

Rafael Stefanini Auilo

**A VALORAÇÃO
JUDICIAL DA
PROVA NO DIREITO
BRASILEIRO**

2021

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

A LIBERDADE NA VALORAÇÃO DA PROVA NO LIVRE-CONVENCIMENTO MOTIVADO

4. OS SIGNIFICADOS NEGATIVO E POSITIVO DO LIVRE-CONVENCIMENTO MOTIVADO

O modelo do livre-convencimento motivado é geralmente analisado do seu ponto de vista mais conhecido: o negativo. O significado *negativo* do livre-convencimento motivado é representado pelos limites impostos à liberdade na valoração da prova, quais sejam, critérios de racionalidade e objetividade no juízo valorativo – além do critério de fundamentação já adotado no direito brasileiro –, o que será melhor analisado adiante.¹

Aliás, a adoção pelo ordenamento jurídico de novos parâmetros que estabeleçam a utilização de critérios mais racionais e objetivos na forma como se dá a análise probatória do *decision-maker* é justamente a principal proposta deste trabalho.

Deixando de lado, por ora, a questão do aspecto negativo do livre-convencimento motivado, é importante também a análise e o estudo do aspecto *positivo* do livre-convencimento motivado. O aspecto positivo tem relação com a (necessária) subjetividade que o órgão julgador possui no momento de análise da prova.

Dentro desse aspecto positivo, pode-se destacar a liberdade da prova no tocante à sua admissão, respeitados os limites constitucionalmente garantidos (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LVI).² Quando se fala em liberdade da prova deve-se pensar na admissão livre e aberta, inspirada somente em

1. TARUFFO, Michele. “La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova” in *La prova nel processo civile*, Volume Primo, Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, p. 424.

2. TARUFFO, Michele. “La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova” in *La prova nel processo civile*, Volume Primo, Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, p. 425.

critérios de utilidade da prova para o convencimento do juiz (Código de Processo Civil, artigo 370). Fala-se também em relevância da prova, segundo a qual toda e qualquer prova relevante para o deslinde da controvérsia deve ser admitida, salvo exclusão prevista em norma específica.³

A questão relativa à livre admissão da prova decorre do próprio caráter publicístico do processo, no qual se busca pacificar conflitos com justiça, permitindo-se um melhor acertamento dos fatos.

No ordenamento processual civil brasileiro há inúmeros dispositivos que demonstram essa escolha. Veja-se, por exemplo, os já citados artigos 369 e 370 e também o artigo 371, todos do novo Código de Processo Civil. Eles não fixam qualquer condição processual de tempo, nem mesmo sobre quem tem de requerer a produção da prova (aliás, ela pode ser até produzida de-ofício), não obstante não se possa esquecer de certas limitações preclusivas naturais de um processo não tão flexível como o brasileiro.⁴

Também é possível destacar, como adiante será aprofundado, a liberdade quanto à admissão dos meios de prova. Tal como também disciplina o artigo 369 do Código de Processo Civil, todos os meios de prova são admitidos, ainda que não especificados no próprio diploma legal. Trata-se da clara adoção do sistema da atipicidade das provas. A exceção, claro, fica por conta dos meios *moralmente ilegítimos*.⁵⁻⁶

3. No direito estrangeiro, pode-se citar como exemplo disso o quanto disposto na *rule 402* das *Federal Rules of Evidence* norte-americanas, que dispõe sobre a admissibilidade geral das provas relevantes: “Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible.” Aliás, do quanto se observa do próprio enunciado, há a permissão de exclusão da prova livre em determinadas hipóteses: quando há limitação constitucional ou legal ou até mesmo em razão do quanto decidido pela Corte Suprema norte-americana (in AUTOR DESCONHECIDO, *Rule 402. General Admissibility of Relevant Evidence* in <https://www.law.cornell.edu>, acessado em 28 de setembro de 2015).
4. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, 4ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 209–210.
5. Assim dispõe o referido 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 juiz.”
6. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014, p. 404.

O aspecto *positivo* do livre-convencimento motivado garante uma livre admissibilidade (genericamente considerada) da prova.⁷ A liberdade é a regra; a exceção fica por conta das restrições legais. Esse é o sistema presente no Código de Processo Civil (e também na própria Constituição Federal).

5. A SUBJETIVIDADE NA VALORAÇÃO DA PROVA: A LIBERDADE NA ESCOLHA DOS ELEMENTOS DE PROVA E A AUSÊNCIA DE HIERARQUIA A *PRIORI*

Talvez a característica mais marcante da subjetividade presente no livre-convencimento motivado seja aquela relativa à liberdade que o magistrado tem de escolher, diante do material probatório produzido na demanda, os elementos de prova que formarão sua própria convicção. Não há, de antemão e em tese, uma vinculação a um determinado elemento de prova; não há uma hierarquia entre as provas.⁸ No livre-convencimento motivado (persua-

7. TARUFFO, Michele. “La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova” in *La prova nel processo civile*, Volume Primo, Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, p. 425.

8. Nesse sentido, pode-se citar antigo julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual se decidiu em favor de uma parte que havia apresentado somente uma testemunha para comprovar as suas alegações, mesmo diante de outros numerosos elementos de prova trazidos pela parte contrária (TJ-SP, 1ª Câmara, Apel. n. 244.962, rel. Des. CARDOSO ROLIM, j. 9.9.75, v.u.). No referido julgado, a qualidade do depoimento desta *uma* e única testemunha mostrou-se superior (mais crível e mais verossímil) a todos os outros demais elementos de prova. Pode-se ainda mencionar recente exemplo do próprio Supremo Tribunal Federal: “A preferência do julgador por esta ou por aquela prova inserida no âmbito do seu livre convencimento motivado, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, se pela análise das provas em comunhão estiver convencido da verdade dos fatos” (STF, 1ª T., EDcl no RE n. 656.820-DF, rel. Min. LUIZ FUX, j. 6.12.2011, DJe 1.2.2012, v.u.) No direito italiano, conhecida fonte do direito brasileiro, pode-se citar um precedente da Corte de Cassação italiana, no qual se decidiu também por aqueles elementos de prova considerados mais idôneos (Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, sentença n. 17.097, j. 21.6.10). Em sentido oposto, seguindo uma linha mais pragmática, THEODOLINDO CASTIGLIONE entende que há sim uma certa hierarquia entre as provas e esta foi formada com base nas próprias vivências do foro, nas máximas de experiência dos magistrados (“O livre convencimento do juiz e a hierarquia das provas” in *Doutrinas essenciais do direito civil*, vol. 5, São Paulo, RT, 2010, pp. 1347 e ss.). Contudo, não se pode concordar com essa premissa, pois se trata de verdadeira pré-conceituação dos elementos de prova, o que seria apenas cabível em um ordenamento no qual se concebesse *prima facie* o valor de cada elemento de prova.

são racional), o valor de cada prova deve ser estabelecido caso a caso, sem critérios predeterminados, baseados na análise racional do órgão julgador.⁹

Isso, aliás, decorre do próprio afastamento desse modelo do modelo da prova legal, no qual o valor de cada prova é predeterminado, inclusive no tocante à quantidade de elementos probatórios (tal como outrora sucedera quando duas testemunhas tinham maior valor que uma).

Como já ressaltado oportunamente, o sistema da prova legal (tarifada) não é minimamente compatível com o atual momento do processo civil, com seus escopos programados. A prova legal é um mero reflexo da antiga e superada cultura escolástica e dogmática. O sistema da valoração racional da prova (livre-convencimento motivado) – adotado pelo Processo Civil brasileiro há muito e mantido no novo Código de Processo Civil – impõe uma cultura concreta, indutiva e empírica. Em outros termos, o afastamento do sistema tarifado (e também da íntima convicção) impõe a busca da verdade no processo por meio do método *galileano*, isto é, da tentativa e do erro¹⁰. E toda essa situação impõe a liberdade de escolha do elemento de prova pelo *decision-maker*.

Exemplo legal, presente no novo Código de Processo Civil, é o do artigo 479, que dispõe sobre o valor relativo da prova pericial:

“**Art. 479.** 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.”

O dispositivo destacado deixa claro que o órgão julgador não está adstrito de antemão a nenhuma prova. Ao contrário, sua convicção deve ser formada a partir de todo o conjunto probatório caso não haja nenhuma disposição específica em lei informado o contrário. É nesse sentido que o referido artigo 479 do novo Código de Processo Civil dispõe que o juiz pode levar em consideração na formação de seu convencimento tanto a prova pericial, como qualquer outro elemento probatório.

9. CÂMARA, Alexandre Freitas. “A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do ‘exame de ADN?’” in ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*, Rio de Janeiro/São Paulo, Forense/Método, 2009, p. 18.

10. CAPPELETTI, Mauro. “Problemas da reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas” in MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *O processo civil contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 1994, p. 26.

Em grande parte, o entendimento dos tribunais segue o mesmo sentido, já tendo sido decidido que o magistrado não fica adstrito ao laudo do perito nomeado pelo juízo, podendo formar sua convicção com base em quaisquer outras provas, desde que constantes dos autos.¹¹

Não se quer, claro, simplesmente dizer que *vale tudo*. Não se defende que a prova pericial pode ser rechaçada sem qualquer fundamento. Em verdade, nem ela, nem qualquer outro elemento pode ser aceito ou rechaçado sem fundamento. Todos devem ser analisados *conjuntamente e de forma racional*. É claro que a prova pericial, por ser uma prova técnica, é mais objetiva e, por isso, tem maior possibilidade de convencer o magistrado do que uma prova de cunho subjetivo, como é o caso de depoimentos pessoais e testemunhais. Isso, contudo, não significa que uma seja mais importante que a outra. Veja-se que o magistrado, por exemplo, pode inclusive pedir esclarecimentos ou mesmo determinar uma nova perícia, se assim entender pelo melhor interesse da solução justa ao processo (Código de Processo Civil, artigos 477 e 480).

Na mesma temática, pode-se citar o exemplo do exame de DNA. Embora exista uma tendência a supervalorizar esse tipo de prova pericial¹², principalmente em razão da sua reconhecida probabilidade de acerto (algo próximo de 99,97%), trata-se de elemento que deve ser analisado em conjunto com as demais provas constantes dos autos.

Aliás, nesse diapasão, é importante destacar que o exame de DNA é uma prova científica e, como tal, produz uma certeza científica a qual, diferentemente da certeza matemática, não pode ser comprovada e demonstrada em absoluto (último teorema de FERMAT). Isto é, quando se fala em certezas matemáticas, está-se falando de verdades absolutas, comprovadas por equações que sempre se manterão incólumes, visto tratarem do lógico-abstrato (a

-
11. Nesse sentido: (i) “O sistema processual vigente no direito pátrio brasileiro é informado pelo princípio do livre convencimento do juiz e da persuasão racional, de forma que o julgador não é obrigado a adotar o laudo do perito oficial, podendo fundamentar sua decisão em quaisquer outras provas constantes dos autos”. (STJ, 1ª T., AgRg no REsp n. 1.091.618-GO, rel. Min. LUIZ FUX, j. 14.12.2010, DJe 17.12.2010, v.u.); e (ii) “O laudo pericial, como todas as provas, tem valor relativo e deve ser avaliado em harmonia com as demais.” (RT 715/241).
 12. A tendência é encontrada tanto na doutrina (RASKIN, Salmo. “A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI” in OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. (coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como prova da filiação*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp. 319 e ss.), quanto na jurisprudência (STJ, 4ª T., REsp. n. 226.436-PR, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 28.6.2001, DJ 4.2.2002, v.u.).

soma do quadrado dos catetos é igual ao quadrado da hipotenusa). Por seu turno, quando se fala em certezas científicas, está-se lidando com o mundo físico-experimental (presente a ideia de certeza por aproximação).¹³ Importante o destaque para desconstruir a falsa premissa adotada por aqueles que supervalorizam o DNA enquanto prova absoluta: o DNA é um elemento de prova importantíssimo, mas deve ser analisado em conjunto com as demais provas e não como uma prova que resolve toda e qualquer questão.¹⁴

Além disso, como é possível encontrar na própria literatura científica, a possibilidade de o procedimento de realização do exame ser feita de modo equivocado – inclusive com chances de contaminação de amostras – é bastante razoável, a ponto de também se questionar não somente o resultado do exame de DNA enquanto certeza científica, mas também a própria forma de processamento da prova.¹⁵ Em outros termos, a possibilidade de ocorrência do erro humano também deve ser levada em consideração quando da análise do exame de DNA.

Mesmo a conhecida súmula n. 301 do Superior Tribunal de Justiça¹⁶, que em uma leitura rápida pode induzir o intérprete a concluir que o exame de DNA é absoluto, confirma que referida prova pericial tem “apenas” considerável importância. Referida súmula pode levar à conclusão que o exame de DNA não é a *prova de todas as provas*: a sua recusa pelo sujeito do processo induz presunção *juris tantum* (cabível a prova em contrário, embora invertido o ônus probatório) e não *juris et de jure*.¹⁷ Caso o exame de DNA fosse realmente a *prova de todas as provas*, a presunção de sua recusa certamente viria a ser considerada *absoluta*. Ademais, os julgados que deram origem à citada súmula também destacam que aquele que quer ver ser reconhecida a relação de paternidade tem também o ônus de demonstrar minimamente,

13. SINGH, Simon. *O último teorema de Fermat*, trad. port. Jorge Luiz Calife, 4ª ed., Rio de Janeiro, Record, 1999, pp. 41–42.

14. VELOSO, Zeno. “A sacralização do DNA na investigação de paternidade” in OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. (coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como prova da filiação*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 387.

15. THOMPSON, William. *DNA testing and human error* in <http://www.theage.com.au/articles/2003/12/10/1070732280097.html>, acessado em 10 de abril de 2017.

16. Assim dispõe a mencionada súmula: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.”

17. VELOSO, Zeno. “A sacralização do DNA na investigação de paternidade” in OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. (coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como prova da filiação*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 387.

por meio de provas indiciárias, a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai biológico.¹⁸

Por essas razões também, o próprio exemplo do DNA confirma que o livre-convencimento motivado (persuasão racional), enquanto modelo-ótimo de valoração da prova, permite – de forma bastante acertada – que o magistrado não fique adstrito especificamente a uma ou outra prova já de antemão, concedendo-lhe a liberdade (e, principalmente, o dever) de análise do conjunto probatório como um todo. No livre-convencimento motivado, o magistrado não é um mero homologador de provas – muito menos de laudos periciais.¹⁹

O próprio artigo 371 do Código de Processo Civil²⁰, o mais importante dispositivo legal relacionado ao livre-convencimento motivado (persuasão racional), expõe a ideia de um regime pelo qual o órgão julgador não tem sua convicção aprioristicamente presa a nenhuma valoração imposta pela lei. Ao contrário, entende-se que ele é livre para formar sua convicção a partir de qualquer das provas dos autos, exigindo-se em contrapartida expressamente o dever de fundamentação – o qual é importante, mas insuficiente para garantir uma maior racionalidade e objetividade das decisões jurisdicionais. É nessa toada, inclusive, que o presente trabalho sugere a complementação do dever de fundamentação com a adoção, pela lei, de duas técnicas do processo de formação do convencimento (a aplicação de critérios probabilísticos na

-
18. Nesse sentido: “Apesar da Súmula 301/STJ ter feito referência à presunção *juris tantum* de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudenciais que sustentaram o entendimento sumulado define que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai.” (STJ, 3ª T., REsp. n. 692.242-MG, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 28.6.2005, DJ 12.9.2005, p. 327). Aliás, esse é o mesmo entendimento que se adota em caso de aplicação de um dos efeitos da revelia, qual seja, o da presunção de veracidade das alegações do autor: é certo que o órgão julgador não deve tomar a palavra do autor se desprovida de qualquer razoabilidade, ainda que haja presunção militando em seu favor; exemplo clássico é aquele do autor que alega ter sido abalroado por outro carro que transitava a mais de 120km/h em plena Avenida Vinte e Três de Maio, às 18h de um dia útil em véspera de feriado.
 19. CÂMARA, Alexandre Freitas. “A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do ‘exame de ADN?’” in ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*, Rio de Janeiro/São Paulo, Forense/Método, 2009, pp. 18–21.
 20. “Art. 371. 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.”

análise da prova e a utilização de *standards* probatórios); essas duas técnicas são imprescindíveis para garantir que a valoração da prova ocorra da forma o mais racional possível.

No entanto, embora o referido artigo 371 do Código de Processo Civil deixe clara a opção do legislador em permitir que o magistrado possa analisar e escolher livremente os elementos de prova que comporão seu convencimento, a análise de todo o sistema processual acaba por trazer exceções à referida regra.

O sistema processual civil – e mesmo de direito material – ainda preserva vestígios do modelo tarifado de valoração da prova (prova legal), pelo qual a lei antecipadamente dá ao juiz o valor que uma determinada prova deve gerar em seu convencimento ou, ainda, exclui a possibilidade de que se possa valorar aquela prova de um determinado jeito.²¹

Nessa senda, não se pode dizer que essa liberdade é absoluta. A despeito da questão da valoração da prova por meio de critérios racionais – limitador da liberdade na análise das provas que é exatamente proposto por este trabalho –, a própria existência de situações decorrentes de opções políticas do legislador quanto ao modelo da prova legal impõe certa objetividade no momento da escolha dos elementos de prova, destacando-se aquelas provas que terão maior aptidão dentre as demais para provar determinado fato.²²

Exemplo importante de manutenção de alguns aspectos do modelo da prova legal – ainda na questão da prova técnica, que sempre desperta paixões – é aquele relacionado à necessidade de produção de prova pericial, quando somente seja capaz de trazer os elementos necessários para a correta compreensão da causa. Em senso contrário, está a liberdade de valorar a prova pericial produzida nos autos em conjunto com os demais elementos de prova também neles constantes.

-
21. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. “Comentário ao artigo 371” in MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, São Paulo, RT, 2016, pp. 177–178.
 22. TARUFFO, Michele. “La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova” in *La prova nel processo civile*, Volume Primo, Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, p. 426. Aliás, interessante destacar nessa temática que, em razão da própria adoção do livre-convencimento motivado enquanto modelo de valoração da prova, não há que se falar em hierarquia entre as provas (perspectiva vertical), mas sim de maior aptidão de um meio de prova ou de outro (perspectiva horizontal) (cf. FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, São Paulo, RT, 2014, p. 75).

Ainda nos exemplos, pode-se citar as presunções legais absolutas, pelas quais a prova do fato é irrelevante, porque a convicção judicial é predeterminada em norma legal.

A proibição do emprego da prova testemunhal também segue o mesmo sentido, consoante o disposto nos artigos 442 a 444 do novo Código de Processo Civil.

Oportuna a conclusão parcial de que não há, *a priori*, qualquer delimitação legal sobre a escolha do elemento de prova pelo magistrado na formação de seu convencimento, embora existam ainda alguns resquícios do sistema da prova legal, implicando a adoção de valores predeterminados em lei em hipóteses excepcionais.

A ausência de todo e qualquer critério racional, permitindo-se a livre escolha indiscriminada pelo *decision-maker* no momento de decidir as questões que a ele são levadas é totalmente repudiada por este trabalho. No entanto, não se nega a incindível e mesmo necessária liberdade do magistrado no trato da prova.

6. PROVAS ATÍPICAS

O Código de Processo Civil, ao longo de inúmeros dispositivos relacionados ao direito probatório, prevê alguns meios de prova, disciplinando-os com menor ou maior detalhamento, como no caso da prova documental, da prova oral e da prova pericial. No entanto, isso não significa dizer que somente os meios de prova ali previstos sejam os aceitos no ordenamento jurídico, de modo a compor um sistema bastante fechado quanto à admissão das provas. Ao contrário. O próprio artigo 369 do referido diploma legal deixa em aberto a questão da maneira pela qual se dará a aquisição da prova – não estando o procedimento de aquisição da prova previsto em lei, o meio de prova será atípico.

Pode-se definir como prova atípica aquela prova produzida de forma “diversa” dos tipos e métodos legais previstos em lei. Isso significa dizer que a atipicidade não decorre somente da sua assunção por meio de prova não previsto em lei, como também pode advir (respeitados os limites da ilicitude da prova e da prova legal) da assunção de uma prova decorrente de uma fonte prevista em lei, mas por meio de um método diverso daquele disciplinado no ordenamento.²³

23. CANESTRELLI, Serena. *Istruzione probatoria e libero convencimento del giudice*, tese de doutorado, Università degli Studi di Milano–Bicocca, 2010, p. 187.

Arquétipos não faltam com relação à atipicidade das provas. São exemplos de provas atípicas, muitas vezes encontradas na prática forense, (i) a inquirição de testemunhas técnicas, (ii) o comportamento processual da parte²⁴ e (iii) a declaração por escrito de terceiros que não tenham prestado depoimento. Aliás, seguindo o duplo conceito de prova atípica, pode-se citar (iv) a inquirição da própria parte para esclarecimentos a partir de um pedido dela própria.

As provas atípicas têm estrita correlação com o livre-convencimento motivado, enquanto instituto que garante não seja impedido o convencimento judicial por meios que o legislador não poderia ter imaginado, contribuindo diretamente para uma melhora no grau de esclarecimento dos fatos²⁵ – premissa indiscutivelmente necessária para a consecução dos escopos da jurisdição.

A atipicidade das provas é mais uma característica presente no aspecto subjetivo do livre-convencimento motivado (e inerente ao próprio modelo de convencimento). Ou seja, se vige a liberdade na admissão das provas, nada mais congruente do que aceitar também a possibilidade de serem trazidas aos autos (meios de) provas que eventualmente a lei não tenha tipificado – o limite ficará por conta da própria possível ilicitude da prova atípica apresentada.²⁶

Ato contínuo, mais que a própria livre admissão da prova, deve-se destacar que a prova atípica também pode (e deve) ser apreciada livremente em conjunto com os demais elementos de prova – não há hierarquia prevista em lei, havendo no máximo casos em que há maior aptidão de um meio de prova em comparação a outro. O valor que será dado à prova atípica depen-

24. RIGHI, Ivan. “Eficácia probatória do comportamento das partes” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 20, Curitiba, UFPR, 1982, p. 1, *passim*.

25. FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, São Paulo, RT, 2014, pp. 59 e ss.

26. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, pp. 106–107. Aliás, importante destacar que a ilicitude da prova atípica pode decorrer até mesmo se no momento de sua formação houve a violação de uma norma. No mais, independentemente do contraditório ser respeitado no momento da formação da prova atípica, fato é que posteriormente, antes de sua valoração judicial, a cláusula do devido processo legal deve ser observada. A parte atingida pela prova atípica produzida deve ter ampla oportunidade de impugnar sua admissão e de se contrapor à sua valoração, devendo – em respeito à *parità delle armi* – ser garantido a ela o direito de utilizar uma prova (típica ou atípica) em relação ao mesmo fato (*cf.* MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2015, pp. 294–295).

derá de uma análise do caso concreto pelo juiz – o que ocorreria também com relação a qualquer outra prova típica. A Constituição Federal (artigo 5º, inciso LVI) e o novo Código de Processo Civil (artigo 369), não obstante não sejam primorosos em sua redação, preveem essa possibilidade.²⁷

Diante da adoção do modelo do livre-convencimento motivado, não há como se estabelecer qualquer grau hierárquico com relação às provas tipificadas, bem como com relação às provas atípicas – seja com relação a elas próprias, seja em comparação delas com as provas típicas. Qualquer prova (lícita) se presta ao convencimento do julgador quanto à ocorrência, modo-de-ser ou não ocorrência de um determinado fato. A liberdade do magistrado somente é limitada em razão dos critérios objetivos adotados pela lei.²⁸

Nesse sentido, é importante o destaque de antigo, mas interessante julgado do Supremo Tribunal Federal que, ao analisar causa penal, assim assentou:

“Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexa com o fato a ser provado seja lógico e próximo.”²⁹

O que mais importa para o livre-convencimento motivado não é qual o meio de prova utilizado ou se sua produção seguiu as regras predefinidas na lei em termos de ordem cronológica ou de procedimento. O que importa para o livre-convencimento motivado é se aquela prova (típica ou atípica) foi produzida seguindo os ditames da cláusula geral do devido processo legal e de todas as outras garantias constitucionais, isto é, se a prova é ou não lícita, bem como se ela será ou não valorada por meio de critérios racionais. Não havendo que se falar em ilicitude da fonte ou do meio de prova, pode-se e deve-se aceitar qualquer elemento que seja capaz de elucidar melhor a questão colocada em juízo.

27. SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, t. I, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 242.

28. Exatamente por isso, propõe-se, *de lege ferenda*, a adoção cumulativa de outros critérios limitadores que não aqueles já previstos em nosso ordenamento jurídico, conforme se verá no capítulo “VII. UMA PROPOSTA COMPLEMENTAR AO MODELO OBJETIVO DE CORROBORAÇÃO DAS HIPÓTESES FÁTICAS”.

29. STF, 2ª T., HC n. 70.344-RJ, rel. Min. PAULO BROSSARD, j. 14.9.1993, DJ 22.10.1993, v.u.

A prova ilícita é qualquer demonstração de fato obtida por meio contrário ao direito, seja no que se relaciona à fonte de prova, seja no que toca ao meio de prova. O reflexo processual da ilicitude da prova é exatamente a absoluta ineficácia da prova realizada de forma contrária ao direito. A situação, aliás, é reputada tão grave que se adota muitas vezes a teoria do fruto da árvore contaminada, segundo a qual a prova lícita derivada de prova ilícita também deve ser considerada ilícita.³⁰

7. OS ELEMENTOS EXTRAJURÍDICOS DO RACIOCÍNIO JUDICIAL

O caminho intelectual na formação da convicção do juiz em grande parte não é regulado por normas, nem mesmo baseado em critérios ou fatores *exclusivamente* jurídicos.³¹ Essa é uma constatação que não tem como ser negada, ainda mais quando se fala do livre-convencimento motivado – e isso tem seus benefícios e malefícios (que podem justamente ser minimizados ou extintos por meio de uma correta aplicação de critérios racionais de controle da formação da convicção judicial).

O livre-convencimento motivado garante ao magistrado não só a opção de dar o valor que melhor entender a cada elemento de prova (repisa-se que já há limitações para isso, tal como a própria prova legal ou a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, assim como outras que são propostas neste trabalho), como também de certa forma abre espaço para que ele, enquanto ser humano, profira decisões imbuídas de possíveis sentidos comuns e experiências anteriores.³²

Não é demais ressaltar que o raciocínio judicial é o caminho percorrido pelo órgão jurisdicional no processo de subsunção da norma ao fato e este processo *per se* já é muito mais complexo do que um simples silogismo.³³ Ele é formado pela interpretação dos fatos e das normas jurídicas capazes

30. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, pp. 54–56.

31. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, vol. I, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1980, trad. port. Cândido Rangel Dinamarco, *Manual de direito processual civil*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 218–219. Nesse mesmo sentido: WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 68.

32. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 13. Nesse mesmo sentido: CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 489 e ss.

33. WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 68.