

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
THAYZA MATOS MOREIRA**

**A DESVALORIZAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL E OS REFLEXOS NO  
DIREITO À PROVA: análise da admissibilidade à valoração**

**Juiz de Fora  
2016**

**THAYZA MATOS MOREIRA**

**A DESVALORIZAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL E OS REFLEXOS NO  
DIREITO À PROVA: análise da admissibilidade à valoração**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Professora Doutora Clarissa Diniz Guedes.

**Juiz de Fora  
2016**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**THAYZA MATOS MOREIRA**

## **A DESVALORIZAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL E OS REFLEXOS NO DIREITO À PROVA: análise da admissibilidade à valoração**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientadora: Professora Doutora Clarissa Diniz Guedes

---

Professor Doutor Márcio de Carvalho Faria

---

Mestranda Laís Almeida de Souza Lopes

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 02 de dezembro de 2016

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à professora Clarissa Diniz Guedes, minha orientadora, por toda solicitude que, por meio das indicações bibliográficas e do auxílio prestado a mim, tornou este trabalho possível.

Agradeço também aos meus pais, Consuelo Aparecida Matos Moreira e Jobson Henrique Moreira, por terem me amparado em todos os momentos de minha vida e por sonharem este sonho comigo. À Thayrine Matos Moreira e ao Francisco das Chagas Martins da Silveira Neto por fazerem esta trajetória muito mais feliz.

Também não posso deixar de me sentir grata aos amigos que dividiram comigo as emoções do dia-a-dia na UFJF, que agora cumprimento nas pessoas da Thaís Cristine de Sousa e Edilaine de Paula Ribeiro. Também agradeço aos companheiros de estágio na Turma Recursal da Subseção Judiciária da Justiça Federal de Juiz de Fora por contribuírem com meu desenvolvimento profissional.

Por fim, agradeço à Nossa Senhora, pela proteção que sempre recebo. O caminho trilhado com fé é muito mais satisfatório!

## **RESUMO**

O presente trabalho se dedica a analisar a desvalorização da prova testemunhal e os consequentes prejuízos no direito à prova. Para tanto, far-se-á um estudo das limitações probatórias atinentes à prova testemunhal impostas pela legislação brasileira. Em seguida, promover-se-á a observação crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a fim de se demonstrar que a atual interpretação conferida a estes dispositivos limitadores da utilização da prova testemunhal conduz à desvalorização deste meio de prova e à afronta ao próprio sistema da persuasão racional; além de produzir cerceamento de defesa e confusão entre os planos da admissibilidade e valoração da prova.

Palavras-chave: processo civil, direito à prova, prova testemunhal, limitações probatórias, persuasão racional.

## ***ABSTRACT***

The present work is dedicated to analyzing the devaluation of the testimonial evidence and the consequent damages in the right to the test. Therefore, a study of the evidential limitations related to the testimonial test imposed by the Brazilian legislation will be made. Next, a critical observation of the jurisprudence of the Superior Court of Justice will be promoted in order to demonstrate that the current interpretation of these devices that limit the use of testimonial evidence leads to the devaluation of this evidence and to the affront to the very system of persuasion rational; In addition to producing defense and confusion between the plans for admissibility and assessment of evidence.

Keywords: civil process, right to proof, testimonial evidence, probationary limitations, rational persuasion, defense restraint.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA .....	09
2.1 A função mista da prova: demonstrativa e persuasiva .....	09
2.1 O direito à prova como direito fundamental .....	11
3. A PROVA TESTEMUNHAL .....	14
3.1 Da sua natureza essencialmente oral .....	14
3.2 A testemunha .....	15
3.3 O estigma da prova testemunhal .....	15
4. LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS .....	19
4.1 A função das limitações probatórias .....	19
4.2 Limitações probatórias quanto à admissibilidade .....	21
5. O ENTRELACAMENTO DAS FASES DE ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO .....	23
5.1 Fases da produção probatória: admissão, produção e valoração .....	23
5.2 Sobre a valoração das provas .....	24
5.3 A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: Uma análise da aplicação do princípio do livre convencimento motivado .....	26
5.4 Juiz como destinatário da prova e a relação com o cerceamento de defesa .....	28
6. CONCLUSÃO .....	34
REFERÊNCIAS .....	36

## 1. INTRODUÇÃO

Quando um cidadão se encontra diante de uma situação em que julga estar ocorrendo lesão de algum direito que lhe pertence, notadamente irá cogitar, dentre as possíveis soluções, do ingresso com uma ação judicial.

Caso verdadeiramente venha a optar por esse caminho, encontrará as portas do judiciário abertas. É o que lhe assegura a Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV. Também é verdadeiro que este mesmo cidadão tem plena fé de sair vitorioso em sua pretensão.

De igual maneira, seu adversário processual também buscará a vitória de suas pretensões. E diante desse jogo de interesses a prestação jurisdicional deverá proporcionar-lhes a segurança de obter uma decisão justa.

Nesta medida, é indissociável a aplicação dos estudos sobre a verdade no processo civil. É por isso que se consagra a necessidade de revelar a verdade dos fatos<sup>1</sup>.

Diante dessa preciosa função do processo, a prova se apresenta como uma parte essencial para alcançar tal fim. Isto porque será por meio da atividade probatória que todas as partes em litígio terão a oportunidade de demonstrar a veracidade de suas afirmações e, por decorrência, a procedência de suas pretensões ou defesas. Além disso, a prova também fornece a oportunidade de atuar diretamente na formação do convencimento do magistrado, que é quem decidirá a questão controversa.

Além de suas precípuas funções, a saber: demonstrativa e persuasiva, a prova também se consagra como direito fundamental, pois o direito à prova é indispensável à concretização do contraditório, em sua dimensão substancial. Uma vez que a doutrina<sup>2</sup> apresenta que o contraditório não pode apenas ensejar o direito de *ser ouvido*, mas também deve assegurar que a parte tenha o espaço e a oportunidade de agir de modo a influenciar na

---

<sup>1</sup> Michele Taruffo alerta que “a própria ideia de *verdade judicial* pode parecer vaga, confusa e duvidosa. Um argumento de vagueza e de dúvida é inerente ao próprio conceito de *verdade judicial*. Uma corrente bastante difundida sustenta que a *verdade judicial* deve se distinguir das verdades *ordinárias* ou *normais* que podem ser buscadas e alcançadas fora do contexto judicial. A verdade que pode ser alcançada nesse contexto é definida como *formal* ou *convencional* e é concebida, por várias razões, como uma verdade bastante diferente da verdade judicial ou extrajudicial: porque os processos judiciais constituem um contexto muito especial; porque as partes e o juiz não podem se valer de qualquer meio possível para buscar a verdade [...]; e também porque não de abandonar a busca pela verdade quando a necessidade de alcançar uma solução final para o litígio se sobrepuser à necessidade de coletar provas adicionais”. TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, cap. 1, C, p. 23.

<sup>2</sup> DIDIER JÚNIOR. Fredie. **Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. v. 1, pp. 56-60.



formação da convicção do juiz. Logo, se o direito à prova é indispensável à realização de um direito fundamental, não há que se negar a natureza fundamental do próprio direito à prova.

Ressalta-se que não há em nossa legislação qualquer imposição de hierarquia entre os meios de prova - pelo contrário, o artigo 371 do Código de Processo Civil garante a livre persuasão racional - e que, como se demonstrará neste trabalho, as partes gozam de liberdade probatória, desde que optem por uma atuação lícita (artigo 369 do Código de Processo Civil).

Porém, como qualquer outro direito, a prova poderá sofrer restrições na medida em que o processo deve assegurar também outros direitos. Por isso, ao optar por algumas limitações ao direito à prova não se vislumbra, em uma análise superficial, a ocorrência de qualquer prejuízo para as partes em um processo.

Todavia, pretende-se demonstrar neste estudo que as limitações impostas à prova testemunhal advêm de uma desvalorização a que o legislador submete este meio probatório. O que, conseqüentemente ocasionará ofensa ao direito à prova, cerceamento de defesa e outros prejuízos à prestação jurisdicional justa.

Ao avançar das páginas serão aos poucos apresentados esses prejuízos. Mas, é primordial que se esclareça que, em que pese a existência de inúmeras formas de limitação probatória, este trabalho busca estudar a limitação advinda do fato de que o juiz já se considera convencido por outros meios de prova e, por isso, inadmite a produção da prova testemunhal<sup>3</sup>. A luz desse objetivo e para atingir a comprovação de que há vícios na admissibilidade e na valoração da prova testemunhal, este trabalho divide-se em quatro partes.

O capítulo a seguir foi desenvolvido para expor os marcos-teóricos fundamentadores deste estudo. Assim, a primeira parte aborda a apresentação da relação de complementariedade das funções da prova, quais sejam: argumentativa e persuasiva. Em seguida, revela-se que este trabalho entende que o direito à prova é direito fundamental.

A segunda parte direciona o estudo do direito à prova para a compreensão das peculiaridades existentes na prova testemunhal. Essa especificação se faz necessária pois este meio de prova é o objeto deste estudo.

Em seguida encontra-se um capítulo que permite a aproximação com a hipótese aqui defendida. Ao tratar das *limitações probatórias* há o intuito de revelar vícios de interpretação das normas brasileiras aptos a acarretaram prejuízos aos jurisdicionados.

---

<sup>3</sup> Assim, outras formas de limitação do direito à prova serão apresentadas de maneira mais geral, visto como esta abordagem se faz necessária já que intimamente ligada ao tema da desvalorização da prova testemunhal. Todavia, este estudo não busca esgotá-las em razão do objetivo específico se concentrar não em uma limitação legal, e sim, em uma limitação de natureza jurisprudencial.

Por fim, no último capítulo se dará o enfrentamento da questão-problema para comprovar que a desvalorização da prova testemunhal gera cerceamento de defesa e confusão das fases probatórias de admissão e valoração por meio de estudo jurisprudencial.

E, assim, inevitavelmente concluir-se-á que as limitações probatórias são apenas diretrizes para o magistrado, que diante da superação do *sistema de provas legais*, deve utilizar de sua liberdade de valoração (limitada pelas provas dos autos e por fundamentação calcada em parâmetros lógico-rationais) como mecanismo de solução da demanda. Somente dessa maneira se concretizará o princípio da persuasão racional.

## 2. DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

O estudo sobre a prova necessita de antemão da identificação de como a atividade probatória é apresentada para o processo civil e seus agentes (sobretudo as partes e o juiz) dentro do ordenamento pátrio. Sendo assim, este trabalho pretende o estudo do tema, sem a pretensão de esgotá-lo, com filiação a dois marcos-teóricos, a saber: a função da prova possui natureza demonstrativa e persuasiva, visto como são funções complementares; e o direito à prova como direito fundamental.

### 2.1 A função mista da prova: demonstrativa e persuasiva

Inicialmente, deve ser observado que diante das teorias acerca da função da prova, este trabalho se filia ao entendimento de que não há como se dissociar a função demonstrativa da função persuasiva. Vejamos.

No que concerne à função demonstrativa (ou confirmatória) da prova ressalta-se que para tal corrente a prova serviria à busca da verdade de uma dada hipótese. Já a função persuasiva (ou argumentativa) defende que a prova permite construir o entendimento daquele que resolverá a demanda.

Isto porque, consoante se aquilata das lições de Michele Taruffo<sup>4</sup>, a primordial função da prova (demonstrativa) revela-se quando a prova é colocada como o instrumento da busca da verdade, sendo este o propósito da atividade judicial. Todavia, tal função não era recebida com totalidade entre os estudiosos. Assim, surge nova teoria sobre a função da prova, que passa a ser concebida sob o enfoque de que a função primordial do processo não é a busca da verdade real mas sim a pacificação social. Com isso, o interesse na solução da controvérsia é unicamente das partes em litígio, logo, a prova serve para satisfazer em juízo pretensões particulares.

Todavia, é necessário que sejam dadas as devidas ênfases às contribuições mais relevantes advindas de uma e outra teoria. No que tange à função demonstrativa, há que se jogar luz sobre a grande importância do processo alcançar a verdade dos fatos, pois não há como se falar em decisão justa sem que essa decisão seja reflexo da revelação da verdade.

---

<sup>4</sup> TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, cap. 1, B, pp. 20-23.

Além disso, não se pode admitir que haja uma verdade processual (verdade judicial, formal ou convencional) produzida apenas para o processo e que em nada ou em pouca medida se aproxima da verdade real (ordinária, normal ou extrajudicial). Tal hipótese permitiria que as partes fossem livres para produzir suas próprias verdades com o intuito de conquistarem suas pretensões. Assim, é salutar que a atividade probatória não se desconecte da Teoria do Processo quanto a sua função de trazer à tona a verdade real.

Sobre a função persuasiva, há que se garantir que as partes possam, mediante a submissão ao contraditório efetivo e participativo, obter a elucidação das questões postas em juízo a fim de que influam francamente na formação da convicção do magistrado. E assim é por ser necessário que dentro do procedimento judicial seja assegurado às partes o direito de alegarem e, conseqüentemente, provarem tudo que for relevante e afeto à sua pretensão ou defesa.

Assim, o conceito de função da prova não pode ser tido unicamente como a busca pela verdade. É necessário que se atinja a pacificação dos conflitos, e para tal o uso da função argumentativa fornece ao juiz base apreciativa apta a permitir que se construa uma relação racional entre as provas e a decisão final. Tal relação viabiliza maior afinidade das partes com a sentença.

Nicolás Guzmán expressa com clareza a importância da função argumentativa da prova ao estabelecer que não basta que as provas busquem alcançar a verdade, é preciso que se reconheça a dimensão retórica da argumentação que se demonstra na função de convencer o juiz da veracidade das alegações.<sup>5</sup>

Portanto, não há como compreender que cada instituto ou atividade tenha apenas uma função. Quando analisamos a utilidade da prova dentro do processo ressaí que, apesar da busca pela verdade ser precipuamente relevante - dado que uma atividade probatória que feche os olhos à verdade não será apta a resultar uma decisão justa -, ao mesmo tempo é impensável que essa mesma atividade probatória possa ocorrer sem espaço para “influxos argumentativos”<sup>6</sup>, já que a prestação jurisdicional realizada pelo magistrado, quando da avaliação das provas dos autos, ainda que limitada às alegações das partes, funda-se em

---

<sup>5</sup> GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 4.

<sup>6</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel de; GUEDES, Clarissa Diniz. **Apontamentos sobre a finalidade da prova e o Novo CPC**, p. 10, Gentilmente cedido antes da publicação pelos autores.

percepções e interpretação. O que, ao final, permite que o próprio juiz conquiste razões para decidir.

Sobre a inegável relação de complementariedade das funções expostas, esclarece-nos Clarissa Diniz Guedes que:

Ainda, o fato de se sustentar determinado propósito ou finalidade de um instituto ou de uma atividade não excluiu a existência de outros propósitos ou finalidades. Por isso pode-se objetar, apesar da precípua finalidade demonstrativa da prova, que o elemento argumentativo não tem como ser excluído da atividade probatória. Com esta afirmação, não se está a propugnar a índole exclusivamente persuasiva da prova, cuja função principal é, sem dúvida, permitir o esclarecimento da verdade dos fatos afirmados em juízo. Deve ser admitido, porém, que a delimitação dos fatos, tal como feita nas peças postulatórias (fundamentalmente: a petição inicial e a contestação no processo civil, e as peças de acusação e defesa no processo penal), sofre consideráveis influxos argumentativos, o que também ocorre no curso da atividade probatória.<sup>7</sup>

Com efeito, este trabalho partirá desta perspectiva, qual seja: de que a função da prova se forma da complementariedade das funções demonstrativa e persuasiva. Mas não só, pois também se utiliza como marco teórico a perspectiva de que o direito à prova se revela um direito de natureza fundamental.

## 2.2 O direito à prova como direito fundamental

O direito à prova surge como corolário de direitos fundamentais já há tempos constitucionalizados, quais sejam: o princípio do devido processo legal, bem como contraditório e ampla defesa<sup>8</sup>.

Ora, como é possível que dentro de uma Teoria do Processo haja espaço para a defesa da existência de um processo justo sem o devido reconhecimento da necessidade de proteção a uma atividade probatória garantidora da busca pela verdade e da submissão dos elementos de prova ao contraditório e à ampla defesa, permitindo que as partes possam provar suas alegações, bem como se defender das alegações da parte contrária? Como a negativa da natureza fundamental do direito à prova permitiria conquistar um processo justo, ou mesmo

---

<sup>7</sup> GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias**. Tese de doutorado. Orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo, USP, 2013, p. 65.

<sup>8</sup> Sobre a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e atuação do juiz em sua concretização em detrimento do formalismo: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/artigos/Carlos%20A20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/artigos/Carlos%20A20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 30 de outubro de 2016.

uma sentença justa? Parece clara a importância da prova para o procedimento judicial, pois, como já defendido por Michele Taruffo<sup>9</sup> “um procedimento no qual os Tribunais nem sequer tentam chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto”.

Assim, diante de um Estado Democrático de Direito é impossível se dissociar a proeminência da prova para o deslinde da questão posta em juízo, na medida em que será ela o instrumento ou atividade que permitirá a concretização do resultado justo do processo, bem como permitirá que seus destinatários (partes e juiz) possam viabilizar a justiça quando da sentença.

Consoante nos apresenta Leonardo Greco<sup>10</sup>:

A eficácia imediata e concreta dos direitos subjetivos reconhecidos pela lei, de que é expressão o §1º do art. 5º da Carta Magna, somente se realiza com o abandono de regras probatórias abusivamente limitadoras da busca da verdade objetiva, pois o direito material não pode dar com uma mão e o processo tirar com a outra, ou seja, o direito material não pode reconhecer determinado direito a quem provar determinado fato e o direito processual impedir que o interessado prove em juízo a existência desse fato.

Assim, o processo (e por consequência a atividade probatória) se mostra o método pelo qual é possível se concretizar os direitos fundamentais. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>11</sup>:

Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considera-lo como direito constitucional aplicado.

Diante da importância atual sobre a necessidade de um contraditório mais participativo, bem como a ampla defesa assegurada com maior plenitude, há que ser superada a concepção de que o juiz é o único destinatário das provas. Afinal, é indubitável que o exercício do direito à prova encontra função primordial na atuação influente das partes na convicção do juiz.

---

<sup>9</sup> TARUFFO, Michele. *Op. Cit.*, p. 22.

<sup>10</sup> GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil*. 2002, p. 4.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Op. Cit.*, p. 2.

Diante dessa nova perspectiva, ressaltamos marcante diferença no que se refere à admissibilidade das provas, já que não se pauta apenas no magistrado subjetivamente, sua essencialidade se ligará à pertinência<sup>12</sup> do meio de prova para que se deferira ou não sua produção, mediante a análise de sua relevância<sup>13</sup> para o deslinde da questão. Outrossim, caso haja dúvidas<sup>14</sup> sobre a pertinência da produção probatória deverá o juiz, sem embargo, deferi-la, pois, não se pode aduzir que esta se destina unicamente ao magistrado, não há razão para a defesa de tal pensamento. O processo é dinâmico justamente em razão do ônus das partes em demonstrarem a veracidade de suas alegações. Logo, em que pese o magistrado ser o personagem processual que carrega a responsabilidade de fazer a admissão e a valoração dos elementos de prova, não é possível se olvidar da importante tarefa da qual as partes se incumbem, qual seja, a de atuarem dentro dos parâmetros oferecidos pelo ordenamento influenciando no convencimento do juiz sobre suas pretensões.

E como instrumento para a concretização dessa atuação probatória o ordenamento apresenta expressamente o princípio da liberdade dos meios de prova (artigo 369 do Código de Processo Civil) e, de forma complementar, também positiva o princípio da livre persuasão racional (artigo 371 do Código de Processo Civil). Todavia é necessário que se compreenda que tais princípios são, em verdade, emanações do direito fundamental à prova, visto como tal direito é corolário das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Isto posto, temos aqui o segundo marco-teórico que ilumina este trabalho: o direito à prova como garantia fundamental. E, sobre tal perspectiva, há que se ressaltar que a Constituição consagra princípios de maneira explícita e implícita. Dessa forma, ainda que não conste formalmente no teor da Carta Magna, consoante se observa do disposto no art. 5º, LXXVIII, §2º, CRFB/88, “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”. Portanto, diante da exposição feita acima de que o direito à prova é corolário dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, corroborado pelo supracitado dispositivo constitucional, fica evidenciado a natureza fundamental do direito à prova.

---

<sup>12</sup> Ressalta-se que o uso da expressão *pertinência* para se referir à admissibilidade da prova se relaciona, na verdade, à pertinência do fato que se pretende provar com aquele meio de prova. Ou seja, pertinência é a relação entre aquele fato que se pretende provar com aquele meio de prova e a questão controvertida em juízo.

<sup>13</sup> É preciso deixar claro que a relevância ocorrerá sempre em abstrato. O juiz analisa a relevância da prova hipoteticamente. Assim, a relevância é a potencialidade que a prova tem de demonstrar um fato útil à solução jurídica do processo. Por ser uma potencialidade o juiz não tem que analisar se a prova tem uma tendência a demonstrar ou não esse fato com base em seu subjetivismo, basta que aquela prova possa servir teoricamente para demonstrar aquele fato que ela é relevante.

<sup>14</sup> SENTIS MELENDO, Santiago. **La prueba**. Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1978, p. 183.

Todavia, mesmo após o reconhecimento do direito à prova como direito fundamental, é necessário salientar que este, assim como os demais direitos fundamentais, está sujeito a sofrer limitações.



### 3. A PROVA TESTEMUNHAL

Em respeito ao exposto no capítulo anterior, podemos conceituar prova como o caminho para desvendar a verdade fática a fim de que se produza uma solução justa do processo, além de influir na convicção do magistrado.<sup>15</sup>

Em que pese a relevância do estudo de outras possíveis definições do vocábulo prova, não é pertinente para esse trabalho a exploração desta controvérsia doutrinária, visto que para a análise que se propôs é bastante a conceituação exposta acima.<sup>16</sup>

De modo complementar, as provas ainda podem ser divididas em categorias ou tipos em virtude do meio utilizado para extrair o elemento de prova. Logo, a título de exemplo, podem ser mencionadas: a prova documental, que tem a essência de ser prova pré-constituída<sup>17</sup>; a prova pericial, que se revela por meio do estudo realizado por um *expert* que captura as singularidades técnicas ou científicas de um elemento de prova a fim de elucidar para o judiciário as informações que resultarem dessa análise técnica; e a inspeção judicial, que decorre da possibilidade do magistrado de ofício ou a requerimento da parte vistoriar ativamente um lugar ou uma coisa para elucidar e se convencer de algo relevante à causa.

Mas este estudo se volta apenas à prova testemunhal, pois são suas peculiaridades, juntamente com a observação de seu tratamento judicial a base para o desenvolvimento deste trabalho.

#### 3.1 Da sua natureza essencialmente oral

A prova testemunhal pode ser classificada como a prova produzida por meio da oitiva de pessoas alheias ao processo (terceiros) a fim de obter o conhecimento de questões afetas à demanda. Assim, apresenta-se como uma espécie do gênero das provas orais<sup>18</sup>, pois a

---

<sup>15</sup> Neste sentido: “Assim, a prova pode ser definida como a reunião dessas duas concepções (sentido objetivo e sentido subjetivo), que se complementam e que não podem ser tomadas individualmente, fazendo com que seja estabelecida a verdade sobre um fato alegado (se ele existe ou não) e, conseqüentemente, haja a certeza da existência deste fato (convicção do juiz).” (ARAÚJO, Perácio Luis. **Possibilidade de utilização da prova exclusivamente testemunhal na comprovação dos requisitos para a concessão de aposentadoria por idade rural**. Monografia de conclusão de curso. Orientador: Clarissa Diniz Guedes. Juiz de Fora, UFJF, 2013, p.25)

<sup>16</sup> Refere-se aos significados atribuído ao vocábulo prova como sendo: meio, atividade e resultado. Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v.2 p. 259.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 332.

<sup>18</sup> “A prova oral é usualmente referida a qualquer tipo de provas que consistam em declarações prestadas oralmente por testemunhas, pelas partes ou por peritos.” TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, cap 3, p. 59.

testemunha a produzirá por meio de seu relato na audiência de instrução e julgamento (artigos 357, V e 361 e 453 do Código de Processo Civil).

Ademais, “em regra, a testemunha depõe em juízo sobre o que presenciou. Contudo, a testemunha pode presenciar o que não vê, mas apenas ouve, como por exemplo, os gritos provenientes da casa do vizinho.”<sup>19</sup> Logo, é de se notar que além da natureza essencialmente oral, outro aspecto importante da prova testemunhal é o fato de que se funda em uma lembrança ou conhecimento inevitavelmente sensorial. E, por isso, sua utilização como meio de prova recebe desconfiança.

Todavia, essa desconfiança é perfeitamente superável quando, na atividade da colheita desta prova, o juiz atua com cautela e dedicação buscando oferecer à testemunha a condução necessária para que preste com clareza e segurança suas informações. Além disso, quando o magistrado atua com zelo conquista um elemento de prova confiável a fim de confrontá-lo com os demais, conquistando, ao fim, a credibilidade da prova testemunhal.

### 3.2 A testemunha

A testemunha é uma pessoa que não possui relação com a causa judicial em que atua. Segundo Leonardo Greco<sup>20</sup> “é um sujeito imparcial” que “no cumprimento de um dever de cidadão, colabora com a administração da Justiça na apuração da verdade”.

Diante de seu caráter eminentemente subjetivo (já que as informações acerca dos fatos em litígios serão apresentados conforme a percepção e memória das pessoas qualificadas como testemunhas) o ordenamento pátrio impõe alguns critérios para a classificação de quem está apto a testemunhar judicialmente. É o que se aquilata, por exemplo, do artigo 447 do Código de Processo Civil, que não permite o testemunho de pessoas incapazes, impedidas ou suspeitas. Tais restrições buscam a proteção da idoneidade da testemunha para que se confira maior credibilidade e confiança nas informações prestadas.

Entretanto, em que pese este trabalho não ter o objetivo de aprofundar o estudo das limitações legais afetas à prova testemunhal, no que concerne à suspeição e impedimento das testemunhas, entende-se que tais regras são apenas diretrizes, orientações para a atuação do magistrado. E assim o é porque o fato de descaracterizar uma pessoa como testemunha não surte efeito nenhum, pois mesmo que uma testemunha se enquadre nos critérios para ser considerada impedida ou suspeita o juiz poderá, ainda assim, ouvi-la como informante.

---

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 369.

<sup>20</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. 2ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v.2, p. 191

Outrossim, não há qualquer indicação legal de que o juiz não possa utilizar das informações prestadas pelos informantes para construir seu convencimento. Logo, quando o ordenamento prevê as causas de suspeição e impedimento não está determinando critérios de admissibilidade da prova, mas sim, está alertando o magistrado da necessidade do emprego de maior cautela na valoração desses elementos de prova.

Logo, quando tais limitações são utilizadas de forma inflexível se está diante de uma afronta ao direito constitucional à prova o que acarreta cerceamento de defesa e impede que a decisão proferida se adeque à Teoria do Processo (quando à busca pela verdade). Dessa forma, pré-valorar a credibilidade da testemunha e inadmitir seu depoimento por essa razão não se configura atitude razoável e legítima. Afinal, agindo assim o magistrado estará mesclando a fase de valoração e admissão probatória, o que veremos mais à frente ser atitude inadmissível dentro de um ordenamento que adota o princípio da persuasão racional.

### **3.3 O estigma da prova testemunhal**

Em consequência de sua natureza essencialmente oral, bem como por ser extraída das percepções de uma outra pessoa, no decorrer dos tempos a prova testemunhal foi fadada a um descrédito preocupante. A mencionada desvalorização pode ser exemplificada pela menção à expressão facilmente ouvida entre os operadores do direito de que a prova testemunhal seria a “prostituta das provas”<sup>21</sup>.

Ora, diante do emprego, com conotação insultuosa, da expressão supracitada, evidencia-se a delicada situação nascida no âmbito do processo de que seria possível estabelecer uma espécie de hierarquia entre os meios de prova.

Todavia, uma hierarquização não pode e sequer deve ser admitida. Isto porque, no Brasil, conforme se mostrará em capítulo oportuno, há a adoção do sistema do livre convencimento motivado (ou persuasão racional), que se manifestava de forma expressa na redação do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973 e foi confirmado no artigo 371 do Código de Processo Civil vigente.

Corroborar-se ao impedimento da formação de hierarquia entre os meios de prova o disposto no artigo 369 do Código de Processo Civil vigente ao expor que na busca de provar a veracidade de suas alegações “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código”.

---

<sup>21</sup> Sobre o tema: ARAÚJO, Perácio Luiz. **Possibilidade de utilização da prova exclusivamente testemunhal na comprovação dos requisitos para a concessão de aposentadoria por idade rural**. Juiz de Fora, 2013, pp 28-31.

Com efeito, se, consoante já foi dito neste trabalho, o ordenamento brasileiro confere a natureza de direito fundamental ao direito à prova, defendendo uma produção eficaz e indispensável, como é possível o fortalecimento de predileções sobre determinados meios de prova em detrimento de outros se, em regra, não existe qualquer distinção consentida pelo ordenamento?

Na concretização da função da prova, é necessário que os elementos de prova apresentados no curso da fase de conhecimento sejam dotados de credibilidade. Mas não se pode, de antemão, estabelecer que um determinado tipo de prova tenha potencial probatório diverso dos demais.

Ao isolarmos exclusivamente o olhar sobre a prova testemunhal é possível perceber que o que se pretende quando da não admissibilidade ou admissibilidade subsidiária, é garantir a credibilidade da prova colhida. Todavia, é necessário repensar o tratamento dispensado a esse meio de prova, haja vista que se trata de um tipo igualmente capaz de aclarar a verdade dos fatos e há meios de testar a prova produzida para que quando se alcance a fase da valoração o magistrado tenha substratos suficientes para se convencer sobre a veracidade ou não da prova produzida.

Para tal possibilidade, faz-se necessário que, quando da colheita da prova testemunhal, o juiz tenha especial cautela. Isso porque a atuação do magistrado deve ser pautada no denominado princípio da prudência, pois “o juiz, ao realizar uma inquirição, deve ter em mente todos os perigos oferecidos pela prova testemunhal, abordados fartamente pela doutrina”<sup>22</sup>.

Outrossim, as máximas da experiência também produzem balizamentos na análise do magistrado; porém, deve ser cuidadoso o uso deste instrumento. Isso porque, as máximas da experiência ao mesmo tempo que auxiliam a formação de uma senso comum, com a ideia de “homem médio”, não podem roubar a confiabilidade de institutos processuais ou mesmo atingir a prudência e imparcialidade do julgador.

Com efeito, é necessário que o juiz esteja comprometido com a produção da prova testemunhal. E assim é porque, segundo explica Michele Taruffo<sup>23</sup>, tendo a oralidade como o princípio mais importante ligado à prova testemunhal, é durante a inquirição das testemunhas que se nota a “implementação do princípio da oralidade”, o que, correlatamente,

---

<sup>22</sup> ARAÚJO, Perácio Luis. *Op. Cit.*, p. 29

<sup>23</sup> TARUFFO, Michele. **A Prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, cap 3, pp. 119-120.

“implica também em outro princípio: o do contato imediato do julgador com a prova que é produzida”<sup>24</sup>.

Da observação feita por Michele Taruffo, podemos concluir que é o juiz que possui o poder de efetivar a credibilidade da prova testemunhal alcançada. Afinal, estando em contato direto com a fonte de prova (testemunha), há que fazer a análise subjetiva para se certificar de que o elemento de prova produzido é idôneo e confiável. Para isso, atingir essa conclusão o juiz conta com o auxílio, por exemplo, do artigo 228 do Código Civil Brasileiro que assim adverte:

Art. 228: Não podem ser admitidos como testemunhas:  
I- os menores de dezesseis anos;  
II e III - Revogados; Lei nº 13.146, de 06-07-2015.  
IV- o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;  
V- os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.

Todavia, o referido artigo também leciona que, não havendo outras pessoas capazes de provar os fatos, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas impedidas pelo artigo. O que, mais uma vez, indica-nos que as limitações legais são apenas diretrizes e não normas inafastáveis.

Superada a fase de análise subjetiva da testemunha, o magistrado passará à análise objetiva dos elementos de prova colhidos. Aqui, concretiza-se a importância de que tenha ocorrido o melhor aproveitamento da fase de produção da provas, pois será neste momento que o juiz se convencerá sobre a veracidade ou não da prova realizada. Logo, quando da inquirição da testemunha, o juiz deve conduzir as perguntas permitindo que a testemunha apresente os fatos da forma mais livre possível, para refletir a suas memórias fiéis. Outrossim, o juiz poderá ainda reformular perguntas para buscar compreender, dentre outras coisas, se a testemunha está instruída pela parte interessada, reproduzindo um discurso combinado. Ou, ainda, pode se atentar ao comportamento da testemunha na audiência, detectar contradições e assim conquistar a credibilidade e confiabilidade da prova colhida.

Destarte, a prova testemunhal não merece sua desvalorização, pois, conforme demonstrado, há mecanismos para superar o receio de que seja viciada com o interesse da parte que a requereu. Sua natureza essencialmente oral não diminui a credibilidade se sua produção ocorrer em respeito ao princípio da prudência.

---

<sup>24</sup> TARUFFO, Michele *Op cit.*, p. 119

#### 4. LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS<sup>25</sup>

Durante o procedimento judicial para a obtenção da prova é necessário que, primeiramente, seja verificada a correlação entre o fato que se pretende provar e os meios de prova que se deseja utilizar.

É verdade que no processo civil brasileiro, desde que não ofendam a legalidade, as partes gozam de liberdade quanto ao emprego dos meios de prova. Todavia, a irrestrita atuação probatória das partes, ao mesmo tempo em que propicia efetividade do direito à prova, também pode gerar outras consequências.

Por exemplo, imagine que A e B litigam em um ordenamento em que a atividade probatória é irrestrita. Assim, iniciada a instrução processual, produziram as provas que julgavam necessárias.

Sequencialmente à apresentação dos elementos de prova abre-se vista à parte contrária de acordo com o princípio do contraditório. A e B, ao tomarem ciência dos elementos de prova de seu respectivo adversário e no intuito de provar suas próprias pretensões ou defesas, manifestam-se impugnando as provas carreadas e requerendo novas provas em atenção ao direito de se defender provando. O magistrado defere as novas provas, visto como neste ordenamento não há restrições. Todavia, posteriormente, quando novamente terão ciência da produção anterior, requerem outros meios de prova. Observe que já é possível notar que a fase probatória se estendeu e é crível que poderá continuar por mais algum tempo.

Do exemplo apresentado, conclui-se que mesmo ao exercerem direito legítimo, o regular processamento do feito será comprometido em razão da dilação probatória interminável.<sup>26</sup>

Logo, é necessário que haja algumas limitações ao direito à prova para concretizar outros princípios relevantes, como, por exemplo, celeridade e a duração razoável do processo.

##### 4.1 A função das limitações probatórias

As limitações probatórias, com efeito, não são proibições que necessariamente inibem ou maculam o direito à prova; ao contrário, quando se tratem de restrições legítimas, existem para viabilizar o princípio da relevância e garantir que a admissibilidade se opere protegendo os direitos fundamentais ligados ao processo.

---

<sup>25</sup> GRECO, Leonardo, **Instituições de Processo Civil**, *op. cit.*, Cap. V, pp. 113-148.

<sup>26</sup> O exemplo citado apenas trata da celeridade mas, há outras modalidades de limitações fundadas em outros critérios, por exemplo, legalidade da prova, forma de produção e credibilidade.

Leonardo Greco apresenta em sua obra<sup>27</sup> uma extensão das limitações probatórias de acordo com sua incidência sobre o procedimento judicial, classificando-as em:

a) *limitações gerais*, que são as limitações impostas ao processo em seu aspecto geral. Cita como exemplos a proibição de provas ilícitas, preclusões processuais, proibição de produção probatória em grau recursal etc;

b) *limitações específicas*, são aquelas incidentes sobre a fase de produção probatória ditando a maneira como se conduzirá. Neste ponto, o autor as separa em relação aos tipos de prova que se pretende produzir. Por exemplo, no que tange à prova documental exemplifica à proibição de requisição do processo administrativo fiscal, as escusas de exibição e a proibição de acesso a documentos acobertados pelo segredo de Estado.

Quanto à prova testemunhal, o autor menciona, por exemplo, as incompatibilidades para depor como testemunha, as incapacidades para depor, os impedimentos e motivos de suspeição etc;

c) *limitações pontuais em determinados procedimentos*, que se referem à limitações advindas da natureza diferenciada de alguns procedimentos, como por exemplo, a limitação de dilação probatória no mandado de segurança.

Enriquecendo o estudo, Greco traz ainda outra classificação. Esta refere-se à classificação estabelecida por Gian Franco Ricci em sua obra *Nuovi rillievi sul problema della 'specilità' della prova giuudica*, qual seja, a separação das limitações em: *limitações que visam a repudiar provas supostamente suspeitas; limitações que visam a garantir um ordenado desenvolvimento do processo e limitações que visam preservar valores constitucionais*.

Feita a apresentação de tais classificações, ressaltamos que as limitações probatórias desempenham no processo civil diretrizes capazes de assegurar que a busca pela verdade não se torne um trabalho hercúleo, demasiado longo, prejudicando a concretização de outras importantes funções e princípios processuais. Afinal, a prestação jurisdicional deve se pautar na busca da verdade, mas também na pacificação dos conflitos e na solução justa de suas demandas.

A prova testemunhal também contém limitações que correspondem justamente ao intuito de garantir a celeridade processual, a credibilidade e a confiança da prova produzida. Por sua natureza, essas limitações serão referenciadas na qualidade das testemunhas e seus direitos de personalidade.

---

<sup>27</sup> Greco, Leonardo. *Op cit.*, pp.116-120.

Sobre os aspectos das limitações referentes à subjetividade da testemunha, expressam o artigo 228 do Código Civil e artigos 447 do Código de Processo Civil ao abordarem as incapacidades e impedimentos para depor. Quanto à proteção dos direitos da personalidade têm-se o disposto no artigo 229 do Código Civil e artigo 448 do Código de Processo Civil que impedem que a parte tenha o dever de depor quando estiver em risco sua integridade ou de seus familiares.

É importante reafirmar que essas limitações não possuem uma aplicabilidade inescusável, pois, diante do caso concreto poderá o juiz fundamentadamente permitir que se proceda a colheita da prova sendo a norma impeditiva uma advertência quando à necessidade de depreender maior cautela quanto à avaliação da credibilidade da prova produzida e não como um impeditivo categórico e irrefutável. Afinal, na busca pela revelação da verdade apenas não se admite a produção de provas ilícitas ou que ofendam o contraditório.

#### **4.2 Limitações probatórias quanto à admissibilidade**

Se o juiz pode avaliar caso a caso e deferir, mesmo que advertido pelo ordenamento, a produção da prova testemunhal nos moldes expostos acima, nota-se que, conforme leciona Taruffo<sup>28</sup>, a relevância da prova é o critério mais eficaz para determinar a admissibilidade. Assim, diante do conjunto probatório carreado aos autos e da natureza da controvérsia, proceder-se-á a uma reflexão sobre a necessidade de continuar na busca pela verdade utilizando os meios probatórios que ainda estão à disposição das partes e do juiz, ainda que tais meios de prova tenham sido alvo de advertência que, teve seu uso advertido pela norma processual. Como será exposto em linhas subsequentes, a ressalva legal deverá ser utilizada como critério de orientação do juiz no momento da valoração desse meio de prova.

Todavia, a evidência desse raciocínio encontra óbice na atividade dos magistrados brasileiros. Isso porque o ordenamento pátrio apresenta algumas restrições à admissibilidade da prova testemunhal que, aliadas a máximas da experiência consagradoras do apreço pela burocracia, fazem com que haja a desvalorização da prova testemunhal. Em decorrência, há a perpetuação do entendimento de que prova confiável seriam aquelas documentadas ou advindas de laudos periciais.

Sem embargo, o Código de Processo civil nos informa em seu artigo 442 que “*a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso*” e de forma

---

<sup>28</sup> TARUFFO, Michele. *Op cit.*, pp. 35-39.



semelhante, o artigo 212 do Código Civil prescreve que “*salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: [...] III- testemunha*”.

É fato também que em alguns momentos, o ordenamento pátrio prescreve limitações à admissibilidade da prova testemunhal, como acontece no artigo 443 da codificação processual civil que indica inadmissão da prova testemunhal para fatos já provados por documentos ou confissão da parte e dos fatos que só se provam com documentos ou perícia.

Ora, se as normas brasileiras não consagram hierarquia entre os meios de prova, e como já dito neste estudo, as limitações probatórias almejam alcançar a verdade, assegurando também outros princípios e garantias fundamentais, a interpretação das restrições à admissibilidade da prova testemunhal, prescritas pelo legislador, não poderia resultar no entendimento de que o ordenamento menospreza, de uma forma prévia, geral e abstrata, um meio de prova em predileção a outros.

Mas, infelizmente, da leitura literal desses dispositivos ressaí que o legislador verdadeiramente atribui muito mais credibilidade à prova documental e pericial, pois, além do artigo 443, o Código de Processo Civil dispõe no artigo 444 que “*nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova*”. Os dispositivos expostos acima indicam que, no que concerne à prova testemunhal para revelar a verdade dos fatos, sua admissibilidade em certas demandas quase goza de uma presunção de suspeição e inutilidade.

Não é que se deva afastar a necessidade de que o processo se desenvolva garantindo segurança jurídica e a credibilidade dos meios probatórios, mas ao fundamento de preservar essas garantias não pode haver desvalorização de um tipo de prova. Porque, como trabalhado no capítulo anterior, é função do juiz, ao conduzir a colheita de provas, despender zelo e prudência ao arguir a testemunha, buscando identificar falhas, falsidades e contradições. E assim é porque, no confronto entre as informações prestadas pelas testemunhas, o depoimento pessoal das partes, as demais provas carreadas aos autos, bem como por outros métodos probatórios, como a perícia ou a inspeção judicial, é possível testar a verdade dos fatos alegados.

A prudente produção da prova testemunhal pode, num caso específico, fornecer a mesma credibilidade e confiança das provas documentais. Porém, a inadmissibilidade ou a admissibilidade condicionada (ou subsidiária) vem se transformando em autêntica limitação

probatória prejudicial ao direito à prova quando da sua aplicação pelos tribunais brasileiros, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

## 5. O ENTRELAÇAMENTO DAS FASES DE ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO

Como visto até aqui, a aferição da relevância dos meios de prova é diretriz essencial para a verificação da necessidade de sua utilização para provar uma dada alegação. Ademais, conforme também já exposto, as limitações probatórias, ainda que existentes no ordenamento, não exercem papel puramente impeditivo na concretização da prova, mas podem constituir-se, em algumas hipóteses, como direções do ordenamento a fim de assegurar concomitantemente os princípios correlatos à prestação jurisdicional.

Neste ponto, é salutar abranger o estudo das características do sistema da persuasão racional para que possamos construir os fundamentos da análise jurisprudencial que se dará mais adiante. Mas, de antemão, vejamos como se dá a fase probatória.

### 5.1 Fases da produção probatória: admissão, produção e valoração

Seguindo as lições de Michele Taruffo<sup>29</sup>, o procedimento judicial de produção da prova passa por três momentos. Em primeiro lugar, a parte irá analisar as suas pretensões e escolher dentre os meios de prova quais serão hábeis a fornecer os elementos de prova necessários a demonstrar a veracidade de suas alegações. Assim, quando o processo alcançar o momento específico, farão ao magistrado o requerimento para sua produção em juízo. No Brasil, a primeira postulação ocorre ainda na apresentação da peça inicial, mas poderá o juiz, na fase de saneamento do processo, requisitar que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir.

Feito o pedido, o juiz analisará a pertinência e relevância do meio de prova requerido para o deslinde da questão. Sendo deferido o pedido, passa-se à segunda fase, que se destina à produção da prova.

A última etapa do procedimento probatório consistirá na valoração dos elementos de prova apresentados pelas partes a fim de extrair a verdade dos fatos e fundamentar a decisão final para o caso. Ora, a função da prova, como já dito, é possibilitar que o processo atinja a sua finalidade de revelar a verdade sem se abster da participação ativa e eficaz dos litigantes no convencimento do juiz. Assim, a última fase probatória se mostra de grande importância para verificar se o direito à prova foi exercido em respeito às funções demonstrativa e argumentativa.

---

<sup>29</sup> TARUFFO, Michele. *Op cit.*, pp 115 – 120.

Michele Taruffo relaciona a revelação da verdade com a ocorrência de uma superação da incerteza inicial inerente à demanda apresentada em juízo. Assim, defende que “decidir sobre os fatos significa resolver tal incerteza e determinar, a partir dos meios de prova apresentados, se tais enunciados provaram-se verdadeiros ou falsos”<sup>30</sup>.

## 5.2 Sobre a valoração das provas

Por muitos séculos<sup>31</sup> vigeu o denominado *sistema das provas legais*. Como característica marcante, este sistema representou a superação das arbitrariedades do sistema anterior (*sistema da livre convicção íntima*) ao inaugurar uma tarifação rígida e específica para todo e qualquer meio de prova. Significa dizer que no *sistema das provas legais* o legislador tomou o lugar do magistrado no que tange à função de estabelecer o valor dos elementos de prova colhidos diante da sua capacidade de demonstrar a verdade dos fatos discutidos judicialmente.

Para tanto, cada meio de prova possuía uma valoração específica que deveria ser fielmente respeitada pelo juiz no julgamento dos fatos litigiosos. Assim, é possível observar que o magistrado não possuía qualquer espaço de atuação na fase de valoração dos elementos de prova, pois deveria apenas aplicar uma subsunção das provas à tarifação legal, e, por fim, fazer o somatório semelhante a uma expressão algébrica. Diante do valor resultante desta operação, o magistrado concluiria se os fatos são verdadeiros ou falsos.

Todavia, o referido sistema foi posteriormente superado quando do surgimento do *sistema do livre convencimento motivado*. Michelle Taruffo<sup>32</sup> atribui a esta superação duas causas principais:

A primeira foi a cultura filosófica do Iluminismo, que se livrou dos antigos conceitos de racionalidade para abrir caminho a novos métodos de raciocínio. A outra se relaciona às profundas mudanças institucionais na estrutura do poder judiciário, bem como no *status* e no papel do juiz.

Da leitura do fragmento acima podemos analisar que como a cultura filosófica do Iluminismo coloca o homem no centro de tudo e retira do misticismo e da religião a explicação para as coisas - isso afasta a aplicação das ordálias, que são regas de prova legal

<sup>30</sup> TARUFFO, Michele. *Op cit.*, p. 129.

<sup>31</sup> “Nos diz a história do direito que o sistema das provas legais teve sua origem o processo bárbaro, nas ordálias ou juízos de Deus e, posteriormente, no formalista e rigoroso direito germânico. Também se tem notícia que nos sistemas jurídicos dos séculos XI/XIV, especialmente italianos, vigorava o sistema de prova legal.” (PORTO, Sérgio Gilberto. **Teoria e aspectos gerais no processo civil**. Revista Ministério Público – Nova Fase. Porto Alegre. V.1, 1984. p. 79). Corroborado por Michelle Taruffo, p. 131: “Esse sistema já estava bem consolidado no século XII, refinando-se e estendendo-se nos séculos seguintes, em especial através da ciência jurídica europeia dos séculos XVI e XVII.”

<sup>32</sup> TARUFFO, Michele. *Op cit.*, p. 132.

com base no sobrenatural. Por outro lado, o Iluminismo trouxe o positivismo científico e, com ele, a crença na ciência como método adequado à apuração da verdade. E esta apuração da verdade depende do caso concreto, de suas particularidades; eis porque o juiz deve ter liberdade para buscar a verdade a cada hipótese (e não com base na lei geral e abstrata).

Com efeito, diante dos fatores expostos acima, a valoração da prova abandonou os conceitos estáticos e imutáveis legalmente estabelecidos, para passar a significar uma atividade exercida pelo magistrado de forma livre, o que permitiu a consolidação do princípio do *livre convencimento do juiz* ou *princípio da persuasão racional*.

Faz-se necessário observar que o *sistema do livre convencimento motivado* em muito se distingue do *sistema da íntima convicção*. Inicialmente porque, neste último, o juiz não possui a necessidade de fundamentar suas decisões que podem, assim, formarem-se por reflexões relativas ao seu conhecimento privado que podem não demonstrar racionalidade e inclusive poderia desprezar a prova dos autos. O fato de não haver fundamentação acarretava indubitavelmente prejuízos à segurança jurídica e à previsibilidade das decisões.

No *sistema da persuasão racional* verifica-se que, apesar de o juiz gozar de liberdade de valoração, esta não significa o reinado da subjetividade arbitrária como se o juiz pudesse desenvolver todo e qualquer entendimento para o deslinde da causa. Sua atuação deverá ser pautada em racionalidade fundamentadamente demonstrada respeitando os elementos de prova presentes nos autos.

Analisando terminologicamente as expressões *livre convencimento* e *livre valoração*, Clarissa Diniz Guedes<sup>33</sup> demonstra a possibilidade de utilizarmos ambas as expressões como uma espécie de “sinônimos”, pois,

Apesar de considerar-se que a expressão *livre convencimento* seja mais ampla que a *livre valoração das provas*, não parece tecnicamente equivocada a utilização da primeira para designar a segunda, naquela incluída. Deve-se ter presente, contudo, a advertência inicial de que o momento de *liberdade* concerne, mais que à valoração das provas, ao momento final (decisório) em que o juiz, superando a margem de dúvida sempre presente, se convence da verdade dos fatos, ou, ao contrário, declara não haver chegado à certeza e aplica as regras do ônus da prova, acolhendo o pedido ou a defesa deduzidos.

Com efeito, o hodierno sistema da persuasão racional, ao consagrar o princípio do livre convencimento motivado, dissemina a proteção à função do processo relacionada à busca da verdade, além de evidenciar a importância da atividade probatória para tanto, pois, serão as provas carreadas aos autos a base fundamental da decisão judicial. Afinal, a sentença

---

<sup>33</sup> GUEDES, Clarissa Diniz. *Op cit.*, pp 163-164.

apenas será justa na medida em que solucionar a lide com respeito à verdade trazida pelas provas dos autos, devendo o juiz sempre demonstrar que sua decisão pautou-se em critérios racionais, perfeitamente verificáveis, o que possibilita a realização de todos os demais princípios fundamentais correlatos ao procedimento e ao processo judicial, dentre eles: o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a duração razoável do processo, por exemplo.

Portanto, diante das características intrínsecas do sistema da persuasão racional se pode concluir que na vigência desse sistema é inadmissível que haja uma tarifação legal dos meios de prova e, sequer, uma hierarquização da prova. Pois, conforme exposto, o juiz irá decidir sobre as alegações e os fatos em litígios diante de uma atividade racional construída a partir dos elementos de prova constantes nos autos.

Por outro lado, quando o nosso ordenamento estabelece que um determinado fato só pode ser provado por um dado tipo de prova, ele está nos demonstrando que dentre os tipos de provas existentes considera que um deles é melhor, ou mais confiável, que outros. Isso viola a persuasão racional, visto que quando a legislação estabelece restrições desse tipo não está apenas considerando que um certo meio de prova é mais seguro que outro, faz na verdade muito mais que isso.

Ao ditar essas predileções o legislador está, em certa medida, pré-estabelecendo um valor. Ao agir dessa maneira, o ordenamento confere um ponto de partida que permitirá que o juiz ao exercer sua liberdade de valoração se afaste da persuasão racional, o que gera, como veremos à frente, problemas relacionados à admissibilidade, inadmissibilidade ou a admissibilidade subsidiária da prova com base em um critério valorativo. O resultado dessa atitude é a mistura entre as fases de admissibilidade e valoração.

Esse entrelaçamento das fases probatórias ocasiona grave perturbação ao direito à prova, além de produzir danos demasiadamente graves na natureza peculiar de que se forma o sistema da persuasão racional, uma vez que a interpretação das restrições legais torna-se viciada, no sentido de atribuir à prova testemunhal desvalorização particularmente perigosa para uma prestação jurisdicional que se pretende justa e eficaz.

### **5.3 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Uma análise da aplicação do princípio do livre convencimento motivado**

Visando a compreender a realidade como os tribunais brasileiros têm se posicionado diante das limitações probatórias, busca-se analisar se a aplicação dessas regras tem sido interpretadas como diretrizes na atuação do magistrado, servindo de alerta sobre o

deferimento da produção da prova testemunhal ou se estão sendo compreendidas a fim de desvalorizar a prova testemunhal.

Para tal finalidade foi realizada pesquisa jurisprudencial no sítio Portal da Justiça Federal, que é administrado pelo Conselho da Justiça Federal. A escolha desse portal se justifica pelo fato de que tal sítio eletrônico permite encontrar em um mesmo local, acórdãos dos órgãos recursais da Justiça Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. E, como o entendimento expresso pela justiça de 2º grau orienta a aplicação dos princípios processuais nas causas que se apresentam em 1º grau, a interpretação que as cortes recursas empregam de maneira uniforme torna visível a ocorrência de acertos, inovações, vícios ou prejuízos na prestação jurisdicional.

Todavia, para que a pesquisa se torne representativa de um entendimento aplicado em todo o país, optou-se por selecionar como filtro de busca apenas acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outra necessidade era direcionar a pesquisa para encontrar acórdãos representativos da problematização que aqui se aborda. Para tanto, a escolha das chaves de pesquisa torna-se fundamental. Com efeito, a primeira expressão que a compõe busca restringir os resultados ao âmbito do processo civil, visto ser esta a área de conhecimento a que se vincula este trabalho.

Em complemento, o segundo elemento de pesquisa se refere ao objeto de estudo, qual seja: a prova testemunhal.

E por fim, consoante já manifesto nos capítulos precedentes, entendemos que o direito à prova constitui-se como direito fundamental na medida em que se revela corolário do direito à ampla defesa e ao contraditório. Sendo assim, impedir indevidamente o exercício do direito probatório ocasionará prejuízo de alta monta à parte a quem se nega sua produção. Com efeito, vislumbra-se que a consequência da não admissão de um meio de prova pertinente e relevante configura-se cerceamento de defesa.

Portanto, a chave de pesquisa se formou pela expressão “*processo civil prova testemunhal cerceamento de defesa*”.

Desta busca o sítio localizou 272 (duzentos e setenta e dois) resultados em acesso realizado em 03 de novembro de 2016. Diante da amplitude alcançada, foi realizado recorte temporal para restringir o resultado aos acórdãos mais recentes. Tal recorte compreendeu apenas os resultados ente 01 de junho de 2015 e 01 de julho de 2016. Assim, obtiveram-se 39 (trinta e nove) acórdãos, que foram cautelosamente lidos e analisados.

Da leitura atenta do inteiro teor de cada acórdão, ressaí que 17 (dezesete) deles devem ser descartados, pois essas decisões não abordam a prova testemunhal dentro do processo civil. São discussões a respeito de cerceamento de defesa em processos administrativos ou penais que visam, ao fim, à aplicação de sanções. Em que pese a relevância da prova testemunhal e sua valorização em todo o sistema judicial brasileiro, adentrar na análise do tema em outros ramos de conhecimento do direito não se relaciona ao estudo a que se propôs.

Há ainda, dentre os mencionados 17 (dezesete) acórdãos, alguns que relacionam o cerceamento de defesa ao indeferimento de outros tipos de prova, notadamente a prova pericial, temática que também se afasta da proposta de trabalho.

Desta maneira, restaram 22 (vinte e dois) acórdãos cuja análise resulta nas conclusões que se passa a expor.

#### **5.4 Juiz como destinatário da prova e a relação com o cerceamento de defesa.**

Do conhecimento do inteiro teor de cada um dos 22 (vinte e dois) acórdãos referidos acima nota-se que é viciada a aplicação do princípio do *livre convencimento motivado*. De fato, as decisões se apoiam na aplicação deste princípio ao arrepio de seu real significado. Vejamos:

Da mesma forma, o aresto recorrido reconheceu a existência de documentação suficiente para a julgamento antecipado da lide, bem como ponderou, adequadamente, os normativos constantes da Lei de Licitações. Com efeito, havendo fundamentação bastante para dirimir a lide, é descabida a pretensão de se buscar manifestação expressa sobre os dispositivos legais suscitados pelo recorrente. Por outro lado, para reformar as conclusões da Corte Estadual, no tocante ao suscitado cerceamento de defesa, bem como à indenização por danos morais, faz-se necessário o revolvimento dos elementos fático-probatórios da demanda, o que não é permitido no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Destaco, nesse particular, o seguinte excerto da decisão monocrática ora recorrida (e-STJ, fls. 154-155): Em relação ao alegado cerceamento de defesa, a Corte de origem consignou em seu acórdão que o julgamento antecipado da lide ocorreu diante da suficiência das provas documentais acostadas pelas partes, mostrando-se desnecessária a produção de prova testemunhal, motivo pelo qual afastada tal impugnação. Assim, entender de maneira diversa do Tribunal a quo, soberano na análise dos fatos e provas, demandaria reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ [...]"

(AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.256.578 - PE (2011/0087636-3) rel. Min. Diva Malerbi, Segunda Turma, DJE 27/04/2016)



Consoante se aquilata do trecho destacado acima, o uso da liberdade de valoração está muito mais aproximado da perspectiva psicológica (subjetiva) do juiz, do que de critérios racionais. Basta a motivação do juiz para a persuasão racional ser atendida no momento da inadmissão da prova, justificando, portanto, o indeferimento. Aqui, claramente, se aplica a persuasão racional na fase de admissibilidade da prova, desnaturando-a e conferindo ao juiz liberdade num momento em que a maior liberdade (de meios de prova) deveria ser concedida *às partes*. Diferente disso, nota-se que por julgar-se já convencido, o magistrado antecipa a fase da valoração e inadmite a prova.

Uma segunda observação importante é que a inadmissão no acórdão apresentado acima mostra a ocorrência de cerceamento de defesa grave, pois o objetivo que se pretendia com a produção da prova testemunhal era o de infirmar as provas documentais apresentadas.

Não se nega que o juiz tenha a prerrogativa de inadmitir a produção de provas protelatórias e inúteis, todavia o Superior Tribunal de Justiça tem confirmado as decisões recorridas sob a fundamentação de que a inadmissibilidade pautada no livre convencimento motivado foi legítima sem, contudo, analisar se houve fundamentação para essa inadmissão. Claro que o Superior Tribunal de Justiça não realiza a reanálise fática mas, nem por isso, deve deixar de observar se o livre convencimento foi demonstrado racionalmente ou se se fundou apenas em subjetivismo. E isso não significa que estaria realizando reanálise dos fatos e sim revendo a valoração que é questão jurídica. Mas, repetidamente, o Superior Tribunal de Justiça se afasta dessa necessidade se limitando apenas a repetir que o juiz como destinatário das provas pode inadmitir aquelas que entender desnecessárias, o que nos remete a conceituação da *íntima convicção*. Como exemplo:

No tocante a alegação de cerceamento de defesa, consoante a jurisprudência consagrada nesta Corte, é facultado ao julgador o indeferimento de produção probatória que julgar desnecessária para o regular trâmite do processo, sob o pálio da prerrogativa do livre convencimento que lhe é conferida pelo art. 130 do CPC, seja ela testemunhal, pericial ou documental, cabendo-lhe, apenas, expor fundamentadamente o motivo de sua decisão. [...] **“O juiz é o destinatário da prova, devendo guardar adstrição ao seu livre convencimento sob o manto da persuasão racional, competindo-lhe determinar as provas úteis à instrução do feito, até mesmo ex officio, afastando as diligências que entender inúteis ou meramente protelatórias sem que, com isso, incorra em cerceamento de defesa.”** (AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 795.139 - RS (2015/0258555-9) rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJE 28/03/2016)

Além disso, percebe-se a apresentação de outro fundamento relevante na inadmissão ou admissibilidade subsidiária da prova testemunhal: o fato de considerar que

apenas o juiz é o destinatário das provas. E, como resultado dessa compreensão, não há espaço para dúvidas, desde a fase de propositura e admissão o juiz já se antecipa e prevê qual será o deslinde da causa. Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça utiliza ambas as justificativas de maneira complementar quando se posiciona sobre a prova testemunhal, mas essa complementariedade não se mostra benéfica aos jurisdicionados.

Consoante já delineado no capítulo 2 deste estudo, este trabalho se filia ao entendimento de que não apenas o magistrado como também as partes são destinatárias das provas. Afinal, o direito à prova como garantia fundamental permitirá que as partes atuem de forma efetiva tanto na produção dos elementos de prova que confirmam suas pretensões, e, outrossim, permitirá que utilizem da atividade probatória como meio de se defenderem das alegações do adversário processual.

Logo, o processo serve ao deslinde de uma causa cuja o interesse é em medida significativamente maior das próprias partes em litígio do que do Estado. Pois, por óbvio, o processo também se faz atraente para o Estado, visto como possui o objetivo de revelar a verdade, solucionando a demanda com justiça para gerar a pacificação social. Todavia, ao se defender que apenas o magistrado é o destinatário das provas seria possível criar um superpoder aos juízes que destoaria a natureza da persuasão racional.

Este cenário nos parece muito perigoso justamente porque uma situação como tal predeterminaria muitas irregularidades no procedimento probatório, culminando em verdadeiro *cerceamento de defesa*.

Traçado o panorama acima, a primeira conclusão que se aclarou diante dos acórdãos pesquisados foi, justamente, o fato de que a maioria deles – 13 (treze) – fundamentam a manutenção da decisão de inadmissão da prova testemunhal nos argumentos de que com *o juiz é o destinatário da prova*, bem como detém o *livre convencimento motivado* e, concluem, por isso, que não há que se falar em cerceamento de defesa quando do indeferimento da prova testemunhal. Todavia, o magistrado somente se julga convencido de que uma das partes já provou a veracidade de suas pretensões, porque houve a confusão entre as fases de admissibilidade e valoração. A existência de limitações probatórias no ordenamento brasileiro que expressam desvalor à prova testemunhal não auxilia a modificação desse panorama. Vejamos outros exemplos:

De fato, desnecessária a produção de tal prova na hipótese, pois a ação encontra-se suficientemente instruída, posto que as testemunhas que o agravante alega serem indispensáveis para o deslinde da demanda, em nada elucidariam os fatos, posto que, por óbvio tais depoimentos seriam, no mínimo suspeitos, eis que feitos pelo corretor de imóveis da demandante (Senhor Marcelo Midityeri) e pelo zelador do prédio (senhor Jonas de

Souza). No mais, conforme artigos 401 e 402 do Código de Processo Civil, na hipótese, **não era mesmo o caso de se deferir a prova exclusivamente testemunhal, seja porque, o valor pretendido excede o décuplo previsto em lei, seja porque não há indício de prova suficiente a amparar a pretensão do agravante.** E, isto porque não há sequer prova de contrato de intermediação entre vendedor e a demandante. Assim, conhece-se do agravo retido regularmente reiterado, mas a ele se nega provimento. **Com relação a preliminar de cerceamento de defesa, tem-se que dos elementos constantes dos autos e pelo resultado da presente demanda, era dispensável a realização de produção de outras provas, inclusive a testemunhal, pretendida pela ora recorrente. Só se estadeia a nulidade decorrente de indigitado cerceamento de defesa quando a prova pretendida pela parte revela-se, na avaliação do magistrado, imprescindível para formação de seu convencimento e deslinde da ação. Se o juiz se convence da desnecessidade da prova requerida, e da presença de elementos hábeis a decidir a questão, tem ele a faculdade de antecipar o julgamento, evitando procedimentos inúteis ou prescindíveis. Ao presidente do processo incumbe determinar a produção de provas, não podendo a não realização de qualquer uma delas traduzir cerceamento de defesa ou mesmo conduzir a anulação do decisório. Sendo o destinatário da prova, somente a ele, juiz, cumpre aferir sobre a necessidade ou não da realização de tais provas.** (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 733.186 - SP (2015/0150287-7), rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJE 25/02/2016)

Na esteira dos precedentes desta Corte Superior, não configura cerceamento de defesa o indeferimento de produção de prova, quando o magistrado, entendendo substancialmente instruído o feito, motiva a sua decisão na existência de provas suficientes para formação do seu convencimento. **Sobre o tema, prevalecem os princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento do juiz, que conferem ao julgador a faculdade de determinar as provas necessárias à instrução do processo, bem como a de indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.** No caso, concluiu o Tribunal de origem que "(...) o farto arcabouço probatório é suficiente para a análise dos fatos apresentados para julgamento, mostrando-se desnecessária a produção de outras provas, máxime a oitiva de outras testemunhas, afigurando-se contraproducente e até mesmo violação à garantia da razoável duração do processo, a cassação da sentença, para produção de provas que não acarretarão a alteração do que já restou provado." (EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 584.421 - MG (2014/0239519-3), rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJE 16/06/2015)

Ademais, o Tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou que a prova testemunhal seria inútil para o fim de comprovar o direito alegado, nos seguintes termos do acórdão recorrido (fls. 179/189e): 4. Ab initio, cumpre consignar que **a prova testemunhal requerida pela apelante seria inútil para o fim de comprovar o direito alegado. O desvio de função deve ser comprovado através de prova documental, da qual constem as atribuições do cargo ocupado pela apelante e as do cargo pretendido, assim como documentos que demonstrem que a recorrente efetivamente laborou em desvio de função.** (...) Desta forma, conclui-se que andou bem o juízo a quo ao não realizar a oitiva de testemunhas, diante de sua patente inutilidade. A prova destina-se a formar o convencimento do juiz para o julgamento da

causa, incumbindo-lhe, portanto, avaliar a sua utilidade. (AgRg nos EDeI no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 629.008 - ES (2014/0317470-2), rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJE 25/06/2015)

Mas, observe: se, como muito bem esclarecido por Clarissa Diniz Guedes<sup>34</sup>, a valoração se dá apenas ao final da atividade probatória, apenas nesse momento é que o juiz, diante de todos os elementos de prova colhidos, poderá construir racionalmente seu convencimento sobre verdade dos fatos. Isto porque, conforme a autora ressalta, se até que chegue o momento da valoração há incerteza e dúvida<sup>35</sup> sobre as alegações das partes, como poderia o magistrado já estar convencido, quando ainda restam às partes outros meios de prova para atuarem no convencimento do juiz?

Nota-se, novamente, o quanto é prejudicial a mistura entre as fases de produção e valoração da prova. O juiz, ao agir dessa forma, demonstra que durante a fase da produção já está concomitantemente produzindo juízo de valor dos elementos de prova colhidos, mesclando as fases por alguma motivação. Mas, o fato é, ao adiantar a fase da valoração trazendo-a para acontecer junto à fase de admissão, o magistrado perde gradualmente sua neutralidade.

E será que essa mácula gradual de sua imparcialidade advém em alguma medida das limitações probatórias apresentadas pelo ordenamento?

No caso das provas testemunhais, conforme já exposto, há lei federais que demonstram uma predileção por outros meios de prova em detrimento da prova testemunhal. Entretanto, essas normas não podem ser interpretadas como se o legislador estivesse antevendo a valoração. De forma contrária, tais restrições devem se configurar como critérios de orientação do juiz na fase de valoração pois, não pode sua aplicação ocorrer de forma inflexível e rígida. Afinal, se estamos inseridos em um sistema de persuasão racional não é admissível que se tenha ao mesmo tempo um sistema de provas legais.

Assim, a inadmissão de um meio de prova apenas se justifica se se configurar que este meio probatório não apresenta relevância para o deslinde da causa, caso contrário qualquer outro motivo que indefira a formação de elementos de prova fere o direito ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e o direito à prova; bem como, afronta o próprio sistema da persuasão racional.

Por conseguinte, dentre os acórdãos aqui separados em apenas 03 (três) deles pode-se observar que o indeferimento da prova testemunhal se baseia em irrelevância desse

---

<sup>34</sup> GUEDES, Clarissa Diniz. *Op cit.*, pp 163-164.

<sup>35</sup> No mesmo sentido: TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, Cap. V, p. 129.

meio probatório para o deslinde da questão. Mas isso apenas foi visível porque o magistrado demonstra quais são os seus fundamentos para inadmitir a prova testemunhal, gerando, assim, confiança na prestação jurisdicional.

Na hipótese, a Corte regional, não obstante tenha reconhecido a preclusão da oportunidade processual para impugnar o indeferimento tácito da produção da prova testemunhal, registrou sua ineficácia diante da eloquência da prova documental produzida. Confira-se: "8. No que respeita à preliminares argüidas, sem razão os apelantes. Conforme consta a fls. 314, foi dada oportunidade às partes para especificação de provas, ocasião em que pleitearam, "por extrema cautela", o deferimento da produção da prova testemunhal. Ali ratificou-se também o requerimento para a juntada aos autos da escala de plantões na Câmara dos Deputados, desde 1991 até a saída definitiva dos autores do convênio (fls. 315). Posteriormente, a fls. 318, os autores reconhecem já ter sido anexado os documentos relativos à escala de plantão do serviço prestado na Câmara dos Deputados, desde 1991, insistindo na juntada dos controles de frequência nos hospitais e postos de saúde do Distrito Federal pela FHDF, a partir de julho de 1991. 9. Aos 13.05.1997, o feito foi concluso para sentença, despacho publicado no Diário da Justiça em 19.06.1997 (fls. 320 v.). Com a publicação do despacho, está implícito o indeferimento da produção de prova testemunhal pelo juízo, sem qualquer oposição dos autores, que tacitamente a tal indeferimento anuíram. Ressalte-se que o processo permaneceu concluso para sentença até 18.12.1998, quando a fls. 322, foi prolatada decisão de sua conversão em diligência, para determinar à Fundação Hospitalar do Distrito Federal a juntada dos controles de frequência dos autores a partir de julho de 1991, concomitantemente ao exercício do ofício na Câmara dos Deputados, por conta do convênio celebrado entre essas duas entidades. A requisição foi atendida por parte da Fundação, conforme fls. 326/352 e os autos novamente conclusos para sentença, prolatada aos 15.09.1999, rejeitando a pretensão vertida. 10. As circunstâncias acima descritas indicam preclusão da oportunidade processual para impugnar o indeferimento tácito da produção da prova testemunhal, prova esta apenas sugerida na petição de fls. 315. E, transcorrido o prazo para a interposição da medida processual cabível, a alegação tardia, em sede de embargos declaratórios e após a prolação da sentença de improcedência quanto aos pedidos da parte autora, não acarreta qualquer mácula à marcha processual, por violação do princípio do devido processo legal, que tem na amplitude de defesa e na bilateralidade dos atos processuais, vetores inquestionáveis. 11. De toda sorte, a eventual produção de prova testemunhal a propósito do tema, é ineficaz diante da eloquência da prova documental produzida, no sentido de que a folha de frequência formalizada pela Fundação no período de junho de 1991 até 1995, relativamente aos servidores cedido à Câmara dos Deputados, se verificou para dar foros de legitimidade aos pagamentos efetua ao mesmos pela Fundação, com recursos repassados pela cessionária". AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.516.457 - DF (2015/0035248-3), rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJE 20/10/2015)

Neste trecho, então, nota-se que o indeferimento da prova testemunhal advém justamente da apresentação racional dos motivos utilizados pelo juiz para inadmitir a produção da prova testemunhal quando diante de um conjunto probatório robusto que acarreta

irrelevância de outra produção probatória. Todavia, em que pese ser exemplo de fundamentação, também se pode observar que o indeferimento se pauta na previsão do artigo 443 do Código de Processo Civil, que marginaliza a prova testemunhal, mas que, como já afirmado neste estudo, não se abordará por se tratar de uma limitação legal, tema que não compõe o objetivo específico deste trabalho.

Logo, ressaltando que em 17 (dezesete) acórdãos a prova testemunhal foi inadmitida ao desprezo de sua relevância. Precisamente as razões utilizadas pelos magistrados foram:

RAZÕES DA INADMISSÃO DA PROVA TESTEMUNHAL	QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS
Juiz como destinatário das provas	1
Juiz detém o livre convencimento	5
Juiz como destinatário das provas e livre convencimento	7
O fato já foi confessado	2
Questão unicamente de direito	2

Em outro trabalho desenvolvido por Clarissa Diniz Guedes e Stela Tannure Leal<sup>36</sup> o problema da confusão entre os planos da admissibilidade e da valoração é apresentado como fruto da dificuldade em se conseguir um modelo epistemológico para o direito probatório, ficando a atividade do juiz muito mais pautada em um aspecto psicológico. Destarte, é por isso que se configura a utilização viciada do princípio do livre convencimento motivado, o juiz embaralha as fases da produção probatória para de antemão desacreditar e desvalorizar um meio de prova ao fundamento de que seu livre convencimento “não crê” na idoneidade daquele tipo de prova. Nesse sentido, Sérgio Mattos<sup>37</sup> conclui que ao utilizar o livre convencimento dessa maneira viciada, tal princípio seria “uma porta aberta para o arbítrio”.

Portanto, quando o Superior Tribunal de Justiça consagra o posicionamento de que o juiz por ser o destinatário da prova não produz cerceamento de defesa ao antever uma valoração da prova, permite a perpetuação da negativa da mais importante característica do sistema adotado pelo Brasil, qual seja: o controle de racionalidade, o que jogaria o processo civil a um cenário de subjetivismos e arbitrariedades. Os magistrados não podem acreditar que o livre convencimento é sinônimo de liberdade sem limitações, e sim, desenvolver a prestação jurisdicional com respeito ao sistema da persuasão racional.

<sup>36</sup> GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. **O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório.** In: WAMBIER, Teresa Arruma Alvim (coord). Revista de Processo, Ano 40, v. 240, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp. 15-39.

<sup>37</sup> MATTOS, Sérgio. **O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio?** In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords). Processo Civil. Estudos em homenagem a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012. p. 447-458.

Isto porque, quando o ordenamento estabelece regras para a valoração da prova, deve-se ter em mente que estas valorações configuram-se apenas em presunção relativa, que diante do caso concreto permite que o magistrado possa fundamentadamente aplicar mas, principalmente, afastar estas presunções. A confirmação desse relativismo está justamente na superação do *sistema de provas legais* com a entrega ao juiz do poder de liberdade de valoração.

Portanto, é indispensável que haja a demonstração de racionalidade a fim de consagrar a segurança jurídica. Afinal, ao expor suas razões o juiz possibilita que os jurisdicionados, bem como as instâncias superiores, consigam revisar e testar suas conclusões, mantendo, outrossim, a coesão da prestação jurisdicional com o sistema adotado pelo ordenamento pátrio.

## 6. CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho refletiu-se sobre a desvalorização da prova testemunhal diante da detectável predileção do ordenamento a outros meios de prova (o que gera hierarquização), corroborado com a confusão entre as fases de admissibilidade de valoração da prova.

Demonstrou-se, inicialmente, que, em que pese o direito à prova gozar da natureza de direito fundamental, isso não impede que seja alvo de limitações. Afinal, as limitações probatórias não são prejudiciais, pois, quando empregadas corretamente trabalham para atingir a concretude de outros princípios e garantias fundamentais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa dentre outros) igualmente necessários a uma prestação jurisdicional justa e eficaz.

Todavia, a natureza essencialmente oral da prova testemunhal aflora sua íntima relação com as percepções sensoriais das testemunhas. E, por esta razão, sua credibilidade poderá ser atingida.

Entretanto, demonstrou-se que nenhum meio de prova pode ser considerado melhor ou mais seguro que outro. Assim, para evitar que a prova oral colhida perca sua confiabilidade, é primordial que o magistrado atue com cautela na sua condução. Pois, ao utilizar os instrumentos legais que lhe aconselham sobre a credibilidade da testemunha, tem-se que não há razão para que a condução da oitiva desses terceiros seja, de antemão, colocado em um patamar de inferioridade ou mesmo que carregue uma espécie de presunção de má-fé.

Outrossim, em respeito ao *sistema da persuasão racional* não se pode admitir que as limitações probatórias sejam regras rígidas e inflexíveis, pois, isso vai de encontro ao próprio sistema, uma vez que seria incoerente permitir que o *sistema do livre convencimento motivado* seja ao mesmo tempo um sistema que possui provas legais.

Afinal, com a superação do *sistema de provas legais* foi concedido ao magistrado a capacidade de livre valoração das provas. Com efeito, resta aclarado que as regras de limitação probatória são normas de orientação em que o juiz encontra presunções valorativas e não normas fixas de valoração.

Por fim, para que se compreendesse como essas limitações estão sendo aplicadas e se causam algum prejuízo aos jurisdicionados, realizou-se pesquisa jurisprudencial com o olhar voltado às decisões do Superior Tribunal de Justiça.



Desta pesquisa constata-se que o princípio do livre convencimento motivado aliado à desvalorização da prova testemunhal resulta vício na aplicação do referido princípio, ocasionando cerceamento de defesa.

Ora, se o direito à prova é direito fundamental com íntima relação com os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como diante da irrefutável função persuasiva da prova, a busca pela verdade dos fatos no processo civil não pode se pautar em subjetivismos arbitrários do julgador.

Mas, o resultado da observação crítica dos acórdãos aqui estudados revela que a prestação jurisdicional encontra-se maculada pelo desvio do princípio da persuasão racional.

Ao considerar que o magistrado é o único destinatário das provas, o judiciário brasileiro está negando o próprio sistema adotado no país, dado que não há a construção de uma fundamentação racional das decisões de inadmissão das provas. Muito diferente disto, descobrimos que a neutralidade do julgador se exaure na medida em que se confunde as fases de admissão e valoração das provas.

O entrelaçamento das fases de admissão e valoração ocorre quando o juiz fundamenta a inadmissão da prova testemunhal por julgar-se já convencido com as provas presentes nos autos. O que, por evidente, proporciona prejuízos à uma prestação judicial justa e eficaz.

Por isso, sugerimos que as limitações probatórias devem ser entendidas unicamente como presunções, pois o juiz detém a livre apreciação das provas. Todavia, essa liberdade de valoração deve ser sempre pautada em uma construção racional, com respeito às provas carreadas nos autos e nunca deverá antever uma valoração.

Isto porque, deve-se respeitar as funções demonstrativa e argumentativa da prova atentando-se sempre ao fato de que o processo busca a solução de um conflito cujo maior interesse pertence às próprias partes e que, assim sendo, deve o juiz conduzir o processo com imparcialidade concretizando todos os direitos expressos na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. **Apontamentos sobre a finalidade da prova e o Novo CPC**. Gentilmente cedido antes da publicação pelos autores.

ARAÚJO, Perácio Luis. **Possibilidade de utilização da prova exclusivamente testemunhal na comprovação dos requisitos para a concessão de aposentadoria por idade rural**. Monografia de conclusão de curso. Orientador: Clarissa Diniz Guedes. Juiz de Fora, UFJF 2013.

GRECO, Leonardo. **A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11161>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Processo Civil**. 2ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.2

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processo civil e penal**. São Paulo, 2013. 469 f. Tese (Doutorado em Processo Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Universidade de São Paulo.

\_\_\_\_\_; LEAL, Stela Tannure. **O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório**. In: WAMBIER, Teresa Arruma Alvim (coord). Revista de Processo, Ano 40, v. 240, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GUZMÁN, Nicolás. **La verdade en el processo penal. Una contribución a la espistemologia jurídica.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v.2.

MATTOS, Sérgio. **O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio?** In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords). **Processo Civil. Estudos em homenagem a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.** São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.** Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 30 de outubro de 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Teoria e aspectos gerais no processo civil.** Revista Ministério Público – Nova Fase. Porto Alegre. V.1, 1984.

SENTIS MELENDO, Santiago. **La prueba.** Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1978.

TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.