números (2014, ano base de dados 2013), do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), informa, em dados gerais sobre a movimentação processual, que no ano de 2013 em toda a segunda instância da Justiça do Trabalho foram julgados 772.813 processos, ao passo que na primeira instância o total de julgados atinge 3.978.043 processos. (Justiça em números 2014: ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014 – Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 27 maio 2015.

⁷³² Os incidentes de uniformização de jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, via de regra, são regulados pelos respectivos regimentos internos e subsidiariamente pelos artigos 476 a 479 do CPC (1973). A Lei 13.015, de 16 de março de 2015, trouxe considerável alteração na sistemática do processamento dos recursos na Justiça do Trabalho e, reiterando, relativamente ao incidente de uniformização de jurisprudência, a aplicação das normas processuais civis retro indicadas. O novíssimo código de processo civil inovou com dois novos institutos de aplicação em segundo grau, nas hipóteses que especifica: a) incidente de assunção de competência (artigos 947); b) incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 a 987).

acesso às decisões judiciais do primeiro e segundo graus⁷³³. É proporcionalmente reduzida a produção de pesquisa empírica em jurisprudência no Brasil⁷³⁴.

5.2 O princípio da primazia da realidade e o sistema da persuasão racional

O princípio da primazia realidade⁷³⁵, também denominado de princípio do contrato realidade ou princípio da primazia da realidade sobre a forma⁷³⁶, enuncia, no âmbito do Direito do Trabalho, que “em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”⁷³⁷. Não há espaço, em razão do recorte proposto, para adentrar nos aspectos históricos sobre o surgimento deste princípio nas relações laborais, mas o seu sentido tem fundamento nas discrepâncias que podem surgir entre a realidade e os documentos, quando então deve prevalecer o fato constatado sobre as formas, formalidades ou aparências.

Delgado⁷³⁸ afirma que este princípio amplia, no âmbito trabalhista, a concepção civilista que confere maior importância à intenção, nas declarações de vontade, do que ao

⁷³³ Alguns exemplos: o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região proporciona, por exemplo, a busca por acórdãos em inteiro teor publicados a partir de 1º/07/2010, não informando qualquer limitação temporal relativamente às sentenças (Disponível em: <<http://trtsp.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-jurisprudencial>>. Acesso em: 27 maio 2015); o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região oferece, por exemplo, a busca por acórdãos na íntegra e também por ementa, em processos físicos ou eletrônicos – PJe (Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm>>. Acesso em: 27 maio 2015); o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região disponibiliza, por exemplo, a busca por acórdãos em inteiro (processos físicos e eletrônicos – PJe) teor e sentenças (Disponível em: <<http://www.trt24.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 27 maio 2015).

⁷³⁴ Fragale Filho e Noronha pesquisaram em dois bancos de dados sobre a pesquisa empírica em direito no Brasil, com os seguintes resultados, resumidamente, no que interessa frisar: A) a partir de dados extraídos dos currículos na plataforma Lattes, em junho de 2011, constataram que do total de 115 trabalhos de pesquisa, 8 são relativos à pesquisa empírica em jurisprudência, com análise sistemática das decisões judiciais; B) a partir dos dados extraídos dos anais de dez encontros ou congressos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), entre os anos de 2006 e 2010, constataram que do total de 269 trabalhos de pesquisa, 20 são relativos à pesquisa empírica em jurisprudência, com análise sistemática das decisões judiciais. No cruzamento de dados entre as duas bases, dentre vários aspectos, concluem os autores: “Analisando, ainda, a presença de dados coletados de decisões judiciais (jurisprudência), tem-se uma coincidência entre as duas bases, como pode ser visto na tabela 41. Em ambas as bases, poucos artigos se utilizam de jurisprudência: apenas 7% na base Lattes e 7,4% na base Conpedi, o que gera um total de 7,3% de trabalhos com utilização de decisões judiciais sistematizadas” (FRAGALE FILHO, Roberto; NORONHA, Rodolfo. *Pesquisa empírica em direito no Brasil: o estado da arte a partir da plataforma Lattes e dos encontros do Conpedi*, cit., p. 115, 128, 140-141).

⁷³⁵ RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978, p. 210-243.

⁷³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 202-203.

⁷³⁷ RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, cit., p. 210.

⁷³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 202.

seu sentido literal⁷³⁹. Assim, ao Direito do Trabalho interessa a prática da atividade desenvolvida na prestação dos serviços, independentemente da vontade externada pelas partes em instrumento escrito. Para Delgado, “o princípio do contrato realidade autoriza, assim, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fáticos-jurídicos da relação de emprego”⁷⁴⁰.

É possível observar, após essa breve definição do princípio da primazia da realidade, uma relação direta com o sistema da persuasão racional, em razão de sua orientação para a busca da verdade. De acordo com as análises lançadas sobre a verdade no processo civil e no processo do trabalho⁷⁴¹, a verdade está objetivamente presente nas regras processuais e éticas, ao definir o comportamento das partes, dos advogados e do juiz e constituir uma das funções da prova no processo. A regra geral sobre a busca da verdade no âmbito da consolidação das leis do trabalho está contemplada no artigo 765, que dá liberdade ao juiz para determinar qualquer diligência para a verificação da realidade dos fatos. Conforme as conclusões parciais propostas⁷⁴², a verdade corresponde à realidade do que de fato aconteceu na relação de direito material entre as partes, pode ser encontrada no processo judicial e depende do conhecimento disponibilizado por intermédio das provas.

Por outro lado, é importante destacar que o princípio da primazia da realidade não favorece nem induz a uma valoração da prova ou a uma formação do convencimento que permitam vislumbrar uma realidade além daquela objetivamente registrada em documentos. O princípio opera em outro sentido, ao informar que é possível ao operador do direito encontrar situações nas quais não há uma correspondência entre aquilo que está formalmente contratado e o que se verifica na prática da atividade laboral.

A orientação do princípio da primazia da realidade é a de que uma vez demonstrada, por intermédio das provas, a existência de fatos diversos daqueles estampados nos documentos, essa constatação não impede a incidência das normas de direito do trabalho sobre essa realidade⁷⁴³.

⁷³⁹ Dispõe o art. 112 do Código Civil: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido liberal da linguagem” (BRASIL. Código Civil (2002), cit.).

⁷⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 203.

⁷⁴¹ Cf. tópico 1.2.

⁷⁴² Cf. tópico 1.2.7.

⁷⁴³ Seguem duas ementas de decisões sobre o tema do princípio da primazia da realidade, a primeira no trecho pertinente ao tema:

Por fim, ressalva Delgado, as normas que definem a forma como essência do ato⁷⁴⁴.

5.3 O princípio *in dubio pro operario* e a valoração da prova

A realidade concreta evidencia uma discrepância entre as posições do empregado e do empregador, na perspectiva socioeconômica⁷⁴⁵. A estrutura normativa do Direito do Trabalho, no seu ramo individual, é construída a partir desta constatação fática e, assim, nas palavras de Delgado⁷⁴⁶, “largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego”. Esta apertada epítome do Direito do Trabalho tem a finalidade de introduzir dois de seus fundamentais princípios: a) da proteção; b) da norma mais favorável.

O princípio da proteção visa a aplinar, na dimensão jurídica, as oscilações que pendem desfavoravelmente contra o hipossuficiente, com mecanismos de proteção traduzidos em regras, institutos e presunções próprias⁷⁴⁷, para a efetivação desta guarida. O princípio da norma mais favorável atua em três sentidos⁷⁴⁸: a) na elaboração de normas, que devem considerar a realidade da diferenciação social e econômica entre empregador e empregado, para seu reequilíbrio; b) no processo de interpretação e aplicação do direito,

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. REGISTROS DE FREQUÊNCIA. TARIFAMENTO DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE. Como regra geral, não é admitido o tarifamento das provas, de vez que facultada ao Juiz a sua livre apreciação (CPC, art. 131). O cânone toma vulto, no Direito do Trabalho (e, no processo que o instrumentaliza), onde impossível será a consagração da supremacia do valor probante de documentos, de vez que o princípio da primazia da realidade inspire norte absolutamente inverso. Evidenciando-se, por testemunhas, a irregularidade dos registros de frequência e o cumprimento de horas extras, imperativa será a condenação aos pagamentos pertinentes. Recurso de revista não conhecido neste tópico. Processo: RR – 195300-27.2008.5.15.0049. Data de julgamento: 06/04/2011. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma. Data da publicação: DEJT 19/04/2011.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PROVA. O Direito do Trabalho é regido pelo princípio da primazia da realidade e não pelo da literalidade, razão pela qual os documentos juntados pela ré, a fim de comprovar a subordinação da reclamante diretamente com a primeira reclamada, podem ser elididos por meio de outras provas. E a prova oral produzida nos autos é contundente e no sentido de que além do local de trabalho pertencer à segunda ré, houve subordinação diretamente com a segunda reclamada. Recurso das reclamadas a que se nega provimento. Processo: TRT/SP – 00023600320135020023 A28 ANO: 2015, RO, Acórdão nº 20150304948. Data de julgamento: 14/04/2015. Relatora Desembargadora Odette Silveira Moraes, 11ª Turma. Data da publicação: DOE 22/04/2015.

⁷⁴⁴ Exemplifica Delgado, com documento escrito para a quitação e documento escrito para contrato temporário (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 203).

⁷⁴⁵ Godinho também alude à uma diferenciação política entre os principais sujeitos do Direito do Trabalho (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 191).

⁷⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 191.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 193.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 193-195.

que, subsistindo conflito de regras ou enfrentamento consistente entre suas interpretações, deverá prevalecer aquela que melhor atende ao trabalhador; c) advindo dois ou mais resultados interpretativos, tecnicamente consistentes, incide a orientação do princípio, sem que haja subversão do caráter lógico e sistemático da ordem jurídica.

É nesse contexto que emerge o princípio *in dubio pro operario*. O eminente Plá Rodrigues⁷⁴⁹ situa esse princípio como a primeira regra do princípio da proteção, invertendo, para adaptar ao contexto do Direito do Trabalho, com base em Deveali, a regra do *in dubio, pro reo*, admitido no direito privado. Campos Batalha⁷⁵⁰ esclarece tratar-se do brocardo *in dubio pro misero*.

Constituindo uma das mais antigas diretrizes referidas pela doutrina⁷⁵¹, de aplicação consagrada no âmbito do direito material, calcada na existência de dúvida ou hesitação sobre a norma ou o sentido da norma a ser aplicada⁷⁵², o princípio *in dubio pro operario* levantou considerável polêmica doutrinária e jurisprudencial quando passou a ser utilizado no âmbito processual e, especificamente, na valoração da prova para firmar o convencimento do juiz.

Bebber⁷⁵³, cujo entendimento se perfilha, alinha, em síntese, os seguintes argumentos em prol da impossibilidade de aplicação do princípio *in dubio pro operario* na valoração da prova: 1) a aplicação do princípio para a valoração da prova torna a decisão classista e abre campo para pré-julgamentos; 2) no campo valorativo da prova, deve imperar o princípio de igualdade entre as partes no processo; 3) não há paralelo entre a paridade estabelecida processualmente com as regras de proteção do direito material.

Oportuno examinar, entretanto, as razões pelas quais, no IV Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho e Seguridade Social, realizado em São Paulo, em 1972⁷⁵⁴, espraiou-se a ideia de aplicação do princípio *in dubio pro operario* na valoração

⁷⁴⁹ RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, cit., p. 41-42.

⁷⁵⁰ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, cit., p. 534.

⁷⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 206.

⁷⁵² BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho: temas atuais*. São Paulo: LTr, 2003, p. 49.

⁷⁵³ E cita diversos doutrinadores, como por exemplo Mozart Victor Russomano e Coqueijo Costa, partidários da aplicação do princípio *in dubio pro operario* em matéria processual atinente à valoração da prova, bem como aqueles contrários à tal aplicação, como por exemplo Arnaldo Sússekind, Campos Batalha, Manoel Antônio Teixeira Filho e Maurício Godinho Delgado (BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho: temas atuais*, cit., p. 50, 52, 53).

⁷⁵⁴ Referências aos anais do referido congresso, nas notas de rodapé 84, 85 e 86 (RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, cit., p. 47-48); BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho: temas atuais*, cit., p. 53.

da prova. A preocupação estava centrada, aponta Plá Rodrigues, na distribuição do ônus da prova⁷⁵⁵, considerando as peculiaridades do direito material, ao afirmar:

Não apenas pela desigualdade básica das partes, nem somente pelo estado de subordinação em que se encontra muitas vezes o trabalhador, mas também pela natural disponibilidade de meios de prova que tem o empregador e que contrasta com a dificuldade que possui o trabalhador nesse aspecto⁷⁵⁶.

É legítima esta antiga preocupação sobre as dificuldades que o trabalhador possa ter na produção de provas, para a efetivação dos seus direitos. Entretanto, esta preocupação não pode levar, como também não há lei que autorize, à aplicação, de forma direta e simples, na valoração da prova, do princípio em discussão, contrariando a regra de igualdade entre as partes, conforme acima destacado, e subvertendo a ordem lógica e racional dos valores ao impor novo ônus ao empregador. Leite⁷⁵⁷ afirma que hoje há uma tendência jurisprudencial pela inaplicabilidade do princípio *in dubio pro operario* na valoração da prova.

Assim, deve ser observada a regra geral de distribuição do ônus da prova, de acordo com as análises destacadas no capítulo III, na apreciação da prova, relativamente aos fatos. Subsistindo insuficiente a prova produzida para a formação do convencimento do juiz, observar-se-á o ônus da prova como regra de julgamento, com decisão contrária a quem detinha tal ônus. A existência de elementos de prova conflitantes, que aparentemente estão no mesmo patamar valorativo, também denominada de dúvida positiva⁷⁵⁸, tem sua solução de acordo com os critérios racionais de avaliação da prova.

Por fim, e provavelmente o aspecto mais desafiador da questão apresentada, a distribuição dinâmica do ônus da prova contemplada no parágrafo 1º do artigo 373 do CPC

⁷⁵⁵ RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, cit., p. 47.

⁷⁵⁶ RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, cit., p. 47-48. Plá Rodrigues cita, na nota de rodapé 86, os argumentos do trabalho de Wagner Giglio apresentado no referido congresso, sob o título *Fundamentos Para Uma Redistribuição do Ônus da Prova*, dos quais destacamos: “Além das dificuldades de assessoramento jurídico e de realização de perícias, já apontadas, a prova testemunhal do trabalhador deve ser colhida de outros empregados, que por definição se encontram subordinados ao empregador, coibindo-lhes a liberdade dos depoimentos: não ignoram as testemunhas que se suas declarações prejudicarem o patrão, correm o risco de perder o emprego. Não fora suficiente, a prova documental, mais segura, raramente pode ser apresentada pelo trabalhador: subordinado às determinações de seus superiores, não tem meios de exigir comprovantes, enquanto a empresa conta com departamento pessoal, toda uma organização contábil que mantém farta documentação. A prática evidencia que o trabalhador desconhece, regra geral, os dados elementares atinentes às condições em que presta serviços: cálculo do salário, montante dos descontos, número de horas extras, etc” (RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, cit., p. 48).

⁷⁵⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., p. 661.

⁷⁵⁸ BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho: temas atuais*, cit., p. 54.

(2015), conforme analisado⁷⁵⁹, de aplicação subsidiária no processo do trabalho, por certo amplia as possibilidades de, verificadas as dificuldades do empregado, em situações peculiares, de produzir prova, inverter, segundo os procedimentos preconizados, o ônus da prova para ser produzida pelo empregador. Em breve, nova produção jurisprudencial trará a questão da aplicação das presunções baseadas nas regras de experiência do que ordinariamente acontece nas relações de emprego, para a inversão dinâmica do ônus da prova.

5.4 Persuasão racional no primeiro grau de jurisdição trabalhista:

5.4.1 Oralidade

A oralidade como princípio⁷⁶⁰, sistema⁷⁶¹ ou critério⁷⁶² tem sua origem, no Brasil, associada ao procedimento sumário⁷⁶³, e sua característica principal é a ampla utilização da palavra falada em vários momentos no desenvolvimento do processo⁷⁶⁴, como, por exemplo, a apresentação de defesa oral, debates orais após o encerramento da instrução e prolação da sentença em audiência. Este predomínio da palavra falada em determinados momentos processuais, entretanto, não dispensa a documentação dos atos.

⁷⁵⁹ Cf. tópico 3.6.3.2.

⁷⁶⁰ BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*, cit., p. 395-405.

⁷⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. I, p. 201, e v. II, p. 461.

⁷⁶² Lei 9.099/95, Juizados Especiais Cíveis e Criminais: dispõem o art. 2º: “O processo orientar-se-á pelos *critérios da oralidade*, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”; e o art. 62: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos *critérios da oralidade*, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade” (BRASIL. Juizados Especiais Cíveis e Criminais (1995), *Vade Mecum*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1693-1700, grifos nossos).

⁷⁶³ Batalha relata sua origem, no Brasil, por intermédio do artigo 245 do Regulamento 737 de 1850, que regulou a “ação sumária” para as causas de pequeno valor, de procedimento caracteristicamente oral, possibilitando sua extensão às outras ações; demonstra, também, através de inúmeras leis, a paulatina adoção de procedimentos orais no processo civil, até sua adoção pelo código de processo civil nacional de 1939 e o de 1973, com os detalhes e ressalvas que especifica (BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, cit., p. 376-381).

⁷⁶⁴ Esclarece Amaral Santos: “No procedimento oral nem tudo é oral. Apenas há a predominância da palavra falada em momentos culminantes do processo. À exceção dos tempos em que a escrita era desconhecida, nunca existiu procedimento exclusivamente oral. Como também jamais existiu procedimento exclusivamente escrito. A palavra falada e a palavra escrita sempre se coadjuvaram. Quando mais não fosse, a palavra escrita serviria e servirá para a necessária documentação da palavra falada” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 375).

A doutrina brasileira consagrou a oralidade como sistema⁷⁶⁵ e princípio⁷⁶⁶, sustentando-o em quatro características ou princípios, com base em Chiovenda⁷⁶⁷: a) concentração dos procedimentos ou da causa no tempo; b) imediatidade da relação do juiz com as partes e os meios de prova; c) identidade física do juiz no decorrer da lide; d) irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Contudo, observa Dinamarco⁷⁶⁸, que no processo civil preponderam procedimentos escritos, situando-se longe do idealizado processo oral, seja em razão da falta de uma cultura jurídica voltada para este tipo de processo, seja porque a lei não acolheu esta modalidade em sua maior extensão.

O processo do trabalho surgiu com forte predomínio de características da oralidade. O procedimento trabalhista de cognição, utilizando a classificação da processualística civil⁷⁶⁹, está dividido em especial⁷⁷⁰ e comum, e este, por sua vez, em ordinário⁷⁷¹, sumaríssimo⁷⁷² e sumário⁷⁷³. Com maior concentração dos seus atos⁷⁷⁴ do que o procedimento civil, o procedimento trabalhista tem previsão de reclamação verbal⁷⁷⁵ e defesa oral em audiência⁷⁷⁶, conta com pelo menos duas tentativas conciliatórias antes e após encerrada a instrução processual⁷⁷⁷ e razões finais orais e prolação da sentença em audiência⁷⁷⁸.

Zangrando⁷⁷⁹ observa, entretanto, o que denomina de uma utilização relativa das características da oralidade nos procedimentos trabalhistas, basicamente por três razões: a) a generalização da utilização do advogado como procurador judicial das partes, b) a complexidade dos pedidos formulados nas reclamações trabalhistas; c) a elevada

⁷⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 461-462.

⁷⁶⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., v. II, p. 64-68; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., p. 77-79; ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. II, p. 1067-1070; CHAVES, Luciano Athayde. *Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho*, in *Curso de Processo do Trabalho*, Luciano Athayde Chaves (org.). São Paulo: LTr, 2009, p. 120.

⁷⁶⁷ CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*, cit., t. II, p. 141, 182; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 374.

⁷⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. II, p. 462.

⁷⁶⁹ CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Processo e Procedimento na perspectiva trabalhista*, in *Curso de Processo do Trabalho*, Luciano Athayde Chaves (organizador). São Paulo: LTr, 2009, p. 511.

⁷⁷⁰ No qual há o *inquérito para apuração de falta grave* (arts. 853 a 855 da CLT), e o *dissídio coletivo* (arts. 856 a 871 e 873 a 875 da CLT).

⁷⁷¹ Arts. 837 a 852 da CLT.

⁷⁷² Arts. 852-A a 852-H da CLT.

⁷⁷³ Art. 2º, § 3º, da Lei 5.584/70.

⁷⁷⁴ Art. 849 da CLT.

⁷⁷⁵ Art. 840 da CLT.

⁷⁷⁶ Art. 847 da CLT.

⁷⁷⁷ Arts. 846 e 850 da CLT.

⁷⁷⁸ Art. 850 da CLT.

⁷⁷⁹ ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. II, p. 1069.

quantidade de processos nos órgãos jurisdicionais trabalhistas. É rara a utilização da reclamação verbal reduzida a termo; as defesas são em sua grande maioria apresentadas por escrito; os debates orais finais, quando as questões são complexas, resumem-se a peças protocoladas; e as sentenças, em sua quase totalidade, são publicadas em audiência para este fim designada.

Realizado este panorama sobre o procedimento comum trabalhista, duas características da oralidade interessam, diretamente, ao sistema da persuasão racional: a) imediatidade da relação do juiz com as partes e os meios de prova; b) identidade física do juiz.

5.4.2 Imediatidade e identidade física do juiz

A *immediatidade*, expressão consagrada pela doutrina⁷⁸⁰, é o contato imediato do juiz com as fontes de prova. Este contato direto ou sem intermediário⁷⁸¹ ocorre em audiência⁷⁸², com a inquirição das partes e testemunhas. Os peritos, quando assim solicitados, podem prestar seus esclarecimentos em audiência. De escassa utilização é a inspeção judicial de pessoas ou coisas.

O aspecto a ser ressaltado na *immediatidade* é a dinâmica que se instaura em audiência. No contato direto do juiz com os advogados, partes e testemunhas, surge a possibilidade de confrontar as teses apresentadas e controvertidas no processo, a respeito dos fatos. Por exemplo, durante a tomada dos depoimentos há uma natural e instantânea comparação entre os enunciados dos fatos afirmados na inicial e na defesa e aquelas afirmações declinadas pelas partes e testemunhas em seus depoimentos. Paulatinamente, no curso dos depoimentos, ocorre a verificação da veracidade ou falsidade dos fatos que interessam a causa, em razão das possibilidades de esclarecimentos, novas perguntas e até acareação entre as testemunhas.

⁷⁸⁰ A grande maioria dos doutrinadores indicados neste tópico utiliza essa expressão, cuja origem está em Chiovenda, na sua clássica expressão *immediatezza* (*contato imediato*). Assim se pronuncia: “*El principio de la immediatezza tiene una estrecha relación con el principio de la oralidad, puesto que en la aplicación más consecuente de la oralidad la relación entre las partes, y entre las partes e el juez es precisamente directo e inmediato*” (CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*, cit., t. II, p. 182).

⁷⁸¹ No âmbito do processo civil nova dinâmica foi instaurada, com as perguntas formuladas diretamente pelo advogado para a testemunha, podendo o juiz inquiri-la antes ou depois da inquirição realizada pelo advogado, nos termos do artigo 459, § 1º, do CPC (2015).

⁷⁸² Artigos 139, VIII, 385, 453 e 477, § 3º, do CPC (2015); artigos 820 e 843 da CLT.

Há um estreito elo, estabelecido pela doutrina, sobre o alcance da *imediatez* e a apreciação das provas e formação do convencimento judicial, que pode ser traduzido nas seguintes premissas: a) que a inquirição das testemunhas pelo juiz é fundamental para a apreciação da prova⁷⁸³; b) que a participação ativa e direta do juiz permite o controle imediato da veracidade das afirmações das partes e testemunhas⁷⁸⁴.

Antes de examinar a validade das premissas que a doutrina tem estabelecido sobre os efeitos da imediatez no sistema da persuasão racional, examina-se a sua outra face.

A identidade física do juiz é posta pela doutrina como uma consequência da *imediatez*, isto é, o juiz que presidiu a audiência e colheu as provas orais deve ser aquele que irá proferir a sentença, pois é quem tem as melhores condições para fazê-lo⁷⁸⁵. Não fosse assim, desapareceriam, pondera Amaral Santos, “as excelências da *imediatez*”⁷⁸⁶.

No âmbito do processo civil, a regra que define que o juiz que instrui deve ser o que julga foi contemplada pelo código de processo civil de 1939⁷⁸⁷, que fixou parâmetros para a sua aplicação, basicamente vinculando ao processo o juiz que houvesse instruído o feito, fosse o magistrado substituto ou o efetivo. O código de processo civil de 1973⁷⁸⁸

⁷⁸³ Afirma Chiovenda: “Convém por em relevo o valor *íntimo* da oralidade, considerada naquele de seus poliédricos aspectos a que se entendeu denominar *immediatezza*. A oralidade, entendida como *immediatezza* de contato entre o juiz que vai pronunciar a sentença e os elementos de que deve haurir a sua convicção (pessoas, lugares, objeto) é a condição indispensável para a atuação do princípio da “livre convicção do juiz” em oposição ao sistema da prova legal”. E prossegue: “Como se pode dizer que seja livre de fato na avaliação das provas o juiz que deve julgar da credibilidade de uma testemunha sem haver visto e ouvido, mas somente lendo o *verbal* de seu depoimento? O Juiz que deve confrontar entre si as declarações das partes sem as haver pessoalmente ouvido? O juiz que deve formar uma ideia da situação dos lugares a que se refere a controvérsia sem os haver visitado, somente lendo as descrições feitas por terceiro? Este juiz deverá aplicar, necessariamente, critérios apriorísticos, formais, convencionais; faltar-lhe-á o instrumento mais útil para a descoberta da verdade, ou seja a observação” (CHIOVENDA, Giuseppe. *A oralidade e a prova*, cit., p. 238, 239). Zangrando, por sua vez, assim se pronuncia: “Ora, sem contato direto com as partes; sem lhes tomar os depoimentos; sem constatar presencialmente seu comportamento, suas respostas tremidas, inseguras ou incertas, ou contrariamente, firmes, retas, sem titubeação; sem efetuar o interrogatório do perito, se necessário; sem inspecionar pessoalmente pessoas ou coisas, como poderia o juiz fundar seu livre convencimento sobre os fatos nos quais se apoiam as teses contraditórias no processo? Por isso a lei determina que o juiz proceda diretamente à colheita das provas (CLT, art. 848 e CPC, art. 446, II), pois assim firmará seu convencimento sobre bases sólidas, e não fundado na opinião de ‘terceiros’ ” (ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. II, p. 1065).

⁷⁸⁴ Pondera Bebbber: “A participação direta e ativa do juiz é indispensável para a busca da verdade dos fatos, permitindo-lhe o controle imediato da veracidade das alegações dos declarantes. Afastando-se o juiz da produção das provas, não terá ele, com base nos escritos, como saber quem mentiu e quem disse a verdade frente a afirmações absolutamente opostas, uma vez que abandonou o contato direto com a palavra viva no processo” (BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*, cit., p. 397).

⁷⁸⁵ BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*, cit., p. 400.

⁷⁸⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 381.

⁷⁸⁷ Art. 120 do CPC (1939).

⁷⁸⁸ Art. 132 do CPC (1973).

flexibilizou a regra que vinha do código anterior, definindo a vinculação ao processo do juiz que havia iniciado a audiência, com as exceções no caso de transferência, promoção ou aposentadoria. Alteração legislativa ocorrida em 1993, no dispositivo do código sobre a matéria, traduziu maior abrandamento da regra⁷⁸⁹, no sentido que a vinculação estava adstrita ao juiz que houvesse concluído a audiência, ampliando os tipos de exceções à regra.

Por fim, o atual código de processo civil (2015) aboliu a regra da identidade física do juiz.

No processo do trabalho, a regra da vinculação do juiz à causa não encontrava repercussão, em razão de que, até o advento da Emenda Constitucional 24⁷⁹⁰, os órgãos da Justiça do Trabalho eram paritários, ou seja, compostos pelos juízes togados e juízes classistas. No primeiro grau eram denominadas de Juntas de Conciliação e Julgamento. A natureza temporária dos juízes de classe, que exerciam a jurisdição por mandato de três anos, com a possibilidade de apenas uma recondução, impedia a aplicação supletiva da regra. Assim dispõe a súmula 222⁷⁹¹ do Supremo Tribunal Federal, e assim dispunha a súmula 136⁷⁹² do Tribunal Superior do Trabalho.

Duas teses sobre a aplicação da identidade física do juiz no processo do trabalho estão expressas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio dos seus julgados.

A primeira tese é pela inaplicabilidade do princípio da identidade física do juiz ao processo do trabalho⁷⁹³. Seus fundamentos, em síntese, são os seguintes: a) o critério

⁷⁸⁹ Lei 8.637/93. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8637.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

⁷⁹⁰ Promulgada em 09 de dezembro de 1999.

⁷⁹¹ Súmula 222. “O princípio da identidade física do juiz não é aplicável às Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 27 maio 2015.

⁷⁹² Súmula 136 (cancelada em 27 de setembro de 2012). “Não se aplica às Varas do Trabalho o princípio da identidade física do juiz (ex-Prejulgado nº 7)” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho). Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 27 maio 2015.

⁷⁹³ AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ART.132 DO CPC. Não obstante o Tribunal Pleno tenha decidido cancelar a Súmula 136 do TST, continua incompatível com o processo do trabalho, regra geral, o vetusto princípio da identidade física do Juiz, brandido pelo art. 132 do CPC. É que a simplicidade, a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional, hoje expressamente determinadas pela Constituição, na qualidade de princípio cardeal (art. 5º, LXXVIII, CF) - e que são características clássicas do processo trabalhista - ficariam gravemente comprometidas pela importação de critério tão burocrático, artificial, subjetivista e ineficiente quanto o derivado do rigor da identidade física judicial (art. 132, CPC). O Magistrado é autoridade pública com significativo e profundo preparo técnico e seriedade profissional, podendo - e devendo - conduzir o processo com esmero,

derivado do rigor da identidade física é burocrático, artificial, subjetivista e ineficiente; b) incompatibilidade da identidade física com a simplicidade, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, características clássicas do processo trabalhista; c) o juiz é profissional e tecnicamente preparado; d) as provas colhidas durante a instrução ficam objetivamente disponíveis no processo, aptas a serem avaliadas por qualquer julgador.

Outra corrente jurisprudencial⁷⁹⁴ admite a aplicação da identidade física ao processo do trabalho, mas não de forma absoluta. Além das exceções que o então vigente artigo 132 do CPC (1973) expressamente previa⁷⁹⁵, a eventual nulidade, pela inobservância da regra de que o juiz que instruiu é o que deve julgar, somente deve ser declarada em face da demonstração da existência de prejuízo.

Após esta breve análise, sobre a *imediatez* e a regra da identidade física do juiz, é possível tecer algumas considerações, à guisa de conclusão, sob a perspectiva da valoração da prova e da formação do convencimento do juiz.

Não há dúvida de que o juiz que conduz a audiência e participa ativamente na produção da prova, tem uma vantagem cognitiva. O contato direto do juiz com as fontes de prova permite maior acuidade na busca da verdade, em razão da possibilidade de aumentar seu grau de esclarecimento, por exemplo, com novas e apropriadas perguntas

objetividade e eficiência, carreando-lhe as provas colhidas durante a instrução, que ficam objetivamente disponíveis no processo, aptas a serem avaliadas e sopesadas pelo Julgador - mesmo que outro Magistrado. Ainda que se possa, por absoluta exceção, considerar válido o princípio no processo penal, ele é dispensável e inadequado no processo do trabalho, em vista da pletera de desvantagens e prejuízos que acarreta, em contraponto com a isolada e suposta vantagem que, em tese, propicia. Se a ausência da identidade física do Juiz gera disfunções estatísticas e correicionais, estas têm de ser enfrentadas no campo próprio, sem comprometimento e piora na exemplar prestação jurisdicional que tanto caracteriza a Justiça do Trabalho. Não quer a Constituição que se importem mecanismos de retardo e burocratização do processo, em detrimento de sua celeridade e da melhor efetividade na prestação jurisdicional. Incidência dos princípios constitucionais da efetividade da jurisdição (art. 5º, LXXVIII, CF) e da eficiência na prestação do serviço público (art. 37, caput, CF). Mantida, pois, a decisão agravada proferida em estrita observância aos artigos 896, § 5º, da CLT e 557, caput, do CPC, razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Agravo desprovido. Processo: Ag-AIRR - 322-81.2011.5.06.0021. Data de Julgamento: 18/12/2013. Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma. Data de Publicação: DEJT 31/01/2014.

⁷⁹⁴ Segue o trecho da ementa pertinente ao tema:

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, gerando apenas nulidade relativa, que somente deve ser declarada quando demonstrado prejuízo para a parte que a invoca. O simples fato de determinado magistrado colher a prova e outro sentenciar não gera presunção de prejuízo, pois aquele que sentencia pode, caso entenda necessário, determinar a produção ou a repetição de alguma prova, como prevê o art. 132, parágrafo único, do CPC. Divergência jurisprudencial inespecífica. Recurso de revista não conhecido. Processo: RR - 1161-32.2012.5.09.0654. Data de julgamento: 11/02/2015. Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma. Data da publicação: DEJT 20/02/2015.

⁷⁹⁵ O juiz que havia concluído a instrução poderia não proferir a sentença quando convocado, licenciado, afastado, promovido ou aposentado. Ademais, o juiz então designado para decidir poderia mandar repetir as provas já produzidas.

durante a inquirição das partes e testemunhas. Não é garantia, contudo, de que a verdade será encontrada. É intuitivo que o juiz ao proferir a sentença, além das consultas aos termos dos depoimentos e análises da prova documental, terá vivo na sua memória o desenrolar das inquirições. Esta posição do juiz que colhe a prova, entretanto, não é garantia de que o seu juízo sobre os fatos seja o mais adequado. O que sustenta o acerto da decisão final sobre a veracidade ou falsidade de um fato é o argumento racionalmente externado relativo ao elemento de prova e não porque a decisão foi proferida pelo juiz que colheu a prova.

Tão importante quanto a função persuasiva da prova é a sua função cognoscitiva, ou seja, sua capacidade de transmitir conhecimento sobre os fatos da causa. A função cognoscitiva da prova permite, por exemplo, que as informações trazidas pelos depoimentos possam ser interpretadas de maneira diversa daquela realizada pelo juiz que colheu a prova. A função cognoscitiva da prova é a garantia de que o juízo do fato formado no primeiro grau de jurisdição possa ser examinado, confirmado ou reformado, de acordo com os elementos de prova. A prova, embora colhida no primeiro grau, serve aos dois juízos, em razão da garantia do duplo grau de jurisdição, que será analisado com maior perspectiva no tópico seguinte.

A profissionalização da magistratura é outro aspecto relevante no contexto em análise. Conforme aspectos examinados sobre a formação dos juízes por intermédio das escolas judiciais⁷⁹⁶, o desenvolvimento das habilidades propicia, por um lado, melhores condições para a investigação da prova produzida em audiência⁷⁹⁷. Por outro, desenvolve competências para que o juiz realize registro adequado das circunstâncias relevantes durante os depoimentos realizados em audiência.

O exemplo da prova testemunhal é apropriado, pois sempre mereceu destacado estudo em face de sua antiga e larga utilização⁷⁹⁸, inclusive no processo do trabalho⁷⁹⁹. A

⁷⁹⁶ Cf. tópicos desenvolvidos no tópico 4.3.

⁷⁹⁷ Conforme aspectos destacados nos tópicos indicados, a profissionalização da magistratura não diz respeito apenas ao treinamento interdisciplinar para o desenvolvimento de habilidades e competências, mas também, ferramentas, por exemplo de tecnologia da informação, adequadas para o desempenho ágil e eficiente da judicatura. Outro exemplo, a inquirição pode ocorrer por videoconferência ou recurso tecnológico análogo de transmissão e também gravada, permitindo ao segundo grau de jurisdição, em eventual recurso, o acesso direto ao conteúdo dos depoimentos (arts. 453, § 1º, e 460 do novíssimo CPC).

⁷⁹⁸ No tomo III de sua magna obra, dedicado ao estudo da prova testemunhal, Amaral Santos colhe a seguinte passagem de Afonso José de Carvalho, que bem ilustra a importância do estudo da prova testemunhal: “É ela efetivamente antiga como o próprio homem, porque seu aparecimento coincidiu com os primeiros surtos para a afirmação do direito individual, e todos os seus passos vieram acompanhando a infância, a adolescência, a idade viril de todas as civilizações do mundo, de modo a reproduzir sucessivamente a rudeza ingênua, a

forma como o juiz percebe a prova testemunhal durante a tomada de depoimentos, além das próprias respostas, deve ser objetivamente registrada. Se é verdade que tão importante quanto o que a testemunha diz é também a forma como ela afirma suas declarações⁸⁰⁰ ou sua atitude ao depor⁸⁰¹, as impressões sobre o seu comportamento que, eventualmente, podem aumentar ou diminuir sua credibilidade, devem compor o termo do depoimento. Os elementos constantes do termo, tanto as respostas quanto as reações relevantes da testemunha durante o depoimento, subsidiam as razões de formação do convencimento e propiciam à parte interessada exercer o controle sobre o juízo do fato, por intermédio do duplo grau de jurisdição.

Por fim, inexistindo a regra da identidade física no âmbito do processo civil e do processo do trabalho e ampliadas as possibilidades de acesso tecnológico ao conteúdo dos depoimentos prestados em audiência, a valoração da prova e a formação do convencimento estão objetivamente centradas nos elementos de prova, no primeiro e segundo graus de jurisdição.

5.5 Persuasão racional no segundo grau de jurisdição trabalhista

O princípio do duplo grau de jurisdição não tem previsão expressa, mas decorre do próprio sistema recursal contemplado no direito processual brasileiro⁸⁰². *Recurso ordinário*⁸⁰³ é a denominação utilizada para os recursos⁸⁰⁴ interpostos para impugnar as sentenças proferidas pelas Varas do Trabalho, nas ações individuais. A proposta deste tópico não é examinar os aspectos técnicos sobre a interposição do referido recurso, mas

malícia feroz, a ignorância, o obscurantismo, a escravidão, a independência, a liberdade, a educação, o civismo, o progresso moral dos povos em cujas terras foi invocada para a garantia, aquisição e reivindicação dos direitos violados” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. III, p. 7-8).

⁷⁹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., p. 78.

⁸⁰⁰ BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*, cit., p. 397.

⁸⁰¹ Amaral Santos cita José Alberto dos Reis sobre o que denomina de avaliação psicológica dos testemunhos (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., v. I, p. 380).

⁸⁰² BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2014, p. 223-225.

⁸⁰³ Dispõe o art. 895 da CLT: “Cabe recurso ordinário para a instância superior: I - das decisões definitivas ou terminativas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias” (BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, cit.).

⁸⁰⁴ *Recurso ordinário* também é a designação do recurso que cabe das decisões proferidas pelos tribunais regionais do trabalho em processos de sua competência originária, nos termos do inciso II do artigo 895 da CLT.

apresentar alguns pontos relacionados aos seus efeitos e algumas características de julgamento no segundo grau, com o propósito de ampliar a compreensão sobre o sistema da persuasão racional⁸⁰⁵.

A doutrina alinha vários fundamentos para criticar e justificar o duplo grau de jurisdição⁸⁰⁶. Atualmente, entretanto, há convergência de entendimento de que o fundamento apropriado para justificar o duplo grau é a falibilidade humana, isto é, permitir a correção de eventuais falhas e injustiças⁸⁰⁷. Afirma Bebbber:

Sempre pode haver erro ou injustiça no julgamento. Daí por que, segundo valores aferidos politicamente, em alguns casos se deve manter aberta a oportunidade à correção. O recurso, nessa hipótese, possibilita o aperfeiçoamento, a purificação da decisão. O conhecimento que o juiz acumula por meio de livros e pelas experiências funcional e de vida jamais o descaracterizará como homem, com pensamentos, sentimentos e ideologias. Jamais deixará, por isso, de ser naturalmente falível⁸⁰⁸.

No âmbito do sistema da persuasão racional, no qual estão em pauta a matéria probatória e a formação do convencimento do juiz sobre os fatos da causa, a visão moderna da doutrina sobre a justificativa do duplo grau de jurisdição ganha especial destaque. Com foco na possibilidade de falha e na necessidade de sua reparação, o duplo grau de jurisdição está voltado para a correção de erros na valoração da prova. Valorar a prova⁸⁰⁹ é estabelecer um vínculo final entre os meios de prova utilizados no processo e a veracidade

⁸⁰⁵ Subsiste na Justiça do Trabalho o *jus postulandi*, contemplado no artigo 791 da CLT, que é a possibilidade de as partes reclamarem pessoalmente. De escassa utilização, o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da súmula 425, limitou o *jus postulandi* à instância ordinária, excluindo, também, a sua possibilidade em ações rescisórias, ação cautelar e mandado de segurança.

⁸⁰⁶ Nery Junior traça uma ampla perspectiva histórica, ressaltando em sua origem a preocupação dos ordenamentos jurídicos em coibir os abusos de poder por parte dos juízes (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 58); Bebbber alinha e revisa criticamente as diversas teses desenvolvidas pela doutrina a favor e contra o duplo grau de jurisdição, a seguir sinteticamente apontadas: 1) teses contra o duplo grau: a) ofensa à garantia de acesso à justiça, em razão da excessiva duração do processo; b) a decisão de segundo grau que confirma a sentença é inútil e afronta o princípio da economia processual; c) a reforma da sentença é nociva, pois as divergências de interpretação geram incerteza nas relações jurídicas; d) a reforma da sentença gera desprestígio e inconfiabilidade no juízo de primeiro grau; 2) teses a favor do duplo grau: a) a garantia de recurso é uma necessidade humana, pois não há conformismo com uma única decisão desfavorável; b) nos órgãos colegiados os juízes são mais experientes; c) com a possibilidade de recurso o juiz tende a ser mais zeloso em seu ofício; d) é necessário que todo ato estatal seja submetido a controle; e) o juiz de primeiro grau erra mais que o do segundo grau; f) o juiz do segundo grau goza de maior independência (BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., 225-229).

⁸⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*, cit., p. 59; BEBBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., 235-236.

⁸⁰⁸ BEBBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., p. 229-230.

⁸⁰⁹ Cf. tópico 3.4.4.

ou falsidade das alegações, afirmações ou enunciados declinados pelas partes relativamente aos fatos. Os raciocínios probatórios desenvolvidos para definir o vínculo entre os elementos de prova e a veracidade ou falsidade de uma hipótese fática, que sustentam a formação do convencimento, podem conter erros ou imperfeições, relativamente ao peso que cada um desses elementos merece⁸¹⁰. E, estando o juízo sobre o fato em desacordo com os elementos de prova, a injustiça da decisão é manifesta, pois não será possível um enquadramento jurídico de acordo com o que realmente foi apurado em matéria de fato.

5.5.1 O princípio da dialeticidade em matéria de fato

Adota-se a posição de Bebber, para quem a disposição do artigo 899 da CLT, no sentido de que os recursos, no processo do trabalho “serão interpostos por simples petição”⁸¹¹, não afasta a regularidade formal⁸¹², isto é, a exigência de fundamentação como pressuposto de admissibilidade recursal, devendo o recorrente expor as razões de fato e de direito pelas quais pede nova decisão⁸¹³. A fundamentação dos recursos é uma exigência, afirma Bebber, dos princípios do contraditório⁸¹⁴ e da dialeticidade. Examina-se, em particular, este princípio.

O princípio da dialeticidade dos recursos está expressamente contemplado⁸¹⁵ e enuncia que as razões do recurso devem ser dialéticas⁸¹⁶ ou discursivas⁸¹⁷, isto é, devem se

⁸¹⁰ Cf. tópico 3.4.4.3.

⁸¹¹ Dispõe o art. 899 da CLT: “Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora” (BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, cit.).

⁸¹² BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., p. 132.

⁸¹³ Bebber cita autores que afirmam a exigência de fundamentação (Campos Batalha) ou não (Coqueijo Costa), criticando o fundamento utilizado por Teixeira Filho, para quem a regularidade formal da fundamentação nos recursos passou a ser exigível após a Constituição de 1988, que tornou obrigatória a representação da parte por advogado (BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., p. 133).

⁸¹⁴ Bebber fundamenta que o princípio do contraditório está constituído pelos elementos de informação e reação, pelos quais devem ser concedidas às partes a mesma quantidade e qualidade de oportunidades para intervir no processo e influenciar o convencimento do julgador (BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., p. 133).

⁸¹⁵ Bebber expressamente aponta o princípio da dialeticidade dos recursos no artigo 899 da CLT e, no âmbito do CPC de 1973, nos artigos 514 (apelação), 524 (agravo) e 541 (recurso extraordinário) (BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., p. 242). Os atuais dispositivos do CPC (2015) correspondentes aos recursos mencionados são, respectivamente, os artigos 1.010, 1.016 e 1.029 (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁸¹⁶ BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., p. 242.

contrapor, por intermédio de raciocínios, aos argumentos da decisão⁸¹⁸. Esclarece Bebber que a “simples repetição de peças ou de razões já rechaçadas não atende à dialeticidade”⁸¹⁹.

No âmbito do sistema da persuasão racional, o princípio da dialeticidade toma contornos expressivos, em face das características das justificações em matéria de fato e das exigências de motivação da sentença.

O dever de o juiz indicar na sentença as razões da formação do seu convencimento compreende várias etapas que devem estar expostas e justificadas na sentença. Durante o processo de apreciação das provas, o juiz desenvolve vários raciocínios, como, por exemplo, para: a) fixar a credibilidade da prova; b) definir o valor ou peso de cada prova; c) estabelecer ligações entre o indício e o fato probando; d) examinar os argumentos das partes sobre as provas; e) definir presunções com base em regras de experiência. Os raciocínios sobre as provas e respectivas decisões sobre os fatos, contudo, não são suficientes para a exigência da motivação: o juiz também deve apresentar justificativas.

As justificativas dos raciocínios sobre a prova (o tema é tratado no capítulo VI) são as explicações dos critérios adotados pelo juiz. Os critérios e raciocínios utilizados para avaliar a prova devem ser apresentados para que o juiz cumpra o dever de indicar as razões que formaram o seu convencimento, para justificar a decisão, atender à exigência de motivação e estar submetido ao controle de critérios racionais.

⁸¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*, cit., p 179.

⁸¹⁸ Bebber distingue dois elementos: a) o volitivo, que é a expressa declaração de insatisfação do recorrente contra a decisão; b) o de razão ou descritivo, ou seja, os motivos da insatisfação (BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., p. 242).

⁸¹⁹ Bebber, em seus estudos sobre o princípio da dialeticidade (BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., p. 243), invoca a Súmula 422 do TST que, à época, assim estava disposta: “Recurso. Apelo que não ataca os fundamentos da decisão recorrida. Não conhecimento. Art. 514, II, do CPC. Não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta”. Recentemente (01.07.2015), sobreveio alteração de seu conteúdo, nestes termos: “Recurso. Fundamento ausente ou deficiente. Não conhecimento. I – Não se conhece de recurso para o Tribunal Superior do Trabalho se as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que proferida. II – O entendimento referido no item anterior não se aplica em relação à motivação secundária e impertinente, consubstanciada em despacho de admissibilidade de recurso ou em decisão monocrática. III – Inaplicável a exigência do item I ao recurso ordinário da competência de Tribunal Regional do Trabalho, exceto em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença” (Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 01 de mar. 2016). Sem embargo do necessário exame dos precedentes para definir o alcance o item III da nova edição da súmula 422, o que extrapola os limites do tópico, registre-se que na perspectiva de uma aplicação subsidiária, para definir os requisitos da regularidade formal do recurso ordinário, o novíssimo código de processo civil, em relação ao anterior, estendeu o conteúdo desta motivação, ao exigir, respectivamente, nos incisos I e II do artigo 1.010, *a exposição do fato e do direito e as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade* (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

A natureza discursiva do princípio da dialeticidade, ao definir esta dimensão às razões recursais, aponta para a necessidade do desenvolvimento de raciocínios ou argumentos que enfrentem, diretamente, as razões da formação do convencimento do juiz. É possível, neste sentido, compreender que, em matéria de fato, o princípio da dialeticidade deve operar por intermédio de raciocínios e argumentos. Assim, as razões do recurso devem enfrentar, em tese, pelo menos, as seguintes questões: 1) os critérios, argumentos e raciocínios que o juiz aplicou e desenvolveu na apreciação das provas; 2) as justificativas apresentadas pelo juiz para aferir a credibilidade das provas e fixar os respectivos valores; 3) a racionalidade dos critérios, argumentos e raciocínios utilizados pelo juiz na formação do seu convencimento.

5.5.2 O prestígio à valoração da prova do juízo de primeiro grau

Há expressiva tendência jurisprudencial⁸²⁰, nas decisões de segundo grau⁸²¹, para conferir soberania à valoração da prova efetuada pelo juiz em primeiro grau de jurisdição.

⁸²⁰ Leite, sob o pálio do princípio da imediação (esclarece, entretanto, a utilização do vocábulo imediatidade com o mesmo sentido), alinha vários julgados que prestigiam a valoração realizada pelo juiz de primeiro grau, em razão do seu contato direto com a prova, sobretudo a testemunhal (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., p. 656-658).

⁸²¹ Julgados recentes:

CONFISSÃO. RECUSA DE DEPOR. ART. 345, CPC. PRINCÍPIO DA IMEDIAÇÃO. O Magistrado de primeiro grau é quem colhe, direta e imediatamente, a prova (Princípio da Imediação). É ele, portanto, quem tem melhores condições de analisar a validade dos atos praticados em audiência, haja vista que conduzida diretamente por ele próprio. Assim, por ter contato direto com atos, expressões e posturas dos depoentes, o magistrado de primeiro grau que instruiu e julgou o feito, encontra percepção privilegiada diante daqueles que tem acesso, apenas, ao quanto registrado nas atas de instrução, como é o caso deste Juízo ad quem. Pelo não provimento do recurso. Processo: TRT/SP – 02679008820095020076 ANO: 2011, RO, Acórdão nº 20120025897. Data do Julgamento: 17/01/2012. Relatora convocada juíza Thereza Christina Nahas, 3ª Turma. DOE 24/01/2012.

PRINCÍPIO DA ORALIDADE. O Juízo de origem, presidiu a audiência, e interpretou os depoimentos com prudente critério e lhes atribuiu à merecida valia. E, tal exegese deve ser avalizada ad quem, pois extraída por quem teve a possibilidade de ouvir e sentir todas as reações das testemunhas, ao serem perguntadas. Aplicação do princípio da imediação, uma das manifestações do princípio maior da oralidade processual. Manutenção. Processo: TRT/SP – 00013024620105020038 A28 ANO: 2013, RO, Acórdão nº 20130926366. Data de Julgamento: 27/08/2013. Relator Desembargador Ivani Contini Bramante, 4ª Turma. DOE 06/09/2013.

I-CREDIBILIDADE DA PROVA ORAL. PREVALÊNCIA DO JUÍZO QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ, DA IMEDIATIDADE E DA CONCENTRAÇÃO DA CAUSA. Penso que o Juiz que preside a instrução, pela sua presença física, reúne maiores condições de perceber quando a testemunha não expressa a verdade real dos fatos efetivamente acontecidos. II-ACÚMULO DE FUNÇÃO. Apenas são devidas diferenças salariais quando se constata que o empregado acumulou as funções para as quais foi contratado e remunerado com outras atividades totalmente distintas. Processo: TRT/BH – 0000847-632012.5.05.0342 RecOrd, Origem SAMP, Acórdão nº 214347/2014. Relatora Desembargadora Maria Adna Aguiar, 5ª Turma, DJ 22/01/2015.

Conforme doutrina e jurisprudência referidas, esta linha de julgamentos em segundo grau tem por fundamento para a manutenção das sentenças o princípio da imediatidade.

As análises realizadas sobre o princípio da imediatidade⁸²² destacam o seu aspecto relevante, que é a dinâmica instaurada em audiência, no contato direto do juiz com os advogados, partes e testemunhas, com a possibilidade de confrontar as teses apresentadas e controvertidas no processo, a respeito dos fatos. E a doutrina, por sua vez, estabeleceu um estreito elo entre a imediatidade e a apreciação das provas e formação do convencimento judicial, com a premissa de que a ativa e direta participação do juiz permite o controle imediato da veracidade das afirmações das partes e testemunhas.

Esta posição do juiz que colhe a prova, entretanto, conforme já demonstrado no tópico referido, não é garantia de que o seu juízo sobre os fatos seja o mais adequado. O que deve sustentar a decisão final sobre a veracidade ou falsidade de um fato é o argumento racionalmente externado e justificado, relativo ao elemento de prova, e não porque a decisão foi proferida pelo juiz que colheu a prova. Como já apontado, a função cognoscitiva da prova é o que garante que o juízo do fato, formado no primeiro grau de jurisdição, possa ser confrontado, em face dos elementos de prova, em novo julgamento pelo tribunal.

A partir da garantia do princípio do duplo grau de jurisdição, não há sustentar a manutenção de sentença, com base no princípio da imediatidade. O efeito devolutivo, considerado em sua extensão, é pleno⁸²³, conferindo ao recorrente a possibilidade de levar ao conhecimento do tribunal todo o conteúdo da decisão impugnada⁸²⁴.

O dever de o juiz indicar na sentença as razões de formação do seu convencimento, isto é, os raciocínios probatórios que o levaram a definir a credibilidade e peso de cada uma das provas, é, também, uma decorrência da garantia do duplo grau de jurisdição. A determinação da veracidade ou falsidade dos fatos não é função exclusiva do juízo de primeiro grau. A exigência da motivação impõe que o juízo sobre os fatos seja formado a

ATIVIDADE JUDICANTE. PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE. Não emergindo dos autos nenhum elemento que induza à convicção de que se equivocou o Juízo monocrático na valoração da prova coligida ao feito, deve prevalecer o convencimento por ele firmado, com base nas impressões colhidas por ocasião da produção das provas. É que o critério de valoração da prova atende também ao princípio da imediatidade do contato do Magistrado com a prova produzida. Processo: TRT/MG – 0000925-65.2014.5.03.0076 RO. Relatora convocada juíza Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, Turma Recursal de Juiz de Fora, DEJT/TRT3 10/06/2015.

⁸²² Cf. tópico 5.4.2.

⁸²³ BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., p. 198.

⁸²⁴ *Ibidem*, p. 46.

partir de critérios racionais e com base nos elementos de prova. E o duplo grau de jurisdição garante que esses critérios possam ser examinados, relativamente à sua coerência e legitimidade.

A manutenção da sentença, relativamente à matéria de fato, em face de o recorrente não apresentar razões suficientes e capazes de demonstrar uma valoração da prova mais adequada ao conjunto probatório, preserva a garantia do duplo grau. Mas manter a sentença apenas porque o juiz que colheu a prova é o mais apto à sua valoração, é impedir a possibilidade de discutir, no segundo grau de jurisdição, o acerto do juízo do fato por critérios racionais.

5.5.3 Oralidade no segundo grau e formação do convencimento

A atividade judicante no primeiro e segundo graus de jurisdição, no que tange ao sistema da persuasão racional, guarda estreita similitude: apreciação da prova para a formação da convicção sobre a veracidade ou falsidade dos fatos da causa. O dever de indicação das razões de convencimento sobre os fatos e as exigências de fundamentação da decisão⁸²⁵ aplicam-se igualmente aos juízos formados em ambos os graus de jurisdição. A experiência mostra, contudo, que o julgamento colegiado reúne características gerais que instauram uma dinâmica diferente daquela desenvolvida no primeiro grau, com aspectos que podem auxiliar na apreciação da prova. Ademais, a ordem dos trabalhos na sessão de julgamento permite vislumbrar uma oralidade própria do segundo grau de jurisdição. Assim, é possível divisar dois momentos na atividade jurisdicional em segundo grau: o trabalho realizado no gabinete e o julgamento em sessão.

Destacam-se, a seguir, algumas características do trabalho desenvolvido pelo juiz em gabinete e as possibilidades que esta condição proporciona: 1) há uma considerável redução no contato com as partes, que se limita, geralmente, à presença do advogado, na entrega de memoriais ou na sessão de julgamento para acompanhamento ou sustentação oral; 2) há uma diminuição da quantidade das questões de fato e de direito a serem enfrentadas no segundo grau, em comparação com aquelas originalmente enfrentadas no

⁸²⁵ Dispõe o art. 489 do CPC (2015): “São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão [...]” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

processo em primeiro grau; 3) a maioria das atividades no gabinete está concentrada na análise do conteúdo dos processos.

Dois aspectos assumem especial importância para a cognição judicial em segundo grau: a) a análise dos processos tem por base três fatores: a prova constante dos autos, as razões da parte recorrente e a decisão do juiz de primeiro grau; b) a possibilidade de o juiz conhecer as diversas formas de os juízes de primeiro grau decidirem a mesma questão de direito e apreciar as mesmas questões de fato na análise de sentenças em casos semelhantes. Estes dois aspectos ampliam sobremaneira as perspectivas de análise, na apreciação da prova e na aplicação do direito, para o julgamento em colegiado.

As sessões têm uma dinâmica que se inicia no gabinete, com a disponibilização dos votos dos processos pelos relatores⁸²⁶ para os demais desembargadores que compõem o quórum do órgão colegiado que irá julgar o processo⁸²⁷. O itinerário de desenvolvimento da sessão de julgamento está contemplado no código de processo civil, de aplicação ao processo do trabalho⁸²⁸, e nos regimentos internos de cada um dos tribunais. Iniciada a sessão e apregoado o processo, o relator expõe a causa⁸²⁹, seguindo-se a sustentação oral, quando houver, do recorrente e do recorrido e a intervenção do Ministério Público nos casos previstos. A seguir, o relator expõe o seu voto e tem início a discussão sobre as questões trazidas no recurso, com a possibilidade de destaques, apartes e vista regimental⁸³⁰, com suspensão do julgamento, por um dos membros da corte.

⁸²⁶ Arts. 931 a 933 do CPC (2015).

⁸²⁷ O processo judicial eletrônico da Justiça do Trabalho permite, no âmbito do segundo grau, após a publicação da pauta de julgamento, a votação nos processos a partir do gabinete, com destaques e debates na sessão de julgamento. Atualmente, conforme estatística, a maioria das varas do trabalho do país opera com o processo judicial eletrônico e mais de quarenta por cento dos julgamentos no segundo grau ocorrem por intermédio desse sistema. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/pje-jt/casos-novos>>. Acesso em: 16 jun. 2015).

⁸²⁸ Arts. 937 a 945 do CPC (2015). Bebbber afirma a aplicação dos artigos do código de processo civil relativamente ao procedimento dos recursos no âmbito dos tribunais, em razão da omissão da CLT, indicado os dispositivos do código anterior (1973) (BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., p. 249).

⁸²⁹ O inciso IX do artigo 7º da Lei 8.096/94 contemplava o direito de sustentação oral após o voto do relator, mas foi declarado inconstitucional, nos termos da ADIN 1.105-7. A praxe nos tribunais trabalhistas, entretanto, tem consagrado a prática de antecipação do resultado do voto do relator, antes da sustentação oral, expressamente prevista em alguns regimentos internos. Assim dispõem, por exemplo, os regimentos internos dos Tribunais Regionais do Trabalho da 10ª, 18ª, 23ª e 24ª Regiões, respectivamente: art. 138, § 1º (disponível em: <http://www.trt10.jus.br/institucional/regint/regimento_interno.pdf>, acesso em: 27 fev. 2016); art. 53, § 3º (disponível em: <<http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2013/06/regimento-interno-trt-18-regiao21.pdf>>, acesso em 27 fev. 2016); art. 79, § 1º (disponível em: <http://www.trt23.jus.br/Portal/regimentointerno/regimento_interno_trt23-jan_2016.pdf>, acesso em: 27 fev. 2016); art. 123, § 1º (disponível em: <http://www.trt24.jus.br/arq/download/regimento_interno_22_11_15.pdf>, acesso em: 27 fev. 2016).

⁸³⁰ Art. 940 do CPC (2015).

O aspecto mais relevante das discussões em plenário, que põe em destaque a oralidade no âmbito do segundo grau, é o confronto de teses entre os desembargadores sobre as questões de fato e de direito. O exame minucioso dos temas do recurso, aliando a possibilidade de diferentes perspectivas de entendimento sobre as matérias, qualifica o debate em plenário e propicia um julgamento exaustivo na definição dos fatos e aplicação do direito, seja para confirmar ou reformar a sentença. A presença do advogado, nos casos de sustentação oral, proporciona atenção aos pontos relevantes do recurso, inclusive por memoriais eventualmente entregues aos magistrados antes da sessão.

5.5.4 A função revisora dos tribunais: controle do juízo do fato

O sistema da persuasão racional no âmbito do segundo grau de jurisdição confere novo matiz à apreciação da prova e ao convencimento judicial, pois estas duas atividades do sistema são exercidas em face da existência de uma apreciação da prova e um convencimento judicial formado no primeiro grau de jurisdição. Não se trata apenas de novamente apreciar a prova e conferir se a formação do convencimento do magistrado está corretamente sustentada nos elementos de prova. Se é possível, por um lado, ao órgão colegiado apreciar novamente toda a prova, o foco do sistema da persuasão racional neste segundo grau de jurisdição está direcionado a verificação e confronto entre as razões apresentadas pelo recorrente e aquelas razões da sentença, relativamente aos raciocínios, argumentos e justificativas sobre os fatos da causa.

O quadro sobre o qual se debruça o julgamento colegiado, em matéria de fato, é diferente daquele com o qual lidou, inicialmente, o juiz, e pode ser esboçado pelos seguintes fatores. Por um lado, estão as alegações, afirmações e enunciados das partes sobre os fatos da causa. Por outro lado, as provas produzidas em juízo sobre os fatos controvertidos. O terceiro fator está constituído pela sentença, que reúne os raciocínios probatórios, isto é, a relação entre os elementos de prova e a veracidade ou falsidade das hipóteses fáticas, que justificam a formação do convencimento judicial. Um quarto fator congrega as razões recursais, compostas por raciocínios ou argumentos que enfrentam as razões da formação do convencimento do juiz, ou seja, questionam os critérios, a racionalidade, os argumentos e os raciocínios que o juiz aplicou e desenvolveu na

apreciação da prova e as justificativas apresentadas para definir a credibilidade e o valor da cada prova.

A função revisora do tribunal, em matéria de fato, portanto, está centrada na análise do acerto ou do erro na apreciação da prova. A constatação da correção está em examinar a validade dos raciocínios desenvolvidos entre os elementos de prova e a conclusão sobre a veracidade ou falsidade das hipóteses fáticas. Por exemplo, existindo vários elementos de prova sobre uma hipótese fática, alguns apontando para a ocorrência do fato e outros para sua inexistência, verifica-se se o raciocínio probatório considerou todos os elementos de prova e, apesar da contradição, manteve-se coerente ao definir os respectivos valores.

5.6 Persuasão racional no terceiro grau de jurisdição trabalhista

A principal característica do julgamento colegiado no terceiro grau de jurisdição trabalhista, por intermédio do recurso de revista⁸³¹, para o sistema da persuasão racional, diz respeito à proibição da rediscussão de matéria de fato ou reexame de provas, nos termos da súmula 126 do Tribunal Superior do Trabalho⁸³². Assim, impõe-se uma breve análise sobre as possibilidades de distinção entre matéria de direito e matéria de fato.

5.6.1 Matéria de direito e matéria de fato

Mallet⁸³³ adverte que o problema da distinção entre questão de fato e questão de direito situa-se entre os mais delicados do direito processual, ao afirmar não ser possível, de modo absoluto, tal separação. Na mesma linha, Taruffo pondera que não se pode falar do fato, apartando-o completamente do direito ou sem levar em consideração suas

⁸³¹ O recurso de revista, contemplado no artigo 896 da CLT, cabível das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, tem natureza extraordinária e, esclarece Bebbber: “diferentemente dos recursos que o precedem, se destina a assegurar, unicamente, a correta aplicação da lei em seu aspecto objetivo. Não tem por escopo, portanto, a não ser reflexamente, a correção da injustiça da decisão” (BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*, cit., 319).

⁸³² Súmula 126. “Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, “b”, da CLT) para reexame de fatos e provas” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho). Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

⁸³³ MALLET, Estêvão. *Do Recurso de Revista no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 101.

implicações jurídicas⁸³⁴. O objetivo deste tópico é traçar um breve contorno do tema, para que seja possível a análise, no tópico seguinte, de julgado recente do Tribunal Superior do Trabalho, na perspectiva do sistema da persuasão racional.

Na análise sobre a razão como atividade do juiz (tópico 3.2.1), estão destacadas as críticas lançadas pela doutrina sobre o caráter reducionista e simplista do modelo clássico sobre o silogismo da sentença, assim expresso: i) a premissa maior: a lei, representada pelo conjunto das normas jurídicas abstratas e, especificamente, para cada caso, a norma de direito pertinente; ii) a premissa menor, os fatos alegados ou a situação de fato da causa e, especificamente, os fatos considerados como ocorridos; iii) a conclusão ou o dispositivo, o resultado a que chega o juiz, por intermédio da subsunção dos fatos à norma legal. O tema é retomado no capítulo seguinte (tópico 6.1). O importante aqui é frisar que a construção da premissa menor, no âmbito da apreciação das provas, ou seja, a determinação dos fatos ocorre a partir de uma perspectiva jurídica.

A doutrina⁸³⁵ distingue “fatos brutos” de “fatos institucionais”. Os primeiros não são considerados ou não existem nos domínios jurídicos. O direito é que define e seleciona quais fatos podem ser considerados no litígio, daí serem denominados “fatos institucionais”. Assim, é a norma que aponta os fatos sobre os quais deve estar voltada a atividade jurisdicional. Esclarece Mallet:

Os fatos são muito variados e nem todos os aspectos da situação ocorrida revestem-se de relevância jurídica. Assim, é preciso separar, dentre os diversos acontecimentos, aqueles efetivamente importantes para a análise jurídica do problema. Mas a própria delimitação dos acontecimentos relevantes supõe já possível enquadramento jurídico da situação, porque conforme seja uma ou outra a norma aplicável, variam os fatos dignos de consideração. Em consequência, a definição dos fatos e a determinação da norma de regência não são momentos distintos e estanques do processo de formulação da sentença⁸³⁶.

Outro aspecto importante, que permite uma compreensão sobre a matéria de fato, é que os fatos sobre os quais se apoiam o pedido e a defesa não ingressam no processo na sua materialidade empírica, mas somente por intermédio das provas e do que asseveram as

⁸³⁴ Esclarece Taruffo: “Además, no proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 90).

⁸³⁵ TARUFFO, Michele. *A prova*, cit., p. 17.

⁸³⁶ MALLET, Estêvão. *Do Recurso de Revista no Processo do Trabalho*, cit., p. 104.

partes sobre eles. Assim, aponta Mallet⁸³⁷, fato está relacionado a algo que aconteceu, pertence ao passado e está ligado ao conceito de tempo.

A questão de direito engloba as atividades de interpretação da norma aplicável, a partir da definição do seu alcance e conteúdo. O enquadramento jurídico dos fatos, por sua vez, embora esteja situado próximo da questão de fato e guarde com ela estreita relação⁸³⁸, está entre as atividades da questão de direito⁸³⁹. Assim, fixados os fatos que interessam ao litígio pela instância ordinária, a interpretação da norma e o enquadramento jurídico dos fatos são passíveis de revisão por intermédio do recurso de revista. Esclarece Mallet:

Por conseguinte, a controvérsia sobre a natureza subordinada do trabalho e, via de consequência, sobre o caráter trabalhista ou não do vínculo pode, a depender da forma como se coloca, dar margem a reexame em recurso de natureza extraordinária, especialmente em recurso de revista, sem contraste com o teor da Súmula 126, do Tribunal Superior do Trabalho⁸⁴⁰.

5.6.2 Convencimento judicial em sede extraordinária

A proposta deste tópico é uma análise pontual de julgado do Tribunal Superior do Trabalho, com vistas a compreender, em sede extraordinária, a formação do convencimento judicial. Decidiu a 1ª Turma do TST, com destaque para os trechos da ementa sobre a matéria que interessa ao estudo:

⁸³⁷ Mallet congrega as ideias de Carnelutti, Calamandrei e English. (MALLET, Estêvão. *Do Recurso de Revista no Processo do Trabalho*, cit., p. 105)

⁸³⁸ Ao discorrer o momento da qualificação jurídica dos fatos, dentro da estrutura do juízo, Taruffo esclarece: “*Se trata, en efecto de una operación que no se encuadra en la premisa mayor del silogismo, entendida como la formulación de la norma que debe aplicarse al caso concreto, ni el la premisa menor, entendida como la determinación de los hechos comprobados. Esta dificultad es superada, según la postura predominante, sin poner en crisis las líneas generales del esquema silogístico mediante una articulación mayor de la definición de la premisa menor. En ésta son incluidos dos momentos distintos: la determinación de los hechos comprobados materia de la causa (que según el esquema tradicional agotaba el contenido de la premisa menor), y su calificación jurídica según las categorías normativas que constituyen, con diverso carácter de generalidad, la situación jurídica que es enunciada en la premisa mayor*” (Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 155).

⁸³⁹ Pondera Mallet: “Constitui questão de direito, outrossim, a qualificação jurídica dos fatos apurados. Não pode haver dúvida a propósito desse ponto, porque ao qualificar incorretamente os fatos acaba o juiz por aplicar à situação verificada lei diversa da que a deveria reger, incorrendo naquilo que os franceses chamam de ‘*violation de la loi par fausse application*’” (MALLET, Estêvão. *Do Recurso de Revista no Processo do Trabalho*, cit., p. 106).

⁸⁴⁰ MALLET, Estêvão. *A subordinação como elemento do contrato de trabalho*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 217-245.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. WAL MART DO BRASIL LTDA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Autoriza-se o processamento do recurso de revista, quando o eg. Tribunal Regional, apesar de apontar a fragilidade da prova produzida, não apresenta outros elementos probatórios capazes de infirmar a conclusão do juízo de primeiro grau. 2. Situação em que o v. Acórdão Regional descreve a existência de tratamento vexatório a reclamante, ensejando aparente violação aos artigos 186, 187 e 927, do Código Civil. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. 2) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Pelo princípio da imediatidade ou imediação, o Juízo de primeiro grau tem contato direto com a colheita e própria produção das provas. Por meio desse contato, encontra-se esse mesmo Juízo apto a graduar ou valorar o conjunto probatório. Não deve, pois, em princípio, a Instância *ad quem*, cujo contato com as provas é apenas indireto, modificar o ato valorativo do órgão originário, salvo quando verificar assimetrias nesse processo de valoração. 2. É o que ocorre no presente caso, em que o eg. Tribunal Regional, apesar de apontar a fragilidade da prova produzida, transcreve testemunhos que infirmam a conclusão a que chegou e, ao mesmo tempo, corroboram a condenação havida perante o Juízo de primeiro grau. 3. Diversamente da conclusão apresentada pelo v. Acórdão Regional, os fatos assentados e nele descritos, quando aludem à prova testemunhal, revela, sim, a prática do dano moral. 4. Recurso de revista conhecido e provido, por afronta aos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, para restabelecer sentença e determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem⁸⁴¹.

É possível analisar a decisão em destaque sob vários aspectos. Para o propósito do presente trabalho, entretanto, examinam-se, brevemente, dois pontos: a) a matéria fática; b) a valoração da prova.

O primeiro aspecto diz respeito à moldura fática definida no acórdão regional. A estreita via do recurso de revista, como destacado acima, não permite a rediscussão da matéria de fato ou o reexame de provas. É possível colher, da leitura do voto do relator da decisão do TST⁸⁴², que a matéria fática, relativamente à ocorrência de assédio moral, foi emoldurada no acórdão regional, em razão da transcrição dos depoimentos das testemunhas trazidas pela reclamante. Assim, é possível reconhecer que o tema da indenização por dano moral, enquanto questão de fato, estava com seus contornos definidos na decisão do acórdão regional. Uma nova análise do fato em sede extraordinária, portanto, não implicaria o revolvimento da matéria fática, mas apenas a possibilidade de um novo enquadramento jurídico dos fatos.

⁸⁴¹ Processo nº TST-RR-3138-62.2012.5.02.0037; Data de Julgamento: 13/05/2015. Relator Desembargador Convocado Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, 1ª Turma. Data de Publicação: DEJT 15/05/2015.

⁸⁴² A seguir, as declarações de voto do Relator, no tópico “B INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL”, p. 16 da consulta, acolhido por unanimidade pela 1ª Turma do TST, após transcrever, na íntegra, a decisão do acórdão regional, no tocante à análise dos testemunhos sobre o tema da indenização por assédio moral: “Conforme visto acima, o Tribunal Regional verificou que ‘a prova testemunhal é frágil e controvertida’. Asseverou que ‘os depoimentos estão dissonantes e incoerentes em relação ao local e o horário dos fatos’, para concluir que ‘não há prova robusta do assédio alegado na inicial’ ” (Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>, processo RR - 3138-62.2012.5.02.0037. Acesso em: 15 jun. 2015).

O segundo aspecto diz respeito à valoração da prova. O voto condutor da decisão da 1ª Turma do TST, ao examinar os depoimentos transcritos no acórdão regional, chegou à conclusão de que a valoração da prova testemunhal realizada em segundo grau não apontou outros elementos probatórios capazes de infirmar a valoração da prova do juízo de primeiro grau⁸⁴³, baseando-se em duas premissas: a) no princípio da imediatidade, no sentido de que o juízo de primeiro grau, em contato direto com a prova, está apto a graduar ou valorar o conjunto probatório; b) os próprios depoimentos transcritos no acórdão regional demonstram a ocorrência da prática de assédio moral.

O princípio da imediatidade, como já examinado em tópicos anteriores neste capítulo (5.4.2 e 5.5.2), não torna o juízo sobre o fato do magistrado que colheu a prova mais apto do que o juízo sobre o fato que a decisão regional possa emitir. O que deve sustentar a decisão final sobre a veracidade ou falsidade de um fato é o argumento racionalmente externado e justificado, relativo ao elemento de prova. No caso em questão, é a análise dos depoimentos das testemunhas que pode levar à conclusão, racionalmente justificada, de haver ou não fragilidade ou contradição em suas declarações.

O acórdão regional, ao destacar os trechos dos depoimentos das testemunhas, por intermédio do voto do relator, estava valorando a prova e justificando a decisão. As frases das testemunhas transcritas nas declarações do voto do relator e a análise pontual dos trechos dos depoimentos compõem a argumentação e mostram o raciocínio que concluiu pela fragilidade da prova, no sentido de sua insuficiência para demonstrar a ocorrência do alegado assédio moral. Ademais, a decisão do tribunal regional utilizou um *standard* de prova consagrado pela doutrina, mas não previsto no sistema da persuasão racional. Tal *standard* é o da prova clara e convincente, examinado no capítulo III (tópico 3.4.4.3.1), apontado no acórdão sob a denominação de prova robusta. Conforme examinado no referido tópico, padrões de prova, como este, servem para sustentar o raciocínio probatório.

Por fim, ainda no que tange à valoração da prova, não parece possível, em sede extraordinária, realizar uma nova valoração, embora os elementos de prova estejam

⁸⁴³ As declarações de voto do Relator, no tópico “B INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL”, p. 16 da consulta, relativos à análise: “Não deve, pois, em princípio, a Instância ad quem, cujo contato com as provas é apenas indireto, modificar o ato valorativo do órgão originário, salvo quando verificar assimetrias nesse processo de valoração. É o que ocorre no presente caso, em que o eg. Tribunal Regional, apesar de apontar a fragilidade da prova produzida, não apresenta outros elementos probatórios capazes de infirmar a conclusão do Juízo de primeiro grau. Diversamente da conclusão apresentada pelo v. Acórdão Regional, os fatos assentados e nele descritos, quando aludem à prova testemunhal, revelam, sim, a prática de dano moral” (Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>>, processo RR - 3138-62.2012.5.02.0037. Acesso em: 15 jun. 2015).

definidos no acórdão regional. No sistema da persuasão racional, conforme apontamentos contidos no capítulo III (tópico 3.4.4.3), não há regra que defina o peso de cada prova e não há definição legal de critério a ser adotado para a valoração. O que é possível, e necessário, em face do dever de o juiz indicar as razões da formação do seu convencimento e das exigências de motivação da decisão, é a apresentação de justificativas racionais que permitam o controle da decisão, em sede ordinária, considerando o princípio do duplo grau de jurisdição. A valoração da prova, em sede extraordinária, importa em revolvimento de matéria fática, pois não há lei que imponha determinado critério para a valoração, que possa ter sido violada, literalmente⁸⁴⁴, a ensejar o cabimento do recurso de revista⁸⁴⁵.

5.7 Jurisprudência selecionada sobre o sistema da persuasão racional

A finalidade deste tópico é ressaltar a importância e a necessidade, para o sistema da persuasão racional, do estudo e desenvolvimento do tema das justificativas da formação do convencimento. O dever de o juiz indicar as razões de seu convencimento é a possibilidade real que permite aferir o regular funcionamento do sistema, relativamente à apreciação da prova. Em razão da sua importância, o capítulo VI é dedicado ao exame das razões de formação do convencimento e fundamentação da decisão. Apresentam-se quatro ementas contextualizadas de julgados dos tribunais trabalhistas, com brevíssimos comentários. Não se trata de uma seleção de ementas resultante de uma análise sistemática das decisões judiciais, mas apenas de caráter ilustrativo. As pesquisas jurisprudenciais são proporcionalmente reduzidas em relação ao universo de pesquisas em direito no Brasil, conforme referências apresentadas no primeiro tópico deste capítulo.

A racionalidade do sistema da persuasão racional é reconhecida a partir do dever de o juiz indicar, na sentença, as razões da formação do seu convencimento. Esta racionalidade, que evita o arbítrio da decisão e impede o subjetivismo na avaliação da

⁸⁴⁴ Art. 896, “c”, da CLT.

⁸⁴⁵ Mallet assim esclarece: “Não constitui, porém, matéria de direito, a valoração concreta das provas colhidas, sempre que inexista regra legal impondo certo meio de prova para a demonstração de determinado fato. Assim, se afirma a decisão que, para a apuração das horas extras reclamadas, merece mais crédito o depoimento testemunhal colhido do que os cartões de ponto juntados, o debate ocorre apenas no campo da livre apreciação e não pode constituir objeto de recurso de revista. Trata-se, apenas, de ponderar o valor de cada meio de prova na hipótese concreta, sendo, pois exclusivamente fática a controvérsia” (MALLET, Estêvão. *Do Recurso de Revista no Processo do Trabalho*, cit., p. 111).

prova, pode ser reconhecida na clareza e precisão dos motivos expostos na fundamentação da sentença:

NULIDADE DA R. SENTENÇA - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INCOMPLETA É nula a sentença que não enfrenta todas as pretensões externadas pela parte, uma vez que oferece prestação jurisdicional incompleta. A teor do disposto no artigo 458, II do caderno processual civil o Magistrado deve analisar as questões de fato e de direito e fundamentar suas decisões. O entendimento do Magistrado, fruto da persuasão racional, deve ser exposto de forma clara e precisa, de forma que não parem dúvidas quanto aos motivos pelos quais foram acolhidos ou rejeitados os pedidos formulados na inicial⁸⁴⁶.

A formação do convencimento do juiz ocorre desde o momento da admissão da prova e, ao longo de sua produção, consolida-se para, na sentença, ser externada por meio das razões como justificativas.

A questão que a seguinte jurisprudência revela é a eventual configuração de cerceamento de defesa, em face da dispensa da produção de provas que decorre da formação do convencimento do juiz no curso da instrução:

CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA. Cerceamento de defesa se dá quando o magistrado, sem qualquer motivo ou fundamento, impede a parte de produzir sua prova, o que incorreu *in casu*, em que o indeferimento da oitiva de testemunha decorreu da interpretação do depoimento pessoal da parte. Não se olvide o recorrente que, segundo o princípio da persuasão racional, o juiz apreciará livremente a prova, bastando indicar, na sentença, os motivos de seu convencimento (artigo 131, do CPC), o que foi plenamente atendido na hipótese em apreço. Preliminar de cerceamento de defesa suscitada pelo reclamante que se rejeita⁸⁴⁷.

A decisão em questão revela um conflito que tem, por um lado, o direito da parte de produzir provas para a defesa de seu interesse e, por outro, a formação do convencimento do julgador como limite à produção de provas. O foco deve estar nas razões de formação do convencimento do juiz. A análise do depoimento pessoal da parte, no caso retratado, é que pode revelar o acerto da decisão ou o cerceamento de defesa. Se há elementos no depoimento pessoal que racionalmente levem à conclusão a respeito dos fatos da causa, a análise se volta para o seu conteúdo e as justificativas apresentadas pelo juiz.

⁸⁴⁶ TRT/SP – 00014518420125020446 A28, ANO: 2014, RO, Acórdão nº 20141093921. Data do Julgamento: 03/12/2014. Relatora Desembargadora Rosa Maria Villa, 2ª Turma. DOE 16/12/2014.

⁸⁴⁷ TRT/SP – 00028748120135020046 A28, ANO: 2014, RO, Acórdão nº 20140762897. Data do Julgamento: 03/09/2014. Relatora Desembargadora Maria Cristina Fisch, 18ª Turma. DOE 08/09/2014.

Sobre a avaliação da prova no segundo grau de jurisdição:

PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE DA PROVA. PRESTÍGIO À AVALIAÇÃO PROBATÓRIA EFETUADA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. A tarefa de se atribuir novo valor à prova oral em sede de recurso é bastante complexa, porque o juiz que preside ao interrogatório, em contato direto com as partes, prepostos e testemunhas, detém, em regra, maior possibilidade para valorar os depoimentos colhidos, pois possui melhores condições de observar o modo seguro ou esquivo como elas respondem às perguntas, bem assim suas expressões corporais, o que lhe permite chegar bem mais próximo da verdade⁸⁴⁸.

A determinação do peso das provas no segundo grau de jurisdição, em cumprimento ao duplo grau de jurisdição, tem, por um lado, as justificativas apresentadas pelo juiz na fundamentação de sua sentença e, por outro, as razões do pedido de reforma do recorrente. Estes são os parâmetros, na perspectiva da racionalidade do sistema da persuasão racional, com os quais deve o magistrado, no segundo grau, trabalhar, por mais complexa que seja análise dos elementos de prova e a definição dos fatos da causa.

Veja-se, por fim, o seguinte julgado, a respeito dos critérios utilizados pelo juiz na avaliação da prova:

PROVA. VALORAÇÃO. O critério de valoração da prova oral está definido na legislação processual, devendo observar o princípio da imediatidade, pelo contato direto do Magistrado com os depoentes, bem como as normas da experiência ordinária (arts. 131, 335 e 336, do CPC). Este ato é de competência exclusiva do Juiz e deve prevalecer, ressalvada a hipótese de prova de erro na sua interpretação. Acrescento que a interpretação da prova é processo psicológico segundo o qual o juiz pode, ou não, se convencer de que um fato ocorreu. Interpretando e valorando os elementos colacionados pelos litigantes, poderá concluir em sentido contrário à parte que tinha o ônus de provar e dele procurou se desincumbir. Assim, o ônus de prova não é o mesmo que sua análise e interpretação. Colhendo as provas, o juiz adota providências para apurar com precisão o maior número de fatos relevantes para a justa composição do conflito de interesses. Aproveitando as informações colhidas, não raras vezes contraditórias, poderá alcançar a verdade, mesmo que relativa, que flui dos depoimentos⁸⁴⁹.

No sistema da persuasão racional as provas produzidas não têm, em regra, valor determinado⁸⁵⁰. E não há *standards* de prova de uso obrigatório na legislação brasileira

⁸⁴⁸ TRT/MG – 0000558-35.2014.5.03.0078 RO. Relator convocado juiz Jose Nilton Pandelot, Turma Recursal de Juiz de Fora, DEJT/TRT3 08/05/2015.

⁸⁴⁹ TRT/MG – 0010961-14.2014.5.03.0062 RO. Relator convocado juiz Carlos Roberto Barbosa, Oitava Turma, DEJT/TRT3 14/05/2015.

⁸⁵⁰ Cf. tópico 3.4.4.3.

para a valoração da prova. Se é verdade que há uma dimensão psicológica no ato de perceber a prova e formar a convicção, é correto afirmar que a racionalidade, orientada na busca da verdade, permite valorar a prova com justificativas e argumentos que devem ser expostos na fundamentação da sentença. Os raciocínios probatórios do juiz devem compor o acervo dos fundamentos da sentença para que, a partir de critérios racionais, as partes possam saber as razões da procedência ou improcedência dos pedidos e, eventualmente, exercer o direito ao duplo grau de jurisdição.

CAPÍTULO VI

RAZÕES DA FORMAÇÃO DO JUÍZO DE CONVENCIMENTO E FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, RACIONALIDADE E MATÉRIA DE FATO.

6.1 Considerações iniciais

Este capítulo é dedicado às “razões de formação de seu convencimento”⁸⁵¹, que o juiz deve indicar na decisão. Neste sentido, completa a descrição e o funcionamento do sistema da persuasão racional desenvolvidos no capítulo III. A exposição do tema das razões do convencimento em capítulo próprio ocorre em função da sua importância para o sistema e para os fundamentos da decisão.

O tema da motivação das decisões judiciais está inserido em duas grandes correntes de estudos doutrinários, que receberam impulso decisivo no final da década de setenta e início dos anos oitenta, sobre o *raciocínio jurídico* (e o raciocínio do juiz em particular) e a *argumentação jurídica*⁸⁵². Sobre estes dois temas de estudo, alude Taruffo:

Frecuentemente estos temas son analizados en una perspectiva muy general, pero es claro que los tratamientos relativos también pueden ser referidos en

⁸⁵¹ Dispõe o art. 371 do CPC (2015): “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões de formação de seu convencimento” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit., grifo nosso).

⁸⁵² Narra Taruffo: “Debe, además, subrayarse el que muchos de los libros más importantes relativos al razonamiento del juez todavía no habían sido publicados. Era bastante conocido entre los filósofos del derecho, pero no particularmente entre los juristas, el libro de Hart (*The concept of Law*), pero este era sustancialmente el único volumen que se ocupaba del razonamiento jurídico en una perspectiva analítica. Faltaba todavía, para entonces, la aparición de varios textos que se volvieron sucesivamente puntos de referencia esenciales para quien quisiera ocuparse a nivel de teoría general de los problemas relativos al razonamiento jurídico, y del razonamiento del juez en particular. Basten pocos ejemplos para ilustrar esa afirmación: el volumen de Neil MacCormick sobre el razonamiento jurídico es de 1978 (*Legal Reasoning and Legal Theory*), el de Aleksander Peczenik sobre la justificación jurídica es de 1983 (*The basis of legal justification*), el de Aulis Aarnio – también sobre la justificación jurídica – es de 1987 (*The rational as reasonable: a treatise on legal justification*). Además, el libro fundamental de Robert Alexy sobre la argumentación jurídica fue publicado en 1978 (*Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*). También de 1978, finalmente, es el volumen de Ronald Dworkin sobre los ‘derechos tomados en serio’. Como puede verse de estas referencias sintéticas, es esencialmente entre la segunda mitad de los años setenta y la primera mitad de los años ochenta cuando florece una amplia literatura que aborda los temas de la racionalidad del razonamiento jurídico y de la argumentación justificativa” (Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 11).

*gran medida al razonamiento del juez y a las modalidades con las que él justifica (o, más bien, debería justificar) sus propias decisiones*⁸⁵³.

O simples e criticado esquema silogístico, utilizado pela doutrina para coordenar os elementos estruturais da sentença, brevemente examinado no tópico 3.2.1, comporta, neste capítulo, dois desdobramentos, com suas análises centradas na premissa menor. Sua concepção básica é a seguinte: 1) a premissa maior: a lei, representada pelo conjunto das normas jurídicas abstratas e, especificamente, para cada caso, a norma de direito pertinente; 2) a premissa menor, os fatos alegados ou a situação de fato da causa e, especificamente, os fatos comprovados; 3) a conclusão ou o dispositivo, o resultado a que chega o juiz, por intermédio da subsunção dos fatos à norma legal. Consoante a crítica de Taruffo⁸⁵⁴, dentro das estruturas do juízo da premissa maior e da premissa menor não está contemplada a qualificação jurídica dos fatos. Este problema é superado ao incluir, no âmbito da premissa menor, segundo a doutrina predominante, dois momentos: a determinação dos fatos comprovados e sua qualificação jurídica de acordo com as categorias normativas. Este desdobramento da premissa menor inclui os raciocínios que o juiz utiliza na valoração da prova, que constituem as justificativas da determinação dos fatos.

As considerações iniciais apresentadas permitem situar o recorte necessário no tema da motivação da sentença. Com efeito, o presente capítulo está centrado na análise dos modos pelos quais o juiz deve indicar, de forma válida, as razões de formação do seu convencimento. O estudo da fundamentação da decisão concerne à matéria de fato, a partir da avaliação da prova. Não se adota, por outro lado, nenhuma teoria de argumentação jurídica para apresentar e discutir as estruturas do juízo de fato e da motivação. As análises dos raciocínios decisórios estão pautadas nos raciocínios probatórios desenvolvidos pelo juiz. A doutrina tem desenvolvido formas de análises dos raciocínios probatórios para a verificação da valoração da prova e de suas justificativas na formação do convencimento, para o atendimento da exigência da fundamentação.

Três importantes modificações advindas com o novo código de processo civil são investigadas. A primeira, desenvolvida ao longo do trabalho, diz respeito à inserção na definição nuclear do sistema da persuasão racional do vocábulo *razão* em substituição a

⁸⁵³ Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 11.

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 155, 156.

motivo. A indicação das razões de formação do convencimento tem um espectro mais amplo do que a indicação de motivos, pois aponta para a demonstração do raciocínio pelo qual o juiz, ao avaliar a prova, formou seu convencimento. A segunda alteração é a relação de diálogo estabelecida entre as partes e o juiz⁸⁵⁵, relativamente às decisões, com repercussão direta no juízo de convencimento. Por fim, em tópico específico, são examinadas as novas regras sobre a fundamentação da decisão, contempladas no artigo 489 do CPC (2015), com ênfase nas questões de fato.

6.2 Teorias da argumentação jurídica em matéria de fato

No âmbito das teorias da argumentação jurídica⁸⁵⁶, o estudo dos raciocínios jurídicos e dos processos de argumentação jurídica pode ser classificado, segundo Atienza⁸⁵⁷, em três campos: a) produção e estabelecimento das normas jurídicas; b) aplicação das normas jurídicas à solução dos casos; c) dogmática jurídica que, por sua vez, tem a finalidade de fornecer critérios para a produção e aplicação do Direito.

O elevado desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica trouxe contribuições para o raciocínio do juiz nas questões de direito, mas não alcançou as argumentações sobre fatos. Esclarece Taruffo:

Faltaba, sin embargo, entre los juristas, y en particular entre los procesalistas, una sensibilidad particular respecto de los problemas que la valoración de las pruebas crea cuando el juez debe formular – y luego justificar en la motivación de la sentencia – su decisión sobre los hechos^{858 859}.

⁸⁵⁵ Dispõem o *caput* art. 9º do CPC (2015): “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”; e o art. 10 do CPC (2015): “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trata de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁸⁵⁶ Bustamante propõe a seguinte definição comum para as Teorias da Argumentação Jurídica contemporâneas: “teorias da argumentação jurídica são teorias sobre o emprego dos argumentos e o valor de cada um deles nos discursos de justificação de uma decisão jurídica, visando a um incremento de racionalidade na fundamentação e aplicação prática do direito, na máxima medida possível” (BUSTAMANTE, Thomas Rosa. *Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas de teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 362-363).

⁸⁵⁷ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 2-3.

⁸⁵⁸ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 12.

⁸⁵⁹ Taruffo afirma, ainda, que houve uma grave desvalorização do problema da motivação da decisão sobre os fatos. Constata, entretanto, nos últimos anos, uma mudança nesta situação, com a convergência da atenção

Atienza, ao desenvolver um projeto de teoria da argumentação jurídica⁸⁶⁰, propõe a construção de uma teoria que considere, entre várias dimensões, aquela voltada para os fatos, nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, não se pode esquecer que a argumentação efetuada na vida jurídica é, em grande parte, uma argumentação sobre fatos, ao passo que a teoria padrão se ocupa, quase que exclusivamente, de questões de tipo normativo. Com isso, contudo, além de não se incluir no âmbito de estudo a maior parte das argumentações produzidas fora dos tribunais superiores – e que é uma argumentação sobre fatos –, não se dá suficiente conta da argumentação a propósito de questões normativas, uma vez que, também com relação a esse tipo de problema, surgem discussões sobre fatos que podem vir a ter uma importância até mesmo decisiva⁸⁶¹.

Flach também faz referência a esse avanço pouco expressivo no estudo da argumentação jurídica em matéria de fato, comparativamente ao desenvolvimento da argumentação jurídica em matéria de direito, e constata que o novo código de processo civil (2015) não tratou especificamente das justificativas dos juízos fático-probatórios, assim se manifestando:

Seguindo uma longa tradição de desatenção ao problema da justificação e do controle dos juízos fáticos, aparentemente vocacionados ao ostracismo em vista das atraentes questões que envolvem o problema da interpretação e aplicação do direito, novamente se manteve silente o legislador em relação à determinação de parâmetros concretos de controle do discurso justificativo dos juízos fático-probatórios⁸⁶².

Esta breve visão sobre os estudos dos raciocínios jurídicos e processos de argumentação jurídica, em seus dois principais ramos, permite definir o foco das análises ao longo deste capítulo, que se volta à estrutura e ao funcionamento do raciocínio do juiz sobre as provas e a argumentação sobre fatos. O sistema da persuasão racional congrega, por um lado, as alegações, afirmações e enunciados das partes sobre os fatos da causa e,

dos juristas e filósofos sobre os temas relativos à estrutura e ao funcionamento do raciocínio do juiz sobre as provas (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 13).

⁸⁶⁰ Atienza analisa algumas das principais teorias da argumentação jurídica e constata insuficiências por não tratarem de aspectos importantes do raciocínio jurídico, bem como a ausência de um método que permita analisar, adequadamente, os processos de argumentação jurídica (ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, cit., p. 254).

⁸⁶¹ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, cit., p. 255.

⁸⁶² FLACH, Daisson. *Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro*. In DIDIER Jr., Fredie (Coordenador Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Direito Probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 5, p. 747.

por outro lado, as provas produzidas. Todas as atividades desenvolvidas pelo juiz, relativamente aos fatos e às informações, ocorrem por intermédio do que a doutrina tem denominado de raciocínios probatórios⁸⁶³. Os raciocínios probatórios podem ser classificados como uma espécie do raciocínio jurídico, com a característica de que são desenvolvidos a partir das alegações e das provas. E a importância dos raciocínios probatórios ganha relevo quando o juiz deve justificar, na motivação da sentença, a valoração da prova como fundamento da formação do seu convencimento.

6.3 Sociabilidade do convencimento e racionalização jurídica

Malatesta, em sua consagrada obra *A lógica das provas em matéria criminal*, apresenta o princípio da sociabilidade do convencimento judicial. Guardadas as devidas proporções, uma vez que ele foi enunciado no âmbito do processo penal, é possível tomar o conceito para o propósito deste capítulo, considerando as razões que devem ser indicadas na decisão sobre a formação do convencimento. Em suas palavras:

Mas dizer que a convicção deve ser *raciocinada*, não determina qual a natureza que devem ter as razões que legitimam o convencimento; e muitas vezes as preocupações e prevenções subjectivas da pessoa dão um tal peso a motivos fúteis, que os fazem considerar como razões suficientes. Ora, é importante para a noção do convencimento judicial, acrescentar que as razões que o determinaram devem ser de natureza tal que criem a convicção em qualquer outra pessoa racional a quem sejam expostas. O convencimento não deve ser, por outros termos, fundado em apreciações subjectivas do juiz; deve ser tal, que os factos e as provas submetidas ao seu juízo, se fossem submetidas à apreciação desinteressada de qualquer outra pessoa racional, deveriam produzir, também nesta, a mesma convicção que produziram no juiz. Este requisito, que eu creio importantíssimo, é o que eu chamo *sociabilidade* do convencimento⁸⁶⁴.

Knijnik, passando em revista o realismo jurídico norte-americano, ao examinar dois aspectos relativos ao processo de decisão judicial em matéria de fato, nominados de intuição e pré-compreensão, propõe uma racionalização jurídica por intermédio da fundamentação. Nos seguintes termos:

⁸⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 269-271; ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*, cit., t. I, p. 1014.

⁸⁶⁴ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 54. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.b>>. Acesso em: 29 maio 2015.

Especificamente quanto ao controle do juízo de fato, a ideia de fundamentação como processo de racionalização jurídica se estende para a formação de uma dogmática jurídico-probatória, exigindo um conjunto de categorias e processos técnicos que auxiliem no controle, o quanto possível, dos subjetivismos que incidem na formação do juízo de fato⁸⁶⁵.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁸⁶⁶ afirmam a necessidade de racionalidade da jurisdição, ao formularem um conceito de fundamentação por intermédio de um discurso justificativo das decisões interpretativas da norma em determinado caso concreto. Esta fundamentação deve apresentar duas características principais. A primeira é a de ser *racional*, para que possa ser controlável intersubjetivamente. A segunda é que seja o resultado do *contraditório*, para ser democraticamente aceitável.

A sociabilidade do convencimento judicial e a racionalização jurídica na fundamentação expressam, em termos objetivos, o dever de o juiz expor as razões de seu convencimento. Os fundamentos da decisão, em matéria de fato, devem ser inteligíveis, coerentes, lógicos e identificáveis. Esta racionalidade da fundamentação tem por espoco proporcionar compreensão e controle sobre a adequação entre as provas e os fatos da causa. Os fundamentos que compõem o convencimento em matéria de fato devem conter: a) os raciocínios sobre os fatos da causa a partir dos elementos de prova; b) os argumentos utilizados na definição da credibilidade e valoração da prova.

6.4 Princípio da inteireza da motivação e juízo de convencimento em matéria de fato

O princípio da inteireza da motivação⁸⁶⁷, ou a exigência de motivação adequada das sentenças⁸⁶⁸, está assentado em pressupostos de ordem política e jurídica.

Na perspectiva política, a necessidade de controle das atividades do juiz, particularmente por intermédio da motivação de suas decisões, surge a partir das

⁸⁶⁵ KNIJNIK, Danilo. *Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório*, in *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*, KNIJNIK, Danilo (coordenador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

⁸⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, p. 116.

⁸⁶⁷ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 394.

⁸⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. I, p. 248-250.

características da atividade jurisdicional, conforme Dinamarco⁸⁶⁹: a) a independência funcional do juiz, que tem liberdade para “tomar suas próprias decisões, sem imposições nem influências de outras pessoas ou órgãos, mesmo dos órgãos superiores da Magistratura”⁸⁷⁰; b) a inexistência de critérios legais para a fixação do valor das provas, isto é, o sistema da persuasão racional que permite ao juiz valorar os elementos de prova e formar o seu convencimento de acordo com sua “inteligência e sensibilidade”⁸⁷¹. Conclui referido autor: “Para conferir racionalismo e legitimidade a toda essa independência de que goza o juiz, é preciso exigir que preste contas do que decide, explicitando as razões pelas quais chega às conclusões adotadas”⁸⁷².

Taruffo⁸⁷³, por sua vez, estabelece significados gerais do princípio da inteireza ou completude da motivação, a seguir sintetizados: 1) a plenitude da motivação não abarca o itinerário lógico-psicológico percorrido pelo juiz, mas é composto de justificações necessárias para cada decisão, de acordo com as peculiaridades do caso concreto; 2) a relação entre a plenitude da motivação e a exigência de justificação diz respeito ao que é necessário para considerar que uma afirmação está motivada; 3) a plenitude da motivação de um determinado ponto ocorre quando o juiz expõe, além das premissas e dos dados relevantes, as justificativas pelas quais a decisão pode ser considerada uma consequência das premissas; 4) o principal fator da plenitude da motivação é uma justificação racional ordenada⁸⁷⁴ e completa.

O princípio da inteireza da motivação ou a exigência de motivação adequada das decisões judiciais, no âmbito do sistema da persuasão racional, diz respeito às atividades da apreciação da prova e formação do convencimento que devem ser apresentadas na decisão final. A síntese dessas duas atividades forma, no plano das decisões judiciais, o juízo de convencimento, com a característica de que se trata de um convencimento sobre os fatos da causa. Sem embargo do juízo de convencimento resultante da interpretação e aplicação do Direito, os tópicos seguintes tratam das questões relativas à justificação dos juízos fático-probatórios, que formam a base do juízo de convencimento do sistema da persuasão racional.

⁸⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. I, p. 248-250.

⁸⁷⁰ *Ibidem*, p. 248.

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 248.

⁸⁷² *Ibidem*, p. 248.

⁸⁷³ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 394-396.

⁸⁷⁴ Dinamarco alude ao que denomina de *coerência* na motivação (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. I, p. 249).

Além dos fatores relativos à completude da motivação, acima sinteticamente apresentados, que definem a estrutura do juízo de convencimento, o novo código de processo civil (2015), por intermédio dos artigos⁸⁷⁵ 9º, 10 e 489, § 1º, estabeleceu nova dimensão ao seu conteúdo.

Este novo paradigma do juízo de convencimento pode ser compreendido a partir de noções sobre o discurso. Ferraz Júnior⁸⁷⁶, ao examinar a legitimidade e racionalidade dos discursos, demonstra a distinção entre uma racionalidade de discurso homológico de uma racionalidade de discurso heterológico. Em síntese pontual e para o que interessa ao propósito deste tópico, veja-se a seguinte distinção: a) no plano homológico, a racionalidade do discurso não tem a possibilidade de reflexão sobre as condições de possibilidade da própria argumentação (a racionalidade do discurso está na coerência do agente discursivo consigo mesmo); b) no plano heterológico, a racionalidade do discurso abarca a possibilidade de reflexão das condições do próprio discurso (a racionalidade do discurso depende de regras que definem a situação de comunicação). Na perspectiva do discurso heterológico, para que se reconheça a racionalidade da fundamentação do juízo de convencimento, seu conteúdo deve conter justificativas que levem em consideração não apenas os elementos de prova e as hipóteses fáticas, mas, também, as razões apresentadas pelas partes sobre esses elementos de prova.

Flach destaca que a antiga concepção de “motivos suficientes” não exigia que a motivação fosse o resultado de um diálogo com as razões apresentadas pelas partes, não havendo a obrigação do enfrentamento de todos os argumentos da parte. Neste modelo, afirma, o juiz “enuncia as escolhas feitas, não necessariamente as razões pelas quais as fez em vista de argumentos ou elementos de prova contrários”⁸⁷⁷. Sobre a mudança paradigmática, esclarece Flach:

No novo CPC, o conhecido modelo cede espaço a um dever de “motivação analítica” das decisões, há muito reclamado por exponencial doutrina. A motivação analítica reconecta o dever de motivação com a natureza

⁸⁷⁵ O artigo 489, § 1º é objeto de análise no tópico 6.7. Dispõem o *caput* art. 9º do CPC (2015): “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”; e o art. 10 do CPC (2015): “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trata de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁸⁷⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 163-169.

⁸⁷⁷ FLACH, Daisson. *Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro*, cit., p. 746.

verdadeiramente dialética do processo ao impor que o discurso justificativo da decisão expresse efetivo diálogo com as razões das partes. Toma-se o contraditório em sentido mais forte, como elemento nuclear de um modelo colaborativo de processo. O câmbio de perspectiva sobre o dever de motivar é um dos mais consideráveis avanços trazidos pelo novo diploma processual no sentido de um processo democrático, voltado à densificação e concreção dos direitos fundamentais⁸⁷⁸.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero também destacam essa nova dimensão do convencimento judicial, no sentido de que passa a permitir um melhor controle intersubjetivo da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer outro cidadão:

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido – deve ele demonstrar as *razões de seu convencimento a partir do diálogo entretido com as partes*, ao longo do processo, como aliás, frisa no novo Código de Processo Civil em seus arts. 7º, 9º, 10 e 489, § 1º⁸⁷⁹. (grifo dos autores)

Apresentada, em breve síntese, esta nova dimensão dialógica, é possível compreender que o domínio da racionalidade do juízo de convencimento, no âmbito do sistema da persuasão racional, abrange dois planos: a) dos raciocínios probatórios entre os elementos de prova e as hipóteses fáticas, e os argumentos utilizados na definição da credibilidade e valor das provas, por intermédio dos quais o juiz justifica o estabelecimento da veracidade ou falsidade dos fatos da causa; b) do diálogo com as partes sobre as razões que apresentam relativas ao convencimento que as provas são capazes de produzir sobre os fatos da causa. A seguir são examinadas as questões relativas à justificação dos juízos fático-probatórios, que formam a base do juízo de convencimento do sistema da persuasão racional.

⁸⁷⁸ FLACH, Daisson. *Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro*, cit., p. 746.

⁸⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, cit., p. 116.

6.5 Raciocínio decisório – características gerais

Taruffo⁸⁸⁰ define, em termos gerais, as seguintes estruturas ou etapas do raciocínio decisório: a) individuação da *ratio decidendi*; b) individuação da norma; c) constatação dos fatos; d) qualificação jurídica dos fatos concretos do caso; e) decisão; f) racionalidade do raciocínio decisório. Dos vários conteúdos de cada uma dessas etapas ou estruturas, destacam-se, em síntese, aqueles que dizem respeito diretamente ao juízo de convencimento, no âmbito do sistema da persuasão racional, isto é, ao resultado da apreciação da prova.

A constatação dos fatos da causa, no contexto da decisão, diz respeito à forma por intermédio da qual o juiz justifica os diversos raciocínios desenvolvidos entre os fatos alegados e as provas produzidas. Afirma Taruffo:

[...] *los ‘modelos de decisión’ que constituyen las diferentes hipótesis posibles de rationes decidendi deben ser contruidos, por lo tanto, teniendo en cuenta, además de las normas, las características peculiares del hecho sobre el que debe recaer la decisión en concreto*⁸⁸¹.

Sem adentrar nos aspectos teóricos sobre o alcance do conceito de *ratio decidendi*⁸⁸², o que interessa para a formação do convencimento do juiz é que a hipótese formulada para a aplicação de uma norma seja verificada durante a apreciação da prova⁸⁸³.

A individuação da norma congrega, segundo Taruffo⁸⁸⁴, três critérios ou diretrizes, a seguir sintetizadas: a) lógico-jurídico, que permite eleger a hipótese que representa o

⁸⁸⁰ Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 213-249.

⁸⁸¹ *Ibidem*, p. 215.

⁸⁸² Bustamante afirma que a noção de *ratio decidendi* permanece um conceito aberto e dotado de um alto grau de ambiguidade; com base em Chiassoni, descreve três concepções, conforme o tipo de objeto, em síntese: a) na concepção normativista abstrata, *ratio decidendi* designa a norma jurídica geral, a regra, o critério ou o princípio normativista; b) na concepção normativista concreta, *ratio decidendi* designa a norma jurídica geral contextualizada, ou seja, a norma considerada em relação aos argumentos que a sustentam e à decisão do fato; c) na concepção argumentativa, *ratio decidendi* refere-se a qualquer elemento essencial da argumentação para motivar a decisão (BUSTAMANTE, Thomas Rosa. *Teoría do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012, p. 261-262).

⁸⁸³ Explica Taruffo: “*En el límite, toda modificación, o mejor, determinación de los términos de hecho y de derecho de la controversia, en toda fase del proceso, opera en el sentido de provocar mutaciones en las hipótesis antes formuladas, en la dirección de volverlas inadecuadas y postular la formulación de nuevas hipótesis de decisión que tengan en cuenta nuevos elementos*” (Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 219).

⁸⁸⁴ Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 225.

maior grau de coerência lógica da relação norma-fato; b) jurídico-sistemático, para a escolha da hipótese na qual a interpretação seja a mais coerente com o sistema normativo; c) valorativo, para privilegiar a hipótese mais coerente com as finalidades e efeitos específicos relativos à situação concreta sobre a qual versa a decisão.

A constatação dos fatos, que é examinada a seguir, representa, em síntese, no contexto no raciocínio decisório, o estabelecimento de asserções a respeito da existência ou inexistência de fatos determinados. Afirma Taruffo:

La validez del procedimiento depende entonces de la medida en la que éste se modela de conformidad con la lógica de las inferencias que formula el juez. En este aspecto, se presenta un amplio campo de operatividad de la lógica de las proposiciones descriptivas, tanto en el sentido de que ésta proporciona el repertorio de las formas lógicas de las cuales el juez puede en cada caso echar mano, como en el sentido de que dicha lógica representa, en todo caso, el test fundamental para el control de las operaciones cognitivas que el juez realiza⁸⁸⁵.

Por fim, a decisão, de acordo com a classificação de Taruffo⁸⁸⁶, tem os seguintes enunciados, sinteticamente apresentados: a) enunciados normativos, que definem os critérios jurídicos da decisão e a interpretação das normas aplicáveis, consideradas válidas para o caso particular; b) enunciados fáticos ou descritivos, que contém os fatos judicialmente determinados; c) enunciados qualificativos, que indicam a qualificação jurídica dos fatos principais, de acordo com os critérios estabelecidos nos enunciados normativos; d) enunciados prescritivos, em sentido estrito, que definem os efeitos jurídicos da decisão sobre a situação concreta dos fatos.

6.6 Raciocínio probatório: decisão e justificativa

Dois aspectos importantes sobre o atual sistema da avaliação da prova, desenvolvidos no tópico 3.4.4.1 (racionalidade, critérios e controle na valoração da prova), merecem destaque: a) o sistema da prova legal impunha critérios distintos daqueles necessários para uma aproximação racionalmente justificada da realidade empírica do fato

⁸⁸⁵ Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia Civil*, cit., p. 229-230.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, p. 242.

específico; b) não é possível ao legislador prever as infundáveis situações para editar tabelas que fixem o valor de cada prova. O significado para o propósito deste tópico é o de que a prova não pode ser pensada em termos de uma lógica matemática, isto é, a demonstração do fato não pode ser medida aritmeticamente. Isto não quer dizer, entretanto, que não possa haver um controle sobre os raciocínios probatórios.

Conforme as análises desenvolvidas ao longo dos tópicos relativos à apreciação da prova⁸⁸⁷, os raciocínios do juiz estão submetidos a critérios racionais quando, por exemplo: a) fixa a credibilidade da prova; b) define o valor ou peso de cada prova; c) estabelece ligações entre o indício e o fato probando; d) examina os argumentos das partes sobre as provas. Os raciocínios sobre as provas e respectivas decisões sobre os fatos, contudo, não são suficientes para a exigência da motivação: o juiz também deve apresentar justificativas.

Marinoni e Arenhart⁸⁸⁸ demonstram a distinção entre raciocínio para justificação e raciocínios relativos à prova. Os vários raciocínios que o juiz desenvolve ao analisar as provas podem resultar, por exemplo: a) no estabelecimento de presunções com base em regras de experiência; b) em decisões sobre os fatos da causa, no sentido de sua existência ou inexistência. As justificativas dos raciocínios sobre a prova são a explicação dos critérios racionais adotados. E esclarecem os autores:

A diferença entre esses critérios e os argumentos de justificação está presente na radical distinção de natureza entre o raciocínio que trabalha com tais critérios e aquele que se vale dos argumentos justificativos. Quando se pensa, por exemplo, na credibilidade de uma prova, ou mesmo em um critério de decisão, realiza-se um raciocínio que se coloca frente a duas opções e deve escolher uma delas, ao passo que, quando se está diante do raciocínio justificatório, *não há mais o que escolher, pois é apenas necessário justificar, através de argumentos, os raciocínios que antes foram feitos*⁸⁸⁹. (grifo dos autores)

Apresentam-se, a seguir, os principais raciocínios probatórios, no contexto da justificação da decisão.

⁸⁸⁷ Cf. subtópicos do tópico 3.4.

⁸⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 271-272.

⁸⁸⁹ *Ibidem*, p. 272.

6.6.1 A credibilidade da prova

A análise do sistema da persuasão racional demonstrou que valorar a prova é estabelecer um vínculo entre os meios de prova utilizados no processo e a veracidade ou falsidade das alegações, afirmações ou enunciados declinados pelas partes relativamente aos fatos. Antes de atribuir um valor ou peso a cada uma das provas, o juiz deve aferir a credibilidade da prova.

Definir a credibilidade da prova é avaliar as características dos meios de prova utilizados. Por exemplo⁸⁹⁰, nos depoimentos testemunhais é necessário averiguar se a testemunha tem credibilidade, o que pode ser aferido de acordo com o seu comportamento e a coerência de suas respostas. Nas provas documentais, verificar o conteúdo e a observância de regras sobre sua produção. Para que o juiz defina a credibilidade ou não da prova, deve utilizar critérios ou raciocínios que estabeleçam a idoneidade ou não da prova. Esclarecem Marinoni e Arenhart⁸⁹¹ que para avaliar a credibilidade da prova testemunhal, por exemplo, o juiz deve se valer das regras de experiência comum, que extrapolam os simples esquemas de raciocínios dedutivo-demonstrativos.

Os critérios ou raciocínios que o juiz utilizou para definir a credibilidade ou não da prova devem ser expostos e explicados para justificar a decisão, atender à exigência da motivação e, por fim, para estar submetido ao controle de critérios racionais. A definição da credibilidade da prova é apenas o primeiro passo para que ela possa ser valorada.

6.6.2 O raciocínio do juiz entre a prova e o fato

Retomam-se, em síntese, os conceitos desenvolvidos sobre fato principal e fato secundário, prova direta e prova indireta⁸⁹², que permitem visualizar os principais raciocínios desenvolvidos na apreciação das provas nestas etapas.

Fato principal é aquele capaz de demonstrar diretamente a verdade das afirmações feitas na petição inicial ou contestação e, assim, determinar com quem está a razão. Fato

⁸⁹⁰ Cf. tópico 3.4.4.3.

⁸⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 273-274.

⁸⁹² Cf. tópico 3.4.1.

secundário não reúne condições de comprovação da verdade das afirmações, mas pode auxiliar no reconhecimento da ocorrência do fato principal. A prova direta tem por objeto de sua incidência o fato principal, ou seja, aquele que pode demonstrar diretamente a verdade das afirmações sobre as quais se baseiam a petição inicial ou a defesa. A prova indireta toca o fato secundário, que não tem condições de demonstrar a verdade dos enunciados do fato direto, mas permite vislumbrar a sua ocorrência.

Os conceitos apresentados permitem dimensionar os raciocínios do juiz na apreciação da prova, no contexto da justificação da decisão. Nenhum raciocínio inferencial precisa ser desenvolvido na prova direta, pois seu objeto é o fato principal. Reconhecida sua credibilidade, segue-se sua valoração, quando é definido se a prova direta foi suficientemente convincente ou capaz de comprovar o fato principal. Na prova indireta, reconhecida sua credibilidade e definido o seu valor, é necessário que o juiz desenvolva raciocínios dedutivos, formule hipóteses ou presunções, a partir dos fatos secundários provados, para que possa atingir o fato principal e concluir a respeito de sua ocorrência.

Dar as razões de formação do convencimento é apresentar os elementos que, na prova direta, foram capazes de demonstrar o fato principal. Esses elementos compõem o raciocínio justificatório que o juiz deve desenvolver em cumprimento à exigência de motivação.

Igualmente, na hipótese de o juiz estabelecer uma presunção, com base nas regras de experiência, isto é, um juízo intermediário entre um fato provado e um fato probando, por um critério racional indutivo de normalidade ou de probabilidade lógica de ocorrência de ambos os fatos. Aqui também incide a exigência da justificação, relativamente às regras de experiência. Como ponderam Marinoni e Arenhart, “impõe-se imediatamente a conclusão de que as regras de experiência, sejam quais forem, devem ser precisamente relatadas e motivadas na decisão, para que seja possível controlar o poder do juiz, basicamente, a consistência da sua base empírica e sua eventual arbitrariedade”⁸⁹³.

⁸⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 276.

6.6.3 Valoração individual e conjunta das provas

No raciocínio probatório há esquemas lógicos de inferências simples, nas quais apenas um elemento de prova se refere a uma hipótese sobre o fato, e esquemas lógicos de inferências complexas, nas quais diversos elementos de prova sobre uma hipótese do fato ou diversas hipóteses sobre o fato, com um ou mais elementos de prova. Além da valoração individual, é necessário considerar as seguintes hipóteses: a) quando a valoração da prova abarca diversos elementos de prova sobre o fato; b) quando a valoração da prova abarca diversos elementos de prova que poderiam, cada qual, servir para inferências distintas sobre o fato a provar.

Considerando os critérios de comprovação racional da valoração da prova (tópico 3.4.4.2), é necessário, para que sejam observadas condições mínimas de racionalidade para o raciocínio probatório, que a valoração considere todos os elementos de prova disponíveis e relevantes para uma determinação positiva ou negativa do fato. Ademais, esta valoração deve estar baseada em um raciocínio coerente, ou seja, sem contradições, apesar de alguns elementos de prova, por exemplo, apontarem uns para a verdade e outros para a falsidade da hipótese fática.

A importância de delimitar e destacar cada um desses itinerários sobre o raciocínio probatório, na avaliação individual e conjunta das provas, está na possibilidade do controle do raciocínio judicial. Cada uma das inferências ou raciocínios apontados deve ser explicitado na decisão para que atenda à exigência da motivação e possa ser objeto de controle, por critérios racionais.

6.6.4 Coerência e congruência na determinação dos fatos

O raciocínio probatório também abrange a utilização de esquemas adequados de argumentação, relativamente às afirmações, alegações e enunciados dos fatos declinados pelas partes. Destacam-se, a seguir, em síntese, regras de inferência sobre proposições fáticas no processo⁸⁹⁴, anteriormente apresentadas⁸⁹⁵. Sobre as alegações, afirmações e

⁸⁹⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 319-323.

enunciados dos fatos declinados pelas partes, é necessário verificar, no confronto com os elementos de prova: a) coerência narrativa entre essas alegações; b) coerência lógica dessas alegações; c) congruência entre essas alegações e os elementos de prova; d) correspondência dos fatos determinados com o suposto legal do fato, para constituir o critério jurídico da decisão. Assevera Taruffo:

La función principal del criterio de congruencia, así entendido, es la de asegurar que las narraciones de los hechos que se realizan en el proceso, y en especial la que al final es elaborada por el juez, tengan una estrecha correspondencia con los hechos de la causa sobre la base de su respectiva confirmación probatoria. Se comprende mejor esta función si se la considera en su versión negativa, es decir, en el sentido de la exclusión del conjunto de las stories a los efectos de la decisión de aquellas incongruentes, por ser incompletas o sobreabundantes⁸⁹⁶.

A verificação dessas regras no desenvolvimento do raciocínio probatório permite um controle racional sobre a definição dos fatos no processo. Assim, entre as razões que o juiz deve indicar para a formação do seu convencimento estão a demonstração da coerência nos enunciados sobre os fatos apresentados pelas partes e a congruência entre os elementos de prova e a determinação dos fatos. A existência de eventuais elementos de prova contraditórios na avaliação inicial da prova deve ser superada com justificativas apresentadas pelo juiz. A determinação dos fatos deve apoiar-se em elementos de prova que prevaleçam sobre outros elementos que apoiam hipóteses sobre o fato distintas ou contrárias. O juízo sobre o fato deve produzir um resultado unívoco.

6.7 As novas regras do código de processo civil (2015) sobre a fundamentação da sentença

Os elementos essenciais da sentença receberam tratamento detalhado no novíssimo código de processo civil⁸⁹⁷, ampliando consideravelmente as exigências a respeito da

⁸⁹⁵ Cf. tópico 3.4.4.2.

⁸⁹⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 321.

⁸⁹⁷ Dispõe o art. 489 do CPC (2015). “São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

fundamentação⁸⁹⁸. Flach⁸⁹⁹ denomina este novo parâmetro para a fundamentação de “motivação analítica”, que substituiu o até então vigente modelo dos “motivos suficientes”. Higa, em seus comentários sobre a parte geral do novo CPC, também analisa a nova concepção da motivação das decisões, e destaca sua importância, em razão de sua estreita ligação epistemológica com as principais mudanças trazidas nesta parte geral, ao afirmar que o “coroamento de tudo o quanto foi dito a respeito de contraditório, devido processo legal, cooperação, diálogo, participação e boa-fé dá-se na ocasião da prolação das decisões”⁹⁰⁰.

Dentro da proposta do presente capítulo, o objetivo deste tópico é expor brevemente as principais alterações ocorridas e relacioná-las, naquilo que é pertinente, ao tema da exigência da indicação das razões de formação do convencimento do sistema da persuasão racional e, portanto, às questões sobre fatos e provas.

As análises contidas no tópico 2.6 apresentam as razões adotadas, com base na doutrina, para a aplicação subsidiária do sistema da persuasão racional do processo civil ao processo do trabalho. Conquanto se considere a fundamentação da decisão em matéria de fato como elemento componente do sistema da persuasão racional, mas analisado neste capítulo em função de sua importância e das modificações sobre as suas novas exigências,

§ 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.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁸⁹⁸ Dispõe o art. 458 do CPC (1973). “São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem” (BRASIL. Código de Processo Civil (1973), cit.).

⁸⁹⁹ FLACH, Daisson. *Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro*, cit., p. 768.

⁹⁰⁰ HIGA, Flávio da Costa. *Comentários sobre a parte geral do Novo CPC*. In DIDIER Jr., Fredie (Coordenador Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estevão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 145.

é necessário verificar, ainda que de forma pontual, a possibilidade de aplicação das novas regras sobre fundamentação ao processo do trabalho. De acordo com a classificação de Bebber⁹⁰¹, reconhece-se omissão normativa no âmbito da consolidação das leis do trabalho, relativa aos critérios de fundamentação da sentença⁹⁰². Observados os critérios da norma de contenção⁹⁰³, reconhecida a omissão, há compatibilidade das novas regras sobre a fundamentação da sentença contempladas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 489 do CPC (2015), inexistindo afronta a qualquer princípio do processo do trabalho. O detalhamento de regras de fundamentação vai ao encontro do dever de indicação das razões do juízo de convencimento.

Antes de examinar os novos parâmetros sobre a fundamentação da sentença, dois aspectos merecem destaques, não para entender as razões do legislador ao estender o conteúdo da fundamentação, mas para compreender, no contexto atual, o aumento das exigências para a justificação da decisão judicial. O primeiro aspecto diz respeito ao que se denomina de atividade criativa do juiz no âmbito da interpretação do Direito, em face de normas com conceitos abertos ou indeterminados⁹⁰⁴. O segundo aspecto mostra que os parágrafos 1º e 2º do artigo 489 do CPC (2015) representam autêntica regulamentação do artigo 93, IX, da Constituição Federal⁹⁰⁵, relativamente aos critérios de fundamentação. Em conformidade com os temas desenvolvidos ao longo do trabalho, tão importante quanto aplicar esses novos padrões de fundamentação, é saber sobre o seu alcance como critério de controle da racionalidade da motivação das decisões judiciais. A seguir, uma sucinta apresentação e análise das principais alterações, ressaltando, de início, que as novas

⁹⁰¹ Para Bebber, há lacuna ou omissão normativa quando “não há regra para uma determinada situação específica” (BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho. Adaptação à contemporaneidade*, cit., p. 131, nota de rodapé 512).

⁹⁰² Os artigos 832 e 852-I da CLT apenas enunciam os elementos essenciais da sentença, aquele refere-se aos “fundamentos da decisão e respectiva conclusão” e este aos “elementos de convicção do juízo” (BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho (1943), cit.).

⁹⁰³ Dispõe o art. 769 da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título” (BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho (1943), cit.).

⁹⁰⁴ Barcellos esclarece: “os sistemas jurídicos contemporâneos, e em particular o brasileiro, conferem ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo. Retomando o que se registrou na introdução, a utilização intensiva pelos enunciados constitucionais e legais de princípios e conceitos abertos ou indeterminados, dentre outros mecanismos, transfere ao Judiciário contemporâneo um amplo poder na definição do que é, afinal, o Direito” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39).

⁹⁰⁵ Dispõe o art. 93 da Constituição Federal:

“IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL. Constituição Federal (1988), cit., grifo nosso).

exigências sobre a fundamentação aplicam-se a qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, conforme o parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC (2015).

Nery Júnior e Nery⁹⁰⁶ situam os incisos I, II, III, V e VI do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC (2015)⁹⁰⁷ sob o que denominam de fundamentação inexistente ou insuficiente por generalidade. Os incisos I e II, ao não aceitarem referências a ato normativo ou o emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem que o juiz dê explicações de relação com a causa ou o motivo concreto de incidência, estão, objetivamente, exigindo a construção de raciocínios jurídicos que traduzam conexão entre a norma e o caso concreto. No caso de conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo, “boa-fé” e “duração razoável do processo”⁹⁰⁸, ao juiz é necessário não apenas que expresse o conceito a ser aplicado⁹⁰⁹, mas o motivo de sua incidência no caso concreto. O inciso III, interpretado de acordo com as exigências dos incisos anteriores, aponta para a necessidade de o juiz sempre relacionar o motivo exposto em sua fundamentação com algum elemento da causa ou das questões debatidas.

O artigo 927 do CPC (2015)⁹¹⁰ define, além das súmulas vinculantes, outras decisões que devem ser observadas pelos juízes e tribunais, com expressa menção às

⁹⁰⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Comentários ao código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1154.

⁹⁰⁷ Dispõe o art. 489 do CPC (2015):

“[...]”

§ 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 - [...]”

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. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁹⁰⁸ Exemplos apontados por Nery Júnior e Nery, que preferem a designação *conceitos legais indeterminados* (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Comentários ao código de Processo Civil*, cit., p. 1155).

⁹⁰⁹ Neste sentido, Nery Junior e Nery: “Os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher o seu conteúdo. Preenchido o conteúdo valorativo por obra do juiz, este decidirá de acordo com a consequência previamente estabelecida pela lei (conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer a mais adequada para o caso concreto (cláusula geral)” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Comentários ao código de Processo Civil*, cit., p. 1155).

⁹¹⁰ Dispõe o art. 927 do CPC (2015): “Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

exigências de fundamentação. As vinculações estabelecidas por este artigo têm gerado polêmica na doutrina⁹¹¹. Sem adentrar na divergência doutrinária sobre a vinculação retro mencionada⁹¹², a exigência de fundamentação contida no inciso V do artigo 489 do CPC (2015), quando o juiz invoca ou aplica precedente ou enunciado de súmula, está na explicação de sua pertinência ao caso, sob duas óticas: a) deve identificar os fundamentos determinantes da súmula ou do precedente; b) deve demonstrar que estes fundamentos ajustam-se ao caso concreto. Da mesma forma, esta exigência de fundamentação também está contida no inciso VI, no sentido inverso, ou seja, quando o juiz deixa de aplicar súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte.

As exigências sobre a fundamentação de ambos os incisos em comento (V e VI) situam-se no âmbito do que a doutrina denomina, conforme Mallet⁹¹³, de aplicação contenciosa da jurisprudência, em face da crescente importância da jurisprudência como fonte de direito. A distinção do caso em julgamento ou a superação de entendimento, para que não haja a aplicação de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado, impôs ao juiz o “ônus de motivação qualificada”⁹¹⁴ e levanta o problema dos aspectos que devem ser enfrentados para a distinção. Problemas semelhantes na aplicação de precedentes na *common law* fizeram surgir dois institutos que apontam soluções para as hipóteses em análise. Pontualmente, e de acordo com Mallet⁹¹⁵, no *distinguishing*, o que permite diferenciar o caso em julgamento da tese definida na jurisprudência, para a não aplicação do precedente, é a existência de elemento relevante para justificar a distinção. No *overruling*, a superação do entendimento da tese da jurisprudência, e, portanto, sua não

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

[...]” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁹¹¹ Nery Junior e Nery sustentam a inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V do artigo 927 do CPC (2015), pois afirmam inexistir autorização constitucional expressa para vincular o juiz às hipóteses desses incisos (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Comentários ao código de Processo Civil*, cit., p. 1156, 1837).

⁹¹² No âmbito do processo do trabalho, a lei 13.015 (2014) alterou e acrescentou diversos dispositivos na CLT, estabelecendo, dentre outras mudanças, critérios para a uniformização da jurisprudência.

⁹¹³ MALLETT, Estêvão. *Os Recursos de Natureza Ordinária e a Ordem dos Processos nos Tribunais no Novo Código de Processo Civil Frente ao Processo do Trabalho*. In DIDIER Jr., Fredie (Coordenador Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estêvão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 576.

⁹¹⁴ *Ibidem*, p. 572.

⁹¹⁵ *Ibidem*, p. 576-578.

aplicação ao caso, ocorre pelo reconhecimento das transformações das relações jurídicas, sociais ou econômicas ao longo do tempo. Ressalva Mallet, relativamente à superação do entendimento do inciso VI em questão, sua possibilidade, “ainda que estritamente não haja alteração das circunstâncias jurídicas, sociais ou econômicas que o ditaram”⁹¹⁶.

O inciso IV do artigo 489 do CPC (2015)⁹¹⁷ exige, para uma fundamentação adequada, o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos que poderiam, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. No próximo tópico, esta exigência é analisada na perspectiva do raciocínio probatório. Relativamente ao seu alcance geral, Nery Junior e Nery⁹¹⁸, com base em Gusmão Carneiro, fazem a distinção entre fundamentação sucinta e fundamentação insuficiente, afirmando que a obrigação do juiz não é responder a todos os argumentos, mas examinar as questões que possam constituir fundamento essencial para acolher ou rejeitar o pedido do autor.

O parágrafo 2º do artigo 489 do CPC (2015)⁹¹⁹ também tem sido alvo de polêmica⁹²⁰, ao preconizar a utilização, pelo juiz, da técnica da ponderação para solucionar casos de colisão entre normas. Barcellos constata que a doutrina e a prática jurídica brasileiras compreendem a ponderação de três diferentes formas⁹²¹, afirmando, entretanto, sua concepção “como uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos que

⁹¹⁶ MALLETT, Estêvão. *Os Recursos de Natureza Ordinária e a Ordem dos Processos nos Tribunais no Novo Código de Processo Civil Frente ao Processo do Trabalho*, cit., p. 578.

⁹¹⁷ Dispõe o art. 489 do CPC (2015):

“§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁹¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Comentários ao código de Processo Civil*, cit., p. 1155-1156.

⁹¹⁹ Dispõe o art. 489 do CPC (2015):

“[...]

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (BRASIL. Código de Processo Civil (2015), cit.).

⁹²⁰ Afirmando Nery Junior e Nery: “A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação neste dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica – as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Comentários ao código de Processo Civil*, cit., p. 1156-1157).

⁹²¹ Assim esclarece Barcellos, em síntese: 1) ponderação como forma de aplicação dos princípios, no sentido de que os princípios estão situados numa dimensão de peso, sendo que as regras cumprem uma lógica de “tudo ou nada” (Robert Alexy); 2) ponderação como modo de solucionar qualquer conflito normativo, esteja ou não relacionado com a aplicação de princípios; 3) ponderação como atividade que avalia enunciados normativos ou normas e todas as razões e argumentos utilizados para o discurso (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 24-27).

envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”⁹²². Admitir que a regra em questão refere-se ao conflito entre normas, a lei posterior revogaria a lei anterior conforme a regra clássica⁹²³. Assim, necessário reconhecer que se está diante da técnica da ponderação, a ser utilizada pelo juiz na sentença, sempre que a colisão entre normas representar, também, um conflito entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais.

É possível, diante desta breve apresentação dos principais elementos sobre o novo regramento das decisões judiciais, e de acordo com a doutrina, reconhecer que houve um considerável aumento das exigências de fundamentação, em razão da definição do que deve ser explicado, relacionado e motivado no âmbito da argumentação. Estas exigências, por outro lado, estão diretamente relacionadas aos raciocínios que o juiz deve desenvolver e os argumentos que necessitam, agora, ser expostos nas justificativas da decisão. Nesse sentido, houve um incremento na racionalidade das decisões judiciais e, portanto, maior possibilidade de controle da motivação do juiz.

6.7.1 O juízo do fato e as novas exigências de fundamentação

Flach⁹²⁴, embora reconheça não ter havido avanço específico sobre a motivação dos juízos fáticos, afirma que o novo parâmetro de fundamentação analítica também aqui se aplica.

O dever de o juiz indicar as razões de formação do seu convencimento na sentença abarca a exposição dos raciocínios probatórios, conforme expostos em tópicos precedentes. Não é suficiente que relacione as provas e o valor atribuído a cada uma delas. É necessário, para satisfazer a exigência da motivação, explicar os conteúdos das provas⁹²⁵. Para que seja possível compreender a lógica e o raciocínio utilizado, bem assim os argumentos empregados para justificar sua decisão, o juiz deve expor o seu entendimento sobre a

⁹²² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 38.

⁹²³ Dispõe o art. 2º do Decreto-lei 4.657 de 1942:

“Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (BRASI. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942), cit.).

⁹²⁴ FLACH, Daisson. *Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro*, cit., p. 769.

⁹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 265.

prova. Por exemplo, ao considerar demonstrado, por intermédio do depoimento de uma testemunha, determinado fato, é necessário que o juiz aponte, no referido depoimento, os elementos pelos quais reputou confirmada a hipótese fática. Esses elementos, considerando este meio de prova, são as afirmações declaradas pela testemunha a respeito do fato. Ademais, diante do novo parâmetro de motivação analítica, é necessário que o juiz dialogue com a parte quando esta apresenta razões sobre os elementos de prova, no sentido da demonstração ou não de determinado fato, com o dever de expor as justificativas pelas quais as razões da parte foram rejeitadas ou acolhidas. Essa explicação sobre o conteúdo da prova cumpre, por um lado, a inteireza da motivação e, por outro lado, permite às partes o controle sobre o juízo do fato.

O direito à prova, asseveram Marinoni e Arenhart, não se restringe à possibilidade da produção da prova, mas também ao direito de que essa prova seja valorada, independentemente do sentido da decisão. E completam:

Aliás, nesse sentido nos parece correta a advertência, já feita em sede doutrinária, de que a motivação é mais importante para o perdedor do que para o vencedor. A motivação importa mais para o perdedor não apenas porque é ele que pode recorrer, mas especialmente porque é o perdedor que pode não se conformar com a decisão, e assim buscar conforto na justificação judicial⁹²⁶.

Outro aspecto fundamental da motivação é que sua estrutura de justificação, na decisão judicial, não deve estar circunscrita às provas que convergem para a hipótese fática reconhecida como verídica. Ponderam Marinoni e Arenhart:

É o que ocorre, com muita frequência, em relação às provas testemunhais. Diante dessas, parece que o juiz procura recortar os depoimentos das testemunhas para dar ênfase aos trechos que demonstram a hipótese vencedora. 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 perdedora estejam implícitos⁹²⁷.

Assim, uma motivação adequada e suficiente da decisão judicial não está restrita às razões pelas quais o juiz formou o seu convencimento sobre a ocorrência de um

⁹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, cit., p. 267-268.

⁹²⁷ *Ibidem*, p. 267.

determinado fato, mas também às razões pelas quais outros elementos de prova não convergiram para a hipótese fática não reconhecida. Essa compreensão vai ao encontro da nova exigência de fundamentação contemplada no inciso IV do artigo 489 do CPC (2015). A função cognoscitiva da prova permite constatar, por intermédio dos elementos de prova, o conhecimento proporcionado sobre os fatos que interessam à causa. Assim, o juiz, ao manifestar-se sobre o conteúdo da prova que formou o seu convencimento, possibilita à parte a verificação e confronto do conhecimento sobre o fato trazido pela prova com aquele conhecimento percebido pelo juiz.

Por fim, veja-se a hipótese do inciso VI do artigo 489 do CPC (2015). O juízo fático-probatório, ao definir o contorno e as circunstâncias do fato, pode revelar elemento relevante que permita distinguir o caso em julgamento daquele representado no precedente, jurisprudência ou súmula invocada pela parte. Neste contexto, o juízo de convencimento formado sem aplicação de precedente, jurisprudência ou súmula invocada pela parte está baseado em distinção por elemento relevante de natureza fática.

CONCLUSÃO

A verdade está objetivamente presente nas regras processuais e éticas para orientar o comportamento das partes, dos advogados e do juiz.

A lei deve ser aplicada e cumprida quando a verdade dos fatos, para os quais a regra legal foi criada, tenha sido estabelecida. A relação funcional entre fato e lei constitui um dos critérios de justiça da decisão, quais sejam: a) desenvolvimento válido e regular do processo judicial; b) correta interpretação da norma que o juiz adota como regra do juízo; c) verificação da verdade dos fatos que dizem respeito ao caso concreto.

A ideia base da verdade como correspondência serve ao propósito da investigação dos fatos no processo judicial, e suas premissas são: a) a realidade externa existe; b) é a realidade que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados que a descrevem; c) o enunciado sobre o fato é verdadeiro ou falso em função da existência ou inexistência do evento que descreve; d) a verdade de um enunciado corresponde à existência de justificativas válidas. Não há verdade relativa, mas a possibilidade de um conhecimento objetivo e relativo da verdade, em função da qualidade e da quantidade de conhecimento disponível.

O fato chega ao processo judicial sob a configuração de enunciados ou conjuntos de enunciados, os quais descrevem as circunstâncias que o compõe. O fato é o que se afirma sobre ele. A função cognoscitiva da prova judicial é a sua capacidade de produzir ou comunicar conhecimento ou informação a respeito dos fatos que interessam à causa. A função persuasiva da prova no processo judicial é a sua capacidade de convencer o juiz da verdade do enunciado sobre o fato, isto é, sobre a realidade do seu acontecimento. A capacidade instrumental do processo judicial de descobrir e determinar a verdade dos fatos sobre os quais se embasa a decisão é condicionada, por um lado, pela regulamentação jurídica da prova e, por outro, pela qualidade das provas que podem ser trazidas ao processo.

O princípio da livre convicção motivada orienta o sistema da persuasão racional haja vista que as provas não têm, em regra, valores previamente definidos, cabendo ao juiz, ao apreciar a prova, fixar o valor de cada uma das provas, para a formação do seu convencimento sobre os fatos da causa. Formam a base deste princípio duas constatações:

a) a impossibilidade de o legislador prever as miríades de situações para editar tabelas com o valor de cada prova; b) a possibilidade de julgar cada causa de acordo com o contexto cultural e social específico, isto é, com critérios de valoração das provas correspondentes à ética e ao sentido de racionalidade do ambiente no qual tem lugar o processo judicial.

As alterações de topologia, conteúdo e nomenclatura no novo código de processo civil (2015) sobre a apreciação da prova e o convencimento do juiz importam em aperfeiçoamento do sistema da persuasão racional. É aparente o desaparecimento do princípio da livre convicção motivada, em face da supressão da expressão *livremente* contida na definição do núcleo do sistema na concepção da codificação anterior. O juiz continua na função de apreciar a prova com autonomia, isto é, sem prévia fixação de seu valor. O dever de indicar as razões de formação do convencimento, em substituição ao vocábulo *motivo*, vai ao encontro da concepção racional do sistema.

O sistema da persuasão racional no processo civil está estruturado em quatro elementos: apreciação, prova, razões e convencimento.

Razões, por um lado, dizem respeito à natureza da atividade do juiz, própria da cognição judicial, e, por outro lado, são as justificativas sobre a formação do convencimento do juiz.

Prova, como objeto da apreciação judicial e base da formação da convicção, circunscreve os limites de aplicação do sistema. Decorrem objetivamente da prova, e compõem o seu campo de apreciação, os fatos nos quais se instaura a relação jurídica controvertida e as informações desses fatos.

Apreciar a prova comporta as etapas de análise do contexto da prova, verificação das regras legais, aplicação, quando possível, de presunções com base em regras de experiências e, seu ponto culminante, valoração da prova. Esta atividade de apreciar a prova desenvolve o juízo sobre o fato.

Valorar a prova é estabelecer um vínculo final entre os elementos de prova no processo e a veracidade ou falsidade das alegações, afirmações ou enunciados declinados pelas partes sobre os fatos. Duas etapas compõem a valoração: a) a definição da credibilidade das provas; b) a determinação do peso das provas. Critérios de comprovação racional permitem distinguir uma discricionariedade orientada pela racionalidade na

valoração da prova, a fim de guiar os raciocínios do juiz, evitar subjetividade e possibilitar o seu controle.

Comprovam a racionalidade na valoração da prova os seguintes parâmetros: a) utilizar todos os elementos de prova disponíveis e relevantes para uma determinação positiva ou negativa do fato; b) empregar regras de inferências entre proposições relativas aos fatos; c) aplicar, quando possível, regras de experiência como parâmetro do raciocínio probatório entre os fatos; d) coerência do raciocínio, mesmo quando há elementos de prova contraditórios.

O convencimento judicial é o consequente elemento estrutural do sistema da persuasão racional, diz respeito à matéria de fato, e pode ser compreendido em duas perspectivas: a) como resultado final da apreciação da prova, quando esta é portadora da persuasão; b) como atividade desenvolvida a partir da apreciação da prova produzida pelas partes, quando o juiz pode determinar a produção de novas provas.

O ônus da prova, como regra de julgamento, soluciona o problema da falta ou insuficiência de prova. A possibilidade de atribuição dinâmica do ônus da prova vem ao encontro de um desenvolvimento efetivo do sistema da persuasão racional, pois em função das particularidades do direito material, uma adequada distribuição do ônus da prova permite condições para que a valoração e a formação do convencimento ocorram em condições reais de possibilidade.

A formação inicial e continuada do magistrado trabalhista proporciona a aquisição e o desenvolvimento de habilidades, capacidades e atitudes que aperfeiçoam suas atividades de apreciar a prova e formar seu convencimento, notadamente no aspecto argumentativo-discursivo, ou seja, na capacidade do magistrado de traduzir e externar, de forma racional, todos os elementos subjetivos, que interessam ao convencimento, em raciocínios e argumentos.

No processo do trabalho, aplica-se subsidiariamente o sistema da persuasão racional do processo civil. O princípio da primazia da realidade possibilita que, constatadas circunstâncias na prática laboral, pela apreciação das provas, que não correspondam àquilo que está formalmente contratado, incidam normas de direito do trabalho sobre essa realidade, para a formação do convencimento. Inaplicável o princípio *in dubio pro operario* na valoração da prova, observando-se os critérios racionais na valoração quando há dúvida positiva, ou o ônus da prova como regra de decisão. O magistrado que conduz a

audiência e participa ativamente na produção da prova tem vantagem cognitiva, em razão do contato direto com as fontes de prova. A valoração da prova e a formação do convencimento estão objetivamente centradas nos elementos de prova, no primeiro e segundo graus de jurisdição. O que sustenta o acerto da decisão final sobre a veracidade ou a falsidade de um fato é o argumento racionalmente externado relativo ao elemento de prova e não porque a decisão foi proferida pelo juiz que colheu a prova.

A justificativa da existência do duplo grau de jurisdição é a correção de erros no julgamento e, no âmbito do sistema da persuasão racional, a possibilidade de tais erros está situada na valoração da prova. O princípio da dialeticidade impõe que o recurso ordinário enfrente, por intermédio de suas razões, as seguintes questões: a) os critérios, argumentos e raciocínios que o juiz aplicou e desenvolveu na apreciação das provas; b) as justificativas apresentadas pelo juiz para aferir a credibilidade das provas e fixar os respectivos valores; c) a racionalidade dos critérios, argumentos e raciocínios utilizados pelo juiz na formação do seu convencimento. O dever de o juiz indicar na sentença as razões de formação do seu convencimento, isto é, os raciocínios probatórios que o levaram a definir a credibilidade e peso de cada uma das provas, é, também, uma decorrência da garantia do duplo grau de jurisdição. A cognição judicial em segundo grau abrange, relativamente à apreciação da prova: a) a análise dos processos, com base em três fatores: a prova constante dos autos, as razões da parte recorrente e a decisão do juiz de primeiro grau; b) a possibilidade de conhecer as diversas formas de os juízes de primeiro grau decidirem a mesma questão de direito e apreciarem as mesmas questões de fato, na análise de sentenças em casos semelhantes. O sistema da persuasão racional no âmbito do segundo grau de jurisdição confere novo matiz à apreciação da prova e ao convencimento judicial, pois estas duas atividades do sistema são exercidas em face da existência de uma apreciação da prova e um convencimento judicial formado no primeiro grau de jurisdição.

O recurso de revista não se viabiliza para nova valoração da prova, embora os elementos de prova possam estar definidos no acórdão regional. A valoração da prova, em sede extraordinária, importa em revolvimento de matéria fática. E não há lei que imponha determinado critério para a valoração que possa ser violada, literalmente, a ensejar o cabimento do recurso de revista.

As razões de formação do juízo de convencimento e de fundamentação da decisão, como parte integrante do sistema da persuasão racional, estão centradas nas questões de fato. O domínio da racionalidade do juízo de convencimento, no âmbito do sistema da

persuasão racional, abrange dois planos: a) dos raciocínios probatórios entre os elementos de prova e as hipóteses fáticas, e os argumentos utilizados na definição da credibilidade e valor das provas, por intermédio dos quais o juiz justifica o estabelecimento da veracidade ou falsidade dos fatos da causa; b) do diálogo com as partes sobre as razões que apresentam relativas ao convencimento que as provas são capazes de produzir sobre os fatos da causa. A estrutura do juízo de convencimento é formada por raciocínios probatórios e respectivas decisões sobre os fatos, com a apresentação das justificativas sobre os critérios racionais. As novas regras do código de processo civil (2015) sobre a fundamentação da sentença aplicam-se, subsidiariamente, ao processo do trabalho e abrangem, também, a matéria de fato.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. *Gramática metódica da língua portuguesa*. 45. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. *História da Filosofia*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1991. v. III.

ARAGÃO, Lúcia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

ARONE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATIENZA, Manuel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

AZEVEDO, Gelson. *A formação dos juízes*. Revista do TST, Brasília, v. 69, n. 1, p. 15-20, jan./jun. 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula, BARROSO, Luís Roberto. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Alexandre Alencar. *Valoração da prova civil*. (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2002.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1985.

BEBBER, Júlio César. *Influência da personalidade do juiz ao decidir*. Revista LTR, São Paulo, v. 72, p. 927, 2008.

_____. *Poder diretivo do juiz. Direito Processual Civil e sua aproximação do Direito Processual do Trabalho*. Revista do TST, Brasília, v. 78, n. 1, p. 136-147, jan./jun. 2012.

_____. *Princípios do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Processo do Trabalho: adaptação à contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *Processo do Trabalho: temas atuais*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Provas no Novo CPC e o Processo do Trabalho*. In DIDIER Jr., Fredie (Coordenador Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estevão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4.

_____. *Recursos no Processo do Trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BELL, David. *Kant*. In BUNNIN, Nicholas; TSUI-JAMES, E. P. (org.). *Compêndio de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Considerações sobre o conceito de motivação das decisões judiciais*. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, ano 59, n. 234, p. 291-312, jan./jun. 2010.

_____. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BOLZAN, Jose. *Habermas: razão e racionalização*. Ijuí: Editora Ijuí, 2005.

BRASIL. <http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/ordemDetalheReuniaoPle.asp?codReuniao=35538>

BRASIL. http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/pro_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010

BRASIL. <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos>

BRASIL. <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>

BRASIL. <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>

BRASIL. <http://www.enamat.jus.br>

BRASIL. <http://houaiss.uol.com.br>

BRASIL. <http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>

BRASIL. <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

BRASIL. <http://www12.senado.leg.br/noticias/matérias/2014/12/16/texto-base-do-novo-cpc-e-aprovado-e-destaques- ficam-para-esta-quarta>

BRASIL. <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>

BRASIL. <http://trtsp.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-jurisprudencial>

BRASIL. <http://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm>

BRASIL. http://www.trt10.jus.br/institucional/regint/regimento_interno.pdf

BRASIL. <http://www.trt18.jus.br/portal/bases-juridicas/atos-normativos/regimento-interno/>

BRASIL. <http://portal.trt23.jus.br/ecmdemo/public/trt23/Institucional/regimentoInterno>

BRASIL. <http://www.trt24.jus.br/jurisprudencia/>

BRASIL. http://www.trt24.jus.br/arq/download/regimento_interno_22_11_15.pdf

BRASIL. <http://www.tst.jus.br/sumulas>

BRASIL. <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>

BRASIL. <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>

BRASIL. <http://www.tst.jus.br/web/pje-jt/casos-novos>

BRASIL. Código de Processo Civil (1939). *Decreto-lei n. 1608*, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em 29 set. 2013.

_____. Código de Processo Civil (1973). *Vade Mecum*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Código de Processo Penal. *Vade Mecum*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). *Vade Mecum*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Constituição (1988). *Vade Mecum*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Código de Processo Civil (2015). *Vade Mecum*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Código de Processo Penal. *Vade Mecum*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). *Vade Mecum*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Constituição (1988). *Vade Mecum*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Congresso Nacional. *Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em 26 de jan. 2016.

_____. *Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros. Acesso em 25 de fev. 2016.

_____. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Vade Mecum*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas de teoria da argumentação jurídica*. São Paulo, Renovar, 2008.

_____. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012.

BUZZI, Arcângelo R.. *Introdução ao pensar: o ser, o conhecer, a linguagem*. 10. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1982.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1985.

_____. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973. v. III.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1974.

CARDOSO, Oscar Valente. *A valoração judicial das provas no Novo Código de Processo Civil*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador Geral); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Organizadores). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3.

CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CHAUI, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. vol. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *A Oralidade e a Prova*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 78, p. 56-72, maio 1939.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Livraria Acadêmica e Saraiva Cia., 1942 v. 1.

_____. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977. t. I.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Processo e Procedimento na perspectiva trabalhista*. In *Curso de Processo do Trabalho*. Luciano Athayde Chaves (organizador). São Paulo: LTr, 2009.

COSTA, Coqueijo. *Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

COSTA, Dilvanir José da. *Curso de Hermenêutica Jurídica: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

DEBBIO, Cristiano Rodrigo Del. *Tutela jurisdicional diferenciada: técnicas para sumarização da cognição*. (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2005.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. *A expulsão do livre convencimento motivado no Novo CPC: por que a razão está com os hermeneutas?* In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador geral); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Organizadores). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *O papel da Justiça do Trabalho no Brasil*, in ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa; ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa (coordenadoras). *Justiça do Século XXI*. São Paulo: LTr, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. Salvador: Editora Podivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 4 v.

FAZENDA, Ivani. *Interdisciplinaridade: história, teoria e pesquisa*. 4. ed. Campinas: Papyrus, 1999.

_____. *Interdisciplinaridade: qual o sentido?* 2. ed. São Paulo: Paullus, 2006.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *O Novo Código de Processo Civil e as Prerrogativas da Magistratura Nacional: Reflexões de um Juiz*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador

Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estevão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

FERREIRA, William Santos. *Das provas*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coordenadores). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni Mangini. *Psicologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORI, Edgar. *Valoração da prova no enfoque da persuasão racional*. (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2003.

FLACH, Daisson. *Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro*. In DIDIER Jr., Fredie (Coordenador Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Coleção Grande Temas do Novo CPC. Direito Probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5.

FRAGALE FILHO, Roberto; NORONHA, Rodolfo. *Pesquisa empírica em direito no Brasil: o estado da arte a partir da plataforma Lattes e dos encontros do Conpedi, in Justiça em foco: estudos empíricos* (Org. Fabiana Luci de Oliveira). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

FRIEDE, Reis; DYRLUND, Poul Erik. *Vícios da Capacidade Subjetiva do Julgador*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FONSECA, João Francisco Naves da. *Exame dos fatos nos Recursos Extraordinário e Especial*. (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Jota Jornalismo Ltda, 06.04.15. Disponível em < <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc> >. Acesso em: 26 jan. 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, in YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrina Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GORPHE, François. *L'appréciation des preuves en justice : essai d'une méthode technique*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

_____. *Les décisions de justice. Étude psychologique et judiciaire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1952.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação e Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, in MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HAENNI, Julia. *Emotion and Law: how pre-rational cognition influences judgement*. *German Law Journal*, v. 13, n. 3, p. 369-380, 2002.

HIGA, Flávio da Costa. *Comentários sobre a parte geral do Novo CPC*. In DIDIER Jr., Fredie (Coordenador Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estevão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4.

JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

_____. *Questões epistemológicas*. Rio de Janeiro: Imago, 1981.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

KHALIL, Antoin Abou. *A personalidade do juiz e a condução do processo*. São Paulo: LTr, 2012.

KNIJNIK, Danilo (coordenador). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório*. In *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*, KNIJNIK, Danilo (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

LAMARCA, Antônio. *Processo do Trabalho Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. *O artigo 15 do novo Código de Processo Civil e os limites da autonomia do processo do trabalho*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estevão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.

LENOIR, Yves. *Didática e interdisciplinaridade: uma complementaridade necessária e incontornável*, in *Didática e Interdisciplinaridade*, Ivani Fazenda (org.). Campinas: Papyrus, 1998.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927. (www.dominiopublico.gov.br)

MALLET, Estêvão. *A subordinação como elemento do contrato de trabalho*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107, p. 217-245, jan./dez. 2011/2012.

_____. *Do Recurso de Revista no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

_____. *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Notas sobre o sistema recursal do projeto do Código de Processo Civil*. Revista do TST, Brasília, v. 78, n. 4, p. 53-69, out./dez. 2012.

_____. *Os Recursos de Natureza Ordinária e a Ordem dos Processos nos Tribunais no Novo Código de Processo Civil Frente ao Processo do Trabalho*. In DIDIER Jr., Fredie (Coordenador Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estevão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4.

_____. *Procedimento sumaríssimo trabalhista: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Recurso extraordinário e recurso de embargos após a Lei 11.496*. Revista do TST, Brasília, v. 74, n. 2, p. 74-85, abr./jun. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1.

_____. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. *A prática da Moderna Mediação: integração entre a psicologia e o direito*. In ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

MARONEY, Terry A. *The Emotionally Intelligent Judge: a New (and Realistic) Ideal*. *Court Review*, v. 49, p. 100-113, 2013.

_____. *Emotional Regulation and Judicial Behavior*. *California Law Review*, v. 99, p. 1.485-1.555, 2011.

MARTINS JÚNIOR, Joaquim. *Como escrever trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Vozes, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELES, Edilton. *O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador Geral); BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estevão (Coordenadores). *Coleção Repercussões do Novo CPC. Processo do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira Mendes. *Do Princípio do Livre Convencimento Motivado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Revisão atualizada: Josep-Maria Terricabras. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005. 4 t.

MORAES, José Rubens. *Sociedade e verdade: evolução histórica da prova*. (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2008.

MORELLO, Augusto M. *Las reformas del proceso civil na Europa*, in MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NALINI, José Renato. *Ética da Magistratura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEDEL, José. *Uma teoria do conhecimento*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffré editore, 1974.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

OLSSON, Giovanni. *Os saberes do juiz no século XXI: um novo paradigma profissional na era da globalização*. In ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa; ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa (coordenadoras). *Justiça do Século XXI*. São Paulo: LTr, 2014.

PANCOTTI, José Antonio. *Anteprojeto do CPC e repercussões no Processo do Trabalho*. Revista do TST, Brasília, v. 78, n. 1, p. 109-135, jan./jun. 2012.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

PLATON. *Obras Completas*. Tradución del griego, preámbulos y notas por Maria Araujo, Francisco Garcia Yagüe, Luis Gil, José Antonio Miguez, Maria Rico, Antonio Rodriguez Huescar y Francisco de P. Samaranch. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil (1939)*. 2. ed. São Paulo: Revista Forense, 1958. t. II.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. II.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. IV.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a Common Law, Civil Law e o precedente judicial*. In MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

POSNER, Richard A. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2003.

REALE, Giovanni. *Para uma nova interpretação de Platão*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

RIBEIRO, Jorge Ponciano. *Conceito de mundo e de pessoa em Gestalt-terapia*. São Paulo: Summus, 2011.

_____. *O Ciclo do Contato: temas básicos na Abordagem Gestáltica*. 5. ed. São Paulo: Summus, 2007.

RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.

ROVIGHI, Sofia Vanni. *História da Filosofia Contemporânea do século XIX à neoescolástica*. São Paulo: Loyola, 1999.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 2.

SADECK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. IV.

_____. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2.

_____. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. I.

_____. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. III.

SEARLE, John R. *Mente, linguagem e sociedade*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

_____. *A Redescoberta da Mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. *A Escola Nacional da Magistratura Francesa: uma fonte de inspiração para as escolas da magistratura e do ministério público brasileiros?* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 41, n. 71, p. 41-50, jan./jun. 2005.

SILVA, Adalberto Prado et al. *Mirador Internacional. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1979.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Estudo da motivação das decisões judiciais no século da jurisdição: uma reavaliação do momento jurisprudencial do direito*. (Tese de doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010.

SILVA, Daniel Coutinho. *Prova, argumento e decisão: critérios de suficiência para a orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. vol. I.

_____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVEIRA, Alípio. *A apreciação da prova no direito processual do trabalho*. Revista Trabalho e Seguro Social, Rio de Janeiro, v. 17, n. 61-63, p. 67-118, jan./mar. 1948.

SIMON, Dan. *A psychological model of judicial decision making*. *Rutgers Law Journal*, v. 30, p. 1-142, 1998.

SPADONI, Lila. *Psicologia realmente aplicada ao Direito*. São Paulo: LTr, 2009.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

STOCKER, Michael; HEGEMAN, Elizabeth. *O valor das emoções*. São Paulo: Palas Athenas, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coordenadores). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5.

_____. *Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento no NCPC*. In DIDIER Jr, Fredie (Coordenador geral); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Organizadores). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: processo de conhecimento – provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3.

_____. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?* Consultor Jurídico, 18.12.14. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Evidence, Truth and the Rule of Law*. Revista de Processo (RePro), ano 39, n. 238, p. 87-98, dez. 2014.

_____. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

_____. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

_____. *Rethinking the Standards of Proof. The America Journal of Comparative Law*, v. 51, p. 659-678, 2003.

_____. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. II.

TOSI, Renzo. *Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEIMAR, Robert. *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*. Bern: Verlag Stämpfli+Cie AG Bern, 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

YOSHINO, Kenji. *Mil vezes mais justo. O que as peças de Shakespeare nos ensinam sobre a justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho: processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2009. 2 t.

JULGADOS NACIONAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal

- Súmula 222. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho

- Súmula 126. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>.

- Súmula 136 (cancelada). Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>.

- 1ª Turma. TST-RR-3138-62.2012.5.02.0037. Data de Julgamento: 13/05/2015. Relator Desembargador Convocado Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha. DEJT 15/05/2015.

- 3ª Turma. TST.RR-195300-27.2008.5.15.0049. Data de julgamento: 06/04/2011. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJT 19/04/2011.

- 3ª Turma. TST.Ag-AIRR - 322-81.2011.5.06.0021. Data de Julgamento: 18/12/2013. Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado. DEJT 31/01/2014.

- 6ª Turma. TST. RR-1161-32.2012.5.09.0654. Data de julgamento: 11/02/2015. Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga. DEJT 20/02/2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho

BELO HORIZONTE. TRT/MG – 0010961-14.2014.5.03.0062 RO. Relator convocado juiz Carlos Roberto Barbosa, 8ª Turma. DEJT/TRT3 14/05/2015.

JUIZ DE FORA. TRT/MG – 0000558-35.2014.5.03.0078 RO. Relator convocado juiz Jose Nilton Pandelot, Turma Recursal de Juiz de Fora. DEJT/TRT3 08/05/2015.

JUIZ DE FORA. TRT/MG – 0000925-65.2014.5.03.0076 RO. Relatora convocada juíza Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, Turma Recursal de Juiz de Fora. DEJT/TRT3 10/06/2015.

SALVADOR. TRT/BH – 0000847-632012.5.05.0342 RecOrd, Origem SAMP, Acórdão nº 214347/2014. Relatora Desembargadora Maria Adna Aguiar, 5ª Turma. DJ 22/01/2015.

SÃO PAULO. TRT/SP – 00014518420125020446 A28, ANO: 2014, RO, Acórdão nº 20141093921. Data do Julgamento: 03/12/2014. Relatora Desembargadora Rosa Maria Villa, 2ª Turma. DOE 16/12/2014.

SÃO PAULO. TRT/SP – 02679008820095020076 ANO: 2011, RO, Acórdão nº 20120025897. Data do Julgamento: 17/01/2012. Relatora Desembargadora Thereza Christina Nahas, 3ª Turma. DOE 24/01/2012.

SÃO PAULO. TRT/SP – 00013024620105020038 A28 ANO: 2013, RO, Acórdão nº 20130926366. Data de Julgamento: 27/08/2013. Relator Desembargador Ivani Contini Bramante, 4ª Turma. DOE 06/09/2013.

SÃO PAULO. TRT/SP – 00023600320135020023 A28 ANO: 2015, RO, Acórdão nº 20150304948. Data de julgamento: 14/04/2015. Relatora Desembargadora Odette Silveira Moraes, 11ª Turma. DOE 22/04/2015.

SÃO PAULO. TRT/SP – 00028748120135020046 A28, ANO: 2014, RO, Acórdão nº 20140762897. Data do Julgamento: 03/09/2014. Relatora Desembargadora Maria Cristina Fisch, 18ª Turma. DOE 08/09/2014.