



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

THIAGO SANTIAGO DOS PRAZERES DE MATOS ROCHA

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: O FIM DO LIVRE
CONVENCIMENTO MOTIVADO?**

Brasília
2016

THIAGO SANTIAGO DOS PRAZERES DE MATOS ROCHA

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: FIM DO LIVRE
CONVENCIMENTO MOTIVADO?**

Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. João Ferreira Braga.

Brasília

2016

THIAGO SANTIAGO DOS PRAZERES DE MATOS ROCHA

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: FIM DO LIVRE
CONVENCIMENTO MOTIVADO?**

Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. João Ferreira Braga.

BRASÍLIA – DF, 07 DE MAIO DE 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. João Ferreira Braga, Dr.
Orientador

Prof. Carlos Orlando Pinto, Dr.
Examinador

Prof. Salomão Almeida Barbosa, Dr.
Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito analisar se o livre convencimento motivado permanece no ordenamento jurídico processual civil brasileiro ou se ele se extinguiu com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015. Para o estudo analisou-se a atuação magistrado na atividade instrutória. Passou por questões como imparcialidade, discricionariedade da decisão judicial, disponibilidade dos direitos demandados em juízo, ônus da prova e suas implicações na atividade instrutória, as limitações à atuação do juiz e o trabalho do magistrado na busca da verdade no processo. Posteriormente fez-se um estudo da origem dos precedentes e de suas técnicas aplicáveis ao processo civil brasileiro, o modo como podem vincular os juízes e tribunais do país e a importância do mesmo na atividade jurisdicional. Por fim, apresentou-se uma breve construção histórica do princípio do livre convencimento motivado, como ele era aplicado no CPC de 1973 e como deverá ser aplicado no CPC de 2015.

Palavras-chave: Direito processual civil. Livre convencimento motivado. Precedentes. Novo CPC. Expectativas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ E A EFETIVIDADE DO PROCESSO	7
1. 1 DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO	13
1. 2 DA DISCRICIONARIEDADE DA DECISÃO JUDICIAL	15
1. 3 DA DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DEMANDADOS	16
1. 4 DO ÔNUS PROBATÓRIO EM MATÉRIA DE INSTRUÇÃO OFICIAL	19
1. 5 DO SISTEMA PROCESSUAL DE ATUAÇÃO JUDICIAL PROBATÓRIA	21
1. 6 DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NA BUSCA DA VERDADE	22
1. 7 DAS LIMITAÇÕES À ATUAÇÃO DO JULGADOR	24
2 DA ATIVIDADE JURISDICIONAL COM OS PRECEDENTES	26
2.1 DA ORIGEM DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	26
2. 2 DA TÉCNICA PROCESSUAL DOS PRECEDENTES	30
2. 3 DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES	31
2.4 DA IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES PARA A TUTELA JURISDICIONAL	33
3 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	36
3. 1 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	41
3. 2 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	44
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo geral buscar sobremaneira trazer a lume a importância de um dos princípios processuais mais debatidos pelos doutrinadores, tanto os clássicos, quanto os contemporâneos, qual seja, o princípio do livre convencimento motivado do juiz ou também chamado de princípio da persuasão racional do julgador.

Com efeito, a principal finalidade desta pesquisa será expor de maneira clara e didática, quais implicações vislumbram-se na teoria, quando se passa a explorar o princípio em comento. Analisando a atividade instrutória do julgador e verificando como pode ser aplicado um ou outro precedente, nota-se como é possível ter mais coerência na livre convicção do juiz. Portanto, uma das finalidades é saber se o Código de Processo Civil de 2015 extinguiu definitivamente o princípio da persuasão racional ou se ele ainda vigora em nosso ordenamento processual civil, de maneira a possibilitar a atuação do magistrado de forma mais ativa na instrução processual, decidindo ou não a respeito da conveniência da produção de determinada prova ou mesmo a respeito da apreciação desta ou daquela prova para a formação do seu convencimento.

A relevância deste trabalho se reflete em iniciar um estudo a respeito da nova legislação processual civilista, atentando-se mais especificamente no que diz respeito ao **uso das prova** no processo e como magistrado poderá atuar de maneira que consiga cumprir sua função social como braço do Estado na prestação da devida tutela jurisdicional, considerando-se uma possível limitação em sua atividade instrucional.

Assim, a relevância do trabalho pode ser considerada de grande substancialidade, tendo em vista que uma das matérias mais importantes no estudo do processo é a prova, pois é de comum entendimento que quem trazer a melhor prova terá mais chances de obter êxito na demanda pleiteada em juízo. De forma que entender a importância do juiz no momento de requerer ou mesmo valorar alguma prova é indispensável, pois se deduz que ele, o julgador, analisará todos os elementos envolto a prova e proferirá o seu convencimento a respeito da mesma.

Metodologicamente, este trabalho adotou o tipo de pesquisa bibliográfica, revisitando autores que já possuíam uma maior reflexão a respeito do tema. A partir de uma análise mais acurada em obras de autores que já fizeram uma maior reflexão em matéria de prova e aplicação dos precedentes. Buscou-se uma metodologia que pudesse expor, com uma visão mais crítica, o que esses autores entendem a respeito do tema e o que podem acrescentar. Com a ajuda de resumos e fichamento foi possível à produção desse trabalho. Muito do estudo se deve aos doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier Júnior, José Roberto dos Santos Bedaque e Trícia Navarro Xavier.

É preciso recordar que o tema, no que diz respeito ao Novo Código de Processo Civil que está em vigor desde 18 de março de 2016, ainda precisa de muitos debates para que se possa dizer que esteja ou não sedimentado, haja vista que muito do que se espera é tentar trazer mais segurança jurídica nas decisões judiciais.

Por isso, o tema proposto por este trabalho procura responder a pergunta sobre a possibilidade do fim do livre convencimento motivado no atual Código de Processo Civil e quais suposições pode-se extrair disso.

Sendo assim, o trabalho parte do seguinte problema de pesquisa: como atuará o magistrado a luz do novo Código em sua atividade instrutória? Como é possível a aplicação dos precedentes para efetivamente oferecer uma resposta coerente para o jurisdicionado? Como era e como ficou o livre convencimento do magistrado quanto à processualística civil? Esses são os principais quesitos que precisam ser respondidos para que se possa entender mais claramente a importância do tema pesquisado.

1 DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

A prova, sempre, destina-se ao magistrado. Ela não é destinada a nenhum dos litigantes, pois, uma vez realizada, passa a fazer parte do processo, em quase nada interessando quem requereu sua realização. É por meio das provas que o magistrado toma conhecimento dos fatos que cercam o caso jurídico colocado para seu exame, daí ficar claro que o interesse de provar está ligado essencialmente ao interesse de remeter ao magistrado a prova, uma vez que é ele quem deve dizer a saída jurídica pertinente, com base no convencimento que obtiver dos fatos (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 519). De tal forma que é possível afirmar: “Por isso, toda a atividade probatória deve ser direcionada ao juiz, que é o destinatário da prova, independentemente da opinião que a parte contrária possa ter acerca dos fatos” (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 519).

Aos magistrados cabe a ilustre missão de compreender os fatos de forma acertada. Sendo assim para que possam absorver essa responsabilidade que lhes foi concedida, é indispensável que tratem dos seus poderes instrutórios com pudor e atenção, com o objetivo de que esses poderes possam ser utilizados e não representem justificção para o arbítrio (XAVIER, 2008, p. 173). Desse modo, depois que fora concedido aos litigantes a oportunidade de produção probatória, o magistrado poderá utilizar todo o seu poder instrutório, e sempre concedendo vista às partes posteriormente, para procurar iluminar a questão controversa (XAVIER, 2008, p. 180).

É preciso conduzir o processo de maneira eficaz e racional, e daí se tem a lição de José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 53):

“A necessidade de o juiz assumir a efetiva posição de condutor do processo, com ampla participação no contraditório desenvolvido pelas partes, corresponde à tendência unânime da moderna ciência processual.”.

Desse modo o impulso do magistrado em matéria probatória, posteriormente à formação do processo, afora ser legítimo, não substitui a atuação dos litigantes, mas posterior e conforme os interesses e objetivos do processo. Nesse contexto que entraria a permissão legal para a atuação probatória do magistrado quando o caso

necessitar, uma vez que é com respaldo na submissão à legalidade que o magistrado tem que complementar as lacunas probatórias dos litigantes para formar sua convicção (XAVIER, 2008, p.183). Por isso que: “De resto, o compromisso do juiz é com a lei e com a justiça” (BEDAQUE, 2001, p. 114).

Não obstante, é necessário determinar alguns métodos objetivos habilitados para nortear, além do magistrado, também os litigantes, servindo como um controle para as práticas jurídicas realizadas no processo. Claramente que os critérios serão valorados subjetivamente, entretanto o juiz tem que se fundamentar em circunstâncias objetivas, para que tenha legitimidade, justificando-as através de sua motivação (XAVIER, 2008, p. 188).

Quanto à possibilidade de o juiz autorizar a produção de determinada prova e em seguida não permitir mais sua realização, Trícia Xavier (2008, p. 189) afirma que é negativa, pois, desde o momento em que o magistrado permite a produção de determinada prova, essa prova passará a agregar o direito subjetivo do litigante. Por conseguinte, uma alteração futura da decisão caracterizaria uma prática que, além de não recomendável por parte do magistrado, representaria um ato de insegurança, o qual em outra oportunidade já apreciara a adequação da prova solicitada, conforme os pontos contestados dos autos, consentindo o método probatório pertinente.

Sabe-se que o litigante tem o direito de acompanhar a produção probatória, para formar o convencimento não só do julgador singular, como também da cúpula de magistrados que posteriormente possa vir a decidir o litígio (XAVIER, 2008, p. 189). Mesmo que no CPC não se encontre qualquer referência quanto à viabilidade de produção probatória em grau de recurso (XAVIER, 2008, p. 192), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é partidária do procedimento de produção de provas em grau recursal, concluindo ser cabível o art. 130, do CPC de 1973, atual 370, do CPC de 2015 com fito de formar seu livre convencimento motivado, com apoio na predominância do interesse público (CERQUEIRA, 2012). Em recente julgado, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. **APRECIÇÃO DE TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES DA LIDE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.** INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos. **2. O magistrado é o destinatário da prova, competindo, portanto, às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da imprescindibilidade daquelas que foram ou não produzidas, nos termos do art. 130 do CPC.** 3. A avaliação tanto da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide quanto da necessidade de produção de outras provas demanda incursão em aspectos fático-probatórios dos autos, inviável em recurso especial (Súmula n. 7/STJ). 4. O exame da pretensão recursal, no sentido de verificar que teria sido corretamente demonstrado o alegado excesso de execução, demandaria o reexame dos elementos fáticos dos autos, inviável em recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2015a, grifo nosso).

Essa produção probatória pode ocorrer quando o juiz do colegiado é mais cauteloso, ou, num caso concreto, verifique ser indispensável a repetição ou produção probatória no tocante às que já existem nos autos. Por isso, os tribunais têm acatado essa possibilidade, de produção probatória em grau de recurso, com o objetivo de prestar uma atuação jurisdicional concreta e que responda aos anseios de justiça (XAVIER, 2008, p. 192). Veja-se o seguinte aresto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA - ACIDENTE DE TRÂNSITO – SEGURO – AGRAVO RETIDO – PROVA TESTEMUNHAL – OITIVA DA SEGURADA – POSSIBILIDADE – APELO PREJUDICADO 1. Em ação regressiva movida pela seguradora contra o suposto causador do sinistro, o fato da testemunha arrolada ser a condutora do veículo segurado não a torna automaticamente interessada no desfecho da lide, nem a impede de ser ouvida **2. Se a petição inicial é instruída apenas com início de prova documental e não com documento que demonstre inequivocamente a existência do direito pleiteado, deve ser deferida a produção da prova testemunhal requerida, a fim de se formar o convencimento do juiz. Conheceu-se do apelo da autora, deu-se provimento ao agravo retido interposto para cassar a sentença impugnada e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para a produção da prova testemunhal requerida** 3. Julgou-se prejudicado o apelo da autora. (BRASÍLIA, 2015, grifo nosso).

Assim, é importante ter em mente que a função do magistrado no processo, no tocante à prova, é substancial e, em incontáveis oportunidades é crucial e fundamentador de uma devida prestação jurisdicional constitucional (XAVIER, 2008, p. 196).

O magistrado tem a dever de ponderar a respeito de todos os princípios jurídicos implicados, levando em conta vários elementos como os valores envolvidos no processo, tanto patrimoniais, quanto não patrimoniais, o período que já se gastou com o processo, a conduta dos litigantes no processo e de sua condição, as reais chances de que a prova possa aclarar os fatos, dentre outros (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 525).

Não há que se tentar impedir a atuação do juiz, uma vez que o processo hoje não tem a mesma finalidade que anteriormente já fora vislumbrado, quando, por muitas vezes, tentava-se afastar o poder instrutório do juiz. Entende-se que o magistrado hoje possui uma missão que é maior do que conduzir o processo, qual seja, encontrar a paz social dando efetivada às demandas pleiteadas perante o Poder Judiciário.

É importante a atuação do magistrado no processo, o qual não deve estar apenas atento à execução das regras procedimentais, mas também na busca da devida tutela jurisdicional. Cabe ao magistrado tutelar por um justo processo, possibilitando uma justa execução das normas jurídicas materiais, a pertinente averiguação dos fatos, a efetividade na proteção dos direitos e a participação dos litigantes num contraditório efetivo. (OLIVEIRA, 2008, p. 105).

Por isso se deve corroborar com afirmação segundo a qual: “O juiz que se omite é tão nocivo quando o juiz que julga mal” (OLIVEIRA, 2008, p. 109). Deixar de se manifestar ou mesmo decidir a respeito de um pedido liminar, da mesma forma é uma decisão e sem medo de errar, deixar de decidir é muito mais nocivo ao litigante do que ter seu pedido negado, já que no caso em questão a parte fica impossibilitada de agir, pois não pode forçar o juiz a decidir. Assim, resta ao litigante a faculdade de agravar a decisão e provocar o conhecimento do tribunal competente (OLIVEIRA, 2008, p. 109).

Quando se trata da atividade instrutória, é importante afirmar que sua intervenção no processo é obrigatória no sentido de reprimir eventual abuso do direito que se busca tolher, sempre velando na devida medida pelo contraditório, objetivando coibir protelações inadequadas. Por isso a preferência legislativa por um

magistrado participador, interveniente, como é característico do atual Estado social (OLIVEIRA, 2008, p. 110). Deste modo, é importante ressaltar que: “A figura do juiz distante e desinteressado, que tudo deixava às partes, em especial no que tange ao conjunto probatório, não mais responde aos anseios de uma prestação jurisdicional de qualidade”. (NEVES, 2013, p. 426).

Uma adequada interpretação ao art. 370, do CPC (BRASIL, 2015b) é aquela que prioriza o meio termo. A atividade de provar é conferida, em princípio, aos litigantes, pois ao magistrado incumbe se for o caso, somente uma atividade complementar, mas sempre cooperativa. É porque uma vez que foram realizadas as provas requisitadas pelos litigantes, caso ainda exista imprecisão quanto a determinado ponto nos fatos apreciados para julgamento, o magistrado estará habilitado para tomar a iniciativa probatória para repará-la (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 25).

Perante a omissão do litigante, o qual incumbia a diligência, deve o juiz se apoiar nos demais elementos incluídos nos autos para formar sua convicção. Nada obstante, se forem deficientes, deve o magistrado, fundamentadamente, determinar a produção probatória, inclusive ouvindo testemunhas que não foram arroladas em momento conveniente para tal (BEDAQUE, 2001, p. 16-17).

Tenha em mente que o litigante com menos recursos não possui as mesmas condições que o mais abonado de trazer, aos autos as provas mais imperiosas para a comprovação do seu direito. Por isso a omissão da iniciativa probatória do magistrado refletiria em alguém observar com indiferença a luta entre o cordeiro e o lobo (BEDAQUE, 2001, p. 102-103).

O procedimento probatório concebe-se pelo processo de acomodação dos fatos controversos segundo a determinação formal. Dessa maneira, denomina-se todo procedimento cuja regulamentação normativa leve a esse resultado, independente da maneira que esteja formada (CARNELUTTI, 2001, p. 50-51).

É importante que o magistrado verifique a comprovação dos fatos alegados pelos litigantes. Na instrução probatória, a atuação do magistrado não se encontra

de forma alguma restrita a uma comprovação das afirmações das partes, até mesmo quando o magistrado desconsidera a norma aplicável, os métodos realizados por ele para obter seu convencimento entram na concepção de meio de prova (CARNELUTTI, 2001, p. 71).

Mas é claro que não deve o magistrado, com objetivo de dar mais efetividade ao processo e à sua atuação probatória, desobedecer à legislação processual justa, pois correria o risco de se tornar um “déspota processual”. Com efeito, deve ser respaldada a afirmativa de que é compreensível o ativismo por parte do magistrado no processo contemporâneo, mas que não deve deixar de ponderá-los com os litigantes, buscando uma visão de máxima colaboração entre os sujeitos do processo (MATTOS, 2001, p. 99). Para José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 78) “[...] desde que o legislador assegure às partes o direito de participar da formação do provimento jurisdicional, influenciando no seu conteúdo, nenhum mal há em reforçar a autoridade do juiz no processo”.

Com isso, pertence ao magistrado, como um dos interessados em uma justa resolução do litígio, averiguar os fatos do caso, em conjunto com os litigantes, para que possa solver suas dúvidas e, da mesma forma, dar razão a quem realmente a possui (MATTOS, 2001, p. 101). É inerente que exista uma relação de cooperação entre todos os sujeitos processuais. Todos os operadores do direito precisam estar atinados com o princípio da cooperação, pois na tentativa de se trazer mais efetividade ao processo, será pela cooperação que se poderá encontrar mais celeridade e satisfação processual.

Dessa forma, é importante frisar que esse compromisso de cooperação ganha força quando se tem em mente que o magistrado não é o protagonista do processo, mas que se fosse não deveria ser visto como o único (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 25). Membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados e partes devem contribuir sobremaneira para o bom andamento da marcha processual.

1. 1 DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

A possibilidade de se obter provas pelo magistrado tem que ser exercida como um resultado natural e racional de sua função de dar impulso ao processo e decidir a demanda, sem que isso prejudique o seu desinteresse na causa (XAVIER, 2008, p. 177).

O magistrado, assim como os litigantes, tem que ser comprometido não somente com a célere, mas também eficaz resolução do litígio, não devendo se furtar de tal tarefa, sem que isso se caracterize em qualquer parcialidade, ilegalidade ou ilicitude (XAVIER, 2008, p. 177). Mais do que a qualquer um, ao magistrado deve interessar a justiça, de tal maneira que ter iniciativa probatória não significa, irrestritamente, o rompimento da sua imparcialidade, pois a ameaça da parcialidade circunda a todo o momento em seu ofício, no decorrer do litígio. Caso procure não ser imparcial, não é impedindo sua atividade instrutória que ocorreria esse triste evento da parcialidade (MOREIRA, 1999 apud XAVIER, 2008, p. 178).

Em razão de todo esse temor, no tocante a imparcialidade, falava-se que o magistrado seria um interventor mínimo no processo, permitindo aos litigantes as iniciativas postulatórias em matéria de prova, tudo isso em função do princípio dispositivo. Confundiam imparcialidade com neutralidade e omissão, preferindo-se o magistrado mais indiferente do que o atento (NEVES, 2013, p. 426).

Por isso que é importante lembrar que ao magistrado cabe determinar toda a produção probatória que ele entender indispensável à instrução processual, nos limites dos fatos externados pelas partes. Ao menos em tese, a necessidade de ser imparcial não justificaria uma limitação aos poderes instrutórios do magistrado (MATTOS, 2001, p. 93).

A atividade instrutória do magistrado que tenha como destino a simples formação da convicção do juiz, que a determina em função de averiguar a existência, no processo, de caminhos competentes para o esclarecimento dos fatos controvertidos, de forma alguma, comprometeria sua imparcialidade (BEDAQUE,

2001, p. 19).

Desse modo, Bedaque (2001, p. 105-106) afirma que existem muitos argumentos contra a iniciativa do magistrado na instrução probatória. Um dos mais apontados seria o que ocupa-se de conservar a imparcialidade do julgador.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de que seria mais que um dever, um poder do magistrado em coibir atos atentatórios contra a Dignidade da Justiça, sem que isso configurasse a quebra da sua imparcialidade, como se observa no seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECRETAÇÃO DE NULIDADE, SEM QUE TENHA HAVIDO PREJUÍZO. DESCABIMENTO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO COLETIVA. RECONHECIMENTO PELO MAGISTRADO, DE OFÍCIO, DE INIDONEIDADE DE ASSOCIAÇÃO, PARA AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO LEGAL DE LEGITIMIDADE. POSSIBILIDADE. É PODER-DEVER DO JUIZ, NA DIREÇÃO DO PROCESSO, PREVENIR OU REPRIMIR QUALQUER ATO CONTRÁRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. ADEMAIS, O OUTRO FUNDAMENTO AUTÔNOMO PARA NÃO RECONHECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO, POR SER O ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO DESMESURADAMENTE GENÉRICO, POSSUINDO REFERÊNCIA GENÉRICA A MEIO AMBIENTE, CONSUMIDOR, PATRIMÔNIO HISTÓRICO, TAMBÉM PATENTEIA A AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO DA AUTORA PARA DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS DE CONSUMIDORES. [...] 4. Por um lado, é bem de ver que, muito embora a presunção iuris et de iure seja inatacável - nenhuma prova em contrário é admitida -, no caso das presunções legais relativas ordinárias se admite prova em contrário. Por outro lado, o art. 125, III, do CPC [correspondente ao art. 139, III, do novo CPC] estabelece que é poder-dever do juiz, na direção do processo, prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça. Com efeito, contanto que não seja exercido de modo a ferir a necessária imparcialidade inerente à magistratura, e sem que decorra de análise eminentemente subjetiva do juiz, ou mesmo de óbice meramente procedimental, é plenamente possível que, excepcionalmente, de modo devidamente fundamentado, o magistrado exerça, mesmo que de ofício, o controle de idoneidade (adequação da representatividade) para aferir/afastar a legitimação ad causam de associação. (...)”. (BRASIL, 2008, grifo nosso).

Ocorre que a atuação do magistrado na elaboração do conjunto probatório, determinando a produção de provas que divisa importante para a elucidação dos fatos alegados pelos litigantes, de maneira alguma contamina sua imparcialidade. Com essa atuação, evidencia o juiz estar atentado aos objetivos sociais do processo (BEDAQUE, 2001, p. 110-111).

O medo de perverter sua imparcialidade pode colaborar de forma resolutive para que os juízes, lamentavelmente, não se utilizem dos poderes de instrução processual que lhes foram atribuídos pelo legislador (BEDAQUE, 2001, p. 112). É fácil de perceber para que o magistrado conserve sua imparcialidade, perante uma prova que tenha sido determinada por ele, basta que deixe que os litigantes se manifestem a respeito e provavelmente não haverá mais celeuma alguma (BEDAQUE, 2001, p. 113).

1. 2 DA DISCRICIONARIEDADE DA DECISÃO JUDICIAL

O poder discricionário do magistrado deve se assentar na norma e não em seu próprio juízo (XAVIER, 2008, p. 174). O princípio da legalidade deve sempre reger a atuação dos juízes, especialmente quando se está em disputa uma porção de discricionariedade nas decisões judiciais, como ocorre no poder de instrução que neste momento se defende (XAVIER, 2008, p. 186).

Levar em conta a ideia de discricionariedade representaria a conveniência e a oportunidade, por razão do direito administrativo, a resposta será negativamente. Ocorre que, na atuação probatória, não há regência da conveniência e oportunidade, e sim pelos preceitos da necessidade e interesse. A proposição probatória tem de ser, claramente, fundada nos fatos que se busca provar, não podendo se deixar levar por conveniência e oportunidade (LOPES, 2012, p. 239).

Afasta-se a concepção de que o magistrado possua algum poder discricionário de determinar a instrução probatória (BEDAQUE, 2001, p. 147). O que realmente ocorre é que não seria um poder discricionário, tendo em vista que o magistrado, ao julgar um caso concreto, não decide por conveniência e oportunidade, aspectos característicos da discricionariedade. Vem a lume que quanto maior a incerteza das definições contidas na lei, maior será a liberdade de análise dos requisitos da decisão judicial, mas mesmo assim não a torna discricionária (BEDAQUE, 2001, p. 149).

1. 3 DA DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DEMANDADOS

No tocante a busca probatória em processos que versem a respeito de direitos disponíveis, o cenário sofre mudanças e é compreensível que possa gerar resistência por parte dos julgadores, dos litigantes e dos próprios juristas que venham a se especializar no assunto (XAVIER, 2008, p. 184). Destarte, quando se tratar de direitos disponíveis, não incumbe ao magistrado, inicialmente, agir como substituto dos litigantes, dando início a sua atuação jurisdicional. Ou seja, o magistrado deve conduzir e coordenar o processo de uma forma que possa garantir a absoluta e efetiva atuação dos litigantes no que for ajustado ao caso (XAVIER, 2008, p. 185).

A dicotomia que existe entre o princípio inquisitivo e o dispositivo está profundamente relacionada às atribuições de poderes ao magistrado. Toda vez que o legislador atribui um poder ao juiz, independente da vontade dos litigantes, temos uma manifestação inquisitiva, mas toda vez que se deixar a opção ao empenho das partes, privilegia-se a dispositividade (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 19).

O código 1973 ampliou os poderes do magistrado, e assim fez, pois entendia que era indispensável prover o Judiciário de mecanismos capazes de trazer eficácia para a averiguação da verdade, sem abandonar os elementos que sustentam o princípio dispositivo (OLIVEIRA, 2008, p. 106).

Dessa maneira, Bedaque (2001, p. 13), ensina que se tem reconhecido que a operacionalização do processo precisa ser formada em razão do ordenamento jurídico-substancial concebido pelo Estado, dos quais a proteção encontra nele o maior interessado, posto que seja difícil acatar defesas em relação à inércia do Judiciário no relativo à inquirição probatória, conduta muito usada primordialmente quando se tratam de direitos disponíveis.

Em razão da polêmica em torno do tema, tem se preferido a ideia de que o princípio dispositivo seja restrito apenas aos reflexos que a relação concreta

disponível possa realizar no processo. Assim, verificados as peculiaridades do caso concreto é que o juiz deverá ou não valer-se de sua atuação de ofício para determinar a produção da prova que entender indispensável.

Por isso, os litigantes possuem liberdade para dispor deles, por meio dos atos processuais, como, por exemplo, a renúncia, a desistência e o reconhecimento do pedido. Não podendo, em regra, o magistrado objetar contra a realização desses atos, precisamente em razão da natureza dispositiva do direito em questão (BEDAQUE, 2001, p. 90).

Esse posicionamento ganhara força no momento em que se reflete, com maior profundidade, sobre o princípio dispositivo, que, dentre outros possíveis impedimentos impostos à atuação do juiz, afastaria que o mesmo possuísse liberdade de atuação na produção probatória (BEDAQUE, 2001, p. 86).

Tenha-se presente que a exclusividade da parte a respeito da iniciativa do processo existe independentemente da natureza do direito demandando. Mesmo não sendo disponível o direito subjetivo concreto, o princípio da inércia da jurisdição perdura-se. Assim, quer dizer que, ainda no tocante a essa classe de direito, o interessado tem o monopólio da demanda.

Caso o Estado tenha interesse direto ou mesmo indireto na demanda, do mesmo modo não se concede ao magistrado o poder de iniciativa. Em razão disso, é a hipótese de atuação do órgão ministerial, onde, por exemplo, é o responsável por propor as demandas civis e penais públicas. É aí que se percebe que mesmo sendo público o interesse, o juiz continuará inerte (BEDAQUE, 2001, p. 91).

Entende-se que a definição que se dá ao princípio dispositivo tem de exprimir somente as limitações determinadas ao magistrado, em razão da disponibilidade do direito, e não são muitas, posto que aludam aos atos processuais dos litigantes direcionados prontamente para o direito disponível (BEDAQUE, 2001, p. 93).

Caso o direito discutido esteja incluído na seara dos direitos indisponíveis, continuam os litigantes com os irrestritos poderes a respeito do direito material,

podendo, a título exemplificativo, transigir e, até mesmo, desistir. Apesar disso, enquanto a saída continuar nas mãos do Estado, o magistrado não poderá se contentar somente com a atividade dos litigantes (BEDAQUE, 2001, p. 99).

Ao magistrado, além do dever de proibir a procrastinação do feito, é cabível obstar as diligências probatórias que sejam inúteis ao respectivo objeto, que seriam também procrastinatórias, conforme de extraía do artigo 130, do CPC (BRASIL, 1973), atual 370 e parágrafo único. do CPC de 2015. Desse modo, não existe disponibilidade, quanto à atividade probatória, no que diz respeito à parte poder impor ao magistrado provas que ele entenda inútil, no tocante aos fatos alegados ou mesmo procrastinatórios, no que toca a formação de provas (ALVIM, 2013, p. 979).

E factível que, há muito tempo, o Superior Tribunal de Justiça também pense assim, como se extrai do seguinte aresto:

“PROCESSUAL CIVIL. SFH. DIREITOS DISPONÍVEIS. PRODUÇÃO DE PROVAS EX OFFICIO. PERÍCIA CONTÁBIL. ART. 130 DO CPC. 1. As matérias insertas nos arts. 131, 896, parágrafo único, 899, § 3º, todos do Código de Processo Civil, não foram apreciadas pelo Tribunal a quo, razão pela qual, nesse particular, o recurso especial ressenete-se do necessário prequestionamento. Incidência da Súmula n.º 282 do STF. **2.** Para alçar a admissibilidade do recurso especial pela alínea c, deveria ter sido realizado o cotejo analítico nos termos previstos no art. 541, parágrafo único, do CPC, e no art. 255, § 2º, do RISTJ, com a transcrição de trechos dos acórdãos recorrido e paradigma, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração do dissenso nos moldes regimentais, incide o óbice da Súmula n.º 284 do STF. **3. Cuidando a ação de direitos disponíveis e não existindo nos autos notícia de significativa desigualdade sócio-econômico-cultural entre os litigantes, não há falar em violação ao art. 130 do Código de Processo Civil pela ausência de produção de provas ex officio.** **4.** Recurso especial conhecido em parte, mas improvido.” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

A título de exemplo, imagine que num determinado litígio tratando de um acidente de trânsito apenas com prejuízos patrimoniais, ambos os litigantes se deram por satisfeitos em realizar apenas provas testemunhais e documentais para certificar qual é o valor a ser ressarcido de A para B. Os litigantes claramente

furtaram-se das despesas com a prova pericial. Salvo nos casos em que a própria lei determina fazer prova, em uma hipótese como essa de caráter puramente patrimonial, não seria adequado e nem sensato ao magistrado, de ofício, determinar a realização de uma perícia para averiguar o dano ocorrido no acidente.

Em relação à formação probatória determinada pelo magistrado, deve a mesma ser fundamentada. É necessário que o magistrado esclareça os motivos, os quais o fizeram entender que o caso reproduz a disposição legal do art. 370 do CPC (BRASIL, 2015b). Ou seja, não serve somente determinar a produção de provas. Atuação de ofício, como qualquer ato de decisão, precisa de necessária fundamentação, com objetivo de que, em possível recurso, os litigantes possam expor suas razões de impugnação e o órgão superior tenha possibilidade de avaliar os argumentos proveitosos e adversos à conclusão impugnada (BEDAQUE, 2001, p. 153).

Impende observar que o estudo dos poderes do magistrado e limitação dos seus meios de atuação, no que seja uma matéria de inequívoca importância para o processo civil, cuida também de se perceber o tipo de política judiciária adotada pelo Estado. Vale lembrar que o magistrado é um órgão do Estado, sendo também parte na relação processual, pode a legislação conceder-lhe prerrogativas que venham a limitar o princípio dispositivo (BUZAID, 1982, p. 21).

1. 4 DO ÔNUS PROBATÓRIO EM MATÉRIA DE INSTRUÇÃO OFICIAL

Cumprido observar que, no tocante à distribuição do ônus da prova, é perceptível que os aplicadores do direito passaram a exercer um papel considerável, constantemente no objetivo de melhorar a obtenção da veracidade processual, a qual moderará a suas decisões e seu convencimento (XAVIER, 2008, p. 187). Pense-se que, enquanto de um lado, é possível ao magistrado, legalmente, impulsionar a instrução probatória, haja vista a importância que a prova possui para a formação de seu convencimento, tem que sempre determinar sua produção suplementarmente, não devendo socorrer a omissão do litigante inerte (ALVIM,

2013, p. 978).

O magistrado jamais atua com interesse em favorecer algum dos litigantes, ordenando a produção probatória que apenas a um lado favoreceria, pois caso assim agisse, dissiparia a igualdade de tratamento e desatenderia as disposições no que se refere ao ônus probatório (ALVIM, 2013, p. 979).

Tornar o magistrado um simples examinador da demanda judicial, conferindo aos litigantes o exclusivo ônus de produção probatória no processo, pode representar uma grave afronta ao direito de um processo minimamente justo.

Uma vez que o processo existe para tutelar os direitos, tem-se de conceder ao juiz amplos poderes de produção de provas para que possa efetivar a sua missão jurisdicional (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 286).

A argumentação exposta acima pode ser melhor compreendida a partir do seguinte julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual apreciou a liberdade de o magistrado, fundado no princípio do livre convencimento motivado, decidir a respeito da sua valoração no uso das provas no processo e no que diz respeito à necessidade de atuação para determinação das mesmas:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. FIXAÇÃO DO VALOR REMUNERAÇÃO DO PERITO. **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL.** 1. O art. 535 do CPC encontra-se incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte se os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. **2. Nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, cabe ao magistrado, como destinatário da prova, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, sempre em busca de seu convencimento racional.** 3. O juízo acerca da produção da prova compete soberanamente às instâncias ordinárias e o seu reexame, na estreita via do recurso especial, encontra óbice Súmula nº 7 do STJ. Precedentes. **4. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que "a inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos delineado nas instâncias ordinárias, cujo reexame é vedado em sede especial"** (AgRg no REsp 662.891/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 16.5.2005). 5. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Com efeito, é preciso ter em mente que, mesmo quando o magistrado determina a produção de provas de ofício, essa iniciativa não possui o condão de obstar a atuação das partes toda vez que a prova, que tenha sido realizada, se mostre insuficiente para a formação de seu convencimento (NEVES, 2013, p. 428).

1. 5 DO SISTEMA PROCESSUAL DE ATUAÇÃO JUDICIAL PROBATÓRIA

No que toca à atuação do magistrado na produção do acervo probatório, a legislação processual adota, sem dúvida alguma, o modelo, da Europa continental, *inquisitorial system*, repelindo o *adversarial system* utilizado largamente na Inglaterra e Estados Unidos (BEDAQUE, 2001, p. 95).

O reconhecimento do modelo *inquisitorial* expandiu excessivamente a função do magistrado na atuação processual. Os litigantes e a autonomia privada foram bem reduzidos, em alguns casos, afastados mesmo, dando um excessivo destaque a atuação judicial (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 19).

Desse modo, está se solidificando a percepção de que, ao lado dos dois conhecidos modelos de estruturação do processo, o *adversarial* e o *inquisitorial*, existiria um terceiro modelo, que seria o *cooperativo*, fundado no princípio da cooperação, que se define pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a integração do Poder Judiciário no quadro de sujeito do diálogo processual, deixando de ser um observador do embate entre os litigantes. Não há como aceitar uma condução inquisitorial pelo Judiciário, em posição desigual entre os litigantes. Procura-se uma condução colaborativa do processo, sem realce para qualquer um dos sujeitos processuais, ou com realce para todos eles (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 23).

Por isso que é importante que se perceba que o princípio da cooperação advém do resultado de uma colaboração entre os litigantes do processo e o julgador. O atual entendimento sobre essa questão reclama do magistrado uma atuação mais

operante no processo e um envolvimento mais perspicaz dos demandantes. Ou seja, através de uma atuação equânime entre as partes e diligente do juiz, teremos a possibilidade de tornar o processo um instrumento mais efetivo. Isso porque o magistrado deve orientar as partes a procurarem uma solução rápida e eficaz para o litígio, consumando o que propõe o princípio.

1. 6 DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NA BUSCA DA VERDADE

Pertence ao magistrado, uma vez que é também um dos interessados na obtenção do justo resultado processual, realizar um papel participante na verificação da verdade, para formar seu convencimento, pois, de outra forma, não haverá o interesse público no desempenho concreto do direito material para a devida composição da demanda (MATTOS, 2001, p. 94).

Com fundamento na relevante intervenção do juiz na resolução das demandas judiciais, é-lhe autorizado complementar o conjunto de provas constante dos autos na busca pela verdade real, conforme preceitua o artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015 (CERQUEIRA, 2012).

Mas é importante alertar que a fixação do magistrado para obter a verdade dos fatos do caso, de forma desmedida, pode consistir numa atuação parcial. Sem alertar para o fato de que a atuação dos litigantes representa, sem dúvida alguma, um caminho imensuravelmente mais eficaz para a verificação da verdade do que qualquer outro tipo de inquirição de caráter paternalístico (MILLAR, 1945, p. 72).

Porém, não é aceitável que, em função da hipossuficiência de uma das partes, a decisão não se apresente justa. Seria a representação ruínosa da atuação judiciária, da qual tem por finalidade proporcionar a efetivação das normas em relação aos fatos verdadeiramente investigados (BEDAQUE, 2001, p. 100-101). Dessa forma, fica claro que: “A igualdade de tratamento exigida pelo legislador não pode se limitar ao seu aspecto formal” (BEDAQUE, 2001, p. 104).

Por isso, motivar a decisão judicial é prática substancial para prover o respaldo da mesma. O magistrado esclarecerá a sua atitude probatória, acessória a dos litigantes, por meio da decisão, sendo necessária para seu julgamento e servindo como condição da eficácia da tutela jurisdicional, uma vez que o objetivo da prova é a certificação da verdade processual, isto é, aquela que abarca a hipótese concreta posta em litígio (XAVIER, 2008, p. 184).

A rigidez, às vezes, da norma traz duras penas e o magistrado precisa estar atento ao processo, pois, por exemplo, a revelia, que, em tese, significa que serão considerados verdadeiros os fatos afirmados na petição inicial, que não precisaram ser provados, que independem de prova e serão considerados de maneira presumidamente verdadeiros, à luz dos artigos 344 e 374, III, do CPC (BRASIL, 2015b).

Todavia, o rigor da lei está sendo reduzido pela jurisprudência e pela doutrina, por meio da interpretação teleológica e sistemática da metodologia processual. Por meio desse raciocínio, se tem percebido que nada impede que o magistrado produza provas se, mesmo com a revelia, os fatos descritos na petição inicial forem duvidosos (BEDAQUE, 2001, p. 155) ou demonstrarem-se inverossímeis, ficando patente a necessidade que se determine a produção de provas.

Desse modo, não há mais que se pensar que o magistrado deve ficar vinculado apenas às provas disponibilizadas pelos litigantes, devendo requisitar a produção de novas provas, caso entenda ser necessário para se encontrar a verdade concreta. Assim, esse entendimento pode ser reforçado pelo que leciona Carnellutti (2001, p. 52), o qual ensina que: “Não se pode buscar a verdade somente em parte: ou se busca de tudo, ou seja, busca-se até que a encontre, ou o que se busca não é verdade”.

O magistrado precisa buscar a verdade, espera-se que o juiz tente encontrá-la. Desse modo, fica claro que não é mais possível se aceitar que o magistrado civil fique adstrito a verdade formal, permitindo que predomine a verdade real exclusivamente na seara criminal (BEDAQUE, 2001).

Espera-se que o magistrado tenha domínio da marcha processual tendo em vista que lhe incumbe a decisão da lide e também a possibilidade para determinar, caso necessário, a produção de alguma prova. Contudo não pode o juiz, é claro, fazer somente da verdade o objetivo-fim do processo e só proferir uma decisão quando se convencer de que a encontrou. É indispensável que se façam diligências, com o objetivo de que o nível de certeza da prova seja o mais compatível com os fatos (BEDAQUE, 2001, p. 15).

1. 7 DAS LIMITAÇÕES À ATUAÇÃO DO JULGADOR

A autonomia do magistrado no que se refere à produção probatória tem limites, especialmente, nas hipóteses do consentimento de sua produção. Autorizada a produção das provas e não existindo recurso contra essa decisão, verifica-se a preclusão *pro iudicato*, exigindo-se do magistrado a produção da prova requerida, mesmo que entenda que a mesma seja prescindível (NEVES, 2013, p. 428). Desse modo, qualquer ação do juiz que ultrapasse os limites da demanda ou objeto demandado se caracterizará como um claro erro no procedimento, sujeito ao controle pelos litigantes, através dos instrumentos processuais cabíveis (XAVIER, 2008, p. 181).

E mais, os sujeitos parciais no processo, caso verifiquem necessário, podem determinar os limites no tocante aos fatos que serão postos à análise do magistrado, mas não no que diz respeito aos mecanismos probatórios que ele entender indispensáveis para a formação de sua convicção (BEDAQUE, 2001, p. 94).

Sendo assim, é importante compreender que o poder investigativo do magistrado se funda primordialmente no intento de fazer uso de toda a experiência condensada para a supressão de erros. Logo, é preciso refletir que limitar a liberdade de convencimento do julgador poderia prejudicar sobremaneira a possibilidade de encontrar a verdade, fazendo com que o processo tenha um fim em si mesmo (CARNELUTTI, 2001, p. 46).

Outra limitação pontual, é que a autorização legislativa que permite ao magistrado atuar de ofício encontra um limite natural no contraditório, tendo em vista que esse princípio frustra que a arbitrariedade e o despotismo tomem conta do processo (BEDAQUE, 2001, p. 113). Em outras palavras, o juiz precisa dar ciência às partes a respeito da produção de provas determinadas de ofício.

Mesmo com todos os argumentos que foram expostos, Calmon de Passos (2002, p. 8) afirma que todo complemento de poder aos juízes, como personagem principal do processo judicial de realização dos direitos, é um complemento ao arbítrio e fonte criadora de instabilidade e insegurança. Ora, não há que se corroborar com esse argumento, haja vista que desde que o magistrado não tenha todo o protagonismo do processo e que esses poderes lhe sirvam para contribuir com a paz social e trazer efetividade às tutelas pleiteadas, será desejado.

Mas é importante assentar que, com relação às limitações desses poderes, em princípio, é possível afirmar que os elementos objetivos formam a primeira limitação. O princípio da correlação ou adstrição faz com que a decisão tenha que de fixar-se no pedido e nas razões de pedir, conforme dispõem, por exemplo, os artigos 141 e 492, do CPC (BRASIL, 2015b). Sendo assim, não deve ao magistrado buscar provas alusivas aos fatos não submetidos ao contraditório (BEDAQUE, 2001, p. 154).

Portanto, alçado à proteção constitucional a necessidade da ampla defesa e do contraditório nos processos judiciais e administrativos, identificam-se juridicamente como condição para a evolução conveniente e legítima do processo, e por isso não devem limitar totalmente o ativismo do magistrado em matéria probatória (XAVIER, 2008, p. 183).

2 DA ATIVIDADE JURISDICIONAL COM OS PRECEDENTES

Neste capítulo do presente trabalho, cabe tratar de alguns pontos de suma importância para a devida compreensão dos institutos jurídicos que estão sendo expostos.

A necessidade de se entender a funcionalidade da técnica dos precedentes, que são utilizados em larga escala pelo sistema *Common Law*, ganha força com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015. Apesar de se estar inserido no sistema *Civil Law*, o novo Código traz inovações relevantes em matéria de precedentes, daí entender a utilidade de tratar do tema e tentar esclarecer os pontos que se compreende mais significativos.

Assim, passa-se à análise histórica do instituto legal em questão. Contudo, é preciso antes de tratar diretamente do instituto dos precedentes, diferenciar as famílias jurídicas que são mais importantes para o trabalho e se ocorreria uma transição com o novo Código ou se permanece no mesmo sistema *Civil Law*, com técnicas do sistema *Common Law*.

2.1 DA ORIGEM DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Castro e Gonçalves (2015) lecionam que: “A *Common Law* se fundamenta na lei não escrita, no direito jurisprudencial e nos costumes; enquanto que a *Civil Law* se alicerça na lei devidamente positivada e codificada”. Os mesmos autores asseguram que a família do *Civil Law* possuiria características mais truncadas em relação à liberdade de interpretação do magistrado, daí afirmarem que as leis seriam a “pedra primal” da liberdade e da igualdade, haja vista que uma vez que a legislação seria completa e possuiria clareza suficiente para não permitir que juiz dispusesse da mesma, apenas colocando-a no devido contexto, dando solução à lide.

Sendo assim, uma vez que o magistrado está adstrito ao que se encontra escrito na legislação, havia a sensação de segurança jurídica e que isso seria fundamental às sentenças, uma vez que, não podendo interpretar a lei, o magistrado não lesaria nenhuma das partes no litígio (CASTRO; GONÇALVES, 2015).

Nos primórdios da jurisdição, aos magistrados não era permitido pensar diferente do que constava da lei, ou seja, tudo que lhe tocava era apenas a pura e simples aplicação da norma. Posteriormente que lhe foi concedido fazer algum tipo de interpretação, estritamente pontual, mas não podendo desprestigiar o texto legal. (CASTRO; GONÇALVES, 2015). Fica mais claro, quando se tem em mente que: “Enquanto o sistema da *civil law* adota a lei como fonte primeira do direito; o modelo da *common law* adota a jurisprudência como fonte primordial.” (OLIVEIRA, 2014, p. 53).

O professor Luiz Guilherme Marinoni (2011 apud MARINONI, 2014, p. 131) afirma que: “O modelo de jurisdição, próprio ao juiz do *civil law* do Estado Constitucional, impõe uma contrapartida em nome da segurança jurídica, da coerência do direito e da igualdade perante as decisões judiciais”.

Assim, ensina o professor Marinoni que a atuação do magistrado na busca de efetivar as normas abertas permitiu o surgimento de um julgador que fosse totalmente diferente daquele que seria aspirado, inicialmente, pela família *Civil Law*. Ou seja, o juiz que estava adstrito exclusivamente à lei, com o advento da força do constitucionalismo, passou a ser um interprete ativo deixando de lado aspirações puramente utópicas de que o juiz não interpretaria a lei e não poderia dispor de outros mecanismos para a devida tutela judicial (MARINONI, 2014, p. 131).

Os ordenamentos jurídicos que não endossaram a ideia de que o magistrado não poderia fazer uma interpretação da legislação para aplicá-la, tiveram que buscar a solução em outros meios, meios esses como os precedentes, ou seja, mais pontualmente no *stare decisis*. (MARINONI, 2014, p. 132).

Gustavo Nogueira (2011, p. 162) e Rogério Tucci (2010, p. 223), instruem a respeito do *stare decisis*, afirmando que a teoria conhecida por *stare decisis et non*

quieta movere, da qual quer dizer que deve-se manter o que fora decidido, dando mais primazia ao veredito emitido pelo julgador, pois assim seria uma maneira de vincular as decisões dos magistrados ao que já fora decidido anteriormente, sendo essas decisões os precedentes, e que esses precedentes vinculariam o julgador hierarquicamente ao tribunal que tivesse formado os mesmos, sendo uma espécie de eficácia externa, e até mesmo os membros daquele tribunal, sendo, nesse caso, uma espécie de eficácia interna.

Destarte, “No caso de se encontrar um precedente que dirima um caso semelhante, o tribunal é impelido a seguir o raciocínio usado na decisão anterior; fenômeno denominado ‘*stare decisis*’”. (CASTRO; GONÇALVES, 2015). É possível concluir a partir dos ensinamentos expostos pelo professor Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 132) que é importante frisar o quanto:

“[...] é curioso perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*, tendo sido utilizado, no primeiro, para negar a importância dos tribunais e das suas decisões, e, no último, para fundamentar o *stare decisis*” .

No caso da Inglaterra, a ideia de o juiz ter o poder de gerar um direito seria a justificativa de um efeito vertical do *stare decisis*, pois o precedente só obrigaria o magistrado e os tribunais inferiores. Dessa maneira, o julgador só teria a faculdade de criar um direito quando não existisse um tribunal com autoridade para tratar do assunto que fora colocado para sua análise (MARINONI, 2009, p. 16).

No exame do funcionamento e eficiência do *stare decisis*, a diferença seria meramente formal, pois, quanto à sua obrigatoriedade, pode advir de um precedente ou da lei, pois nada impede que uma decisão judicial viesse dizer que os magistrados dos Tribunais Superiores estariam daquele momento em diante, sujeitos aos seus precedentes ou mesmo que o legislador criasse lei impondo à esses Tribunais o respeito a esses precedentes (MARINONI, 2009, p. 16).

Oportuno se torna dizer que a relação entre decisão e lei fica mais clara quando se lê no artigo 926, do CPC de 2015 (BRASIL, 2015b), o qual trata na uniformização de jurisprudência, e vem em seu parágrafo segundo estabelecendo que: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias

fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Oportuno se torna dizer que no momento em que o magistrado estiver formando sua convicção decisória, importa que o mesmo leve em conta os precedentes.

A técnica dos precedentes já é praxe no sistema *Common Law*, haja vista, nunca sucedeu incerteza no tocante aos magistrados interpretarem a lei, lhes permitido pronunciar decisões diferentes, por isso, vislumbrou-se na força vinculante dos precedentes um mecanismo com reais possibilidades de assegurar a previsibilidade e a segurança que a sociedade carecia para progredir (MARINONI, 2014, p. 132).

Não se encontra receio de que a atribuição do magistrado no *Civil Law* atual, primordialmente a do magistrado brasileiro, o qual é permitido controlar a constitucionalidade da norma no caso em discussão, assemelha-se muito com o magistrado da *Common Law*, particularmente com a do julgador norte-americano (MARINONI, 2014, p. 133).

Com tal característica, pode-se entender que quando os julgadores tratarem dos precedentes buscará a base de sua decisão em outras já proferidas anteriormente ou na jurisprudência das cortes superiores (OLIVEIRA, A. C. B., 2014, p. 50 apud TUCCI, 2010, p. 223). Por isso não seria necessário citar e falar a jurisprudência de forma pacífica ou copiosa, caso o sistema de precedentes que fosse adotado pelo ordenamento pátrio fosse o mesmo que está em vigor nos Estados Unidos (RODRIGUEZ, 2013 apud OLIVEIRA, 2014, p. 55).

O que hoje está no novo CPC (BRASIL, 2015b), que foi criado em um país de tradição *Civil Law*, no passado não fora bem recebido essa ideia, haja vista, que como ensina o professor Marinoni (2009, p. 36):

“Supôs-se que os juízes não devem qualquer respeito às decisões passadas, chegando-se a alegar que qualquer tentativa de vincular o juiz ao passado interferiria sobre o seu livre convencimento e sobre a sua liberdade de julgar”.

O que hoje não deve ser aceito como verdadeiro, uma vez que a possibilidade de aplicar os precedentes pelo magistrado, deve puramente ajudar na prestação

jurisdicional e contribuir para segurança jurídica.

Guilherme Castro e Eduardo Gonçalves (2015) ensinam que a família do *Civil Law* teria passado por sensíveis modificações, com o objetivo de poder responder aos anseios da sociedade vigente, mas que mesmo assim não teria abandonado o apego às leis escritas, interpretadas como fundamental para a afirmação da lei por meio da sentença. Entre as adequações prestigiadas, tem-se a revisão judicial da constitucionalidade das leis, tanto difusa quanto concentrada, alçando a justiça acima do direito, caso esses colidissem. Daí se poder concluir que houve uma notável aproximação entre o *Civil Law* e a *Common Law*, e que esta última estaria servindo para aperfeiçoar o primeiro, trazendo respeito aos precedentes, dando surgimento à jurisprudência.

2. 2 DA TÉCNICA PROCESSUAL DOS PRECEDENTES

Objetivando a possibilidade de examinar de uma maneira mais adequada o sistema de precedentes, é indispensável esclarecer as regras principais a respeito da aplicação dos precedentes no sistema da *Common Law*, quais sejam o *Overruling* e o *Distinguishing* (OLIVEIRA, 2014, p. 50).

Dessa forma, no que toca ao *distinguishing*, o instituto serve para afastar o respectivo precedente reclamado por alguma das partes, isto é, da viabilidade de demonstrar que determinado precedente não possui aplicabilidade ao caso sob julgamento, de modo que as características o fazem ser diferente daquele que o originou (DUXBURY, 2008 apud MARINONI, 2014, p. 138).

Já quanto ao *overruling*, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, não estariam vinculados às suas próprias decisões, de maneira que esses tribunais possuem a capacidade de rever suas posições que se tornarem ultrapassadas, por meio dessa técnica (RAMIRES, 2010 apud OLIVEIRA, 2014, p. 51).

Desse modo, por óbvio que quando o magistrado se deparar com casos dissemelhantes ele não necessitará decidir de acordo com a corte superior ou conforme decisão que proferiu anteriormente. Quando ocorrer situação como essa, deve o magistrado proceder ao que no sistema *Common Law* entende por *distinguishing*, ou seja, é a distinção do caso em apreço do que está em deliberação judicial. Assim, o magistrado poderá, também, deixar de decidir segundo a decisão que já tenha prolatado, mesmo que haja semelhança entre os casos, possuindo justificção para tanto e que fundamente devidamente os motivos que o fez alterar sua decisão anterior (MARINONI, 2009, p. 36-37).

2. 3 DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES

No tocante à vinculação dos precedentes, por exemplo, nos Estados Unidos, sabe-se que os mesmos só obrigariam o próprio Tribunal que os criou e os demais órgãos submetidos à sua hierarquia, pois o único precedente que vincularia a todos naquele país seria o da Suprema Corte (SABINO, 2010, apud OLIVEIRA, 2014, p. 52). No nosso caso, seria, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, conforme o inciso IV, do artigo 927, do CPC (BRASIL, 2015b).

Mesmo assim, Ana Carolina Borges de Oliveira (2014, p. 61) ensina que o acolhimento dessas técnicas não permite concluir que o ordenamento jurídico nacional adotaria o sistema de precedentes com os mecanismos da *Common Law*, haja vista que costumeiramente fora amparado o sistema *Civil Law*, onde a jurisprudência seria subsidiária às leis.

Apesar de possuir incontáveis normas jurídicas que procuram homogeneizar todas as decisões judiciais, assim dando segurança e tornando-as previsíveis, nota-se que os tribunais brasileiros não estariam conseguindo entender corretamente o evento da obrigatoriedade dos precedentes, tanto pela legislação que disporia sobre o tema, quanto, pela não verificação das próprias decisões (NOGUEIRA, 2011 apud OLIVEIRA, 2014, p. 63). Ocorre que por vezes um mesmo tribunal profere diversas

decisões sobre fatos semelhantes, mas em sentido distinto, não deixando muito claro qual fora o critério utilizado para decidir daquela forma.

Isso estaria a ocorrer, pois inicialmente no nosso ordenamento pátrio a construção jurisprudencial ou condensação de súmulas dependeria de repetidas decisões sobre a mesma matéria, do mesmo momento em que no direito anglicano dependeria propriamente de uma única decisão. Depois, porque a obrigatoriedade de vincular as decisões aqui no Brasil é realizada praticamente de maneira vertical, enquanto que para eles, na *Common Law*, ocorreria de forma horizontal também (OLIVEIRA, 2014, p. 67).

Um problema que há, na sistemática atual é que, no ordenamento jurídico brasileiro, a vinculação das decisões das Cortes não é uma característica detentora de aplicabilidade definitiva e inquestionável, pois apenas as súmulas vinculantes possuem essa aplicação absoluta (CASTRO; GONÇALVES, 2015).

Existe a presunção de que na família do *Civil Law*, o juiz não estaria devidamente obrigado a aplicar a jurisprudência consolidada, tanto da Corte que atua, como das Cortes superiores, tendo como exemplo o caso do Superior Tribunal de Justiça, cuja responsabilidade é delimitar as possíveis interpretações a respeito da legislação federal, impedindo que cada unidade da federação as formasse livremente. Ocorre que, mesmo com toda essa responsabilidade, os tribunais estaduais não respeitam tais precedentes, mostrando que causa estranheza a falta de justificativa para tal comportamento, pois afronta diretamente o mandamento constitucional de fundamentar a decisão. No sistema do *Civil Law*, vigora a ideia de que os magistrados não precisariam se apegar as decisões passadas, conquanto seria entendido como uma limitação ao sua livre convencimento e liberdade de dar uma resposta judicial eficaz (CASTRO; GONÇALVES, 2015).

Com efeito, é indispensável que os precedentes formados pelo Supremo Tribunal Federal, que no caso seriam os precedentes constitucionais, gerados por meio do controle concentrado de constitucionalidade, vinculem todos os magistrados e Cortes do país, uma vez que não devem omitir a obrigatoriedade de sua força. Da mesma forma é possível se afirmar no tocante aos precedentes do Superior Tribunal

de Justiça, o qual tem como incumbência constitucional de precisar qual interpretação cabível a toda legislação infraconstitucional, tem que, por uma questão de lógica vincular todos os tribunais submetidos à sua jurisdição. Mesmo sendo muito complexa, a mecânica que possui nossas cortes superiores para delimitar o significado da Constituição e da lei federal, e mesmo assim, são obrigadas a coexistir com decisões tão discordantes dos tribunais estaduais e federais (MARINONI, 2014, p. 135).

2.4 DA IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES PARA A TUTELA JURISDICIONAL

Consolida-se uma aproximação entre as duas famílias, onde o *Civil Law* vivenciou um regime de mudanças de sua visão a respeito da jurisdição e do próprio direito, propiciando mais liberdade ao julgador, os quais passaram a ter a possibilidade de, em outras palavras, amoldar a norma para o caso em apreço, com o objetivo de garantir o direito, onde não estariam somente na legislação infraconstitucional, mas propriamente na Constituição Federal. Coube aos julgadores não mais dizer a apenas da letra da lei, mas atestar os direitos da Constituição da República. Isso é claro, restou muito semelhante aos juízes do sistema *Common Law*, como garantidores dos direitos existentes nas tradições e costumes, mas, diferentemente do que ocorre no *Civil Law*, aqueles julgadores quase sempre devem respeito aos precedentes, salvo em situações em que o direito postulado seja contrário ao caso em discussão na lide (CASTRO; GONÇALVES, 2015).

Sabe-se que as famílias jurídicas *Common Law* e *Civil Law* nasceram em condições culturais e políticas totalmente diferentes, o que naturalmente conduziu à criação de tradições diferentes, demarcadas por institutos e conceitos próprios de cada sistema (MARINONI, 2009, p. 12). Assim, o fato de os precedentes serem admitidos como fontes do direito está bem distante de estabelecer um indício de que o magistrado cria o direito a partir de sua vontade (MARINONI, 2009, p. 20). Por isso, percebe-se que o magistrado brasileiro, no CPC de 1973, tinha um poder de criação bem maior que o do magistrado do sistema *Common Law*, em vez que, diferente deste, aquele não presta o devido respeito aos precedentes (MARINONI,

2009, p. 21).

O que varia muito em relação de um sistema ao outro é o significado que se confere aos Códigos e à função que o magistrado exercer ao levá-los em consideração (MARINONI, 2009, p. 30). Pensar que o magistrado pode decidir sem se sujeitar aos seus próprios julgamentos e aos das cortes superiores é não visualizar que o juiz é uma peça do sistema de repartição de justiça e, mais do que isso, esse sistema não pode servir a ele, mas sim aos jurisdicionados (MARINONI, 2009, p. 36). Exatamente em razão disso que o precedente formado, como ocorre no sistema nacional, não poderia servir para expressar a opinião do julgador, mas sim expressar qual é a melhor solução para aquele caso concreto, como ocorre no sistema da *Common Law* (OLIVEIRA, 2014, p. 56).

O magistrado que diverge do posicionamento do tribunal, no momento de construção do seu convencimento, sabendo que a este caberá à última decisão, além de contrariar a lógica do sistema, demonstra, *grosso modo*, certo desapego para com a função social Poder Judiciário e desatenção para com os jurisdicionados. Posiciona-se dessa maneira, pois se entende que todos os magistrados precisam apresentar coerência em suas decisões com o objetivo de zelar pela credibilidade e pela respeitabilidade dos órgãos julgadores (MARINONI, 2009, p. 36).

Por isso, não há dúvidas de que os precedentes só terão efeito persuasivo quando gerarem constrangimento ou algum tipo de obrigação ao Poder Judiciário. Muitas decisões de magistrados da primeira instância e das cortes estaduais e federais deixam de levar em consideração seus próprios precedentes avocados pelos causídicos, o que, por si só, demonstra uma falta de respeito para com as próprias cortes, a quem a Lei Magna conferiu a tarefa de delimitar e interpretar a lei. Isso retrata, ao menos, transgressão ao dever de fundamentação constitucional. Atualmente, os julgamentos dos tribunais estaduais e federais que não levam em consideração os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, estão desprovidos de justificativa para tanto (MARINONI, 2009, p. 53).

Mesmo que a adoção do sistema de precedentes, pelo ordenamento processual nacional, não decorra de uma formação cultural que existe no país,

trata-se de um instituto muito bem sucedido no direito estrangeiro e que aqui pode prosperar (OLIVEIRA, 2014, p. 67).

Apesar de, nesse momento, se preservar em nosso ordenamento a família do *Civil Law* do ponto de vista formal, com as mudanças que ocorreram nos aproximamos bastante da família do *Common Law*. Assim, no momento em que se permite aos órgãos julgadores o controle da aplicação da lei, à luz dos precedentes, o *Civil Law* se aproxima verdadeiramente da *Common Law*. (CASTRO; GONÇALVES, 2015).

O crescimento do campo de poder da decisão do magistrado exige, na sistemática atual, um destaque à autoridade dos precedentes. Imagine-se, somente, no poder judicial de complementar a falta de técnica processual e distinguir o meio preciso à proteção dos direitos postulados em juízo (MARINONI, 2014, 135).

Por conseguinte, verifica-se que os precedentes podem representar um instrumento muito importante, contribuindo de maneira significativa no momento de formação do convencimento do magistrado. Espera-se que o precedente bem aplicado possa, em verdade, permitir maior correspondência entre a decisão judicial e o pedido.

3 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Pela primeira vez na historia brasileira, tem-se um Código de Processo Civil elaborado em um regime inteiramente democrático, à luz da Constituição da República de 1988, como preceitua seu artigo 1º (BRASIL, 2015b). Esse novo Código tenta responder aos anseios de inúmeras classes de juristas que buscavam trazer mais efetividade e celeridade às demandas pleiteadas em juízo. Com fito de tornar mais célere e concreto os ritos processuais, os novos mandamentos procedimentais terão sua disciplina, sua interpretação, suas normas e seus valores fundados, como não poderia deixar de ser, na Constituição da República, tudo conforme disposto em seu artigo inaugural.

Exatamente em função disso, por se viver em um regime democrático, à luz de um código de mesma índole que, as mudanças pontuais no tocante a valoração das provas precisaram ocorrer. Não seria aqui no Brasil que caberia aos juízes, sem dúvidas, arbitrariedades ou despotismos, ainda mais por parte de quem tem a incumbência de dizer o direito.

Tem-se que a questão jurídica da valoração probatória é um problema fundamental e que já atravessa séculos, sendo talvez o maior problema no tocante a disciplina jurídica da prova (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 38). Na história existiram vários sistemas para que se pudessem valorar as provas. O primeiro que se tem conhecimento é o da prova legal, originário das Ordálias ou juízos de Deus. Nesse sistema muito primitivo, pressupunha-se que aquele que estivesse contemplado com a verdade seria protegido pela divindade suprema (CÂMARA, 2014, p. 441).

Como dito inicialmente, teve-se o critério positivo ou legal, onde existe a tarifação da prova, uma vez que tem o seu valor tabelado, da qual não existe possibilidade de o juiz fugir. Assim, o magistrado era apenas um simples aplicador da lei, submetido ao formalismo e ao valor tarifado das provas (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 38).

O sistema legal de provas, também conhecido como prova tarifada, como mencionado, o peso probatório já vinha estabelecido previamente nas escritas legais, ou seja, haviam transformado o magistrado em um corriqueiro matemático, que simplesmente colhia as provas produzidas e as somava para verificar o acontecimento dos fatos mencionados. A saber, a confissão valia três pontos; a prova documental, dois pontos; e a prova testemunhal, um ponto, ou seja, nesse sistema o magistrado somava as provas produzidas e aquele que somasse um maior número de pontos era declarado vitorioso (NEVES, 2013, p. 429).

Também existiu o critério da livre convicção sem motivação, no qual o magistrado era absolutamente livre no tocante à averiguação das provas e sua mensuração. O raciocínio decisório do magistrado não possuía qualquer vínculo com qualquer regra legal, tanto no que diz respeito ao tipo de prova, quanto ao que diz respeito à sua análise (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 39).

Por último, e é o que mais interessa, nesta monografia, existe também o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, no qual o magistrado dará às provas apresentadas e produzidas o valor que entender adequado, em razão do caso concreto. Verifica-se que o juiz deve motivar seu convencimento, o qual fica adstrito às provas produzidas (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 39).

Em síntese, na sistemática de prova tarifada, havia a total ausência de liberdade do magistrado na valoração probatória e considerada como ponto central, pois quase nada importava o convencimento do juiz no caso concreto, uma vez que era imposto a ele a seguir a lei no que tratava do convencimento das provas. Uma sistemática diametralmente oposta, conhecida por persuasão íntima ou livre convencimento, na qual o magistrado possuía plena liberdade, se pervertia pelo excesso. Nessa sistemática, valia apenas o convencimento pessoal do magistrado, o qual não está obrigado a justificar suas inclinações, podendo, inclusive, decidir contra as provas realizadas, caso entendesse ser o correto. Assim, radicalizar o poder de decisão do magistrado, de qualquer forma, com liberdade total ou mesmo liberdade alguma na valoração probatória, faz surgir sistemas claramente defeituosos (NEVES, 2013, p. 429).

Se fossem utilizadas regras com a total liberdade para a valoração probatória, que vão contra o sistema, que hoje é seguido como regra geral, de valoração livre das provas, seria o que permite a criação de decisões com caráter arbitrário, haja vista que seriam baseadas em valores probatórios definidos sem qualquer ligação com o caso concreto. Esse sistema da prova legal só seria aceitável em uma sociedade que não acreditasse em seus julgadores, o que não seria o caso da sociedade brasileira (CÂMARA, 2014, p. 442).

É de suma importância que o magistrado esteja bastante apto para atender essa relevante função. Cabe a ele interpretar devidamente os termos vazios empregados pelo legislador, concedendo-lhe significado harmonizável as demandas do processo civil atual (BEDAQUE, 2001, p. 149-150). Desse modo, é que: “Por mais abertos e vagos que sejam os tipos legais, existem requisitos a serem atendidos cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão” (BEDAQUE, 2001, p. 150).

A prova é indispensável para o convencimento do magistrado, mas ela não precisa ser a finalidade do processo, salvo em ações cautelares em que tenham como objetivo a mera produção probatória como finalidade da instrução, tendo em vista que seria apenas o meio de evidenciar o que se postula em juízo, que é o que realmente constitui seu caráter. Por isso, o magistrado, tem que se sujeitar rigorosamente à realidade, não devendo aplicar norma que não tenha mais efetividade, ainda que os litigantes a aleguem, nem pode omitir uma norma vigente, mesmo que eles se calem (CARNELUTTI, 2001, p. 30-31).

É sobretudo importante assinalar que não deve ficar vago o entendimento de que o magistrado não está sujeito às afirmações e às provas postas em juízo pelos litigantes. É preciso compreender que o magistrado está sim vinculado às provas. Isso se faz importante para que esse princípio, do livre convencimento motivado, obtenha a interpretação devida que quis ter dado o legislador (CARNELUTTI, 2001, p. 31). Além disso, é preciso que o magistrado não só se de adegue às alegações dos litigantes, mas também que se amolde à realidade.

Quando o juiz deixa de considerar um fato em sua decisão que tenha sido afirmado pelos litigantes, quer dizer que para ele o fato não representa algo para suas razões de decidir, não se conecta com o pedido. Desse modo, é necessário possibilitar-lhe o meio ou apontar o caminho para resolver a discussão, isto é, para delimitar na decisão aos fatos alegados pelas partes.

Sendo assim, não é necessário que o magistrado incumba às alegações a um litigante e não a outro, exceto, pontualmente, no que toca ao ônus das provas (CARNELUTTI, 2001, p. 44), pois quando consistir em fato constitutivo do direito do autor, o magistrado deverá incumbir a prova ao autor. Contudo, quando existirem fatos que impeçam, modifiquem ou extingam o direito do autor, deverá incumbir às alegações ao réu, conforme o artigo 373, do CPC de 2015.

Com o objetivo de conhecer os fatos controversos, o magistrado precisa observar o que determina a lei processual. Por isso, o julgador não poderá utilizar-se livremente dos fatos para formar o seu convencimento, pois deve valer-se das regras impostas pela legislação (CARNELUTTI, 2001, p. 45).

Cumprido observar que o magistrado é um braço indispensável na realização da devida tutela jurisdicional, dando efetividade a sua função social. Por conseguinte, em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, decidiu em sede Agravo Regimental ao Agravo em Recurso Especial, demonstrando que aquela corte filia-se ao entendimento que permite a plena liberdade de convicção do juiz, proferiu o seguinte aresto:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE COBRANÇA - PRECLUSÃO DA PROVA PERICIAL REQUERIDA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO - INSURGÊNCIA DO RÉU. 1. No tocante à alegada violação dos artigos 165, 458 e 535, inciso II, do CPC, não assiste razão ao recorrente, porquanto clara e suficiente a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem para o deslinde da controvérsia, revelando-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte. 2. Aplica-se o óbice da Súmula 211/STJ na hipótese em que a Corte local não tenha emitido juízo de valor sobre o conteúdo normativo dos artigos apontados como afrontados nas razões do recurso especial, ainda que haja a oposição de embargos de declaração. 3. Este Tribunal Superior consolidou o entendimento de que a remuneração do perito será adiantada pela parte que houver requerido a produção da prova, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz, tendo em vista que será ressarcido no caso de sair vencedor. **4. O ordenamento jurídico**

brasileiro adota o princípio do livre convencimento motivado, que possibilita ao juiz a apreciação livre das provas colacionadas aos autos, podendo formar a sua convicção a partir de outros elementos ou fatos constantes dos autos, razão pela qual pôde o magistrado, livremente e em observância ao aludido preceito principiológico, indeferir as provas que entender impertinentes à solução da demanda.
5. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Ocorre que, por maior que seja o campo de atuação do magistrado, no momento de se buscar o sentido real da norma, seu julgamento será sempre motivado e reproduzirá o único meio de se resolver o caso concreto, de acordo com sua percepção cognitiva (BEDAQUE, 2001, p. 151).

Por tais razões, está inserida no livre convencimento motivado do magistrado a preferência por determinada prova, de modo que as partes não podem obrigar o juiz a acolher as provas que entendam necessárias. Portanto, esse juízo de valoração deve ficar sujeito ao próprio julgador.

Enfim, com advento dessa nova ordem processual civil, nota-se que o julgador possuirá muitos instrumentos para formar o seu convencimento. No momento de valor a prova, o juiz terá a sua disposição os precedentes formados a partir das decisões judiciais das cortes superiores. Ou seja, em situações semelhantes a que estejam colocadas sob sua jurisdição, poderá o magistrado apoiar-se nos precedentes.

Em virtude dessas considerações importa lembrar que poderão ocorrer situações em que os precedentes não se coadunarão com o caso concreto. Por isso poderá o juiz lançar mão da técnica do *distinguishing*, quando precisar reunir os elementos objetivos dos casos que sirvam como precedentes potenciais e o caso em que intencione utilizá-los. Ou seja, o juiz demonstrará que as particularidades do caso impedem a aplicação do precedente (SABINO, 2010 apud OLIVEIRA, 2014, p. 51).

Já quando se encontrarem superados, terá o magistrado a sua disposição o método do *overruling*, o qual possibilita a atualização dos precedentes, uma vez que o precedente em questão apresenta-se superado em relação aos fatores sociais ou mesmo equivocado, podendo ser substituído, por meio do mecanismo do *overruling*,

por um precedente inédito (SABINO, 2010 apud OLIVEIRA, 2014, p. 51).

3. 1 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

No antigo CPC de 1973 (BRASIL, 1973), entendia-se que em nada importa, ao magistrado, qual das partes tenha trazido as provas aos autos, pois elas pertencem ao processo e serão, pelo seu valor íntimo de convencimento, ponderadas pelo magistrado, não importando que tenha se originado desta ou daquela parte, ou mesmo na atividade probatória oficial do magistrado (ALVIM, 2013, p. 974).

O magistrado deveria decidir com fundamento no artigo 131, do CPC (BRASIL, 1973), que se presume prova satisfatória dos fatos. Por isso, tem que se ter em mente que o magistrado sempre deve produzir seu convencimento em razão do que fora provado, examinando as provas livremente (ALVIM, 2013, p. 978). Ou seja, dando às provas o valor que entender aceitável em cada processo, não existindo uma hierarquia entre os meios probatórios (NEVES, 2013, p. 429).

Na sistemática, de valoração da prova, verifica-se esse método de persuasão racional ou livre convencimento motivado. Nessa sistemática, o magistrado tinha liberdade para formar sua convicção, contanto que se assente nos elementos presentes nos autos. O magistrado não poderia levar em consideração, com fito em formular seu convencimento acerca das afirmações a respeito de matéria de fato, elemento algum que não sejam as provas constantes nos autos. É a colocação da máxima de que: o que não está nos autos não está no mundo – *quod non est in acto no es in mundo* (CÂMARA, 2014, p. 442-443).

Dessa forma, no que toca o artigo 131 do CPC de 1973 (BRASIL, 1973), a sua interpretação tinha que ser na direção de que o magistrado não poderia se servir exclusivamente de elementos de convencimento externos aos autos para julgar. Pelo contrário, tinha que se limitar e construir sua convicção com os elementos

instrutórios dos autos, sendo eles consequentes da produção probatória pelos litigantes, por meio do critério utilizado no artigo 333, do CPC de 1973 (XAVIER, 2008, p. 179).

É claro que a regra comporta exceção, posto que os fatos públicos e notórios independam de prova, ou seja, aqueles fatos que mesmo possuindo uma notoriedade relativa já são suficientes para se evitar a movimentação da máquina judiciária. Assim, são admitidos no processo sem instrução probante.

O magistrado tem que apresentar em sua decisão as razões que o levaram a julgar de uma forma ou de outra. Exigir a fundamentação se justifica como método de controle da atividade judiciária, se constituindo no verdadeiro meio seguro de averiguar se o julgamento foi realizado com assento nos elementos de prova presentes nos autos, o que claramente decorre desse sistema de livre convencimento (CÂMARA, 2014, p. 443).

Esse modelo de persuasão racional é impreterivelmente indispensável para que o julgador consiga emitir decisões autênticas e, assim sendo, possa tornar o processo um instrumento efetivador, por exemplo, do direito de acesso à justiça. O objetivo da prova é possibilitar que o magistrado possa formar a sua convicção e, dessa maneira, ser capaz de emitir uma decisão que reflita os fatos como realmente ocorreram (CÂMARA, 2014, p. 443). Existem meios de se proceder a esse controle como, por exemplo, os princípios do contraditório e duplo grau de jurisdição, os quais servem como meios de ponderar a valoração judicial das provas (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 39).

Apesar de o artigo 131 do Código Processual de 1973 (BRASIL, 1973) ter adotado, claramente, o sistema do livre convencimento motivado, é fácil perceber que ainda assim o magistrado precisava fundamentar seu julgamento que apesar de livre, precisa ser inquestionavelmente fundamentado, de maneira que elucide as demandas postas em juízo.

Assim, tinha-se uma sistemática de valoração probatória que se fundava também na convicção do magistrado. Todavia limitado em alguns pontos pelo

legislador, como meio de impedir decisões arbitrárias, impedindo interpretações de cunho pessoal das provas realizadas, procurando preservar a segurança jurídica (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p. 40-41).

Para isso, o magistrado devia tomar todas as providências que entendesse indispensáveis para que a sua convicção tivesse a maior compatibilidade e coincidência possível com o direito de quem verdadeiramente tivesse razão em proteger. Para que o magistrado encontrasse um convencimento mais próximo possível da realidade dos fatos provados, era necessário que ele, se fosse indispensável, usasse todos os mecanismos probatórios capazes de solver uma possível incongruência (XAVIER, 2008, p. 184).

No momento de decidir, seria exposto na decisão judicial as particularidades do caso em apreço e o desfecho final. O magistrado que primeiro apreciou a demanda deveria julgar alicerçado em elementos probatórios concludentes a comprovar as alegações postas sob sua jurisdição, devendo seu pronunciamento ser adequadamente motivado, com a intenção de que, em instância recursal, o colegiado pudesse examinar a precisão ou não da decisão proferida (XAVIER, 2008, p. 193-194).

Todas essas colocações não deixam dúvidas de que um dos institutos processuais mais importantes é a prova, tendo em conta que serve para formular o convencimento do magistrado quanto aos fatos controvertidos se que se envolveram na demanda, atingindo-se a verdade processual através de uma tutela jurisdicional acertada e justa. No que diz respeito ao ativismo do magistrado em tema de prova, o que se procura esclarecer é que o juiz está legitimamente habilitado para conduzir os processos, não como mero observador, mas como um interventor capaz de justificar sua presença ali, dando base para suas futuras fundamentações e justificando sua missão jurisdicional (XAVIER, 2008, p. 195).

3. 2 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Quanto ao tratamento da liberdade de convicção do juiz novo Código de Processo Civil, inaugura esse tópico a doutrina dos professores Fredie Didier Júnior, Paula Braga e Rafael Oliveira (2015, p. 102), segundo a qual:

“O CPC consagra, seguindo a tradição brasileira, o sistema que permite que o órgão julgador atribua às provas produzidas o valor que entender que elas mereçam, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.”.

Em razão disso, “As provas, por isso, não possuem um valor a priori, determinado por alguma norma geral.” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 102).

A convicção do magistrado tem que ser motivada, pois ela não é livre, nem pode ser íntima, como ocorre no Tribunal do Júri. Aquele que está investido na função de julgador deve apontar os motivos pelos quais entendeu que prova merece aquele valor que lhe fora conferido. Em vista disso, tem essa sistemática, também, o nome de persuasão racional ou convencimento motivado (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 102).

De tão questionável, é preciso entender que a valoração probatória pelo magistrado não é livre, pelo contrário, encontra limitações no próprio CPC (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). Desse modo: “[...] o adjetivo “livre” era mal compreendido, como se o juiz pudesse valorar a prova como bem entendesse.” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 103).

Por conseguinte, no novo CPC (BRASIL, 2015b), todas as referências a um possível livre convencimento motivado do julgador foram afastadas de seu texto. Didier, Braga e Oliveira (2015, p. 103) afirmam que a mudez é loquaz, pois a convicção do magistrado tem de ser racionalmente motivada, vinculada às provas contidas nos autos, ou seja, ela é indispensável para estabelecer a sistemática de valoração probatória pelo magistrado que fora adotada pelo legislador na nova legislação processual.

Por iguais razões, segundo Didier, Braga e Oliveira (2015, p. 103) averigua-se não ser mais correta, desse modo, qualquer referência ao livre convencimento motivado, como princípio primordial do direito processual civil pátrio. Essa mudança, que do ponto de vista simbólico em nosso novo código de processo, foi uma das mais importantes e não poderia passar despercebida, pois ela fora notoriamente inspirada nas fomentações do professor Lênio Streck.

Além disso, o Código Processual Civil de 2015 (BRASIL, 2015b) inovou sobremaneira, pois ao procurar deixar inequívoca a necessidade de a valoração da prova estar presente nos autos do processo, conforme o disposto artigo 371. Ou seja, a prova que não está nos autos, não poderá servir como motivação da decisão. Para o propósito de valoração probatória, insiste-se, serve o brocardo que agora resta expressamente consagrado: *Quod non est in actis non est in mundo*. Algo próximo de: o que não se encontra nos autos do processo, não está no mundo (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 103) como fora já fora exposto neste trabalho.

Destarte, a fundamentação deve ser racional, pois deve partir de modelos racionais e habitualmente aceitos e reconhecidos da cultura média daquele lugar onde atua o órgão julgador. A expectativa é que o magistrado deve se ater às regras válidas de argumentação e do esperado raciocínio jurídico, tendo em vista, que o seu objetivo é justificar a decisão racionalmente (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 103) Atentando-se aos parâmetros dispostos no art. 10 e art. 489, §1º, do CPC (BRASIL, 2015b).

O magistrado não deve desenvolver um discurso simplista que fala excessivamente e de modo superficial, sem conteúdo, onde se deixa levar por emoções, criando um entendimento irracional (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 103-104). Em razão disso, por exemplo, não é admissível um julgamento fundamentado em orientações fundadas na fé do magistrado, assentado em concepções místicas ou religiosas (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 104).

Portanto, deve-se entender que se considera controlável a fundamentação

que tenha caráter público e possua a devida clareza. O juiz tem que ser lúcido em sua motivação, a qual não é direcionada apenas aos litigantes, mas também todo o corpo social de jurisdicionados que possuam interesse em ver aqueles precedentes formarem-se. Ademais, é passiva de publicidade, haja vista que, em nosso país, não há espaço para fundamentação secreta ou íntima, exceto nos casos de suspeição por razões de foro íntimo, nesse caso é possibilitado ao magistrado deixar de declarar suas razões (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 104), conforme o artigo 145, §1º do novo Código de Processo (BRASIL, 2015b).

Ainda é importante esclarecer que existem algumas regras específicas de provas de caráter legal, as quais permanecerão em nosso ordenamento processual, como, por exemplo, quando o Código Civil (BRASIL, 2002) afirma em seu artigo 541 que a doação de imóvel só se prova por instrumento, ou seja, só assim poderá ser atestada a veracidade, pois assim determina o dispositivo legal (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 104). As regras que normatizam legalmente o valor ou o desvalor de certas provas servem como meios desenvolvidos para impedir arbitrariedades judiciais, julgamentos firmados em nenhuma ou qualquer prova, mesmo que visivelmente ineficazes (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 104-105).

Por isso, que não será suficiente que o magistrado se restrinja a ordenar as provas que possam convergir até a sua conclusão, para que se possa dizer que fora fundamentado seu julgamento. Sempre será imprescindível que ele esclareça os motivos de não ter valorado os outros atos probatórios, que apoiaram seu entendimento diverso. Assim, deriva do que fora disposto no artigo 489, §1º, IV, do novo CPC de 2015, ao determinar que o magistrado analise todos os argumentos que poderiam objetar à sua conclusão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 290).

Por conseguinte, há doutrinadores (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 290) afirmando que pode o juiz, com qualquer das comprovações constantes dos autos, convencer-se livremente, contanto que demonstre as razões pelas quais interpreta que certa prova forma sua convicção, ou os motivos para que certa prova se oponha sobre a outra, conforme já dispõe o artigo 371 do novo CPC de 2015.

Faz sentido o argumento aduzido acima, pois não ficou claro que o legislador brasileiro de 2015 pretendeu, realmente, afastar a possibilidade de o magistrado decidir livremente sobre as provas aduzidas nos autos. Ao juiz cabe sim dispor de todos os atos necessários ao seu convencimento, no que toca a instrução probatória, mas desde que essa decisão seja motivada e não se deixe tomar por uma convicção vaga e possível de causar insegurança.

CONCLUSÃO

Foi possível perceber que o juiz é o destinatário da prova. Por isso que a prova não interessa exclusivamente a nenhum dos litigantes, pois uma vez que ela passa a fazer parte do processo, em nada, praticamente, importa quem a requisitou. Em verdade, ficou claro que é indispensável à construção de métodos objetivos para conduzir o bom andamento de todos os atos jurídicos efetivados durante a marcha processual.

O juiz precisa refletir a respeito de todos os princípios jurídicos atinentes às provas para que possa analisá-las de maneira eficaz quando postas em juízo, levando em conta todos os possíveis elementos que o permitam entender se existe ou não utilidade em mandar produzir qualquer prova. Assim, verificando como, por exemplo, o lapso temporal que já se empregou com o processo, a conduta dos litigantes no processo e de sua condição, as reais chances de que a prova possa aclarar os fatos.

Entender devidamente a aplicação do artigo 130 do CPC de 1973, atual 370 do CPC de 2015, prioriza o meio termo. A atividade probatória é conferida, em princípio, aos litigantes, pois ao magistrado incumbe, se for a hipótese, somente uma atividade complementar, uma vez que produzidas as provas requisitadas pelos litigantes, caso ainda exista imprecisão quanto a determinado ponto nos fatos apreciados para julgamento, o magistrado estará habilitado para tomar a iniciativa probatória para repará-lo.

Portanto, cabe ao juiz como um dos interessados na resolução da demanda examinar os fatos do caso, em conjunto com os demandantes, para que possa solver suas dúvidas e, da mesma maneira, dar razão a quem realmente a possui. A possibilidade de buscar provas pelo magistrado tem que ser exercida como um resultado natural e racional de sua função de dar impulso ao processo e decidir a demanda, sem que isso prejudique o seu desinteresse na causa.

A necessidade se ter o poder instrutório positivado apegar-se ao princípio da

legalidade, o qual deve sempre regradar a atuação dos magistrados, especialmente quando se está em disputa um direito tido por disponível, situações onde, desde que os interesses não ofendam a ordem pública, possa ser demandado livremente pelos litigantes. Por essa razão fica mais claro que, quanto a colheita de provas em processos que versem a respeito de direitos disponíveis, não seria necessariamente caso de menos intervenção judicial. É porque com a emergência do princípio da cooperação se faz mister que todos os sujeitos processuais cooperem com o processo.

No que alude à distribuição do ônus da prova, trabalha-se constantemente no objetivo de melhorar a obtenção da veracidade processual, a qual moderará a decisão e convencimento do juiz. Assim, a atuação do magistrado na produção do acervo probatório, no CPC de 2015, adota sem dúvidas alguma o modelo da Europa continental, o *inquisitorial system*, recusando o *adversarial system* utilizado largamente na Inglaterra e Estados Unidos.

A autonomia do juiz, no que se refere à produção probatória, tem limites, especialmente nas hipóteses do consentimento de sua produção. É salutar que uma vez autorizada à produção de determinada prova e já que não existe recurso contra essa decisão, verifica-se a preclusão *pro iudicato*, exigindo-se do julgador que seja realizada a produção da prova requerida, mesmo que entenda posteriormente que a mesma seja dispensável. Isso se assenta no entendimento de que cabe ao magistrado, uma vez que se trata de interesse público a obtenção do justo resultado processual, realizar um papel participante na verificação da verdade, para formar seu convencimento e não permitir que haja dúvidas quanto a sua imparcialidade.

No que se refere à vinculação dos precedentes, foi visto que, nos Estados Unidos, o sistema processual só obriga essa vinculação quanto o próprio Tribunal que os criou e os demais órgãos submetidos à sua jurisdição, pois o único precedente que vincularia a todos naquele país seria um que viesse da Corte Máxima.

Portanto, vislumbra-se que o tema da valoração probatória é um problema fundamental e que já atravessa séculos. Por isso, é sem dúvida uma das questões

que geram grandes polêmicas.

No contexto histórico, notou-se que surgiram vários sistemas para que se pudessem valorar as provas. Começando pela prova legal, originária das Ordálias ou juízos de Deus, chegando ao que hoje conhecemos por Livre Convencimento Motivado.

Percebe-se que, conforme a reflexão feita até aqui, em nada importa ao magistrado qual das partes tenha trazido determinada prova ao processo, porquanto ser pelo valor íntimo de convencimento, devidamente ponderada por ele.

Por fim, quanto ao Novo Código de Processo Civil, apesar dos embates doutrinários, fica patente que, apesar de retirado pelo legislador a palavra “livre” do texto legal, nota-se que a livre apreciação do julgador, é possível sim e que o magistrado pode valorar devidamente a prova quando entender mais pertinente, ou seja, de forma livre, desde que o faça motivadamente, de maneira que sua fundamentação ofenda o que dispõe os artigos 10 e 489, todos do atual Código de Processo Civil. Por isso, uma vez que fora devidamente fundamentada, a decisão cumprirá com os preceitos tanto constitucionais, quanto infraconstitucionais.

Embora não esteja explicitamente disposta na legislação a liberdade de convencimento do juiz, não há que se entender que esteja extinto o princípio. Ocorre que quando se faz uma leitura conjunta e técnica dos artigos 10; 489; e 927, todos do atual CPC (BRASIL, 2015b), se nota que o magistrado pode sim valorar a prova, desde que a fundamente com embasamento nos dispositivos citados.

Concluindo, desde que o juiz submeta suas decisões ao contraditório, apoiando-se em questões debatidas anteriormente pelas partes; estructure sua decisão com os elementos que o Código de Processo Civil de 2015 considere essenciais para ela; e observe os enunciados de súmulas dos tribunais superiores, poderá se utilizar do livre convencimento motivado para decidir.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 17 jan. 2016

_____. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 242.219/RS. Segunda turma. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, 21 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=REsp+242.219%2FRS&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 2 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial. AgRg no AREsp 901.936/RJ. Primeira turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 16 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://www.digesto.com.br/#acordaoExpandir/1667>>. Acesso 5 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial. AgRg no AREsp 70.866/GO. Quarta turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 15 de março de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829320/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-95447-ms-2011-0301574-7-stj>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial. AgRg no AREsp 343.580/SP. Quarta turma. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreras. Brasília, 17 de novembro de 2015a. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/108599153/trf-3-judicial-i-05-02-2016-pg-448>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo em recurso especial. AgrRg no AREsp 202.815/MG. Quarta turma. Relator: Min. Marco Aurélio Buzzi. Brasília, 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/305419052/andamento-do-processo-n-2012-0145165-2-agrg-agravo-recurso-especial-16-02-2016-do-stj>>. Acesso em 19 de fev. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. APC: 20130110689764. Quarta turma cível. Rel. Des. Sérgio Rocha. Brasília, 8 de julho de 2015. Disponível em: <

df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/208257288/apelacao-civel-apc-20130110689764>. Acesso 22 de fev. 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2003.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, p. 12-26, jul./set. 1982.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 326.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. *A aplicação do common law no Brasil: diferenças e afinidades*. Rio Grande, 2015.

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 9 out. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2014. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

CERQUEIRA, Eduardo Luiz Brasileiro de. *É possível a produção de provas em instância recursal*. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/eduardo-cerqueira-possivel-producao-provas-instancia-recursal>>. Acesso em: 9 out. 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 2.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Rev., ampl. E atual. Salvador: juspodivm, 2015. v. 2.

LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, n. 204, p. 231-242, fev. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito: UFPR, Curitiba*, n. 49, p. 11-58, 2009.

_____. *Curso de processo civil v. 1: Teoria geral do processo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. trad. Catalina Grossman, Buenos Aires: EDIAR, 1945.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. rev., atual. e ampla. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas de civil law e de common law. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 6, n. 10, p. 43-68, jan./jun. 2014.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo*. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 69, São Paulo, dezembro. 2008. p. 104-110.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 15, Porto Alegre, jan./fev. pp. 5-15, p. 8.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, v. 91, jul./set. 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014.

XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, n. 159, p. 172 – 197, maio 2008.