

juntamente julgado, de modo que não entra na estimação do dinheiro da dor. Essas reflexões mostram que, em todo o caso, ambas as funções não são sempre incondicionalmente compensadas uma com a outra. Com isso, todavia, ocorre que juridicamente sobressai, antes, o lado penal privado,¹⁶⁸ o qual, também aí, forçosamente deixa aparecer uma pena privada, quando já suportou uma pena criminal, e vice versa. Especialmente nas ofensas que atingem a vítima no âmago da sua personalidade,¹⁶⁹ como a desonra ou uma grave violação ao direito de personalidade,¹⁷⁰ ocorrerá antes um apaziguamento da comunidade jurídica do que da vítima. Nesse ponto, geralmente se pensa de preferência numa redução da pena privada do que na sua total supressão. O grau de redução, que inclusive pode chegar a zero, é por sua vez determinado conforme as circunstâncias do fato. Em conseqüência, dificilmente uma pena privada recairá junto a uma pena cri-

minal, senão que será mantida em diferente extensão.

VI. Conclusão

A pesquisa revela o entendimento da jurisprudência de que satisfação é pena privada. É discutível o motivo pelo qual ela nem sempre expressa isso claramente, embora a sua formulação esteja tão próxima quanto possível da pena, sem no entanto empregar a palavra mesma. "Pois, que compensação de dano e satisfação ideal (...) assestam em distintos pensamentos jurídicos elementares, é coisa que afinal bem que deveria ser (outra vez) abertamente confessada".¹⁷¹ Se esse fundamento dogmático da satisfação for externado publicamente, poderia ser ganho um espaço que permitiria pôr em evidência, claramente, o princípio da pena privada, bem como, ao mesmo tempo, delimitá-la em sua aplicação. Evitar-se-iam assim falhas supérfluas de fundamentação.

168. Apoiando-se no que sobressai no plano do direito profissional, que pode fazer necessária no direito médico uma condenação no plano do direito profissional ao lado de uma pena criminal.

169. OLG Hamm, MDR 1974, 1018; LG Stuttgart, NJW 1978, 595; e LG Flensburg, VersR 1988, 740; Precário porém, OLG Düsseldorf, NJW 1974, 1289.

170. Por isso a decisão do OLG Koblenz, VersR 1990, 165, 166 é duvidosa. O tribunal deixa passar a função de satisfação para o segundo plano em um caso em que uma mulher foi descrita em um anúncio de jornal como prostituta.

171. Pecher, AcP 185, 387.

Problemas Atuais da Livre Apreciação da Prova

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Professor da Faculdade de Direito da UFRGS, Doutor em Direito pela USP.
Desembargador do Tribunal de Justiça do RS.

1. Introdução

 tema da livre apreciação da prova¹ tem merecido ao longo da história regulação mais ou menos rigorosa, na medida em que se busque restringir ou ampliar a liberdade do órgão judicial no exame do material fático recolhido no processo. O rumo tomado, convém ressaltar, encontra-se quase sempre sintonizado com a confiança depositada no juiz e os valores imperantes na época.

Embora não constitua objeto deste trabalho a reconstituição do fio histórico do problema, deve ser sublinhado 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

SUMÁRIO

1. *Introdução;*
 2. *Alguns problemas atuais da livre apreciação da prova;*
 3. *O controle da liberdade concedida ao órgão judicial nessa matéria;*
- Bibliografia.*

1. COSTA, Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 2. ed., tomo III, nº 240, p. 240, critica acertadamente a impropriedade da expressão "livre convicção", recomendando em seu lugar "livre apreciação da prova", pois a contraposição entre convicção livre e convicção forçada espelha um contra-senso. Força é convir, porém, que convicção livre do juiz só poderá existir se houver livre apreciação da prova.

avaliação, manifesta-se no sentido de liberá-lo cada vez mais de cadeias de ordem meramente formal. A tendência hodierna dominante inclina-se decididamente por racionalizar o sistema mediante prevalência da verdade empírica extraída dos fatos da causa por meio da lógica e de critérios científicos,² portanto em nível qualitativo diverso daquele ocorrido na passagem dos juízes de Deus para a chamada prova “legal”. Essa concepção esteia-se basicamente nas investigações de JEREMIAS BENTHAM e da escola utilitarista inglesa, identificada com a história da lógica indutiva e dos desenvolvimentos científicos (princípio da “total evidence”). Um ponto a examinar é se esse modo de ver o problema, fortemente influenciado pelo conceito de legalidade herdado do iluminismo, acaba por dar 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, em contraste com a postura crítica, que parece caracterizar o processo de formação do juízo nas experiências processuais ligadas à prova testemunhal, na estrada da tradição tópic-retórica.³

Dentro dos limites do tema, procurarei determinar, no decorrer do presente ensaio, em que medida o juiz brasileiro mostra-se realmente livre para apreciar o material fático colhido no processo e qual 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.

2. Alguns problemas atuais da livre apreciação da prova

Consoante o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil, o juiz apreciará livremente a prova. Fica-lhe proibido, contudo, exercer esse poder sobre fatos e circunstâncias não constantes dos autos ou emitir convicção de natureza íntima, pois deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Quase na mesma linha se orienta o microsistema dos Juizados Especiais, pois o art. 5º da Lei nº 9.099, de 26.09.1995, 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).

O índice de democratização do processo, nesse contexto, 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 a aferição da prova, no contexto histórico anterior, haveria de se realizar mediante sutis distinções com emprego de princípios preestabelecidos, em detrimento da observação concreta dos fatos, enquanto 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 permanecem às vezes no espírito dos juízes, nomeadamente em decorrência de fatores de ordem cultural, resquícios da prova tarifada, como se a confissão, a perícia ou documentos houvessem de prevalecer 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 no contexto 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.

Assim, fácil é entender que a confissão judicial, embora faça prova contra o

confidente, consoante o disposto no art. 350, 1ª parte, do CPC, 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.⁴ O mesmo sucede em relação à confissão extrajudicial, regulada no art. 353 do CPC. O entendimento de que se trataria de uma prova legal, a vincular o juiz a seu resultado, impedindo-o de decidir de outro modo,⁵ ignora por inteiro não só o verdadeiro alcance do art. 131 do CPC, mas principalmente o sistema do Código. 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 legislativa,⁶ dizendo respeito ao tema da prova e não à sua estimação.⁷

4. Assim julgou, com inteiro acerto, a 4ª Turma do STJ (REsp 54.809-MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, DJU de 10.06.1996, p. 20.335).

5. 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 STF (RE 82.001, Rel. Ministro Cordeiro Guerra, j. 20.06.1975, un., *Revista Forense*, 254(abril/maio/junho de 1976):238-239.

6. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 236.

7. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. II, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 384.

2. Ver, a respeito, com amplo desenvolvimento, minha tese de doutoramento, *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, *passim*.

3. Nesse sentido a crítica de Alessandro Giuliani, *Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica)*. Milano: Giuffrè, 1945, p. 245 e ss.

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 comum.⁸ A tanto, aliás, colima o art. 335 do Código de Processo Civil.⁹ Nenhum visio de procedência ostenta 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.¹⁰ Tal tipo de 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. Por isso mesmo, assiste inteira razão ao entendimento doutrinário que visualiza a observância das leis do raciocí-

nio, da ciência ou da natureza não como um limite à apreciação da prova, mas como algo que lhe é imanente.¹¹

Aspecto interessante e atual da apreciação da prova diz respeito à crescente interferência da ciência na investigação dos fatos,¹² a colocar com frequência o juiz em face 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 habilidades.¹³ 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 estra-

8. Assim, por exemplo, não poderá o magistrado desconhecer exame de sangue excludente de alegada paternidade (cientificamente apontando o 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!
9. 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*. Entre nós, 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.
10. 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.
11. 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.
12. Exemplo frisante constitui, como sabido, o exame de DNA, empregado especialmente na ação de reconhecimento forçado da paternidade.
13. 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, *en passant*, as dificuldades de harmonização dos métodos europeu-continentais na investigação dos fatos com a cientificização da prova.

nhos sem legitimação política.¹⁴ O exemplo paradigmático é o da função exercida pelo perito, em que esse perigo se agudiza de maneira singular. Nesse ponto, impõe-se observar que nos sistemas ligados ao *common law* essa conseqüência 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 trazidas ao confronto, valendo ressaltar a inexistência de perito de confiança do órgão judicial.

O mesmo não se passa em sistemas como o nosso, em que se constata a olhos vistos a crescente supervalorização do trabalho do perito oficial nomeado pelo diretor do processo, de modo a fazer se apoucar correlativamente, com intensidade cada vez maior, a importância dos laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes. Essa conseqüência, 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. De outro lado, a reforma introduzida no instituto da perícia, pela Lei nº 8.455, de 24.08.1992, só veio a estimular, na contramão da história, 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. Semelhan-

te conclusão encontra-se alicerçada 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 CPC, 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 judicial.¹⁵ 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 práti-

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

15. Sintomático, a respeito, o acórdão unânime da 1ª Turma do STF (RE 84.473-GO, Rel. Ministro Cunha Peixoto, 24.09.1976, RTJ, 85 (julho/agosto/setembro de 1978):190-197, 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.

ca 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 diligência.¹⁶ 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 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. O controle da liberdade concedida ao órgão judicial nessa matéria

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.

A primeira observação é que, do ponto de vista externo ao juízo valorativo, conquanto inadmissível qualquer retrocesso no sentido de tarifar a apreciação do fato pelo juiz,¹⁷ há de ser preservado, como salvaguarda para melhor estabelecimento da verdade e paralelo 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, elastecendo ao mesmo tempo a colaboração das partes. Pode-se mencionar a respeito, como exemplo, a imediatidade no debate e na recepção da prova oral, o contraditório e a presença dos interessados na produção das provas.¹⁸ Outros princípios e garantias, em razão de necessariamente restringirem o caráter “pessoal” da decisão e

contribuírem assim para uma melhor objetividade, constituem anteparo ao arbítrio judicial. Podem ser apontados nesse caminho o dever de motivar a sentença, o atendimento às formalidades estabelecidas em lei para a realização da prova, a publicidade do procedimento, a possibilidade de recursos em geral e o duplo grau de jurisdição.¹⁹

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 o órgão judicial, mesmo com uma autêntica proclamação de princípios, 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 assegurar nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicar falsa motivação da decisão tomada e impedir, assim, o controle por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior.²⁰

É assaz difundida, por sinal, a tendência de se reduzir a atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência, a se exaurir no plano íntimo e imperscrutável da mera subjetividade. 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 investigação.²¹ Razões desse jaez 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.

16. 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.”

17. 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 política processuale*, rev. cit., XVII(1974):373-376.

18. 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, pp. 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.

19. Observa agudamente Walter, *Libre apreciación de la prueba*, cit., pp. 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, pp. 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., pp. 380-385.

20. Assim também Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 370-371.

21. NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, pp. 7-8.

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, 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 será recorrer a juízos de verossimilhança, fundados na experiência geral,²² regras essas concernentes ao ônus da prova, a determinarem em certa medida um retorno à formalização na apreciação da prova, evitando, todavia, o perigo maior que decorreria do puro arbítrio judicial.

Demais disso, não sendo meramente subjetiva a livre apreciação da prova, deve ainda respeitar – a exemplo do julgamento exclusivamente de direito – as expectativas do ambiente a que se dirige e no qual a decisão há de se mostrar convincente ou pelo menos aceitável. Assim, 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 sociais.²³

Por fim é importante ressaltar que a livre apreciação da prova encontra-se intimamente ligada à valorização do próprio juiz e de seus julgamentos. Essa constatação conduz a uma insuprimível dialética entre lei e juiz, no fundo incapaz de ser resolvida em termos meramente abstratos e cuja solução só pode ser encaminhada levando-se em conta concretos parâmetros históricos, sociais e econômicos. 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 redundará num arbítrio exasperado e incontrolável, cancelador de uma imagem equivocada e falsa.²⁴ Toda essa discussão, 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, “*non è possibile se non in proporzione della fiducia che in un dato momento l'ordine giudiziario ispira ai cittadini*”.²⁵ 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. O problema é ainda mais delicado numa época como a nossa, 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 à sua habitual reserva e discrição.

Bibliografia

- AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV, São Paulo: RT, 1974.
- AMODIO, Ennio. *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XVI(1973):310-339.
- AMODIO, Ennio. *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XVII(1974):373-376.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*. vol. I, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1974.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Ritorno al sistema della prova legale?*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XVII (1974):139-141.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed., Napoli: Jovene, 1928.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *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.
- COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. tomo III, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- CRESCI SOBRINHO, Elcio de. *O juiz e as máximas da experiência*. *Revista Forense*, 296 (out/nov/dez 1986):430-436.

- DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*, New Haven & London, Yale University Press, 1997.
- GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica)*. Milano: Giuffrè, 1945.
- GUASP, Jaime. *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.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomos II e IV, Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. *Revista Forense*, 261 (jan/fev/mar 1978):13-19.
- NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.
- OLIVEIRA, C. A. Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PATTI, Salvatore. *Libero convincimento e valutazione delle prove*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 40(1985):481-519.
- RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975.
- STEIN, Friederich. *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1893, Aalen, Scientia Verlag, 1987.
- TARUFFO, Michele. *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.
- WALTER, Gerhard. *La libre apreciación de la prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial)*, trad. Tomás Banzhaf, Bogotá, Temis, 1985.

22. Cf. Alessandro Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975, pp. 233-234.

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

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

25. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed., § 43, II, Napoli: Jovene, 1928, p. 664.