

QUESTÕES PROCESSUAIS NO JULGAMENTO DO MENSALÃO: VALORAÇÃO DA PROVA INDICIÁRIA E PRECLUSÃO PARA O JUIZ DE MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

ANTONIO DO PASSO CABRAL*

Resumo: O presente texto analisa duas questões processuais decididas no julgamento do Mensalão e que representam a consagração de importantes tendências da doutrina na jurisprudência do STF. Estas questões são a preclusão consumativa para o juiz, inclusive de matérias de ordem pública; e a função persuasiva da prova na valoração dos indícios.

Palavras-chave: Mensalão. Questões processuais. Preclusão para o juiz. Preclusão de questões de ordem pública. Função persuasiva da prova. Prova indiciária. Indícios.

Abstract: The present article analyses two procedural issues decided by the brazilian Supreme Court. The first one are the standards of proof regarding circumstantial evidence; the second one is issue preclusion of some matters that were traditionally qualified as of 'public order'.

Keywords: Supreme Court. Brazil. Issue preclusion. Standards of proof. Evidence.

1 Introdução

É despidiendo salientar a importância histórica da Ação Penal n.470 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O julgamento do caso conhecido como "Mensalão" teve grande repercussão e impacto na sociedade brasileira, transbordando o "mundo jurídico" e levando ao público em geral detalhes do caso e minúcias de questões judiciais. Houve ainda constante e atento acompanhamento da imprensa.

Neste pequeno ensaio, pretendemos tratar da preclusão para o juiz das questões de ordem pública, e da concepção da prova em sentido persuasivo na valoração dos indícios. Nossa pretensão aqui é não apenas relatar estes pontos da decisão, mas fazer um juízo crítico a respeito das posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal.

* Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil. Doutor em Direito Processual pela UERJ e pela Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorando pela Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Procurador da República no Rio de Janeiro. Membro da *International Association of Procedural Law*, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Teuto-Brasileira de Juristas (*Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*) e da *Wissenschaftliche Vereinigung für internationales Verfahrensrecht*.

2 Preclusão para o juiz de matérias de ordem pública

Acerca das preclusões, ao indeferir requerimento de desmembramento do processo, o Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem, afirmou a preclusão consumativa para o juiz, e inclusive para questões de ordem pública (no caso, a questão era a incompetência da Corte Suprema para julgar quem não tem foro por prerrogativa de função). Em resumo, afirmou o STF que, quando a defesa alega diversas vezes uma mesma questão já apreciada pelo juízo, não cabe ao Judiciário decidir novamente o tema pois a discussão já foi exaurida naquele ponto. Vejamos alguns detalhes para compreender como foi paradigmática a decisão do STF neste particular.

2.1 Preclusão: linhas gerais na doutrina e jurisprudência

O fenômeno da preclusão é da essência do processo: a própria palavra “processo” denota um andar para frente porque a marcha procedimental não pode estar constantemente sujeita a retornos às etapas anteriores.¹ Como já defendemos em estudos de maior fôlego,² a prática de sucessivos atos processuais e o avanço na cadeia procedimental geram uma “irreversibilidade tendencial”³ de cada uma das condutas tomadas anteriormente. Assim, o estudo da preclusão está intimamente ligado ao formalismo, pela relação direta da elasticidade do procedimento com as prerrogativas dos sujeitos do processo.⁴

Segundo a célebre formulação tributária a Giuseppe Chiovenda, desenvolvida em vários estudos desde 1905,⁵ a preclusão seria a *perda* de uma *faculdade* processual, gerando a impossibilidade de praticar o ato processual *no mesmo processo* (com eficácia endoprocessual, limitada pela litispendência). A própria etimologia da palavra latina *praeclusio* (*prae* – ante ou diante de – e *claudo*, fechado), indica estar excluída, ou “fechada” uma oportunidade.

Chiovenda classificou as preclusões em três espécies: temporal, consumativa e lógica, de acordo com os motivos que a causam: o decurso de prazo, quando o comportamento deve ser praticado até um momento preciso;⁶ o fato de já ter sido exercida aquela específica conduta; e a incompatibilidade

¹ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 223.

² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed., 2010, *passim*.

³ SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 287-292.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, reimpressão, 1965, p. 693.

⁵ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e competenza*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, vol.II, 1993, p.417-419. Desenvolvido posteriormente em CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di Diritto Processuale Civile*. Op.cit., p.858 e ss., *Idem*, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, vol.III, 1993, p.233. Sobre a evolução do conceito, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz. Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004, p. 27 e ss.; EISNER, Isidoro. *Preclusión*, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, p.1106.

⁶ A preclusão temporal é a perda da posição processual de vantagem pela omissão em praticar o ato no prazo legal. Portanto, as preclusões temporais estão intimamente ligadas à existência de prazos peremptórios, fortes no objetivo de fazer o processo marchar adiante. Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2ª Ed., 2008, p.112 e ss., 128.

do ato com uma atividade já realizada.⁷ E, em função dessas causas, foi-se desenvolvendo um modelo tripartite de preclusões.

Para a análise da decisão do STF no julgamento do Mensalão, interessa-nos especialmente a preclusão consumativa, que é aquela que opera a perda da faculdade por já ter sido praticado o ato. O desempenho de uma conduta impede que aquele mesmo sujeito, *ceteris paribus*, volte a praticá-la. No que diz respeito ao *fundamento* da preclusão consumativa, a doutrina faz alusão a diversos institutos que permitiam justificar, desde o direito romano, a inadmissibilidade de certos atos processuais pelo fato de já terem sido praticados.⁸ Porém, a preclusão consumativa baseia-se sobretudo no princípio do *ne bis in idem*, na impossibilidade de repetição do mesmo ato. Modernamente, no entanto, vem sendo identificada também como tendo finalidades que tangenciam o princípio da economia processual.⁹

2.2 Limitações subjetivas e objetivas das preclusões na doutrina clássica e a virada da jurisprudência a partir do julgamento do Mensalão

Na doutrina e jurisprudência tradicionais, era possível observar diversas restrições aplicativas às preclusões. Aqui, interessam-nos especificamente certas limitações, subjetivas e objetivas, do instituto.

A mais importante limitação subjetiva da aplicação das preclusões decorre do pouco tratamento das preclusões para o juiz. Praticamente só se encontram referências na doutrina às preclusões para os atos das partes (geralmente temporais ou consumativas), não se costumando falar em preclusão para o juiz embora existam muitos casos em que a lei proíbe o juízo de proferir nova decisão sobre mesma hipótese, como quando verificada a litispendência ou a coisa julgada.¹⁰

⁷ Observa-se a preclusão lógica pela prática de um ato processual incompatível com outra conduta anterior, ou seja, na contradição entre dois comportamentos. A consequência da preclusão lógica é proibir a conduta incoerente, criando uma situação jurídica de vantagem para outros sujeitos de não ver o ato incompatível produzir efeitos. Assim, o segundo ato, por incompatibilidade com o primeiro, deve ser inadmitido ou invalidado. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. Op.cit., p.148 e ss., EISNER, Isidoro. *Preclusión*. Op.cit., p.1107; OSTERMEIER, Peter. *Alte und neue Probleme des Präklusionsrechts nach der ZPO-Reform*. Zeitschrift für Zivilprozess, ano 120, n.2, 2007, p.232; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.128; SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo....* Op.cit., p.303; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1984, p.235-237.

⁸ É antiga a referência a *replicatio* e à *duplicatio* romanas. Confira-se v.SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. V, Berlin: Veit & Comp. 1840, p.190-193.

⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano XXXII, n° 2, jun. 1978, p.596, 619. Com efeito, a regra do *ne bis in idem* romano recebeu uma reformulação mais refinada e racional de Wilhelm Sauer sob a denominação de princípio da unicidade (*Grundsatz der Einmaligkeit*). Sauer parte de uma relação meios-fins genericamente aplicável ao processo e, com base nessa ideia, a repetição de um ato com o mesmo escopo daquele repetido seria inútil, porque antieconômica, e ineficaz porque o ato posterior seria desprovido de qualquer finalidade. Trata-se de uma versão mais elaborada e voltada a interesses públicos presentes na atividade jurisdicional, embora atinja efeitos práticos similares ao *ne bis in idem*, tornando inadmissível a conduta repetida. SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1919, p.475-478.

¹⁰ São muito mais raras as obras que abordam a perda de poderes judiciais para a prática de um ato. Cf.

Além dessa restrição subjetiva, o âmbito de aplicação da preclusão também é objetivamente limitado pela doutrina tradicional. Geralmente se circunscrevem as regras preclusivas às alegações acerca de nulidades relativas e anulabilidades, sob o argumento de que nestas residiria a disponibilidade das partes sobre a formalidade. Assim, não seria possível imaginarmos preclusões sobre questões de ordem pública pelos interesses envolvidos nestas matérias, que transcenderiam a conveniência dos sujeitos do processo.

2.3 Avaliação da decisão do STF

2.3.1 Consagração das preclusões para o juiz

Pensamos que igualmente ao que ocorre para os demais sujeitos, também devem existir preclusões para o juiz, e neste ponto pensamos que a decisão do caso do Mensalão foi acertada e representa a consagração de uma tendência contemporânea, tanto no processo civil¹¹ quanto no processo penal.¹²

A restrição tradicional das preclusões, que a excluía dos atos judiciais, é tributária de uma inexata compreensão da conceituação chiovendiana de preclusão. Chiovenda, ao definir a preclusão como a perda, extinção ou consumação de uma *faculdade*, sinalizou no sentido de que as posições jurídicas do juiz (geralmente definidas como poderes) não estariam submetidas a fatos preclusivos. Porém, o próprio Chiovenda, em mais de um estudo, fez referência expressa às preclusões judiciais.¹³

Ora, se a preclusão é um mecanismo de economia processual, destinado a assegurar ordenação e eficiência ao processo, também o órgão julgador pode estar submetido a ela. Há que se fazer do processo um caminhar adiante, sem discriminação apriorística sobre quem poderá perder a oportunidade de praticar atos preclusos. Esse equilíbrio é também uma consequência da repartição de poderes decorrente do formalismo, para que não se perpetue uma situação descompensada, em que as partes estejam sempre sob a sombra ameaçadora da preclusão, e o juiz encontre-se sempre descompromissado com o trâmite célere e eficiente, protegido pela pena doutrinária que o imuniza da perda da faculdade de praticar atos no processo.

2.3.2 Preclusões de matéria de ordem pública

No caso do Mensalão, tratava-se de debate sobre a preclusão que impediria uma nova apreciação sobre a existência de competência da Corte

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz. Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. Op. cit., *passim*; GARBAGNATI, Edoardo. "Preclusione 'pro iudicato' e titolo ingiuntivo", in *Studi in onore di Enrico Redenti nel anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, volume primo, 1951, p. 469 e ss.

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53.

¹² GOMES, Luiz Flávio. "Preclusão: efeitos da preclusão pro iudicato no processo penal", in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano III, n° 16, p. 17, out.-nov. 2002.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa giudicata e competenza", Op. cit., p. 418-419; *Idem*, "Cosa giudicata e preclusione", Op. cit., p. 267-268. Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz. Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. Op. cit., p. 23 e 28-29.

Suprema em razão de foro por prerrogativa de função. O Supremo Tribunal Federal decidiu que, mesmo em se tratando de questão de ordem pública, cuja inobservância poderia levar à incompetência absoluta do juízo, a matéria estava preclusa, não sendo possível reapreciação.

Temos que a decisão do STF foi também correta no que se refere à abrangência do fenômeno preclusivo também para as matérias de ordem pública, fazendo impedir o reconhecimento de nulidades tradicionalmente classificadas como “absolutas”.

Em primeiro lugar, deve ser frisado que a irreversibilidade tendencial dos atos do processo faz com que a preclusão seja uma consequência principiológica, natural ao procedimento. Ademais, em muitas hipóteses o ordenamento não autoriza o reexame de certas matérias já decididas. O maior exemplo é que, depois de proferida sentença, ao juiz não é dado emendar, incrementar ou refazer a decisão, salvo nos casos excepcionais previstos em lei, sob pena de invalidação do complemento ou da retificação.¹⁴ Aliás, lembremos que, na ausência de preclusões para o juiz seria inconcebível o instituto da coisa julgada formal, vez que a sentença poderia sempre ser revista. Portanto, correto o Supremo: a preclusão deve atingir qualquer tipo de defeito, permitindo a convalidação mesmo das chamadas “nulidades absolutas”.

Por outro lado, outro argumento normalmente utilizado para afastar as preclusões sobre as matérias de ordem pública seria o poder que possui de conhecer de ofício destas questões. Tanto no processo civil quanto no processo penal, asseverava que o conhecimento das nulidades absolutas não precluiria porque estas são baseadas em normas imperativas, e a imperatividade da norma seria suficiente para autorizar o juiz a agir de ofício.

Ora, os argumentos clássicos não convencem, como bem salientou o STF. Claro que admitir a preclusão do poder jurisdicional decisório, porque já praticado o ato, não significa afirmar que, em qualquer hipótese, seja ao juiz vedado rever o decidido. O que a preclusão consumativa proíbe é a duplicação da atividade processual sem propósito (*zwecklosige Verdoppelung*).¹⁵ Vale dizer, na superveniência de circunstâncias que alterem os fundamentos da decisão proferida, poderá haver novo exame.¹⁶ Porém, neste caso, não estaremos diante do instituto da preclusão consumativa, pois não se trata da reprodução de decisão sobre idêntica situação processual, mas de nova decisão, baseada em circunstâncias temporais e fáticas diversas.¹⁷ O que se pretende impedir é a duplicação de atividade processual, de qualquer sujeito, quando não tenha havido qualquer acréscimo de informações e condicionamentos, e portanto estejamos diante de um mesmo contexto situacional.

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz. Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. Op. cit., p. 29-30; THEORODO JR., Humberto. “Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”, in *Revista Forense*, ano 94, vol. 344, p. 60, out.-dez. 1998.

¹⁵ SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Op. cit., p. 483, extraindo esta consequência do princípio da unicidade. Veja-se, anteriormente, a nota de rodapé n.9.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio Gomes. “Preclusão: efeitos da preclusão *pro iudicato* no processo penal”, Op. cit., p. 18.

¹⁷ SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Op. cit., p. 477 e 485-489.

Além disso, pensamos que há grande confusão em unir indevidamente cognoscibilidade de ofício e preclusão. Não se podem misturar três conceitos: “cognoscibilidade de ofício” significa que o conhecimento da matéria independe de provocação da parte; “cognoscibilidade a qualquer tempo” significa não haver preclusões temporais; e “possibilidade de reexame” revela a faculdade de reabrir cognição sobre a matéria, esta sim ligada às preclusões consumativas. Como é assentado em muitos ordenamentos ao redor do planeta, ainda que o juiz possa conhecer de ofício certas questões, isso não quer dizer que o possa fazer a qualquer tempo e, sobretudo, que lhe seja autorizado reapreciar, indefinidas vezes, uma mesma matéria.

Como bem concluiu o STF, tendo a matéria sido decidida pelo próprio juiz, na mesma instância e sem incremento cognitivo, não pode haver reapreciação, a despeito de tratar-se de matéria de ordem pública.

3 Função persuasiva da prova e valoração dos indícios

3.1 A concepção ultrarracionalista da prova e sua repercussão no processo

No direito processual, foi grande a influência histórica do que poderíamos chamar de uma concepção ultrarracionalista da prova. Esta compreensão por assim dizer “cartesiana” a respeito da instrução probatória é tributária, de um lado, do paradigma sujeito-objeto de investigação científica (Descartes, Hume), que equiparava o juiz a um cientista em um laboratório, forte na concepção antropocêntrica de que o homem, isolado, poderia solitariamente analisar seu objeto de estudo (o objeto cognoscente) e extrair dele proposições verdadeiras.

Por outro lado, a concepção tradicional sobre a prova foi impactada também pelas teorias sobre a verdade na filosofia do conhecimento, sobretudo as vertentes da “verdade como correspondência”.¹⁸ Sem embargo, a atividade probatória sempre foi ligada ao conceito de verdade, o que se percebe, p.ex., na importância que a questão probatória tinha nas teorias materiais da coisa julgada,¹⁹ ou ainda na *summa divisio* que por séculos separou o processo civil e o processo penal (verdade formal x verdade material).

Decerto que, na batuta de premissas tão decisivas, era natural esperar condicionantes à compreensão do papel do juiz e da função da prova no processo. O juiz sempre foi historicamente alijado da atividade probante, e a prova era entendida somente em sua função demonstrativa.

Primeiramente, no que tange ao papel do juiz na colheita dos elementos de prova, o modelo ultrarracionalista via o magistrado como aquele cientista que poderia isolar-se das partes, deixá-las digladiar-se e depois extrair do debate o material que utilizaria na solução da causa.²⁰ No processo civil, este

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação. Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 234-236.

¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.61 ss.

²⁰ MORELLO, Augusto Mario. *La prueba: tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª Ed., 2001, p.37 ss., 70 ss., 185 ss.

era o parâmetro do juiz romano, um mero expectador passivo do duelo entre as partes, que poderia (e deveria) manter-se inerte e não produzir provas (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*).²¹ A racionalidade humana, tão enaltecida e que perpassava este modelo, só entraria em crise primeiro com a psicanálise moderna, que foi determinante em identificar espaços não racionalizáveis no inconsciente humano e quebrou o mito da onipotência racional do homem. Posteriormente, o golpe de misericórdia viria com a virada linguística e as teorias do agir comunicativo pelo discurso, já no séc.XX, pelas quais foi operado o resgate da intersubjetividade, abandonando-se os preconceitos em relação à persuasão na avaliação da verdade de uma proposição.²² Esta “viragem” comunicativa chamaria o juiz, anos depois, a um verdadeiro diálogo processual, uma interação constante entre magistrado e os demais sujeitos que, de um lado, permitiria ao juiz produzir provas *ex officio*, e de outro, exigiria maior participação dos litigantes, inclusive na produção e valoração da prova.

Mas o apego ferrenho àquela concepção ultrarracionalista da prova impactou não apenas o papel do juiz na produção de prova, mas também a avaliação das evidências. As teorias da verdade como correspondência imaginavam que o juiz deveria transportar para o processo a “verdade da vida”, que deveria ser estampada na sentença. Esta tradição produziu, no campo da *evidence evaluation*, o que temos chamado de “fetiche da prova técnica”. Trata-se da compreensão de que uma condenação, no processo, só possa decorrer da “verdade real”, da certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos, um mito que produziu, no Judiciário contemporâneo, em muitas partes do mundo, uma preferência dos julgadores pelas provas científicas, periciais (exemplos maiores são, no processo civil, o exame de DNA e, no processo penal, as interceptações telefônicas). Nesse contexto, *experts* e peritos forenses viraram até astros de filmes e seriados de televisão.

A reboque dessa tendência, veio também o correlato desprestígio da prova indiciária, a *circumstantial evidence* de que falam os anglo-americanos, embora há décadas, p.ex., o Supremo Tribunal Federal tenha jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem tranquilamente levar a uma condenação, mesmo na esfera criminal,²³ se traduzirem um conjunto sólido e convincente.

Ora, então o que levou a um movimento de corrosão da prova indiciária? O fetiche da prova técnica cresceu e se tornou possível porque a prova foi tradicionalmente concebida apenas em sua *função demonstrativa*,²⁴ como se fosse destinada a transportar para o processo, a verdade absoluta que ocorreria na vida dos litigantes.

²¹ O desacerto histórico do brocardo foi salientado na interessante pesquisa de PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: Bosch, 2007, *passim*.

²² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*, *Op.cit.*, p.121 ss.

²³ STF: HC 83542-PE; AP 231-RN; HC 73951-SP; STJ: HC 53115-MG; Resp 184.156-SP.

²⁴ TARUFFO, Michele. “Funzione della prova: la funzione dimostrativa”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1997.

3.2 O STF e a prova em sentido persuasivo

Porém, contemporaneamente, com as teorias do discurso para se chegar à verdade, e pelo apelo à intersubjetividade como chave para que se atinja o convencimento e o consenso, não só o papel do juiz se alterou, como também a concepção das funções da atividade probatória. Chegou-se à generalizada aceitação de que uma verdade absoluta (“material”, “real”) é algo que talvez seja inatingível pela compreensão humana, e a “verdade processual” é aquela que deve ser obtida pelo foco na argumentação, na persuasão, nas inúmeras interações que o contraditório, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo,²⁵ permite aos litigantes. Passamos, portanto, da lógica das verdades para a lógica da argumentação e das probabilidades.

E essa foi a conclusão do julgamento do Mensalão. A prova, como salientaram os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Marco Aurélio, entre outros, deve ser compreendida em sua *função persuasiva*, no âmbito da argumentação e do debate em contraditório, pela qual os elementos probatórios permitem a formação do convencimento dos magistrados a partir de uma ampla discussão entre todos os sujeitos que participam do processo. Ao Judiciário cabe sopesar as alegações de cada parte e as provas existentes no processo para verificar, à luz do convencimento formado neste ambiente de debate, qual dos interesses deve prevalecer.

Conceber a prova em sua função persuasiva significa permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. Deixamos de estar apegados a uma verdade absoluta, uma convicção marcada na escala como um “100% de certeza”, para aceitar que as decisões, quaisquer que sejam elas, são sempre tomadas com base em probabilidades. Rompeu-se o mito da busca por uma verdade absoluta, sendo frequente a lembrança de Voltaire, feita por Calamandrei, de que “as verdades históricas não são mais que probabilidades”.²⁶ Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Note-se que não se quer defender que não haja, em qualquer dimensão, um aspecto demonstrativo da prova. Como valor humanitário da

²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, N°2, aprile-giugno, 2005, *passim*; Idem. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais. Op.cit.*, especialmente capítulos III e V; Idem. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, ano 30, vol. 126, ago. 2005; HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Müller, 20ª Ed., reimpressão, 1999, p.75 ss. Especialmente na p.62, o autor aborda os direitos de influência e participação nos processos estatais como decorrentes do regime democrático. Sobre a verdade e o processo, Cf. BRINKMANN, Moritz. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Köln: Carl Heymanns, 2005, p.6 ss.

²⁶ CALAMANDREI, Piero. “Verità e verosimiglianza nel processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, I, 1955, p.191 ss.

justiça aplicada ao caso concreto, da incidência das normas à realidade dos fatos através da jurisdição, é claro que o direito à prova é um componente importante do acesso à justiça (e portanto à decisão correta e adequada), e desta maneira a prova mantém certos aspectos garantísticos que pedem, em alguma medida, que a função demonstrativa funcione a favor dos litigantes.²⁷ Mas a função persuasiva da prova, justamente por remeter-nos a um contexto argumentativo, de intersubjetividade, traz também uma maior fluidez e imprecisão, fazendo-se necessário operar um controle racional das conclusões a respeito dos elementos probatórios para que o sistema de valoração da prova não tenda ao arbítrio ou à irracionalidade.²⁸

3.3 Primeira consequência da premissa fixada pelo STF: o controle da valoração da prova

A primeira consequência aplicativa da conclusão do Supremo Tribunal Federal é que a função persuasiva da prova está relacionada intimamente com a fundamentação das decisões, com a finalidade de controlar as conclusões do julgador no campo probatório.

Sem embargo, o direito processual consagrou o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional (art.131 do CPC brasileiro), em que o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.²⁹ Ruiu o pilar da desconfiança do juiz e crença fiel no legislador, mas foi imposto ao magistrado o dever de expor os motivos que justificam a decisão. Na instrução probatória, o princípio da persuasão racional foi o equilíbrio entre o despotismo abstrato da lei e a ditadura do decisionismo arbitrário e injustificado do juiz.

Assim, a evolução dos sistemas de valoração da prova mostrou uma tendência de reduzir, no campo probatório, as interferências do legislador na valoração da prova, permitindo, contudo, um efetivo controle dos sujeitos envolvidos, a partir da obrigação de fundamentação. O Estado de Direito é um Estado que se justifica (*rechtsfertiger Staat*). A motivação é necessária para justificar legitimamente o exercício do poder jurisdicional e explicitar logicamente o raciocínio empreendido na descoberta, pelo juiz, da decisão adequada para o caso, sendo esta sua função lógica; mas a fundamentação tem valor em si mesma, neste ponto assumindo função política, de garantir a idoneidade e controlabilidade da decisão.³⁰

²⁷ GRECO, Leonardo. "O conceito de prova", in Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.427 e ss.

²⁸ O subjetivismo da avaliação probatória é destacado por BERG, Wilfried. *Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p.74 ss.

²⁹ Nos ordenamentos germânicos, Cf. JAUERNIG, Othmar e HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht*. München: Beck, 30ª Ed., 2011, p.198; RECHBERGER, Walter H. e SIMOTTA, Daphne Ariane. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. Wien: Manz, 2009, p.390.

³⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p.22-24.

Segundo Barbosa Moreira e Brüggemann,³¹ existem dois lados complementares desta justificação: um material e outro formal. O Estado somente pode decidir e aplicar as normas quando *existir* fundamento. Todavia, a decisão somente será *formalmente* justificada quando tais fundamentos forem expostos, evidenciados, declarados, demonstrados.³² Ou seja, no exercício da jurisdição, a decisão, fruto da atividade cognitiva, não é algo que o juiz descubra ao fundamentar. O momento de elaboração formal da decisão é posterior à conclusão tomada. Logo, não basta ao magistrado a exigência processual de que decida quando estiver convicto. A formação da convicção, posto que necessária, não o exime de externar suas razões. É o que Manuel Atienza define como sendo o *contexto de descoberta* (a formação do convencimento, a identificação dos fundamentos para decidir) e o *contexto de justificação* (a exteriorização das razões de decidir).³³

Assim, não basta formar a convicção em tal ou qual sentido. Também o caminho percorrido na *cognitio* deve ser demonstrado. De fato, a conclusão pode ser “descoberta” intuitivamente pelo juiz, e assim a decisão será absolutamente incontrolável sob parâmetros racionais porque produto de estímulos puramente psíquicos, um procedimento do qual as partes são alijadas por não conhecerem o itinerário lógico percorrido pelo julgador.

Portanto, se o convencimento é diverso do processo de justificação de suas conclusões, a racionalidade e controle da decisão judicial depende da fundamentação racional das conclusões do julgador,³⁴ ilação que se coaduna com o sistema da persuasão racional a respeito da valoração da prova.

3.4 Segunda consequência: o resgate do valor da prova indiciária

Por outro lado, a função persuasiva da prova reafirma e reforça a constante jurisprudência da Suprema Corte brasileira, que há décadas considera suficiente, inclusive para uma condenação criminal, um conjunto forte e sólido de indícios e circunstâncias comprovados, e que conduzam à conclusão segura de que o fato ocorreu. Posicionamento, aliás, que prevalece na jurisprudência da imensa maioria dos tribunais do mundo ocidental.

Isso é especialmente importante em contextos associativos complexos — marca da criminalidade contemporânea — no qual os crimes ou infrações administrativas são praticados por muitos indivíduos consorciados. Em casos como de formação de cartéis, organizações criminosas, quadrilhas, e crimes e infrações no mercado de capitais (como citado pelo Ministro Luiz Fux), a prova indiciária é predominante, até porque é raro que sejam assinados documentos que contenham os propósitos associativos, porque nem sempre se pode

³¹ BRÜGGEMANN, Dieter. *Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteifreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozess*. Giesecking: Ernst und Werner, 1968, p.117.

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito”, in *Temas de Direito Processual 2ª Série*. São Paulo: Saraiva, 2ªEd., 1988, p.89.

³³ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p.21-26.

³⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Surhkamp Taschenbuch, 1994, p.158-159.

filmar ou gravar os envolvidos no ato de cometimento do delito, e também porque toda associação pressupõe acordos que normalmente são realizados a portas fechadas. Esta é, aliás, uma tendência mundial que em bom tempo foi consagrada na jurisprudência brasileira.³⁵

Pois bem, fixadas estas premissas que relacionam a prova à argumentação e à persuasão, bem assim com a fundamentação das decisões, resta-nos traçar balizamentos que permitam um controle das opções do julgador.

E, a fim de fixar parâmetros para que se possa minimamente indicar o grau de convencimento necessário para cada decisão, dois caminhos foram buscados no direito comparado. Um deles foi tentar definir matematicamente um número, uma porcentagem que pudesse exprimir um ponto na escala de zero a cem, onde o “zero” seria a ignorância total do início do processo e o “cem” seria a inatingível “certeza” ou “verdade” absoluta. Neste ponto, é conhecido o famoso “teorema de Bayes”, baseado em técnicas estatísticas de análise combinatória que tentavam, por arranjos matemáticos, precisar cartesianamente a intensidade cognitiva que deveria ser atingida para proferir um certo tipo de decisão. Estas tentativas não poderiam ser mais frustradas, e são rejeitadas largamente pela doutrina especializada e pelos tribunais internacionais.³⁶

A outra solução, que tem aqui nossa parcial adesão, foi tentar estabelecer *standards* de valoração, parâmetros mínimos que pudessem traçar linhas divisórias para sabermos quais são os graus de convencimento que podem ser utilizados pelo juiz para que pronuncie determinada decisão.

No *common law*, são clássicos os debates sobre os estândares de convicção do juiz, uma diferença entre os graus de convencimento necessários para cada tipo de decisão em várias espécies de procedimento (*standards of proof*). Sem embargo, no processo civil anglo-americano, o magistrado pode decidir com base em juízos de probabilidade, mesmo na sentença final, fundando-se em preponderância probatória, ainda que ténue.³⁷ Em outras oportunidades, como no processo penal e algumas hipóteses de processo sancionador, exige-se maior aprofundamento para que o juiz decida contrariamente a certos interesses.

³⁵ Cabe mencionar vários precedentes no campo do mercado de capitais envolvendo o órgão regulador norte-americano, a SEC (*Securities and Exchange Commission*). Na Suprema Corte norte-americana, Cf. *Herman & MacLean v. Huddleston*, 459 U.S. 375 (1983); *U.S. v. Veysey* (2003). Vejam-se ainda *SEC v. C.M. Joiner Leasing Corp.*, 320 U.S. 344 (1943); *SEC v. Hasho*, 784 F. Supp. 1059, 1106 (S.D.N.Y. 1992); *SEC v. Tome*, 638 F.Supp. 596, 620 n.45 (S.D.N.Y. 1986), *aff d*, 833 F.2d 1086 (2d Cir. 1987); *SEC v. First Financial Group of Texas*, 645 F.2d 429, 434 (5th Cir. 1981); *Dzeruits v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 494 F.2d 168, 171 n.2 (10th Cir. 1974). Na jurisprudência inglesa, Cf. *Judd v. Minister of Pensions and National Insurance* (1966), 2 QB 580, 108; *R v. Shepherd* (1988) 86, Cr App R 47; *Lord Tucker in Dingwall v. J Wharton Shipping Ltd* (1961), 2 Lloyd's Rep 213, 216; *R McCann v Crown Court at Manchester* (2003) 1 A.C. 787, HL.

³⁶ BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; FINKELSTEIN, Michael O. e FAIRLEY, William B. “A Bayesian Approach to Identification Evidence”, in *Harvard Law Review*, n.83, 1970, p.489; KREITH, K. “Mathematics, Social Decisions and the Law”, in *International Journal of Mathematical Education in Science and Technology*, vol.7, 1976, p.315; TRIBE, Laurence H. Tribe, “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process”, in *Harvard Law Review*, n.84, 1971, p.1329; TAPPER, Colin. *On evidence*. Lexis Nexis, 10th Ed., 2004, p.186-187. Na jurisprudência americana, confira-se o caso *People v. Collins*, 438 P. 2d 33 (68 Cal 2d 319, 1968), muito criticado por ter admitido a argumentação baseada em estatísticas.

³⁷ Referências de direito comparado podem ser encontradas na análise de BRINKMANN, Moritz. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. *Op.cit.*, p.27 ss.

No primeiro extremo desta gradação está a convicção necessária para uma condenação cível, onde se adota o critério do “mais provável que não” (*more probable than not*), ou seja, uma *preponderância mínima* que indique que os fatos tenham ocorrido e assegura que o juiz possa decidir sem ter que recorrer às regras de distribuição de ônus. Trata-se de uma baixa probabilidade que, mesmo assim, permite a tomada de decisão em favor de uma das teses.³⁸

Por outro lado, o mesmo não se observa no processo penal. Com efeito, no processo penal, algumas decisões (as condenatórias), pedem uma convicção lastreada em um maior grau de probabilidade: o juiz deve estar convencido “além da dúvida razoável” (*beyond the reasonable doubt*). No processo administrativo sancionador, exige-se um nível intermediário de certeza (*clear and convincing evidence*).³⁹

Não obstante, por mais que tenham buscado estabelecer alguns parâmetros, o modelo anglo-americano traça apenas linhas gerais. Uma teorização mais elaborada, formulada para conciliar a função persuasiva da prova, o papel argumentativo da instrução, e as exigências de motivação das avaliações do juiz foi a elaboração sueca⁴⁰ do denominado princípio da preponderância (*Überwiegensprinzip*),⁴¹ tese popular em alguns países de tradição germânica.⁴² Deixaremos este tema para outra oportunidade, até porque não foi objeto da decisão do STF no julgamento do Mensalão. Cabe, todavia, a referência, até porque se trata de um modelo teórico mais pormenorizado, cuja técnica possa ser aplicada, no Brasil, para implementar a função persuasiva da prova.

4 Conclusão

Como visto anteriormente, foi acertada a decisão do STF em relação às questões processuais aqui discutidas. E certamente será positiva a repercussão prática das conclusões da Corte Suprema.

No que tange à preclusão consumativa para o juiz sobre questões de ordem pública, aplicando-se a premissa a outros processos, reduz-se a complexidade da controvérsia, diminuindo custos e tempo de tramitação, pondo por fim a insistência da defesa — comumente verificada na prática — em repetir argumentos e alegações já rechaçados pelo juiz.

³⁸ TAPPER, Colin. *On evidence*. *Op.cit.*, p.185.

³⁹ Para o direito brasileiro, KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. No estrangeiro, KEANE, Adrian. *The modern law of evidence*. New York: Oxford University Press, 6th Ed., 2006; TAPPER, Colin. *On evidence*. p.184-185.

⁴⁰ EKELÖF, Per Olof. “*Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*”, in ZJP, 75. Band, Heft 3-4, 1962.

⁴¹ Trata-se da versão germânica da expressão sueca. Sobre o tema, Cf. PATTI, Salvatore. “*Libero convincimento e valutazione delle prove*”, in GLENDI, C., PATTI, S. e PICOZZA, E. (Org.). *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*, *Op.cit.*, p.62-63; Sobre o tema, na moderna literatura brasileira, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “*Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória*”, in *Revista Jurídica*, n.328, fevereiro, 2005, p.9 ss.”

⁴² Sobre o tema, na Áustria, confira-se RECHBERGER, Walter H. e SIMOTTA, Daphne Ariane. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.392 ss. Não obstante, nos países de tradição romano-germânica, ainda é vitoriosa a ideia de que a conclusão judicial só pode ser baseada numa alta probabilidade.

Também no campo da avaliação da prova, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal elevaram a um excelente nível teórico — e com importantes repercussões práticas — as discussões sobre ônus da prova e valoração dos elementos probatórios no direito processual brasileiro. Os votos dos Ministros abordaram com acuidade as mais contemporâneas teorias sobre a prova, salientando que, no processo, as partes colocam seus argumentos procurando apresentar uma versão convincente e verossímil para a prevalência de seus interesses, cabendo a cada um a prova dos fatos que componham suporte fático para as normas que pretendem ver incidir em seu favor. Nesse contexto argumentativo, a prova deve ser tratada em sua função persuasiva, o que favorece o controle das opções do juiz pela fundamentação, bem assim resgata a importância e reafirma as possibilidades de um conjunto sólido de indícios ser suficiente para formar a convicção judicial.

Não é surpreendente que, contraposto a estas premissas fixadas pelo STF, possa ser observado um desconforto de certos setores, sobretudo no processo penal, aos quais interessa um processo caótico em que o Judiciário é posto numa relação de vassalagem à defesa, como se os réus pudessem proceder como bem entendessem e o magistrado devesse valorar os fatos e as provas sempre a seu favor, como se o juiz fosse compelido a tolerar qualquer tipo de conduta e o Judiciário tivesse que decidir e afastar sucessivas vezes a mesma alegação, por mais estapafúrdia e inverossímil que seja (e por vezes já repelida várias vezes). A previsão constitucional da ampla defesa — um relevante direito fundamental de todos nós, que deve ser prezado — não significa que a defesa possa tudo.

Oxalá que as premissas fixadas pelo STF no julgamento do Mensalão sejam mais e mais difundidas e aplicadas, para que o processo possa refletir um espaço de diálogo franco, argumentação e persuasão, que permita, com controles recíprocos, o exercício das garantias constitucionais sem descuidar das preocupações com a efetividade dos seus instrumentos.

5 Bibliografia

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Surhkamp Taschenbuch, 1994.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito", in *Temas de Direito Processual 2ª Série*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1988.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BERG, Wilfried. *Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980.
- BRINKMANN, Moritz. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Köln: Carl Heymanns, 2005.
- BRÜGGEMANN, Dieter. *Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteifreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozeß*. Giesecking: Ernst und Werner, 1968.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- _____. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale, Anno LX, N° 2, aprile-giugno, 2005.*
- _____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2010.
- _____. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo, ano 30, vol. 126, ago. 2005.*
- CALAMANDREI, Piero. *"Verità e verosimiglianza nel processo civile"*, in *Rivista di Diritto Processuale, I, 1955.*
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e competenza, in Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, vol.II, 1993.
- _____. *Cosa giudicata e preclusione, in Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, vol.III, 1993
- _____. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, reimpressão, 1965.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano XXXII, n° 2, jun, 1978.*
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- EISNER, Isidoro. *Preclusión, Revista Juridica Argentina La Ley, 2000.*
- EKELÖF, Per Olof. *"Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins"*, in *ZZP, 75. Band, Heft 3-4, 1962.*
- FINKELSTEIN, Michael O. e FAIRLEY, William B. *"A Bayesian Approach to Identification Evidence"*, in *Harvard Law Review, n.83, 1970.*
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GARBAGNATI, Edoardo. *"Preclusione 'pro iudicato' e titolo ingiuntivo"*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, volume primo, 1951.
- GOMES, Luiz Flávio. *"Preclusão: efeitos da preclusão pro iudicato no processo penal"*, in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano III, n° 16, p. 17, out.-nov. 2002.*

- GRECO, Leonardo. "O conceito de prova", in Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação. Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- JAUERNIG, Othmar e HESS, Burkhard. *Zivilprozessrecht*. München: Beck, 30ª Ed., 2011.
- KEANE, Adrian. *The modern law of evidence*. New York: Oxford University Press, 6th ed., 2006.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- KREITH, K. "Mathematics, Social Decisions and the Law", in *International Journal of Mathematical Education in Science and Technology*, vol.7, 1976.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1984.
- MARINONI, Luiz Guilherme. "Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória", in *Revista Jurídica*, n.328, fevereiro, 2005.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MORELLO, Augusto Mario. *La prueba: tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2001.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz. Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.
- OSTERMEIER, Peter. *Alte und neue Probleme des Präklusionsrechts nach der ZPO-Reform*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 120, n.2, 2007.
- PATTI, Salvatore. "Libero convincimento e valutazione delle prove", in GLENDI, C., PATTI, S. e PICOZZA, E. (Org.). *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*, 2000.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: Bosch, 2007.
- RECHBERGER, Walter H. e SIMOTTA, Daphne Ariane. *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*. Wien: Manz, 2009.
- SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1919.
- v.SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. V, Berlin: Veit & Comp, 1840.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2008.
- SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- TAPPER, Colin. *On evidence*. Lexis Nexis, 10th ed., 2004.
- TARUFFO, Michele. "Funzione della prova: la funzione dimostrativa", in *Rivista di Diritto Processuale*, 1997.

THEORODO JR., Humberto. "Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro", in *Revista Forense*, ano 94, vol. 344, p. 60, out.-dez. 1998.

TRIBE, Laurence H. Tribe, "Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process", in *Harvard Law Review*, n.84, 1971.