

Livre apreciação da prova: perspectivas atuais

C. A. Alvaro de Oliveira

*Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo*

1. Certamente, não constitui objeto deste ensaio a reconstituição do fio histórico do problema da livre apreciação da prova, mas de qualquer modo impõe-se ressaltado que, bem ou mal, apesar das naturais marchas e contramarchas, a linha mestra de desenvolvimento da relação do juiz com a prova, e principalmente dos poderes deste na sua avaliação, manifesta-se no sentido de liberá-lo cada vez mais de cadeias de ordem meramente formal¹.

Aliás, se bem atentarmos à lição da história, constatar-se-á que as grandes mudanças do processo sempre ocorreram no terreno da prova. Verifique-se, por exemplo, a passagem do sistema da prova legal para o da persuasão racional, a permissão para que o juiz participasse da produção da prova, até então entregue a funcionários, judiciais ou não, a quebra do total monopólio das partes no requerimento da produção dos meios de prova, mediante a concessão de poderes instrutórios ao órgão judicial². Já o mesmo não se passa, sintomaticamente, com a apreciação da questão de direito, em que quase sempre vigorou o princípio *iura novit curia*.

¹ Também pensa assim Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, tomo I, Buenos Aires, Zavalia, 1988, nº 21, p. 78.

² Assim dispõe, quanto ao ponto, o art. 130 do Código de Processo Civil brasileiro vigente (Lei 5.969, de 11.1.73): "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." Daqui em diante, indicar-se-á no texto o Código de Processo Civil brasileiro por CPC.

Outro aspecto importante da tendência hodierna dominante é a racionalização do sistema mediante prevalência da verdade empírica extraída dos fatos da causa por meio da lógica e de critérios científicos³, portanto em nível qualitativo diverso daquele ocorrido na passagem dos ordálios, para a chamada prova “legal”. Concepção essa, como se sabe, fundada basicamente nas investigações de Jeremias Bentham e da escola utilitarista inglesa, identificados com a história da lógica indutiva e dos desenvolvimentos científicos (princípio da “*total evidence*”).

Todavia, pode se colocar no tablado das discussões se esse modo de ver o problema, fortemente influenciado pelo conceito de legalidade herdado do iluminismo, não teria emprestado maior prevalência ao momento “técnico-jurídico” em detrimento do aspecto “lógico”, conduzindo a uma postura técnica e formalista e inclusive burocrática na investigação do fato. Concepção essa em aberto contraste com a postura crítica, característica do processo de formação do juízo nas experiências processuais ligadas à prova testemunhal, na estrada da tradição tópico-retórica, que vigorou na aplicação do direito desde o século XII até o século XVIII⁴.

No decorrer do presente ensaio, dentro dos limites do tema, procurarei determinar, em que medida o juiz brasileiro mostra-se realmente livre para apreciar o material fático colhido no processo e que influência vem exercendo nesse mister o impacto do vertiginoso avanço da tecnologia na produção da prova, de par com o crescente aumento da carga de trabalho do magistrado, problema de caráter mundial e não só brasileiro.

2. No artigo 131 do CPC, faculta-se ao juiz apreciar livremente a prova, desde que indique na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento⁵. Fica-lhe proibido, contudo, exercer esse poder sobre fatos e circunstâncias não constantes dos autos.

Quase na mesma linha se orienta o microsistema dos Juizados Especiais, pois o art. 5º da Lei 9.099, de 26.9.1995, faculta ao juiz dirigir o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Na sentença, o juiz não só fará referência, no essencial, aos informes trazidos nos depoimentos (art. 36, 2ª. parte), como também mencionará os elementos de convicção, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório (art. 38).

³ Ver, a respeito, com amplo desenvolvimento dessas idéias, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, *passim*.

⁴ Nesse sentido a crítica aguda e percuciente de Alessandro Giuliani,

Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica), Milano, Giuffrè, 1945, p. 245 e ss.

⁵ Art. 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Não se pode deixar de reconhecer, nesse contexto, que o índice de democratização do processo revela-se bem maior em confronto com o antigo sistema da prova legal, pois o pronunciamento sobre o fato passa a ser mais compreensível para o cidadão comum, interagindo dialeticamente com a apreciação que deve ter a cidadania do proceder de seus juízes.

Pense-se que, no sistema anterior, a aferição da prova deveria ser realizada mediante sutis distinções, com emprego de princípios preestabelecidos, em detrimento da observação concreta dos fatos. Já no sistema atual o importante é a motivação fornecida pelo juiz para explicar a escolha realizada, motivação essa que deve constar da própria sentença.

O problema é que no espírito dos operadores do direito, nomeadamente em decorrência de fatores de ordem cultural, permanecem resquícios da prova tarifada, como se a confissão, a perícia ou a prova documental prevalecessem sempre sobre os demais tipos de prova.

Todavia, bem entendido o sistema da persuasão racional, não se pode conceber regra de natureza probatória *a priori* nem de caráter geral. Tudo há de depender do exame *in concreto* do caso e do contexto específico dos elementos constantes dos autos, material sobre o qual haverá o órgão judicial de exercer com o maior cuidado o seu exame crítico e extrair a verdade provável e possível ⁶.

Em tal perspectiva, compreende-se facilmente que a confissão judicial, embora faça prova contra o confitente, consoante o disposto no art. 350, 1ª, parte, do CPC ⁷, não afasta o juiz do dever de sopesar o alcance desse elemento no contexto probatório e atribuir-lhe o valor que lhe for mais adequado, de modo nenhum implicando presunção absoluta da veracidade dos fatos ⁸. O mesmo sucede em relação à confissão extrajudicial, regulada no art. 353 do CPC.

A idéia de que se trataria de uma prova legal, a vincular o juiz a seu resultado, impedindo-o de decidir de outro modo ⁹, ignora por inteiro não só o verdadeiro alcance do art. 131 do CPC, mas principalmente o sistema do Código e inclusive o próprio sistema da

⁶ Para mim, a busca da verdade material no processo constitui um verdadeiro mito, porque a finalidade principal do processo não é estabelecê-la mas fazer justiça, embora certamente seja conveniente e desejável um pronunciamento judicial o mais aproximado da realidade.

⁷ Art. 350, I: "A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes."

⁸ Assim julgou, com inteiro acerto, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 54.809-MG, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, j. 8.5.06, un., DJU de 10.6.1996, p. 20.335).

⁹ Preleciona desse modo João Carlos Pestana de Aguiar, Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, RT, 1974, vol. IV, p. 125-126, lição adotada em acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 82.001, rel. Ministro Cordeiro Guerra, j. 20.6.1975, v.u., Revista Forense, 254 (abril/maio/junho de 1976):238-239).

persuasão racional. Aliás, em regra de extraordinária abertura, o art. 332 do CPC estabelece que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no estatuto processual, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Até a presunção *iuris et de iure* não afasta conclusão dessa ordem, pois dispensa a prova a respeito do que se presume. O mesmo se passa com a ficção, pois essa não existe como prova nem é prova. Deve-se ter bem presente que os conceitos de presunção legal e de ficção jurídica não passam de expedientes de técnica legislativa¹⁰, dizendo respeito ao tema da prova e não à sua estimação¹¹.

Mostra-se indispensável, por outro lado, para que tudo não redunde em puro arbítrio, contenha-se a atividade do órgão judicial no horizonte de uma racionalidade lógica e de conformidade com as leis naturais e a experiência comum¹². A tanto, aliás, colima a importante disposição contida no art. 335 do Código de Processo Civil¹³.

Não me parece aceitável a objeção de que ou essas regras lógicas foram recolhidas pela norma jurídica e impostas ao juiz, caso em que se teria um sistema de prova tarifada, ou não têm caráter imperativo e então, como é natural, o órgão judicial ficaria com a liberdade de segui-las ou não.¹⁴ O raciocínio desconhece cuidar-se de exigência intrínseca a qualquer valoração humana, impossível de ser afastada pela só circunstância de não constar de regra de lei, mormente porque, enquanto fenômeno do pensamento, a lógica não é regulada por leis formais ou jurídicas. Daí o acerto do entendimento doutrinário que visualiza a observância

¹⁰ Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1974, t. IV, p. 236.

¹¹ Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, cit., t. II, p. 384.

¹² Assim, por exemplo, não poderá o magistrado desconhecer exame de sangue excludente de alegada paternidade (cientificamente apontando a resultado com 100% de certeza), para, com base no princípio da livre apreciação da prova, emprestar maior valor ao conjunto probatório e acolher o pedido de reconhecimento forçado da relação paternal. O poder do juiz não chega a ponto de revogar as leis da ciência ou da natureza!

¹³ Art. 335: "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 de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial. A respeito do ponto, continua mantendo atualidade a clássica monografia de Friederich Stein, Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1893, Aalen, Scientia Verlag, 1987, passim. Ver, ainda, na literatura jurídica brasileira, José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, Revista Forense, 261 (janeiro/fevereiro/março de 1978):13-19, e Elício de Cresci Sobrinho, O juiz e as máximas da experiência, Revista Forense, 296 (outubro/novembro/dezembro de 1986):430-436.

¹⁴ Externa esse ceticismo Jaime Guasp, Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso, Barcelona, Bosch, 1943, p. 95.

das leis do raciocínio, da ciência ou da natureza não como um *limite* à apreciação da prova, mas como algo que lhe é imanente¹⁵.

Aspecto interessante e atual da apreciação da prova diz respeito à crescente interferência da ciência na investigação dos fatos¹⁶, a colocar com frequência o juiz diante de complexas informações técnicas e científicas, capazes de serem apreendidas em toda sua extensão com facilidade apenas por pessoas dotadas de altos conhecimentos especializados ou de raras habilidades¹⁷.

Não há dúvida, nessa perspectiva, de que a confiança, até certo ponto indispensável, na informação científica impenetrável ou de difícil acesso, aumenta a tensão entre a liberdade para apreciar a prova e o processo cognitivo normal, pondo em xeque o próprio princípio da livre apreciação da prova.

Semelhante dificuldade coloca no tablado das discussões o temor de que o órgão judicial esteja, em alguma medida, transferindo o seu poder de julgar a estranhos sem legitimação política¹⁸. Exemplo paradigmático desse tipo de estorvo é a função exercida pelo perito, em que esse perigo passa a se potencializar de maneira singular.

Interessante observar, contudo, que nos sistemas ligados ao *common law* essa consequência tende a ser minimizada, em virtude de neles ser a prova produzida exclusivamente pelas partes, verificando-se além disso exacerbado contraditório entre as testemunhas técnicas postas em confronto, valendo ressaltar a inexistência de perito de confiança do órgão judicial.

O mesmo não se passa nos sistemas afeiçoados ao *civil law*, em que se constata a olhos vistos a crescente supervalorização do trabalho do perito oficial nomeado pelo diretor do processo, reduzindo de modo correlato, com intensidade cada vez maior, a importância dos laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes. Essa consequência, ademais, torna-se ainda mais grave pelo notável incremento verificado no número de demandas, a tornar mais rarefeito o exame das conclusões da perícia pelo juiz.

¹⁵ Como bem pondera Gerhard Walter, *La libre apreciación de la prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial)*, trad. Tomás Banzhaf, Bogotá, Temis, 1985, § 14, 2, p. 355.

¹⁶ Exemplo frisante constitui, como sabido, o exame de DNA, empregado especialmente na ação de reconhecimento forçado da paternidade, acima mencionado.

¹⁷ A questão é suscitada, especialmente da ótica do *common law*, por Mirjan R. Damaska, *Evidence Law Adrift*, New Haven & London, Yale University Press, 1997, p. 150-151, *passim*, que sublinha, em passant, as dificuldades de harmonização dos métodos europeu-continentais na investigação dos fatos com a cientificização da prova.

¹⁸ Observação de Damaska, *ob. cit.*, p. 151.

De outro lado, a reforma introduzida no instituto da perícia, pela Lei n° 8.455, de 24.8.1992, só veio a estimular esses inconvenientes, na medida em que reduziu consideravelmente o papel até então desempenhado pelos assistentes técnicos, que, de verdadeiros auxiliares do juízo, passaram à condição de simples informantes e pareceristas pagos pelas partes. Basta atentar na nova redação do § 2º, 2ª. parte, do art. 422, — a dispensar os assistentes técnicos de prestarem compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo que lhes for cometido —, do art. 423, — a determinar que os assistentes técnicos não podem mais ser recusados por impedimento ou suspeição —, do art. 424, *caput*, a não mais prever a possibilidade de substituição do assistente técnico pelo juiz —, e ainda na revogação dos arts. 430 e 431, que impunham prévia conferência entre o perito e os assistentes técnicos e a elaboração de laudo em separado somente em caso de divergência. O argumento de que, nos termos do art. 436 do CPC¹⁹, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, não se mostra relevante nesse contexto porque é sabido que a aplicação dessa diretiva revela-se praticamente desconhecida na prática do foro e só encontra realmente respaldo em casos em que seria a rigor desnecessária a prova pericial, bastando a prova do fato para a formação da convicção judicial²⁰. Demais disso, a regra invocada tende a ceder notavelmente diante dos casos de alta complexidade científica ou técnica, nos quais obviamente mais dependente se torna o órgão judicial de assessoria especializada.

A nova realidade aqui retratada está a determinar reflexão mais acurada sobre o *modus operandi* da perícia no sistema jurídico brasileiro. As razões invocadas e a prática do foro demonstram que, no presente estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, seria de todo conveniente desfrutasse o perito da confiança não só do órgão judicial mas também dos litigantes. Dentro dessas coordenadas, tudo aconselha — nomeadamente nos parâmetros de uma desejável e inafastável visão cooperativa do processo — a prévia audição das partes a respeito da escolha do *expert*, possibilitando-lhes até sugerir quem deva realizar a diligência²¹. Com essa providência — que pode ser adotada inclusive sem lei expressa a respeito — em muito ganharia a busca da verdade dentro do processo, mormente nas espécies de alta

¹⁹ Art. 436: “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.”

²⁰ Sintomático, a respeito, o acórdão unânime da 1a. Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 84.473-GO, rel. Ministro Cunha Peixoto, 24.9.1976, RTJ, 85 (julho/agosto/setembro de 1978):190-197), hipótese em que a rejeição do laudo pericial não determinou por si só a realização de nova perícia, porquanto suficiente para a formação da convicção do órgão judicial o exame dos documentos que formavam a cadeia dominial.

²¹ Cabe mencionar, com essa louvável orientação, o art. 568, 2, do CPC português: “As partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência; havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundamentadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência.”

complexidade técnica ou científica, possibilitando-se o exercício da livre apreciação da prova com legitimação externa mais acurada do Poder em face da sociedade civil.

3. As considerações até aqui desenvolvidas, trazem à liça o problema da responsabilização do juiz e do controle de sua desejável liberdade, elementos esses correlativos ao exercício da cidadania processual das partes, que de modo nenhum podem ser esquecidos quando se aborda o tema da livre apreciação da prova.

Do ponto de vista externo ao juízo valorativo, a primeira observação a ser realizada é que, conquanto inadmissível qualquer retrocesso no sentido de tarifar a apreciação do fato pelo juiz²², impõe-se preservar — como salvaguarda para melhor estabelecimento da verdade e conseqüente anteparo contra o abuso da liberdade judicial a respeito — o controle da sociedade imbuída de valores democráticos, por meio dos princípios, garantias e técnicas formadores do próprio processo.

Visam eles, por um lado, a facilitar o trabalho judicial, elasticendo ao mesmo tempo a colaboração das partes. A título de exemplo, podem ser mencionados a imediatidade no debate e na recepção da prova oral, o contraditório e a presença dos interessados na produção das provas²³.

Outros princípios e garantias têm outra função por servirem como anteparo ao arbítrio judicial, restringindo o caráter “pessoal” da decisão, dessa forma contribuindo para melhor objetividade por parte do julgador. Nesse domínio, podem ser apontados o dever de motivar a sentença, o atendimento às formalidades estabelecidas em lei para a realização da

²² Parece ter sido esta a intenção de Ennio Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XVI(1973):310-339. Preocupado com a “degeneração” da prática judicial penal italiana, propõe uma “riscoperta” das regras probatórias legais como instrumentos destinados a limitar em sentido negativo os poderes do juiz também no plano valorativo (rev. cit., p. 336). A sugestão mereceu imediato repúdio de Cappelletti, *Ritorno al sistema della prova legale?*, rev. cit., XVII(1974):139-141, combatendo as generalizações perigosas e o formalismo dessa posição, com resposta de Amodio, *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, rev. cit., XVII(1974):373-376.

²³ Chiovenda, *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. II, Roma, 1931, *Foro Italiano*, p. 197-225, esp. p. 225, destaca com agudeza que a liberdade de convencimento do juiz quer o ar e a luz da audiência, corrompendo-se e morrendo nos labirintos do processo escrito. Para Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile), 2. ed., Milano, Giuffrè, 1974, vol. I, p. 130 e ss., 139, 164, mostra-se indissociável a interdependência recíproca entre imediação, oralidade e livre apreciação da prova, residindo o sentido maior da imediação exatamente na livre valoração da prova, porque à prova legal não interessa o modo como é realizada. Assim também Walter, *Libre apreciación de la prueba*, cit., § 15, p. 363 e ss.

prova, a publicidade do procedimento, a possibilidade de recursos em geral e o princípio do duplo grau de jurisdição²⁴.

Não deve ser olvidado, no entanto, o risco de não ser de todo afastada a onipotência judicial com o emprego dessas técnicas e até mesmo respeitando-se os princípios e garantias antes mencionados. O problema revela-se muito mais complexo e mostra-se bem possível que, mesmo com uma autêntica proclamação de princípios, o órgão judicial ao justificar determinada visão dos fatos lance mão de critérios vagos e indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas, despidas de conteúdo, aludindo por exemplo à “verdade material”, “prova moral”, “certeza moral”, “prudente apreciação”, “íntima convicção”. Essas e outras expressões similares representam autênticos sinônimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica, por não assegurarem nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicar falsa motivação da decisão e ainda impedir o controle da atividade judicial por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior²⁵.

Essa forma de motivar a decisão fática da causa, constitui na verdade uma tentativa de se reduzir a atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência, que se exauriria no plano íntimo e imperscrutável da mera subjetividade²⁶. Se o reconhecimento da inafastável liberdade da decisão, — na medida em que eticamente empenhado e assim expressão da responsabilidade do indivíduo — foi o fruto mais precioso do novo sistema da *intime conviction*, esse mesmo elemento oferece também aspectos negativos, exatamente porque pode levar a se considerar o momento da valoração da prova como um fenômeno misterioso e indizível, não sujeito a análise e controle, impenetrável por consequência a qualquer tipo de investigação²⁷.

²⁴ Observa agudamente Walter, *Libre apreciación de la prueba*, cit., p. 94-95, terem sempre existido esses princípios e garantias quando a apreciação da prova não estava regrada, desaparecendo tão logo entrava a reinar a teoria das provas legais. Segundo Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici (nozioni generali)*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, Giuffrè, 1992, vol. 3, t. 2, sez. 1, p. 376-377, o dever de motivação, dentro dessa concepção racional do convencimento do juiz, assume exato e preciso significado, de modo a que possa ser controlado externamente o órgão judicial e compelido assim a justificar suas escolhas no juízo de fato com argumentos racionais. Sobre o significado da publicidade para a livre apreciação da prova, conforme ainda Walter, *Libre apreciación de la prueba*, cit., p. 380-385.

²⁵ Assim também Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 370-371. Interessante a observação de Devis Echandía, ao defender a adoção do sistema de livre apreciação da prova, ob. cit., tomo I, 27, p. 106-107: “No existen, en nuestra opinión, más posibilidades de arbitrariedad ni mayor incertidumbre con el sistema de la libre apreciación, correctamente entendido y aplicado, que con el de la tarifa legal. Si el juez es ignorante, tampoco aplicará correctamente la valoración indicada en la tarifa legal, y si quiere obrar con parcialidad o mala fe, encontrará fácilmente la manera de hacerlo, dándole una motivación caprichosa y arbitraria a la sentencia, con ambos sistemas. Esto lo prueba la experiencia de siglos. Podrían contarse por millares, en cada país, las personas que han sufrido la mala justicia y el atropello judicial, o que se han beneficiado de la indulgencia ilícita de los jueces penales, durante la vigencia del sistema de la tarifa legal.”

²⁶ Bem elucidada Devis Echandía, ob. cit., tomo I, n° 27, p. 109: “la libre apreciación no es libertad para la arbitrariedad, ni para tener en cuenta conocimientos personales que no se desduzcan del material probatorio aportado al proceso, ni para eximirse de motivar las decisiones y someterlas a la revisión de jueces superiores.”

²⁷ Massimo Nobile, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 7-8.

Razões dessa natureza encontram eco também no ambiente brasileiro, guardando perfeita adequação aos tempos atuais, de modo a justificar plenamente a necessidade de um controle também endógeno, incidente sobre o próprio raciocínio desenvolvido pelo órgão judicial no apreciar tanto a prova quanto os elementos de fato relevantes para a decisão.

Não se cuida aqui de encarar a questão com preconceitos de caráter iluminístico, mas de adaptar o discurso aos valores fundamentais da sociedade hodierna, interessada de uma forma ou de outra em domesticar o poder.

Dentro dessa orientação, deve ser excluída em primeiro lugar na apreciação fática do órgão judicial qualquer valoração de equidade ou de conveniência em relação à tutela dos interesses opostos. Certamente, para melhor formar sua convicção, deve o juiz até de ofício ordenar a realização de determinadas provas (art. 130 do CPC), mas, se apesar de tudo a dúvida permanece, não lhe será lícito considerar provados os fatos só porque lhe pareça justo acolher o pedido inicial. Em hipótese assim extrema, em vista do veto ao *non liquet*, o único recurso que lhe cabe é recorrer a juízos de verossimilhança, fundados na experiência geral²⁸, regras essas concernentes ao ônus da prova, a determinar em cerra medida um retorno à formalização na apreciação da prova evitando, todavia, o perigo maior do puro arbítrio judicial.

Por outro ângulo visual, não sendo meramente subjetiva a livre apreciação da prova, deve ainda o órgão judicial — a exemplo do julgamento exclusivamente de direito — respeitar as expectativas do ambiente a que se dirige e no qual a decisão há de se mostrar convincente ou pelo menos aceitável. De tal sorte, também no plano dos fatos, constituirá aspiração da atividade judicial obter consenso o mais generalizado possível da sociedade em que inserida, no horizonte de uma decisão “razoável”, na medida em que conformada às expectativas sociais²⁹.

Por fim, mostra-se importante ressaltar a intimação conexidade da maior liberdade do juiz na livre apreciação da prova com a própria valorização do magistrado de seus julgamentos pela sociedade civil. Essa constatação conduz a uma insuprimível dialética entre lei e juiz, incapaz no fundo de ser resolvida em termos meramente abstratos e cuja solução só pode ser encaminhada levando-se em conta concretos parâmetros históricos, sociais e econômicos.

²⁸ Alessandro Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 233-234.

²⁹ Cf. acentua Salvatore Pattì, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 40 (1985):481-519, esp. p. 518.

De tal sorte, o legalismo pode constituir um freio contra o despotismo ou degenerar em autoritarismo do Estado; a ampla liberdade do juiz no exame da prova ou conduz a uma decisão o mais próximo possível da verdade ou redundando num arbítrio exasperado e incontrolável, cancelador de uma imagem equivocada e falsa³⁰.

A problemática, portanto, é influenciada ao fim e ao cabo pela justa e exata ponderação de que qualquer simplificação processual no domínio das formas, a maior ou menor liberdade do juiz, “não é possível senão na proporção da confiança que, num determinado momento, o ordenamento judiciário inspira nos cidadãos”³¹. Confiança que só será adquirida, contudo, verificando-se compreensão mútua entre a cidadania e a magistratura, eficiência e competência desta no exercício de suas altas funções, de modo que possa adquirir legitimação externa perante a sociedade civil. Dificuldades dessa ordem são ainda mais delicadas numa época como a nossa, de difusão informática, de grande progresso tecnológico na divulgação dos fatos e de globalização da economia, em que a mídia desempenha relevantíssimo papel na formação da opinião pública, e o Poder Judiciário além de ter pouco acesso aos meios de comunicação nem sempre tem demonstrado saber como lidar com algo que em certo sentido refoge a sua habitual reserva e discrição.

³⁰ Ver a respeito as considerações de Massimo Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 452-455, passim.

³¹ Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 4. ed., Napoli, Jovene, 1928, § 43, II, p. 664.