XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Natercia Sampaio Siqueira, Paulo Roberto Coimbra Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-064-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Jurisdição. 3. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com satisfação prefaciamos o livro Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, fruto dos trabalhos apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho, pudemos testemunhar relevante espaço voltado a divulgação do conhecimento poduzido por pesquisadores de todo o país, em sua maioria vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Com efeito, os trabalhos aqui publicados reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas a jurisdição, processo e a própria efetividade da Justiça.

Fica aqui o convite a leitura da obra, que conta com trabalhos que abordam as inovações trazidas a lume pelo novo código de processo civil, bem como as discussões mais atuais dentro do tema relativo a efetividade da prestação jurisdicional.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora do Mestrado em Direito da UFS e UNIT

A RACIONALIDADE JURÍDICA DAS DECISÕES JURISDICIONAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE LEGAL RATIONALE OF JUDICIAL DECISIONS IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Flávia Ávila Penido
Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves

Resumo

O artigo visa demonstrar como a fundamentação das decisões não pode ocorrer, no processo constitucional, de maneira desajustada da argumentação das partes. Para que as convicções pessoais do juiz sejam restringidas ao máximo, a motivação deve guardar estritas relações com o princípio do contraditório e com as provas produzidas. Tomando como referência o Modelo Constitucional de Processo, propõe-se uma análise crítica acerca da necessidade de controle da racionalidade jurídica das decisões judiciais. No Modelo Constitucional, a prova deve ser compreendida como resultado dos elementos introduzidos pelas partes no debate em contraditório. Às partes é garantido o direito de introduzir argumentos relevantes e de produzir provas e, a partir desses, influenciar na construção da decisão. Nesse contexto, analisar-se-á se o texto do novo Código de Processo Civil demonstra preocupação legislativa para romper com o solipsismo judicial na promoção da efetiva participação dos legitimados ao processo.

Palavras-chave: Modelo constitucional de processo, Decisão jurisdicional, Contraditório, Prova

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this article is to demonstrate how the reasoning of decisions may not occur, in the constitutional process, so off the arguments of the parties. To ensure that the personal beliefs of the judge will be restricted to a maximum, the motivation must keep strict relationship with the principle of contradiction and with the evidence produced. Taking as a reference the Constitutional Model of Process, it is proposed that a critical analysis about the need to control the legal rationality. In this Constitutional Model, the proof should be understood as the result of evidence introduced by the parties in the debate in contradictory. For the parties is guaranteed the right to introduce relevant arguments and evidence and, from these, influence in the construction of the decision. Consideration will be given as to whether the new Code of Civil Procedure demonstrates concern legislative to break up with the solipsism legal and in the promotion of effective participation of legitimacy to the process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional model of process, Judicial decision, Contradictory, Proof

1 - INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o processo passou a ser compreendido como direito-garantia que se realiza em contraditório, assegurando ampla defesa e isonomia a fim de proporcionar às partes uma estrutura argumentativa para uma efetiva participação na construção da decisão final.

Nesse sentido, verifica-se que o provimento jurisdicional deve estar em consonância com os argumentos das partes construídos e fixados no processo a partir da prova produzida em contraditório, o que possibilita aos legitimados ao processo um controle na atuação do juiz na construção decisória.

Por sua vez, os dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, atualmente em vigor, permitem ao juiz apreciação livre da prova, bem como dos fatos e das circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes.

O presente trabalho tem por objetivo principal verificar a possibilidade de controle da racionalidade jurídica das decisões pelos legitimados ao processo no Código de Processo Civil, bem como as alterações que ocorrerão após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) no tocante à fundamentação e à apreciação da provas produzidas.

Para tanto, inicialmente a presente pesquisa apresenta os contornos da persuasão racional como influência socializadora que orienta as decisões no Código de Processo Civil atual. Nesse contexto, o julgador é concebido como um sujeito dotado de apurada sensibilidade, capaz de enxergar os anseios sociais, políticos e econômicos e atuar de modo a diminuir os *déficits* de igualdade material, desde que apresente os fundamentos da sua decisão.

Ato contínuo, passa-se a abordar a mudança de paradigma a partir da promulgação da Constituição da República de 1988. O processo passou a ser concebido como garantia constitutiva de direitos fundamentais possuindo como fundamentos os princípios do contraditório, da ampla defesa, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões, de forma a determinar a adoção de um modelo constitucional de processo.

Nessa nova lógica processual, o sujeito de direitos é considerado autor e destinatário da norma jurídica e o processo concebido como uma garantia constitucional que proporciona às partes uma estrutura argumentativa a fim de que haja isonomia e efetiva participação na construção da decisão final. A comparticipação dos legitimados ao processo passa a funcionar

como um meio de controle da racionalidade da decisão, exigindo-se que a sua fundamentação guarde estreita relação com a contribuição das partes, sobretudo no tocante à apreciação das provas.

Em derradeira abordagem, diante deste novo paradigma passa-se a analisar como o tratamento dispensado pelo novo Código de Processo Civil à fundamentação das decisões e a vinculação desta com as provas produzidas no processo.

2 - A PERSUASÃO RACIONAL E A INFLUÊNCIA SOCIALIZADORA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM VIGOR

Estabelecem os artigos 165 e 458 do Código de Processo Civil:

> Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.
> Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:
> I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem. (BRASIL, 2011).

No tocante à apreciação da prova pelo juiz, o Código de Processo Civil brasileiro atualmente em vigor prevê que: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (BRASIL, 2011).

Percebe-se que, no tocante a fundamentação, o Brasil adota o livre convencimento motivado ou a persuasão racional, que é aquele em que o julgador tem liberdade em apreciar as provas, fatos e circunstâncias para formar a sua convicção. Nas palavras de CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER:

> O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (quod non est in actis non est in mundo), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, art. 131 e 436). (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2004, p. 68).

O sistema da Persuasão Racional visa pôr termo às insuficiências dos critérios anteriores, ou seja, afastando o apriorismo que taxa o sistema da Prova Legal (critério de apreciação das provas em que estas possuem valor constante, cabendo ao juiz, apenas, verificar e contabilizar o resultado probatório) e demarcando a liberdade decisória através da Livre Convicção (sistema em que os julgadores não se vinculam às prescrições probatórias nem à necessidade de motivação probatória). Em que pese a Persuasão Racional superar os sistemas anteriores, tal sistema não permite um efetivo controle da subjetividade do julgador, uma vez que a este é permitido fundamentar com base em fatos e circunstâncias constantes nos autos, mas não alegados pelas partes. (THIBAU, 2011).

A concepção de fundamentação baseada na persuasão racional do julgador, sem que haja um meio efetivo de controle de tal racionalidade, é compatível com a concepção de processo proeminente no Brasil na década de 1930. Nesse período histórico, imperava a ideia de uma socialização processual e do processo como relação jurídica, influência de Franz Klein[1], no âmbito legislativo, e de Oskar Von Bülow, no âmbito doutrinário[2], que concebiam o juiz como sujeito com sensibilidade adequada, capaz de enxergar os anseios sociais, políticos e econômicos e atuar de modo a diminuir os *déficits* de igualdade material.

Entretanto, a partir da teoria processual de Elio Fazzalari, amplamente divulgada no Brasil com a obra de Aroldo Plínio Gonçalves "Técnicas Processuais e teoria do processo", [3] houve uma mudança na concepção de processo, que passou a ser entendido como procedimento desenvolvido em contraditório, com simétrica paridade.

O processo, na concepção fazzalariana, deixa de ser conduzido e interpretado unicamente pelo saber privilegiado do juiz, para ser procedimento em contraditório com a participação das partes em simétrica paridade de armas. (GONÇALVES, 1992). Assim, "*o*

---

[1] Influenciado por Anton Menger, um dos principais expoentes do discurso do socialismo jurídico processual, Franz Klein é o responsável pela primeira legislação tipicamente socializadora: A Ordenança processual civil do império austro-húngaro em 1895. Nesse ordenamento, há aumento do poder conferido ao juiz com o objetivo de auxiliar as partes e compensar as desigualdades daqueles considerados hipossuficientes, ou seja, buscava-se alcançar escopos político, econômico e social no âmbito do processo. Nesse sentido: cf. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das Reformas Processuais.** Curitiba: Juruá, p.79-87, 2008b.

[2] Em 1868, Oskar Bülow, ao publicar a obra intitulada *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, expôs o entendimento de que o processo deveria ser abordado "como relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveriam ser controladas pelos juízes." Ao desenvolver sua Teoria, o autor quis ressaltar a importância da atuação dos juízes na relação processual, uma vez que esses deveriam controlar os pressupostos de validade e existência do processo. Nesse sentido, LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise.** Belo Horizonte: FCH Fumec, 2008, p.60.

[3] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

direito ao contraditório decorre da exigência de co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisum judicial." (BARACHO, 2008, p.18)

Todavia, analisando a estruturação da Teoria, observa-se que "Fazzalari não demonstrou maior preocupação com uma aplicação dinâmica dos princípios constitucionais" (NUNES, 2008b, p. 207), o que gerou a necessidade da continuidade nos estudos doutrinários visando uma verdadeira legitimidade democrática da atividade jurisdicional, com a aproximação entre Constituição e Processo.

3 - O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A Constituição da República de 1988, ao conceber o processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais e que possui como base os princípios do contraditório, da ampla defesa, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões (BARROS, 2009), estipulou um modelo constitucional de processo[4]. Nas palavras de Marcelo Cattoni:

> No Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro "modelo constitucional de processo", estruturante do Direito processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto de processo enquanto tal. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p. 212).

Aliado ao entendimento de modelo único e tipologia plúrima, com a presença de princípios garantidores do processo presentes na Constituição, há que se compreender o Modelo Constitucional de Processo em conformidade com as peculiaridades de cada processo (BARROS, 2009). Importante observar que no processo entendido como modelo constitucionalizado, o contraditório começa a ganhar contornos diferenciados, deixando de ser mero atributo para tornar-se princípio determinativo na estruturação de todos os procedimentos (LEAL, 2008).

Assim, o processo passou a ser entendido como procedimento em contraditório, que a partir das teorias constitucionalistas embasadas nos estudos fazzalarianos, deixou de ser mero

[4] O termo 'Modelo Constitucional de Processo' foi pensado inicialmente pelos italianos Andolina e Vignera com o escopo de consolidar o entendimento de que na Constituição haveria um conjunto de normas comuns ao processo. Assim, para os autores, haveria um esquema geral determinado pela Constituição e aplicável ao processo civil, que possuiria três características: a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade. ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali della giustizia civile**: il modello constituzionale del processo civile italiano.Torino:Giappichelli, 1997.

atributo, qualidade do processo para ser autêntico elemento constitutivo essencial sem o qual não se define o Processo. (LEAL, 2012, p. 102-103), que se constitui em co-dependência com a ampla defesa.

Nessa nova lógica processual, o sujeito de direitos é considerado autor e destinatário da norma jurídica e o processo concebido como uma garantia constitucional que proporciona às partes uma estrutura argumentativa a fim de que haja isonomia e efetiva participação na construção da decisão final.

Assim, a partir da necessidade de democratização do processo, faz-se necessária a releitura da técnica processual a partir da Constituição da República de 1988. (NUNES, 2004).

3.1 A participação dos legitimados do processo e o controle da racionalidade jurídica

Conforme apresentado anteriormente, em uma concepção de processo como garantia trazida pela Constituição da República, os legitimados ao processo (aqueles que serão afetados pelo provimento final) são tanto autores quanto destinatários da sentença do julgador, sendo permitido a esses exercer o controle e a fiscalização da atuação do juiz.

Isso ocorre, em última instância, porque em um Estado Democrático de Direito o locutor autorizado cede lugar ao discurso dos legitimados (DEL NEGRI, 2008), sendo o povo a fonte de legitimação do poder[5]. (DIAS, 2012).

É nesse esteio que surge a necessidade da efetiva participação dos legitimados ao processo e da vinculação da argumentação desenvolvida por esses à fundamentação das decisões pelo julgador, com o objetivo precípuo de permitir o controle da atividade jurisdicional com a participação dos reais interessados, os quais são destinatários do provimento jurisdicional.

Dito de outra forma, a decisão jurisdicional é "*um julgamento vinculado ao espaço técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo de direitos, como conclusão coextensiva da argumentação das partes*", (LEAL, 2002, p. 26-27) e deve, portanto, ser

[5] Conforme bem pontua Müller (2003, p. 60-62), o povo é a "*instância global de atribuição de legitimidade democrática*" que condiciona a democraticidade do exercício da função jurisdicional. Assim, se o poder emana do povo, "*entende-se como exercido por encargo do povo e em regime de responsabilização realizável perante ele*", de forma que o Estado não é o sujeito detentor do poder, mas apenas o seu "*âmbito material de responsabilidade e atribuição*".

resultado lógico da atividade desenvolvida em torno das questões e argumentos produzidos em contraditório pelas partes no processo. (BRÊTAS, 2012). Desse modo, deve-se romper com o entendimento de que a decisão é um ato solitário do julgador, bastando que este a motive.

> A visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (*hard cases*), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado. (NUNES, 2011, p. 191-192).

O entendimento de que se deve estabelecer demarcação para a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado, contudo, não é uma novidade trazida com a Constituição da República de 1988. Na literatura produzida por Couture, autor cujo horizonte remonta à década de 40 e 50 do século XX, é possível perceber a preocupação em se fixar limites à atuação judicial, ao afirmar que "O juiz é um homem que se move no direito como prisioneiro na sua prisão. Tem liberdade para se mover e nisso age sua vontade; mas o direito lhe fixa limites muito estreitos, que não lhe são permitidos ultrapassar." (COUTURE, 2003, p. 56).

Mauro Cappelletti, em sua obra datada de 1990 *Le pouvoir des juges – articles choisis de droit judiciaire constitionnel compare,* analisa o problema da responsabilidade das autoridades judiciais na nossa época, relacionando a necessidade de estabelecer meios de controle do poder conferido aos juízes:

> Les juges exercent un pouvoir. Avec Le pouvoir vient la responsabilité. Dans une société organisée de façon rationnelle il existe um rapport proportionnel entre lês deux choses: la responsabilité incombant aux autorités judiciaires revêtira une importance plus ou moins grande selon la mesure des pouvoir reconnus aux juges. (...)
> Um système démocratique de gouvernement, soucieux d'assurer lês libertes des citoyens, suppose de façon nécessaire qu'une saine proportion soit établie entre pouvoir et responsabilité des organes gouvernementeaux et que, lorsque le pouvoir de ceux-ci est accru on accroisse aussi les controles portant sur l'exercise de ce pouvoir. (CAPPELLETTI, 1990).[6]

De fato, em uma ordem democrática, todo e qualquer exercício do poder corresponde a uma responsabilidade e, por isso, deve ser objeto do controle correlato. (ANDOLINA, 1997),

[6] Os juízes exercem um poder. Com o poder vem a responsabilidade. Em uma sociedade organizada racionalmente existe uma relação proporcional entre duas coisas: a responsabilidade do Poder Judiciário será de maior ou menor importância, dependendo do grau de poder concedido aos juízes. Um sistema democrático de governo, ansioso para garantir as liberdades dos cidadãos, supõe ser tão necessário uma proporção saudável estabelecida entre o poder e a responsabilidade dos corpos governamentais que, quando o seu poder é aumentado, também aumentam os controles no exercício desse poder. (tradução livre) (CAPPELLETTI, Mauro. **Le Pouvoir des Juges.** Traduction par René David. Paris: Economica, 1990. p.119.)

todavia, só é possível exercer o controle da racionalidade jurídica por meio da verdadeira comparticipação[7] dos envolvidos no processo na construção do provimento final.

3.2 Comparticipação e decisão jurisdicional: reflexo na fundamentação das decisões judiciais

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, impõe a necessidade de fundamentação de todas as decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário. (BRASIL, 2011).

O problema da exclusão dos reais interessados na decisão é a errônea concepção de que o juiz, com seu conhecimento privilegiado, é capaz de lidar com os problemas sociais. Em uma sociedade plural e complexa, não é cabível a possibilidade de existência de um sujeito apto a captar as angústias e clamores do povo e que representa a consciência moral da vida social, política e econômica. (GARAPON, 1999).

Em um Estado Democrático de Direito, a motivação das decisões jurisdicionais desvinculadas de uma discursividade democrática não se mostra meio hábil a controlar a subjetividade do julgador.

> A questão de fundo que é deslembrada pela afirmativa de que o juiz é livre para decidir, *bastando* que motive "racionalmente" sua decisão, é exatamente a da própria "racionalidade" decisional no Estado Democrático de Direito, porque o juiz, mediante *mera* indicação de textos legais e de fórmulas de que se utilizara para aplicação das normas ao caso posto extirparia das partes o direito fundamental de construir discursivamente a própria racionalidade decisória. (LEAL, 2002, p. 104-105).

Ainda segundo LEAL "a racionalidade da decisão só pode ser encontrada na interpretação compartilhada dos textos legais democraticamente elaborados e na reconstrução dos fatos e pelas partes." (LEAL, 2002, p. 106). Daí, a relevância do princípio do contraditório e da adstrita vinculação do juiz às provas produzidas de modo que as convicções pessoais do juiz sejam restringidas ao máximo.

[7] A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões (NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo:** Horizontes para a Democratização do Processo Civil. 2008a. 219f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p.152)

Conforme já explorado, um processo dirigido solitariamente pelo juiz é contrário à legitimidade democrática necessária aos provimentos emanados de um Estado que se qualifique Democrático de Direito.

A fim de sanar tal incorreção, mister se faz a estrita observância de princípios e garantias constitucionais para viabilizar técnicas para a comparticipação na construção do provimento jurisdicional.

No tocante ao contraditório, referido no art. 5º, LV, da CR/88, tem-se que esse não deve ser entendido como a possibilidade de dizer e contradizer desenvolvidos entre as partes, mas, sim, como uma efetiva contribuição para a fundamentação do provimento. Em outras palavras, deve esse ser uma garantia de influência e não surpresa das decisões. (NUNES, THEODORO JÚNIOR, 2009)[8].

Na lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a necessidade da correlação entre contraditório e fundamentação, em um contexto democrático, é latente, como se fossem irmãos siameses, isso porque:

> (...) se a jurisdição somente atua mediante o devido processo constitucional e se o processo é procedimento que se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, fundamentar a decisão jurisdicional é justificar o órgão estatal julgador, no processo, as razões pelas quais a decisão foi proferida. Esta justificação, porém, não pode ser abstrata, desordenada, desvairada, ilógica, irracional ou arbitrária, formulada ao influxo das *ideologias*, do *particular sentimento jurídico* ou das *convicções pessoais* do agente público julgador, porque ele não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui o monopólio do saber. A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional sob a prevalência do ordenamento jurídico e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos. (DIAS, 2004, p. 146-147).

Nesse contexto, o contraditório mostra-se como um dos meios desenvolvidos pela técnica jurídica moderna, de sorte a controlar a regularidade constitucional dos atos estatais, dentre eles o ato jurisdicional[9]. (BRÊTAS, 2012).

---

[8] Em outras palavras, "não se pode mais, na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento." (NUNES, 2011, p.81).

[9] Conforme bem argumenta Didier (2014, p. 55), condiciona-se o exercício democrático de um poder à observância do contraditório, eis que "democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório."

Partindo de tais considerações, verifica-se que "*o contraditório deixa de ser mero atributo do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais."* (LEAL, A. 2002, p.88). Pode ser inscrito como garantia apta a aferir legitimidade ao ato jurisdicional, em consonância com o que zela o princípio democrático regente.

3.2.1 Comparticipação através do controle da apreciação da prova

Já no tocante à prova no processo civil atual, observa-se que ao magistrado é concedida plena liberdade na avaliação das provas produzidas no processo, podendo esse fundamentar sua decisão com base em fatos e circunstâncias presentes nos autos, ainda que esses não sejam alegados pelas partes. Impõe-se ao decididor, contudo, a indicação dos motivos que lhe formaram seu convencimento.

Tecendo excelente crítica à prova no atual cenário brasileiro, afirma Thibau:

> A aceitação inquestionada de uma liberdade na apreciação da prova, condicionada aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas prestantemente percebidos no procedimento pelo julgador como se lê no Código de Processo Civil brasileiro, indica-nos a atribuição a esse julgador da condição de único titular da atividade de apreciação probatória. (THIBAU, 2011, p. 327).

Ao abordar o tema, Michele Taruffo aduz que uma decisão só pode ser considerada justa quando fundada em uma apuração verídica dos fatos da causa. Para que um fato, todavia, seja considerado verdadeiro esse deve ser confirmado pelas provas disponíveis (TARUFFO, 2012).

Com isso a prova, a partir de uma visão constitucional, deve repercutir na atividade decisória, limitando o solipsismo judicial ao fixar os argumentos desenvolvidos pelas partes que deverão balizar o convencimento judicial. Logo, trata-se de elemento apto a controlar a racionalidade da decisão, funcionando como mecanismo de aferição de democraticidade.

Conforme assegura Leal:

> Afigura-se paradoxo incontornável falar em livre convencimento do juiz na apreciação de prova e persuasão racional como critério de convicção, porque a ratio nas democracias não é dos leitores da prova, mas das categorias lógicas do discurso

> legal popular. A fonte da razão já está no povo real e não mais nos iluminados circuitos cerebrais do decididor. (LEAL, 2012, p.195).

Nesse ínterim, a prova deve ser entendida como a possibilidade conferida às partes de fixação de informações relevantes a fim de influenciar na decisão final, ou seja, como ato destinado às partes para fixação dos argumentos que irá preparar o provimento final e não na perspectiva do procedimento que se volta para a consciência soberana do juiz.

Prosseguindo, só é possível exercer o controle da racionalidade jurídica por meio da efetiva participação paritária, com verdadeira participação dos envolvidos no processo na construção da decisão jurisdicional. É nesse sentido que a fundamentação das decisões também deve estar intimamente ligada à argumentação desenvolvida pelas partes, fixada no processo por meio da prova produzida em contraditório.

4 - A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro, aprovado na Câmara dos Deputados, sancionado pela Presidente da República no dia 16 de março de 2015, publicado no Diário Oficial no dia 17 de março de 2015 e no tocante à fundamentação das decisões e a vinculação desta com as provas produzidas no processo, tem-se os seguintes dispositivos[10]:

> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.
>
> Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.
>
> Art. 141 O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.
>
> Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

[10] BRASIL.Código de Processo Civil (2015). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 20 de março de 2015.

> Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.
>
> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A partir da leitura dos dispositivos legais presentes no novo Código de Processo Civil, verifica-se a preocupação legislativa em oferecer meios para uma maior participação dos legitimados ao processo na construção da decisão jurisdicional e, com isso, um consequente aumento no controle e na fiscalização da atuação do juiz na construção do provimento final.

Isso ocorre, pois o texto estabelece que a conclusão do julgador deve estar em consonância com os argumentos das partes construídos em contraditório, bem como a existência de uma maior vinculação entre a prova produzida e racionalidade do juiz, visto que será direito das partes, a partir da produção probatória, influir na convicção do juiz.

Impõe o novo *codex* que a decisão não será considerada fundamentada no caso de haver supressão no enfrentamento de argumentos desenvolvidos em contraditório.

A prova produzida em contraditório, por seu turno, limitará o solipsismo judicial ao vincular a fundamentação da sentença com as argumentações das partes fixadas no processo civil. Nesse contexto, a prova permitirá a introdução de argumentos relevantes das partes no processo e um efetivo controle da atividade cognitiva judicial.

Nesse contexto, ao impor que o juiz motive suas decisões com base na necessidade de vinculação dos argumentos deduzidos ao seu convencimento, tem-se um maior controle da atividade jurisdicional por meio das partes, de forma a estabelecer a legitimidade democrática necessária às decisões.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que um processo dirigido solitariamente pelo juiz é contrário à legitimidade democrática almejada pela Constituição da República de 1988. Também, a motivação de decisões desvinculadas de uma discursividade processualmente construída, não se mostra meio hábil a controlar a subjetividade do julgador

De maneira desajustada a uma estrutura procedimental-democrática, os dispositivos do atual Código de Processo Civil brasileiro permitem ao juiz apreciação livre da prova, bem como dos fatos e das circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Logo, o Código em vigor não ofereceu meios hábeis para o controle da racionalidade da fundamentação, possibilitando que essa seja desconectada com a argumentação desenvolvida pelas partes.

Já no novo Código de Processo Civil (Lei nº. nº 13.105), percebe-se uma ruptura no solipsismo decisório. Isso porque o texto legal estabelece que a conclusão do julgador deve estar em consonância com os argumentos construídos em contraditório pelas partes e que, também, deve haver uma maior vinculação entre a prova produzida e a racionalidade do juiz, visto que será direito das partes, a partir da produção probatória, influir eficazmente na convicção do juiz.

Por fim, destaca-se a saudável omissão da expressão "livre convencimento", extirpando do ordenamento jurídico a possibilidade de recurso a valores pessoais do julgador em detrimento da argumentação desenvolvida pelas partes.

Conclui-se, por fim, que, quando o novo Código de Processo Civil entrar em vigor, após o período de vacância, haverá uma mudança no sistema de persuasão racional das decisões jurisdicionais com considerável melhora e aproximação do texto normativo a uma concepção de processo civil de bases democráticas.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 87, p. 63-69. jul./set. 1997.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali della giustizia civile**: il modello constituzionale del processo civile italiano.Torino: Giappichelli, 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **O modelo constitucional de processo e processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 331-345.

BRASIL.Código de Processo Civil (2015). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 20 de março de 2015.

BRASIL, Código de Processo Civil (1973). **Vade Mecum.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Vade Mecum.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

CAPPELLETTI, Mauro. **Le Pouvoir des Juges.** Traduction par René David. Paris: Economica, 1990.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Direito Processual Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine. Teoria geral do processo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COUTURE, Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil.** Belo Horizonte: Líder, 2003.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. vol.1.16ª.ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FAZZALARI, Elio**. Instituições de Direito Processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas;** tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre faticidade e validade.** 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v.1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre faticidade e validade.** 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v.1.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise.** Belo Horizonte: FCH Fumec, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos** – 11ºed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.5, n.29, p. 73-85, mai./jun. 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo:** Horizontes para a Democratização do Processo Civil. 2008a. 219f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das Reformas Processuais.** Curitiba: Juruá, 2008b.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil.** In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 233-263.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e Prova no Direito Processual Democrático.** Belo Horizonte: Arraes, 2011.