

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfourì Neto (UNICURITIBA)

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E A SUPERAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

SUBSTANTIATION OF JUDICIAL DECISIONS AND OVERCOMING THE FREE MOTIVATED CONVICTION

Gabriela Oliveira Freitas

Resumo

O presente trabalho analisa a fundamentação das decisões judiciais, a partir de uma perspectiva da processualidade democrática, buscando definir seu sentido diante da previsão contida no art. 93, IX, da Constituição Federal, relacionada com sua previsão no texto do novo Código de Processo Civil. A partir das considerações tecidas sobre tal instituto, investiga-se se ainda prevalece no sistema processual brasileiro o princípio do livre convencimento motivado do magistrado. Para o presente estudo, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do tema ora em estudo.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões, Livre convencimento, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the substantiation of judicial decisions, from a perspective of democratic processuality, seeking to define the import of the provision contained in art. 93, IX of the Federal Constitution, related its forecast in the new text Code of Civil Procedure. From the comments made about such an institute, intend to investigate if still prevalent in the Brazilian legal system the free motivated conviction principle. For the present study, it's used the literature and the deductive method, starting from a macro perspective for micro analytical view on the subject under study.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Substantiation of judicial decisions, Free motivated conviction, Democratic state

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em 16 de maio de 2015, um dos temas processuais mais debatidos tornou-se o dever de fundamentar as decisões judiciais, em razão, principalmente, dos esclarecimentos sobre tal função trazidos pelo art. 489 do novo texto.

A elaboração de um novo Código de Processo Civil, conforme restou expresso na Exposição de Motivos do seu Anteprojeto, buscou solucionar problemas como a morosidade da atividade jurisdicional, na tentativa de trazer celeridade e efetividade do processo, simplificando os procedimentos, além de ter por objetivo expresso, contido inclusive em seu art. 1º, aproximar o processo do texto constitucional.

Percebe-se que a necessidade de uma nova legislação processual é justificada pelo objetivo de alcançar a “harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República” (BRASIL, 2010), para que o processo seja tratado como um meio de concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição e do Estado Democrático de Direito.

Apesar de o princípio da fundamentação das decisões já estar previsto no texto constitucional de 1988, somente com a promulgação do novo Código, a legislação cuidou de esclarecê-lo, buscando acabar com as decisões judiciais que são proferidas discricionária e arbitrariamente, sem observar as diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Um dos reflexos da inadequada compreensão do dever de fundamentar as decisões reside na permanência do sistema do livre convencimento motivado, preconizado no art. 131 do Código de Processo Civil de 1973, que autoriza o magistrado a apreciar livremente as provas e os argumentos deduzidos nos autos do processo, desde que motive o provimento jurisdicional.

Conforme se pretende demonstrar, tal sistema, ao que parece extirpado do novo texto legislativo, não se compatibiliza com o instituto da fundamentação das decisões, não podendo ser aplicado, de forma alguma, em um contexto democrático.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho consiste em uma revisitação do instituto da fundamentação das decisões no Estado Democrático de Direito, analisada sob o marco teórico da Teoria Constitucionalista do Processo, passando também pela noção de processo como procedimento em contraditório elaborada por Elio Fazzalari. Por meio dessa revisitação, pretende-se demonstrar a inviabilidade de permanência do sistema do livre convencimento

motivado no sistema jurídico brasileiro e ainda analisar se tal sistema ainda encontra espaço no novo texto processual.

A relevância do presente estudo reside no fato de que tais considerações afetam diretamente a atividade jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro, sendo imprescindível a sua compreensão, para que seja possível alcançar a democratização processual.

Para tanto, analisar-se-á, inicialmente, o instituto da fundamentação das decisões, buscando esclarecer como deve ser entendido no Estado Democrático de Direito, seguindo-se de uma análise do dever de fundamentar no novo Código de Processo Civil.

Após alcançar uma compreensão do dever de fundamentar as decisões judiciais na perspectiva do Estado Democrático de Direito, abordar-se-á o sistema do livre convencimento motivado, por meio de uma análise crítica a partir das diretrizes da processualidade democrática, buscando investigar sua compatibilidade com o atual modelo de Estado.

Para o presente estudo, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do tema ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República, findou-se no Brasil um longo período ditatorial. O novo texto constitucional, em seu artigo 1º, reconhece o Brasil como um Estado Democrático de Direito, superando os antigos modelos de Estado, Social e Liberal, e modificando não só os limites da intervenção do Estado na esfera privada, mas também possibilitando que a atuação do Estado se tornasse a representação da vontade popular.

Deve-se observar que democracia remete, primariamente, à ideia “governo do povo”, ou seja, democracia significa permitir a participação do povo, conferindo legitimidade à atuação do Estado, nas esferas legislativa, administrativa e judicial, nos termos dispostos no art. 1º, parágrafo único, da Constituição, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

No âmbito jurisdicional, tem-se que é direito do jurisdicionado buscar uma resposta às suas pretensões, com a devida fundamentação, mediante a garantia de ampla participação na construção das decisões, observado, assim, o devido processo legal.

Entende-se, portanto, por Estado Democrático de Direito aquele submetido às “normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional”, em que se estabelece uma “estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito” (BRÊTAS, 2010, p. 54).

Afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que:

(...) essa fusão permite criar um sistema constitucional marcado de forma preponderante pela associação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que integram seu ordenamento jurídico (Estado de Direito), sobretudo aquelas pertinentes aos direitos fundamentais. (BRÊTAS, 2010, p. 147).

Assim, nessa matriz disciplinar, o poder é exercido em razão da vontade soberana do povo, que, por meio de uma série de institutos consagrados no ordenamento jurídico, também pode fiscalizar as formas de manifestação e aplicação de tal poder, o que garante a legitimação democrática da atuação do Estado.

Em razão da instituição dessa nova matriz disciplinar, com a promulgação da Constituição de 1988, o processo deve ser analisado sob uma perspectiva democrática, sendo necessário, para tanto, romper com as teorias do processo que o tratam como um poder do Estado, principalmente com a Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Oskar Von Bulow, que serviu de marco teórico para o atual Código de Processo Civil, segundo a qual o processo é uma relação jurídica entre autor, réu e juiz.

Isso porque a inclusão no texto constitucional, em 1988 de diversas garantias processuais, que pretendem a efetividade dos direitos fundamentais, aproxima o processo da Constituição, tornando, ainda, o texto constitucional indispensável para o devido processo, situação esta que torna clara a denominação “modelo constitucional de processo”.

Desse modo, tem-se que as normas processuais devem observar a supremacia da Constituição, uma vez que o processo é considerado uma importante garantia constitucional, motivo pelo qual normas processuais surgem consolidadas nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, “sufragando os direitos das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional” (BRÊTAS, 2010, p. 92).

3 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma das formas de democratizar a atividade jurisdicional foi a previsão do instituto da fundamentação das decisões, consagrado na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 93, IX, que garante que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões”, sob pena de nulidade. Tem por objetivo assegurar que o provimento jurisdicional seja “produto da argumentação das partes e não da interpretação única e subjetiva do juiz” (FIORATTO; BRÊTAS, 2010, p. 129), o que evita que a decisão judicial seja discricionária e arbitrária.

Sobre a inclusão desse instituto no texto constitucional, veja-se:

(...) o dever de motivação das decisões jurisdicionais somente alcança o status de garantia fundamental do cidadão com a Constituição datada do final da década de oitenta, quando do movimento de resgate da democracia no Brasil. O documento promulgado – ou melhor, a norma jurídica – simboliza o nascedouro do Estado Democrático de Direito, em verdadeira resposta aos mazeados Estados Liberal e Social pelos quais o país atravessou, trazendo em seu bojo a previsão das mais diversas garantias inalienáveis dos cidadãos. (OLIVEIRA, 2012, p. 131).

O dever de fundamentar as decisões obriga que o magistrado decida observando a participação simétrica das partes, a partir dos seus argumentos e das provas produzidas nos autos, permitindo uma construção participada do provimento jurisdicional e evitando que a decisão judicial se torne um ato solitário do magistrado. Isso significa que não basta que o magistrado exponha os motivos de sua decisão, sendo necessário que tal motivação aprecie as teses e questões suscitadas pelas partes em contraditório.

Nesse sentido, de acordo com Brêtas:

O princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais ainda se perfaz pelo princípio da congruência (ou princípio da adstrição do juiz ao pedido), este significando correspondência entre o que foi pedido pelas partes e o que foi decidido, ou seja, deve existir correlação entre o objeto da ação ajuizada, que originou o processo, a pretensão, revelada no pedido formulado na petição inicial, e o objeto da decisão jurisdicional nele proferida. (BRÊTAS, 2010, p. 134)

Assim, a fundamentação das decisões deve ser compreendida como uma “garantia política e democrática”, ou seja, é uma “referência à sustentação normativa da decisão” e “evidencia que ela não foi fruto de uma deliberação arbitrária do autor, mas de um trabalho de conhecimento e reflexão” (RAMIRES, 2010, p. 40).

Dessarte, cabe ao magistrado analisar e responder a todas as alegações das partes e esclarecer os motivos de sua decisão. Ou seja, o dever de fundamentar as decisões consiste em garantia da parte em obter resposta às suas alegações, o que demonstra a estreita correlação da garantia da fundamentação das decisões com o contraditório.

Como alertam Débora Fioratto e Ronaldo Brêtas, o argumento a ser utilizado para fundamentar a decisão judicial não poder ser advindo da interpretação única do juiz, devendo ser aquele levado a debate em contraditório (FIORATTO; BRÊTAS, 2010, p. 129).

Em consonância com tais apontamentos, André Del Negri esclarece que “são as partes processuais que orientam a fundamentação da decisão (relação jurídica entre normas), e não mais uma vontade emanada da esfera solitária de convicção do juiz” (DEL NEGRI, 2011, p. 87).

Assim, percebe-se a clara vinculação do princípio do contraditório ao princípio da fundamentação das decisões, como informam Débora Fioratto e Ronaldo Brêtas:

No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. (FIORATTO; BRÊTAS, 2010, p. 132).

Também afirma Camilla Mattos Paolinelli que o contraditório “propicia a atuação em igualdade pelos partícipes do procedimento, afasta protagonismos, viabiliza controle e influência destes nas decisões que lhes digam”, acrescentando que essa garantia fundamental “assegura que o pronunciamento jurisdicional obedeça à reserva legal e se fundamente no direito debatido pelas partes, bem como nos fatos por elas reconstruídos nos autos” (PAOLINELLI, 2014, p. 27). Assim, ainda se garante a fiscalização da atividade jurisdicional.

Nesse sentido:

A origem da necessidade de motivação das decisões, culminando com sua positivização nas Constituições posteriores à segunda guerra mundial – seja através de previsão expressa, seja através de sua interpretação de outros princípios fundamentais do cidadão – revela que a sua evolução decorre essencialmente da necessidade de trazer o cidadão para dentro da máquina estatal, evitando arbítrios como aqueles cometidos em tempos de concepções burocráticas e autoritárias do poder jurisdicional. (OLIVEIRA, 2012, p. 147).

Não obstante, o que se observa atualmente é que a prática do Judiciário brasileiro é diferente, amparada ainda em uma concepção arcaica e precária do que seria o dever de fundamentar as decisões. Tal constatação pode ser verificada, por exemplo, no trecho de um julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual se afirma que “(...) não padece de omissão o

acórdão proferido de forma clara, precisa e suficientemente fundamentada, pois é cediço que o Juiz não está obrigado a responder, um a um, aos argumentos expendidos pelas partes”¹.

Ao afirmar que o julgador não tem obrigação de responder a todas as alegações das partes, é patente que se incentiva a inobservância do princípio da fundamentação das decisões, o que não se pode admitir em um tribunal que tem como principal função garantir a supremacia da Constituição, conforme se infere do artigo 102 do texto constitucional.

A aplicação equivocada do princípio da fundamentação das decisões também é verificada no acórdão do Recurso Extraordinário nº 140265/SP, em que o Ministro Marco Aurélio de Mello explica a construção do provimento jurisdicional da seguinte forma:

(...) o juiz, ao defrontar-se com uma lide, deve idealizar a solução mais justa para a controvérsia, valendo-se, nesta primeira fase, apenas da formação humanística que possui. A seguir, então, em respeito à almejada segurança das relações jurídicas, passa ao cotejo da solução com os preceitos legais pertinentes à hipótese.²

O entendimento adotado no citado acórdão do Supremo Tribunal Federal é severamente criticado por Ronaldo Brêtas, que afirma que, em alguns casos “o juiz julga em razão do que o direito deveria ser, segundo sua convicção ou formação supostamente privilegiada e superior, mas tentando fundamentar ou justificar a decisão no ordenamento jurídico vigente” (BRÊTAS, 2010, p. 123).

De fato, merece crítica esse posicionamento equivocado sobre a aplicação do princípio da fundamentação das decisões, uma vez que, de acordo com as diretrizes do processo constitucional, fundamentar não significa motivar a decisão por meio de “anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões” (BRÊTAS, 2010, p. 125/126), mas, sim, alcançar um provimento com a participação das partes, o que exige resposta analítica do Estado às suas alegações.

Destaque-se que a compreensão ora exposta acerca do instituto em análise decorre da instauração do Estado Democrático de Direito, que modifica o conceito de processo, não podendo mais ser compreendido como uma relação jurídica entre as partes, na qual um excesso de poderes é conferido ao órgão julgador, diante da justificativa de busca pela justiça e paz social, dentre outros escopos metajurídicos.

¹ Trecho do acórdão dos Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº465739, de relatoria do Ministro Carlos Brito, em julgamento no dia 03 de outubro de 2006, publicado no Diário do Judiciário em 24 de novembro de 2006.

² Trecho do acórdão do Recurso Extraordinário nº 140265/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em julgamento no dia 20 de outubro de 1992, publicado no Diário do Judiciário em 28 de maio de 1993.

Nessa nova conjuntura, o processo passa a ser compreendido como um procedimento constitucionalizado realizado em contraditório entre as partes, com o objetivo principal de garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais, ou seja, a partir da Teoria Constitucionalista do Processo³.

4 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como já dito, o novo Código de Processo Civil buscou esclarecer como deve ser exercido o dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, vinculando-o ao contraditório, o que já se percebe pelas normas gerais, ao preconizar que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º), que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 11) e, ainda, que “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. 10).

Assim, assegura-se que seja devidamente observado a garantia do contraditório, uma vez que se exige que “na fase que precede o provimento, o ato final de caráter imperativo, seja garantida a participação daqueles que são os destinatários de seus efeitos”, em “simétrica igualdade de oportunidades”, assegurando-se, desse modo, o exercício do “controle sobre a atividade processual” (GONÇALVES, 2012, p. 113)

E, como afirma Rosemiro Pereira Leal, “o processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes” (LEAL, 2010, p. 97).

Limita-se, portanto, a atividade jurisdicional pelo efetivo exercício do contraditório, o que é suficiente para esclarecer que, presente o contraditório, não há liberdade, de espécie alguma, de atuação do magistrado.

Além disso, o novo texto processual modificou, por completo, o entendimento sobre o instituto das fundamentações, com a previsão contida em seu art. 489:

³ A origem dos estudos acerca do processo em conjunto com o texto constitucional remonta ao mexicano Hector Fix-Zamudio e ao uruguaio Eduardo Couture, sendo trazida ao direito brasileiro por José Alfredo de Oliveira Baracho. Conforme informa Baracho, “o modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional” (BARACHO, 2008, p. 15), o que leva ao entendimento de que a jurisdição é direito fundamental, e, por consequência, seria inviável compreender o processo como mero instrumento de sua realização, devendo ser compreendido como forma de garantia não só deste, mas de todos os direitos fundamentais positivados pelo texto constitucional.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa 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.

Com tal disposição, supera-se por completo a noção reiteradamente contida nos julgados dos tribunais brasileiros, já abordada no presente trabalho, no sentido de que o magistrado não está obrigado a responder todas as alegações das partes. Exige-se, pelo supracitado art. 489, § 1º, IV, que sejam enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, sob pena de nulidade do julgado.

Tal dispositivo cuida da participação dos interessados por meio do contraditório, permitindo que suas manifestações sejam efetivamente consideradas no julgamento da demanda. Isso porque, conforme afirma Guilherme César Pinheiro, “a fundamentação de uma decisão judicial para ser legítima no marco do Estado Democrático de Direito terá que apreciar todos os argumentos empreendidos pelas partes” (PINHEIRO, 2013, p. 198).

Também não se admite que a decisão judicial se limite à mera repetição do texto normativo, sem a devida análise do caso concreto (art. 489, § 1º, I), não se admitindo, do mesmo modo, a simples menção ou repetição do texto de súmula ou precedente, exigindo-se a análise da similitude entre os casos que originaram o precedente e o caso concreto em análise. Referida alteração no ordenamento jurídico é elogiável, tendo em vista que exige que a sentença analise os precedentes judiciais ou súmulas de forma devidamente fundamentada, identificando os elementos essenciais que ensejaram o julgamento anterior (*ratio decidendi*), seja para aplicar o precedente ou para justificar sua não aplicação.

Percebe-se a clara influência do sistema de *common law* no texto legislativo brasileiro, o que, por certo, acabou por reforçar dever de fundamentar dos julgadores, uma vez que, para que seja possível a aplicação de um precedente, é necessária uma detalhada análise do caso atual, bem como do caso que originou o julgado passado, visando a buscar similitudes que autorizem a utilização do precedente. Assim, elimina-se a atual prática do Judiciário brasileiro no sentido de se utilizar de precedentes judiciais, mas sem qualquer análise acerca da similitude fática do caso passado e do caso em discussão.

Gustavo Santana Nogueira elucida que o respeito aos precedentes não “se resume a um simplório exercício de copiar-colar”, sendo necessário “identificar a parte da decisão que exerce influência em casos futuros, a *ratio*” e, a partir daí, analisar se tal decisão precedente se aplica ao caso concreto em análise (NOGUEIRA, 2013, p. 45).

A doutrina dos precedentes do *common law* diferencia a *ratio essendi*, que é a regra jurídica apresentada como fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso, e o *obiter dictum*, que consiste em toda e qualquer afirmação e argumentação contida na sentença, mas que não servem como solução do caso, sendo que este último elemento não é dotado de eficácia, não podendo ser invocado como precedentes nas decisões dos casos sucessivos (TARUFFO, 2011, p. 145/146)

Da mesma forma, deve ser devidamente justificada a não utilização de precedente ou súmula, realizando-se, assim, o chamado *distinguishing*, que se refere à possibilidade de afastamento da aplicação do precedente no caso concreto, sem que isso, no entanto, implique em seu abandono, ou seja, discute-se não a validade do precedente, mas sim sua aplicação a determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa norma.

Assim, será exigido do julgador que se manifeste acerca do entendimento padronizado, mesmo quando não for caso de aplicá-lo, o que ampliará, de forma significativa, o debate acerca da interpretação da norma.

Nesse sentido, esclarece Sodero que os precedentes devem ser sempre expostos à “contra argumentação”, sendo que nenhum órgão julgador pode ter autoridade suficiente para encerrar de forma definitiva o diálogo sobre a interpretação correta (SODERO, 2004, p. 231).

Da análise desses dispositivos legais do novo Código de Processo Civil, é possível perceber que a atividade de fundamentação do magistrado não é mais dotada da liberdade anteriormente concedida pelo sistema do livre convencimento motivado, estando, nesse novo momento, totalmente vinculada ao contraditório, sendo por esse, também, limitada e fiscalizada.

Assim, percebe-se que, no novo Código, não há mais a referida figura do livre convencimento, o que é elogiável, tendo em vista a sua já demonstrada incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

5 O SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Com a significativa mudança no paradigma estatal, decorrente da promulgação da Constituição de 1988, os procedimentos e institutos inseridos no ordenamento jurídico antes do novo texto constitucional merecem revisitação, para que possam ser compreendidos diante dessa nova matriz disciplinar. Neste contexto, torna-se inviável uma análise do direito e da atividade jurisdicional sob outra perspectiva que não seja a democrática.

Por tais motivos, analisa-se o sistema do livre convencimento motivado, que, segundo Uadi Lammêgo Bulos, autoriza ao “juiz apreciar livremente as provas, atribuindo-lhes a força e o valor que entender, guiado apenas pela prudência objetiva e pelo bom senso, de modo que indique, na decisão, os motivos que formaram o seu convencimento” (BULOS, 2000, p. 185).

Acrescenta o referido autor:

Eis a livre convicção motivada dos juízes, isto é, a técnica mediante a qual as provas são examinadas de acordo com a consciência judicial, à luz das impressões colhidas do processo e pela análise imparcial e independente dos fatos e circunstâncias constantes nos autos. (BULOS, 2000, p. 185).

Sobre o sistema do livre convencimento, afirma Lenio Luiz Streck que “o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador.” (STRECK, 2010, p. 26)

De uma simples leitura do art. 131 do Código de Processo Civil de 1973, pode-se concluir que, nesse sistema processual, o provimento jurisdicional decorre do livre convencimento do julgador:

Artigo 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Verifica-se que o art. 131 do CPC de 1973 busca conjugar o sistema do livre convencimento motivado com o dever de motivar as decisões judiciais.

Veja-se:

No sistema do livre convencimento motivado, contemporaneamente majoritário nos ordenamentos jurídicos, a análise das provas conduz à

fundamentação que se apresenta como elemento compositivo da decisão judicial, veiculando seu conteúdo racional. A sentença funciona como uma junção entre um ato de vontade combinado com manifestação da razão, conforme a formulação “kelsiana” que reputa a interpretação ultimada pelo aplicador, no caso o magistrado, como interpretação autêntica e criadora do direito. (ALMEIDA, 2012, p. 2.530).

Todavia, inexistente qualquer compatibilidade entre o instituto da fundamentação das decisões e o sistema do livre convencimento motivado, não sendo possível, ainda, que tais institutos sejam confundidos, tendo em vista que, no Estado Democrático de Direito, não se pode admitir discricionariedade do magistrado, nem que os provimentos jurisdicionais resultem de ato solitário do julgador e nem que reflitam as suas próprias convicções, com elementos estranhos ao debate processual.

Desse modo, o dever de fundamentar as decisões serve como limitação da “independência do juiz no exercício de sua função, necessário para que seu poder não se torne opaco e silencioso” (RAMIRES, 2010, p. 40).

Por tais motivos, o referido dispositivo legal merece crítica, por prever a ideia de “livre apreciação da prova”, que pode levar à conclusão de que o texto autoriza a discricionariedade do julgador no que tange à apreciação da prova e à formação de seu convencimento. Tanto é que o novo Código de Processo Civil aboliu a expressão “livremente” no art. 371, que trata da análise probatória, dispondo que “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”.

Afirma André Leal que, no sistema chamado de “livre convicção”, o juiz poderia “adotar a solução que entendesse mais justa” e a “sentença basear-se-ia na escolha da melhor conduta que um julgador magnânimo entendesse coerente com os costumes e valores de um determinado grupo social” (LEAL, 2006, p. 95). Assim, “os critérios de justiça do julgador é que vão apontar para os fatos relevantes à solução do caso concreto e promover os decotes necessários no arcabouço probatório” (LEAL, 2006, p. 95).

É certo que não cabe ao julgador trazer para o conteúdo da decisão judicial aquilo que “considera” justo, aquilo que “segundo sua consciência e bom senso” seria adequado para motivar a decisão judicial.

O magistrado, ao atuar de tal forma, ocupa um lugar no espaço procedimentalizado que seria destinado às partes, extrapolando os limites de suas funções e agindo completamente fora dos limites legais e constitucionais impostos ao exercício da atividade jurisdicional.

Conferir excessivos poderes aos julgadores, ao contrário do que muitos pensam, consiste em um verdadeiro retrocesso, por interferir nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fazendo com que o processo se afaste dos preceitos constitucionais e permaneça estagnado na Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Oskar Von Bullow, que inspirou o Código de 1973⁴.

Por tratar o processo como uma relação jurídica entre as partes, colocando o magistrado em posição superior, o direito baseado na mencionada teoria permite que o magistrado, na busca pela pacificação social e visando escopos metajurídicos, atue de forma discricionária e solipsista, desprezando a participação das partes no processo, o que é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

A partir de tal teoria, “o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado” (GONÇALVES, 2012, p. 157), fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista, o que, obviamente, diante das considerações anteriormente feitas, não é compatível com a noção democrática de processo.

Todavia, no contexto pós-Constituição de 1988, não se pode “reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade de modo que o debate processual é relegado a segundo plano” (NUNES, 2011, p. 49).

Desse modo, entende-se que a atividade jurisdicional deve ser compreendida a partir da Teoria Constitucionalista do Processo e, por isso, na valoração das provas, a atividade julgador não é livre, estando vinculada ao contraditório, que permite a inclusão das partes no debate processual, como se infere do ensinamento de Rosemiro Pereira Leal:

A valoração da prova é, num primeiro momento, perceber a existência do elemento de prova nos autos do procedimento. Num segundo momento, pela valorização, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos

⁴ A Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Bullow, que serviu de marco teórico para o atual Código de Processo Civil, segundo a qual o processo é uma relação jurídica entre autor, réu e juiz. Tal teoria foi trazida ao Brasil por Enrico Tulio Liebman, influenciando Alfredo Buzaid na elaboração do Código de Processo Civil de 1973 e sendo acompanhada pela intitulada Escola Paulista/Instrumentalista de Processo. Para a doutrina instrumentalista, o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado, fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista, o que, obviamente, diante das considerações anteriormente feitas, não é compatível com a noção democrática de processo. Ou seja, ao tratar o processo como um instrumento de busca pela paz social e pela justiça, admite-se que o magistrado se torne a figura suprema da relação processual e atue de forma discricionária e arbitrária, desconsiderando a atuação das partes/participação popular, o que não se mostra consentâneo com a atual conjuntura constitucional.

e lógico-jurídicos de inequívocidade material e formal. (LEAL, 2010, p. 205).

Também vale mencionar a crítica apontada por Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

(...) o princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC) só serve para garantir o devido processo constitucional, se permitir que todos os interessados na decisão jurisdicional possam analisar e motivar quais foram suas interpretações sobre a prova produzida. A ausência dessa participação proíbe o juiz de sentenciar e descaracteriza o conceito de fundamento decisório a que alude o art. 93, IX e X da CR/88. (SOARES; BRÊTAS, 2011, p. 353).

Ainda acrescenta Camilla Paolinelli que essa abordada liberdade do julgador quanto à análise das provas produzidas nos autos e dos argumentos trazidos pelas partes não deve existir, uma vez que deve ser a atividade jurisdicional limitada pela sua “amarração lógica com a reserva legal, com a garantia de fundamentação das decisões, e, por conseguinte, com a

Segundo Ronaldo Brêtas, a função jurisdicional deve ser exercida “*sob rigorosa e moderna disciplina constitucional principiológica*”, o que afasta o subjetivismo ou o exercício da atividade interpretativa fundada no prudente arbítrio do juiz, o que não é compatível com os postulados do Estado Democrático de Direito (BRÊTAS, 2009, p. 466).

Tem-se, portanto, que, apesar de grande parte da doutrina afirmar que o juiz é livre na formação de seu convencimento, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente, tem-se que, na processualidade democrática, inexistente tal liberdade, estando o julgador vinculado à participação das partes em contraditório.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações tecidas no presente trabalho, é possível observar que o sistema do livre convencimento motivado não possui qualquer compatibilidade com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição de 1988, motivo pelo qual se revela justificada sua exclusão do novo texto, com a devida substituição pelo instituto da fundamentação das decisões, limitado e fiscalizado pelo exercício do contraditório.

Restou claro que não se pode admitir liberdade de atuação do julgador, uma vez que a atividade jurisdicional, no contexto democrático, deve ser limitada pelo efetivo exercício do contraditório.

Diante de tais considerações, chega-se à conclusão que o excesso de poderes conferido aos julgadores, principalmente no tocante à valoração da prova e a livre motivação de suas decisões, que é o objeto de análise do presente estudo, decorre da aplicação da Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Oskar Von Bullow, que não é compatível com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, devendo ser abandonada dos estudos de Direito Processual no momento pós Constituição de 1988.

Induidoso que, no Estado Democrático de Direito, não é possível conferir demasiados poderes ao magistrado, que deve ser considerado tão somente um diretor do processo e garantidor do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e da fundamentação das decisões, sob pena de violar esses mesmos institutos essenciais para a democratização da atividade jurisdicional.

Tem-se, portanto, que o processo deve se aproximar do texto constitucional, sendo um verdadeiro instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, o que justifica, nessa conjuntura, a adoção da Teoria Constitucionalista do Processo, que deveria ser seguida pela legislação brasileira atual.

Desse modo, exige-se que o provimento jurisdicional seja construído pela participação dos interessados, em simétrica paridade e mediante o exercício do contraditório, de modo que sejam as partes capazes de limitar e fiscalizar a atividade do julgador e seu dever de fundamentar suas decisões.

No processo democrático, não se pode permitir que cada órgão julgador adote sua própria interpretação de uma determinada norma jurídica, traga suas convicções pessoais e decida conforme sua consciência, sendo certo que a atividade interpretativa do direito não pode ser relegada à discricionariedade e criatividade do julgador.

Resta saber se tal compreensão chegará ao Judiciário brasileiro ou se os julgadores continuarão buscando argumentos vazios para afirmar a prevalência do livre convencimento motivado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor Luís de. A Fundamentação das Decisões Judiciais no Sistema do Livre Convencimento Motivado. *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 5, p. 2.497-2.536.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processo Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. Congresso. Senado. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília, 2010. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2014.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As Reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional do Processo. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana (Org.). *Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. v. 1.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. O Livre Convencimento do Juiz e as Garantias Constitucionais do Processo Penal. *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 12, 2000, p. 184-198.

DEL NEGRI, André. *Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FIORATTO, Débora Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro*. V. 01, 2010.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Teoria do Processo e Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, André Cordeiro. *Contraditório e Fundamentação das Decisões*.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes Vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2013.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. A Garantia Fundamental de Motivação das Decisões Judiciais. *Revista Ética e Filosofia Política* – Nº 15 – Volume 2 – Dezembro de 2012, p. 130-150.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O Ônus da Prova no Processo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PINHEIRO, Guilherme César. *A Vinculação Decisória no Estado Democrático de Direito Brasileiro: uma proposta de compreensão hermenêutica da fundamentação das decisões judiciais no contexto de aproximação entre o civil law e o common law*. Dissertação. Mestrado. PUC Minas. Belo Horizonte, 2013.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido Conforme Minha Consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SODERO, Eduardo. Sobre el Cambio de lós Precedentes. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N. 21, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, out. 2004.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. In: *Revista de Processo*. Vol. 199, setembro/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 145/146.