

O CPC-2015 E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO*

CPC-2015 AND THE PRINCIPLE OF FREE EVALUATION

Claudio Penedo Madureira**

Francisco Vieira Lima Neto***

RESUMO: Este artigo tem por objetivo demonstrar que o dispositivo do CPC-2015 que impõe aos julgadores enfrentar as razões deduzidas pelas partes no curso do processo (art. 489, p. 1º, VI) e aqueles outros que prescrevem que, mesmo as razões que por elas não foram deduzidas, devem ser consideradas pelos juízes se pretenderem empregar na decisão questões de fato e de direito não exploradas em suas manifestações processuais (arts. 10 e 493, p. único) conduzem à eliminação do princípio do livre convencimento, tal como descrito pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do artigo 131 do CPC-1973.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil; Princípio do Contraditório; Princípio da Motivação Adequada; Princípio do Livre Convencimento.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Consolidação no ordenamento de opção político-legislativa pela adstrição dos julgadores às razões deduzidas pelas partes. 2. Constitucionalidade da imposição jurídico-normativa a que os julgadores enfrentem as razões deduzidas pelas partes. 3. A eliminação do princípio livre convencimento. Considerações finais. Referências.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate that the new provisions of CPC-2015 requires that judges face the reasons as deduced by the parties in the course of the proceedings (article 489, VI). Besides, even issues that were not deduced by the parties should be considered by the judges if they will apply in his decision issues of fact and law unexplored during the judicial process (arts. 10 and 493, single paragraph). For this reason, we understand that the principle of free evaluation, as described by the Superior Court of Justice, has been eliminated from the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Civil Procedural Law; Adversarial Principle; The justification of judicial decisions; Principle of Free Evaluation.

275

INTRODUÇÃO

Em artigo de opinião publicado em 19 de março de 2015 no site Consultor Jurídico, Lenio Streck relata fato relevante depreendido no processo legislativo que conduziu à aprovação do texto do Código de Processo Civil de 2015. Em suas próprias palavras:

Por emenda supressiva do relator Paulo Teixeira, atendendo à minha sugestão e com a aquiescência de Fredie Didier, Dierle Nunes e Luis Henrique Volpe, todas as referências de que-o-juiz-teria-o-pode-de-livre-convencimento foram colocadas em um exílio epistêmico. Isto é: foram retiradas do ordenamento processual.

[...] Depois de muita discussão, o relator do Projeto, deputado Paulo Teixeira, aceitou minha sugestão de retirada do LC. Considero isso uma conquista hermenêutica[1] sem precedentes no campo da teoria do direito de *terrae brasilis*. O Projeto, até então,

* Trabalho concebido no contexto de pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo – FAPES (Edital nº 6/2015 – Universal Individual), que estuda “A conciliação como meio alternativo para a resolução de controvérsias jurídicas envolvendo a Fazenda Pública”.

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Espírito Santo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Espírito Santo.

*** Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Espírito Santo.

adotava um modelo solipsista stricto sensu: veja-se que o artigo 378 falava que “O juiz apreciará livremente a prova...”. Já o artigo 401 dizia que “A confissão extrajudicial será livremente apreciada...”. E no artigo 490 lia-se que “A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra”.

Portanto, todas as expressões que tratavam do LC foram expungidas do NCPC. O LC passou a ser um apátrida gnosiológico. [...] Mas, mais importante ainda nesse contexto é a justificativa sugerida por mim e acatada, em termos gerais, pelo deputado Paulo Teixeira (aqui está resumida):

‘embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. (...) O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. (...)’.

O relator Paulo Teixeira entendeu muito bem o problema¹.

Quando observa, na sequência de sua fala, que “o processo deve ser pautado por direitos e suas disposições têm o sentido de limite, de controle”, Streck emprega, em sua abordagem, elemento sumamente importante para enfrentamento do problema, qual seja: a constatação de que “o processo deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais”². Em apertada síntese, Streck se insurge contra o risco de que “o poder discricionário e seus genéricos, como o livre convencimento (motivado ou não) e a livre apreciação da prova” conduzam à prolação de decisões arbitrárias e contrárias ao Direito³. Tal se infere, ainda, desta outra passagem do mesmo texto:

276

¹STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>; acesso em 02/01/2018. Quanto ao particular, cf., ainda: (STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015) e (THEODORO JR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 869).

²STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em 02. jan. 2018.

³STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em 02. jan. 2018. Semelhante opção teórica parece aproximar o professor gaúcho das premissas adotadas pela doutrina do formalismo-valorativo, que defende, em oposição ao instrumentalismo de Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996), que seja colocado ao centro da Teoria do Processo, não a jurisdição (conforme defendem os instrumentalistas), mas o próprio processo, de modo a que ele, processo, apresente-se como limitação ao arbítrio estatal. Sobre o assunto, cf.: (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009); (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES*, v. 2. p. 13); (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015); (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17-21); (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007); (ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo



Ao fazermos uma análise mais detida do NCPC, é possível perceber que as bases fundantes do Projeto, antes alicerçadas no vetusto - e autoritário - modelo social protagonista podem estar se alterando. No livro *O Que é Isto - Decido Conforme Minha Consciência?*, relato uma série de decisões que simbolizam esse socialismo processual tardio e do solipsismo ínsito a esse imaginário. Agora mesmo no Rio de Janeiro um juiz convocado disse na AC 99.02.30246-7, tendo decidido da mesma forma na AC 606.345, que ‘o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado o motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Nego os embargos!’. Já em São Paulo, um desembargador disse, recentemente: ‘tenho convicção e assim decidi. Nada necessito mais dizer’

[...] Se alguém me perguntar por que lutei tanto contra o livre convencimento, respondo com as vozes de milhares de advogados, que são surpreendidos diariamente com os ‘livres convencimentos’, ‘livres apreciações’ e ‘julgamentos conforme as consciências’. Peço que a comunidade jurídica me apoie e me acompanhe nessa cruzada. Não quero nada mais do que os juízes julguem de acordo com o direito (em várias colunas expliquei o conceito)⁴.

Este artigo foi escrito com o propósito de atender à solicitação de Streck no sentido de que a sua “cruzada” contra o “livre convencimento” seja apoiada pela comunidade jurídica. Porém, desejamos conferir ao tema enfoque distinto, embora perfeitamente compatível com a observação do professor gaúcho quando o relacionou ao risco da prolação de decisões judiciais arbitrárias e contrárias ao Direito; afeto à imperiosa necessidade do enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no curso do processo⁵, que resulta da advertência do inciso IV do seu artigo 489, quanto a ser desprovida de regular fundamentação a decisão/sentença/acórdão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” e dos enunciados prescritivos que vedam ao Poder Judiciário

277

como nova fase metodológica do processo civil. *Revista de Direitos Difusos*, Ano XI, v. 53, p. 13-32, março de 2011. p. 20-22); (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017). Enfim, muito embora sejam públicas e notórias as objeções de Streck ao formalismo-valorativo (a propósito, cf., a título de exemplo: STRECK, Lênio; MOTTA, Francisco. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou ‘colaboração no processo civil’ é um princípio? *Revista de Processo*, p. 13-34, n. 213. Nov. 2012) acreditamos haver pontos de aproximação entre o seu posicionamento e essa singular doutrina jurídica. Porém, isso é assunto para um outro trabalho.

⁴STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em 02. jan. 2018.

⁵A propósito, cf. o teor do Enunciado nº 523 do FPPC, citado por Dierle Nunes e Natanael Lud Santos e Silva: “Enunciado nº 523 do FPPC: O juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações deduzidas pelas partes capazes, em tese, de infirmar a decisão, não sendo suficiente apresentar apenas os fundamentos que a sustentam (grupo: sentença, coisa julgada e ação rescisória)” (NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 240).

decidir sobre fundamentos (art. 10⁶) e fatos (art. 493, p. único⁷) sobre as quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, impondo aos julgadores que as ouçam antes de proferir decisão que os considere. Posto isso, nas linhas que se seguem, procuraremos demonstrar que essas opções político-legislativas conduzem à eliminação do que em doutrina se convencionou chamar *princípio do livre convencimento*⁸, outrora extraído pelo Superior Tribunal de Justiça do texto do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973⁹, segundo o qual os juízes não estariam obrigados a enfrentar as razões deduzidas pelas partes quando resolvem os conflitos submetidos à sua apreciação¹⁰.

1 CONSOLIDAÇÃO NO ORDENAMENTO DE OPÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA PELA ADSTRIÇÃO DOS JULGADORES ÀS RAZÕES DEDUZIDAS PELAS PARTES

Anote-se, desde logo, que o processo civil não é, nem nunca foi, espaço adequado para a resistência imotivada a pretensões jurídicas fundadas no Direito¹¹. Basta ver que o Código de Processo Civil de 1973, no inciso II do seu artigo 14, já elencava entre os deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo atuar com lealdade e boa-fé¹². Disposições semelhantes são encontradas no artigo 5º do código de 2015, que dispõe, textualmente, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de

278

⁶CPC-2015. “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”.

⁷CPC-2015. “Art. 493 [...] Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

⁸Ao ensejo, cf.: (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 33) e (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 153).

⁹CPC-1973. “Art. 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 (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”.

¹⁰Cf.: EDRESP nº 507.730/PR; Primeira Seção; data da decisão: 13/12/2006; DJ DATA: 12/02/2007, p. 00229; Relator Ministro José Delgado.

¹¹Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 75-78, passim.

¹²CPC-1973. “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001): [...] II - proceder com lealdade e boa-fé”. Sobre o conceito de boa-fé, cf.: (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984) e (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999). Sobre a aplicação da boa-fé ao processo civil, cf.: (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007) e (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit.).

acordo com a boa-fé”. Por esse motivo, e porque as contendas jurídicas em geral são resolvidas pela investigação, no curso do processo, sobre se o ordenamento jurídico confere razão a um ou outro litigante¹³, *é impensável, sob o ponto de vista científico, que autores formulem pretensões que sabem contrárias ao Direito ou, ainda, que réus resistam a pretensões que reconhecem ser fundadas em regras e princípios extraídas das leis e da Constituição.*

No ponto, destacamos, em corte metodológico, que o discurso científico não se ocupa da patologia. Com efeito, o objeto de análise da Ciência Jurídica são normas que compõem o ordenamento (Direito), que em geral são editadas pelo Parlamento¹⁴. Quando as analisam, os juristas (professores e autores jurídicos) procuram descrever o Direito, criando um sistema¹⁵. Como este é um trabalho científico, devemos nos ater, por imperativo lógico, à descrição do Direito tal como positivado pelas autoridades competentes. Destarte, se o Direito estabelece que as partes devem agir com boa-fé no curso do processo, não é adequado supor, no plano da Ciência, que elas virão a descumprir essa imposição legislativa. O máximo que se pode fazer, nesse campo, é apontar as sanções impostas pelo ordenamento àqueles que não atuarem com boa-fé. Assim, o eventual descumprimento pelos litigantes da norma que lhes impõe comportar-se com boa-fé no curso do processo deve ser combatido pela via da aplicação das multas que o legislador atribuiu à litigância de má-fé¹⁶ e pela condenação dos recalcitrantes ao pagamento de indenização por perdas e danos¹⁷. Disso resulta que, abstraída a patologia (que não pode ser invocada, cientificamente, para modificar a compreensão do objeto de análise do jurista, na medida em que suscita, quando muito, a incidência das sanções previstas no ordenamento), a

¹³ No ponto, Marcelo Abelha Rodrigues assevera que a finalidade essencial do processo é “servir de instrumento de modo que, ao seu final, seja possível olhar para trás e dizer: foi dada a razão a quem a tinha, trazendo uma pacificação ao conflito” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 05).

¹⁴ Muito embora também afirmem essa condição as normas administrativas, como os atos regulamentares, e as chamadas normas individuais, como a sentença, o contrato, etc.

¹⁵ A propósito, cf., por todos: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 199-204, *passim*.

¹⁶ De que tratam, nos termos seguintes, os incisos I, II e III do artigo 17 do código de 1973 (“Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.03.1980): I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.03.1980); II - alterar a verdade dos fatos (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.03.1980); III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.03.1980)”) e os incisos I, II e III do artigo 80 do código de 2015 (“Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal”).

¹⁷ Como orienta o artigo 79 do código de 2015, que resta vazado nos seguintes termos: “Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

divergência que se estabelece entre as partes fundamenta-se (ou pelo menos deveria se fundamentar) em dúvida fundada sobre como o Direito deve ser aplicado aos casos concretos.

Ao ensejo, Chaïm Perelman, reportando-se à temática da realização da justiça, pontuou que “cada vez que um conflito opõe adversários, tanto nos tribunais como nos campos de batalha, os dois campos reclamam a vitória da causa justa”, de maneira que “se uma voz neutra pleiteia o fim do conflito, graças a uma decisão justa ou pela conclusão de uma paz justa, ninguém a acusará de parcialidade, pois cada qual está convencido de que a justiça triunfará com a vitória de sua própria causa”¹⁸. Porém, adverte o filósofo, “essa situação paradoxal não deve incentivar-nos a concluir imediatamente que, em todos os conflitos, pelo menos um dos adversários age de má-fé”¹⁹. Para Perelman, “outra explicação é não só possível, mas também a mais verossímil, a saber: os campos opostos não têm a mesma concepção de justiça”²⁰. Assim, mesmo considerando que “a justiça é um valor universal, ou seja, universalmente admitido”, Perelman assinala que essa “é também uma noção confusa”²¹.

Como a justiça, o Direito de nosso tempo “é também uma noção confusa”. Em primeiro lugar porque é aplicado com o propósito de realizar a justiça²². Em segundo lugar porque, ainda que não se pudesse admitir que o processo é instrumento voltado a aplicar o Direito com justiça²³, poucos ousariam refutar a constatação de que, nos dias de hoje, o Direito aplicado aos casos concretos resulta da atividade cognitiva dos intérpretes, que se funda em construções jurídicas embasadas no direito positivo, mas adequadamente temperadas no campo da sua aplicação, vez que, muito embora parta da identificação e da seleção dos enunciados prescritivos em tese aplicáveis aos litígios, também abarca a interpretação desses textos

¹⁸PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 146.

¹⁹PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito, op. cit.*, p. 146.

²⁰PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito, op. cit.*, p. 146.

²¹PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito, op. cit.*, p. 146.

²²Ao ensejo, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014.

²³Quanto ao particular, cf.: (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996); (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006); (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009); (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES*, v. 2); (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005); (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015); (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007); e (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, cit.).

normativos. Essa atividade cognitiva pressupõe a investigação do real sentido das palavras expressadas nos textos legislativos, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual (ou sistemática) do ordenamento, por meio da qual os intérpretes/aplicadores (com destaque para a atuação dos membros do Poder Judiciário) procuram descobrir o sentido da lei (ou o seu espírito) a partir da sua referência ao direito positivo quando considerado em sua integralidade. Também lhes compete investigar, à luz das especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda, se a norma (abstrata) em tese aplicável está apta a incidir na hipótese dos autos, podendo chegar, num estágio mais avançado, notadamente quando se cogita da incidência de princípios jurídicos, à introdução do elemento axiológico nessa sua tarefa interpretativa, pela via de uma sua referência a valores juridicizados pelo legislador²⁴. Por isso o processo se qualifica, como observa Daniel Mitidiero, não apenas como “um instrumento do direito material”, mas também como “um momento constitutivo deste, sendo a atividade jurisdicional sempre e em alguma medida, criativa da normatividade estatal”²⁵.

Essa constatação teórica conduz à compreensão de que um processo adequado é aquele que induz à aceitabilidade da decisão pelos contendores²⁶. Afinal, se os litígios se fundamentam (abstraída a patologia) em dúvida fundada sobre como o Direito deve ser aplicado aos casos concretos, a resolução dessa dúvida no curso do processo conduz (ou pelo menos tem a potencialidade de conduzir) a um desfecho mais célere pela contenda, que pode se encerrar pela autocomposição entre as partes litigantes ou, ainda, pela abstenção da parte vencida em recorrer das decisões/sentenças/acórdãos que procuram solucionar o conflito.

Porém, isso somente será possível quando a decisão proferida pelo julgador tiver em consideração as proposições apresentadas por todas as partes interessadas na formação do juízo²⁷. Esse modelo de processo dialógico foi adotado pelo legislador do código de 2015²⁸, que estabelece, entre outras coisas, que considera *desprovido de regular fundamentação* o ato decisório (seja ele uma decisão, uma sentença ou um acórdão) que *não enfrentar as razões*

²⁴Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., p. 117-206, *passim*.

²⁵MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 72-73.

²⁶MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., p. 207-261.

²⁷Cf.: HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, E.; BONI, Luiz A. de (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 296.

²⁸MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, cit., p. 109-124, *passim*.

deduzidas pelas partes (art. 489, p. 1º, IV²⁹). O que sobressai da literalidade do dispositivo é que o legislador concebeu imposição jurídico-normativa a que os juízes enfrentem “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Sem adentrar na distinção teórica entre argumentos e fundamentos, que poderia conduzir à afirmação de que o legislador disse menos do que deveria ter dito, ou, ainda, que não se expressou com suficiente clareza, empregamos, por efeito didático, a expressão *razões*. No ponto, deve estar claro, então, que o que *o novo código expressa é que os juízes devem enfrentar, no curso do processo, as razões deduzidas pelas partes, que compreendem todo e qualquer argumento que possa infirmar a conclusão adotada na decisão/sentença/acórdão, isto é, que seja capaz de interferir nos seus fundamentos*³⁰.

O código de 2015 prescreve, ainda, que o desatendimento a essa imposição normativa suscita a caracterização de omissão do julgador, a autorizar a oportuna oposição de embargos de declaração (art. 1.022, p. único, II³¹). Com isso, o legislador conferiu aos declaratórios o *status* de remédio jurídico a ser empregado quando se verifica, no curso do processo, descumprimento ao dever de fundamentação das decisões judiciais; que é aplicável, inclusive, na hipótese do inciso IV do parágrafo 1º do seu artigo 489, isto é, quando o juiz não tem o cuidado de enfrentar, no contexto da resolução da contenda, o que as partes deduziram em suas manifestações processuais³².

²⁹CPC-2015. “Art. 489 [...]§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

³⁰Nesse mesmo sentido já havia se posicionado Humberto Dalla Bernardina de Pinho ainda antes da edição do código de 2015, quando expressou, em doutrina, que “a motivação permite às partes controlar se as razões e as provas por elas apresentadas foram devidamente consideradas na decisão”, enfatizando que, posto isso, “seria inútil assegurar o direito de ação e o direito de defesa, se as alegações e provas trazidas aos autos pelas partes não precisassem ser obrigatoriamente examinadas pelo juiz no momento da decisão” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 31-32).

³¹CPC-2015. “Art. 1.022 [...] Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º”.

³²Destarte, são claramente inaplicáveis aos casos concretos em que se verifica a oposição de declaratórios fundados na suposta omissão do juiz em enfrentar as razões deduzidas pelas partes os dispositivos processuais que atribuem sanções à oposição de embargos protelatórios (art. 1.026 e pp. 2º, 3º e 4º). Afinal, se o próprio legislador incentiva a utilização dessa modalidade recursal para conferir fundamentação adequada à decisão/sentença/acórdão impugnado, e se, como cediço, o Direito não admite a atribuição de sanções sem “prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que livraria” o infrator da cominação (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 855), a incidência desses preceptivos afetaria a confiança dos jurisdicionados na regularidade do processo, em clara ofensa ao princípio da segurança jurídica. Quanto ao particular, veja o ensinamento de Jorge Miranda, citado por Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 404), quando afirma que “de

Tamanha foi a preocupação do legislador em conferir semelhante caráter dialético ao Processo Civil Brasileiro que vedou ao Poder Judiciário decidir sobre fundamentos (art. 10) e fatos (art. 493, p. único) sobre as quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, impondo aos julgadores que as ouçam antes de proferir decisão que os considere. Assim, *mesmo as razões que não foram deduzidas pelas partes devem ser consideradas pelos juízes*, que, se pretenderem empregar na decisão (*síntese*) questões de fato e de direito não exploradas na petição inicial (*tese*) e na contestação (*antítese*), deverão oportunizar a elas que veiculem os motivos pelos quais entendem que esses elementos conduzem ao acolhimento da posição jurídica por elas defendidas no curso do processo.

2 CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA A QUE OS JULGADORES ENFRENTEM AS RAZÕES DEDUZIDAS PELAS PARTES

Posto isso, é importante destacar a absoluta impropriedade de se afirmar, sem uma reflexão mais profunda, a inconstitucionalidade do inciso IV do parágrafo 1º do artigo 489 do código de 2015 (que impõe aos juízes o enfrentamento das razões deduzidas pelas partes), assim como de seu artigo 10 e do parágrafo único de seu artigo 493 (que lhes confere, inclusive, o enfrentamento das razões que ainda poderão vir a ser deduzidas por elas, caso considerem empregar na resolução do conflito questões de fato e de direito não exploradas na *tese* e na *antítese*)³³. É que esses dispositivos processuais procuram conferir aplicabilidade à Constituição, mais especificamente (i) à regra jurídica consignada no inciso IX do seu artigo 93³⁴, que determina que todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário devem ser fundamentadas sob pena de nulidade e (ii) aos princípios do devido processo legal, do

283

putatividade parece ser a situação, pois a emissão de uma lei, ainda que inconstitucional, pode determinar expectativas razoáveis e, na base delas, comportamentos” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. 6. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003).

³³Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, cit., p. 112-114, passim.

³⁴CRFB. “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV³⁵), que transportam para o âmbito da fundamentação adequada a necessidade de efetivo enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no processo³⁶.

No ponto, Luiz Guilherme Marioni adverte ser inviável procurar atribuir alguma estabilidade ao Direito, de modo a produzir a contenção da litigiosidade das partes, “quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem”³⁷. Disso resulta a sua observação, noutro trabalho, quanto a não se dever “confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa”, pois “o procedimento pode ser legítimo à luz dos direitos fundamentais processuais e, ainda assim, produzir decisão descompromissada com a substância das normas constitucionais”³⁸. Assim considerado, o contraditório legitimaria o procedimento como meio, mas não garantiria “o ajuste da decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais”, o que conduz

³⁵CRFB. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

³⁶Como será demonstrado na sequência, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que esses princípios constitucionais (devido processo legal, contraditório e ampla defesa) conformam o dever de fundamentação adequada das decisões judiciais, impondo aos julgadores o enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no curso do processo. A propósito, cf., a título de exemplo, os julgamentos (i) do Recurso Extraordinário nº 163.301, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no qual o Excelso Pretório afirmou peremptoriamente que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa implicam o direito do jurisdicionado à consideração das razões deduzidas em juízo (STF, RE 163.301, DJ 28-11-1997); e do Mandado de Segurança nº 25.787, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando o Tribunal Constitucional vinculou o atendimento a essas garantias não apenas aos direitos de ter informação sobre os atos produzidos no processo e de manifestação sobre seu conteúdo, como, também, à imposição a que tais argumentos sejam devidamente enfrentados pela autoridade julgadora (STF, MS 25.787, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007). No ponto, Daniel Mitidiero leciona que contraditório “não se cinge mais a garantir tão somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de enviar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37). Por esse motivo, a tarefa dos julgadores não se exaure na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando também (e principalmente) a imposição a que eles, na motivação de suas decisões, efetivamente enfrentem as razões apresentadas. Disso resulta a extensão e a profundidade da motivação construída pelo julgador para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório.

³⁷MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 218. Afinal, como destaca o professor paranaense na sequência de sua fala: “[...] a estabilidade das decisões [...] pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua ‘justiça’ e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica, cit., p. 218).

³⁸MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 230.

à compreensão de que, nos casos concretos, “a legitimação da jurisdição depende da legitimidade da decisão”³⁹.

Posto isso, a inconstitucionalidade do dispositivo apenas poderia ser aventada se fosse possível afirmar (i) que o princípio do livre convencimento (que, como se verá adiante, foi extraído pelo Superior Tribunal de Justiça do artigo 131 do código de 1973⁴⁰, profundamente modificado pelo seu correspondente no código de 2015) teria *status* constitucional e (ii) que, ademais, deve prevalecer, nos casos concretos, na ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos, sobre as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

3 A ELIMINAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO

A veiculação, pelo novo código, de opção político-legislativa por determinar que as decisões jurídicas proferidas no curso do processo sejam tomadas mediante diálogo entre o juiz e as partes, em que sejam consideradas as razões expostas por todos os interessados na resolução do problema (debate), foi criticada por associações de magistrados, que solicitaram à Presidência da República que apusesse veto aos dispositivos que a concebiam⁴¹. *O que se afirmou, nesse contexto, foi que esses itens ampliarão o congestionamento da justiça*⁴².

285

³⁹MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade, cit., p. 231.

⁴⁰CPC-1973. “Art. 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 (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”.

⁴¹Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, cit., p. 114-124, passim.

⁴²Ao ensejo, reportagem publicada no site *jusbrasil.com.br* ao tempo do encaminhamento do texto do código de 2015 para sanção presidencial traz a seguinte nota: “O ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, recebeu nesta quinta-feira (5) representantes da AMB, Ajufe e Anamatra para tratar do pedido de vetos das entidades que representam os juízes brasileiros a três pontos do novo Código de Processo Civil (CPC). No encontro, o presidente da AMB, João Ricardo Costa, disse que os magistrados alertaram que esses itens contribuirão para agravar ainda mais o congestionamento do Judiciário. O ministro garantiu que vai analisar o pleito dos juízes e destacou, ainda, que o Executivo tem interesse em medidas que possam trazer celeridade ao Judiciário”. A reportagem revela, ainda, que o pleito das entidades se assenta sob três pontos: ordem cronológica para análise de processos (art. 12), ampliação do julgamento no âmbito dos recursos (art. 942) e a nova metódica de fundamentação jurídica (art. 489, p. 1º c/c com arts. 10, 493, p. único e 1.022, p. único, II)”. Quanto ao último ponto, que está em discussão neste tópico, a reportagem transcreve, nos termos seguintes, as justificativas apresentadas pelo Presidente da AMB para o veto aos dispositivos: “A nossa preocupação é com o impacto que esses itens vão causar no congestionamento da Justiça. Atualmente, temos quase 100 milhões de processos em tramitação no país. Cada magistrado julga, em média, 1,5 mil processos por ano. O Judiciário está no limite” (Disponível na internet: <<http://amb.jusbrasil.com.br/noticias/214664610/cardozo-trata-de-pedido-de-vetos-com-magistrados>>; acesso em 22/06/2016).

O argumento, entretanto, não impressiona. Em primeiro lugar, porque *tanto mais injustiçado se sentirá o jurisdicionado, e com isso mais recursos interporá, se o Poder Judiciário, no contexto do julgamento da causa, não enfrentar as razões por ele veiculadas no processo*. É que, como já exposto, os litígios se fundam, abstraída a patologia, em dúvida jurídica dos demandantes sobre como o Direito deve ser aplicado ao caso concreto, de modo que é absolutamente natural que os litigantes, se não virem solucionadas essas suas dúvidas, prossigam litigando, acentuando, assim, o problema da morosidade da justiça. Em segundo lugar porque *a hipotética recusa dos julgadores em enfrentar as razões deduzidas pelas partes* (que, queremos crer, também se funda em dúvida sobre a aplicação do Direito, mais especificamente, sobre os efetivos contornos do dever de fundamentação adequada, pois, afastada essa hipótese, ter-se-ia que afirmar que os juízes teriam ignorado as razões das partes por simples comodidade, ilação que também residiria no campo da patologia, e que por isso não merece a atenção da comunidade científica⁴³) *causa a impressão* (fator psicológico) *de que elas apenas estariam fazendo figuração no processo*; o que também tem a potencialidade de induzir a interposição de recursos que não seriam apresentados se a parte vencida tivesse sido convencida pela via da efetiva e integral refutação das suas razões, de que o Direito está com a parte adversária. Em terceiro lugar, porque *os dispositivos processuais que procuram impor aos julgadores que enfrentem as razões deduzidas pelas partes* (art. 489, p. 1º, IV c/c art. 1.022, p. único, II) *e que se abstenham de decidir sobre fundamentos* (art. 10) *e fatos* (art. 493, p. único)

286

⁴³Se o Direito estabelece que os julgadores devem enfrentar as razões deduzidas pelas partes no curso do processo, não é adequado supor, no plano da Ciência, que elas virão a descumprir essa imposição legislativa. O máximo que se pode fazer, nesse campo, é apontar as sanções impostas pelo ordenamento, de modo que os juízes que se animarem a deixar de cumprir as prescritas normas processuais (que se colocam, para eles, como normas técnicas de exercício da profissão), poderão vir a ser chamados a se explicar nas corregedorias dos Tribunais e no Conselho Nacional de Justiça. Por óbvio, *simples equívocos na aplicação do Direito*, que ocorrem, por exemplo, quando o julgador se omite em enfrentar os fundamentos articulados pelas partes (art. 489, p. 1º, IV), *não autorizam, automaticamente, a formulação/acolhimento de pedidos de providências junto às corregedorias e ao Conselho Nacional de Justiça*, e menos ainda a responsabilização disciplinar de magistrados por descumprimento das normas técnicas que regulamentam o exercício da profissão, que, a teor do que prescreve o artigo 143 do código de 2015, estará a depender, ainda, da demonstração deles haverem praticado conduta dolosa. É que o legislador concebeu solução mais efetiva (e, portanto, mais adequada) para a superação de eventuais contratemplos que embarquem a motivação adequada das decisões judiciais, quando observou que considera omissa, para efeito da oposição de embargos de declaração, a decisão que incorra em qualquer das condutas descritas no parágrafo 1º do artigo 489 (art. 1.022, p. único). Destarte, somente quando os juízes, uma vez confrontados, pela via da oposição de embargos declaratórios, com a sua omissão em atender os parâmetros que compõem a metódica de fundamentação concebida pelo novo regime processual, ainda assim se mantiverem firmes no propósito de deixar de fundamentar adequadamente as suas decisões (o que, sob certa ótica, denotará o dolo da sua conduta) é que se poderá cogitar de eventual provocação, nesse contexto, da atuação das corregedorias e/ou Conselho Nacional de Justiça. Mas isso é assunto para outro estudo.

sobre as quais não se tenha dado a elas oportunidade de se manifestar, não representam, em rigor, nenhuma inovação no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a garantia do contraditório já se fazia compreendida não apenas como instrumento direcionado exclusivamente a oportunizar aos contendores a apresentação de suas razões no processo, para também abranger a necessidade de que tais razões sejam efetivamente consideradas e enfrentadas na formação do juízo.

A propósito, Daniel Mitidiero lecionava, em obra publicada anteriormente à edição do novo código, que contraditório “não se cinge mais a garantir tão somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial”⁴⁴. Com efeito, na pertinente observação de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, também expressada na vigência do código de 1973, é a motivação que “permite às partes controlar se as razões e as provas por elas apresentadas foram devidamente consideradas na decisão”, pois “seria inútil assegurar o direito de ação e o direito de defesa, se as alegações e provas trazidas aos autos pelas partes não precisassem ser obrigatoriamente examinadas pelo juiz no momento da decisão”⁴⁵.

Essa compreensão fundamenta-se na própria necessidade de se conferir legitimidade às decisões proferidas no processo. Assim se posicionou, igualmente sob a égide do código de 1973, Alexandre Câmara, para quem “o contraditório é uma garantia política conferida às partes do processo”, através da qual “se assegura a legitimidade do exercício do poder, o que se consegue pela participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional”⁴⁶. No ponto, Câmara adverte que “também no exercício da função jurisdicional deve ser assegurado aos interessados o direito de participar dos procedimentos que têm por fim a elaboração de provimentos”, o que “se concretiza na garantia constitucional do contraditório, que pode, assim, ser compreendido como direito de participação no processo, que tem por fim legitimar o provimento estatal que nele se forma”⁴⁷. Conforme Câmara, “ao contrário do administrador e do legislador, que recebem sua legitimação antes de exercerem a sua atividade (já que tal legitimação provém do voto popular), o juiz não é previamente legítimo”; sua legitimação “só pode ser verificada a posteriori, através da análise do correto exercício de suas funções”⁴⁸. Disso

⁴⁴MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37.

⁴⁵PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 31-32.

⁴⁶CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil, vol I*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 48.

⁴⁷CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil, vol I*, cit., p. 49.

⁴⁸CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil, vol I*, cit., p. 50.

resulta sua conclusão no sentido de que “a fundamentação das decisões é essencial para que se possa realizar o controle difuso da legitimidade da atuação dos magistrados”⁴⁹.

Em perfeita sintonia com os posicionamentos de Mitidiero, Pinho e Câmara, Fredie Didier Júnior já decompunha (na vigência do código de 1973, portanto antes da edição do código de 2015) o princípio do contraditório em duas garantias: “participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão”⁵⁰. A sua faceta básica, reputada formal, qualificada por Didier como “o mínimo”, ou “o que quase todo mundo entende como princípio do contraditório”⁵¹, é a participação, “a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, de poder falar no processo”⁵². Todavia, há, ainda, o elemento substancial dessa garantia⁵³, qualificado por Didier, em referência à doutrina alemã, como “poder de influência”⁵⁴. Em suas próprias palavras:

Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado⁵⁵.

Essas considerações põem em evidência que, antes mesmo que viessem ao mundo jurídico as modificações legislativas introduzidas pelo código de 2015, a tarefa dos julgadores não se exauria na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando também (e principalmente) a imposição a que eles, na motivação de suas decisões, efetivamente enfrentassem as razões por elas apresentadas. Disso resulta que a extensão e a profundidade da motivação construída pelo julgador para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório.

⁴⁹CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil, vol I*, cit., p. 50.

⁵⁰DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 56-57.

⁵¹Ou, como acrescenta esse professor baiano, “de acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a parte falar” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*, cit., p. 57).

⁵²DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*, cit., p. 57.

⁵³Também Cintra, Grinover e Dinamarco referiram ao aspecto substancial do contraditório; conforme se verifica da seguinte passagem doutrinária: “Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitam” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63).

⁵⁴DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*, cit., p. 57. Nesse mesmo sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 255-258, passim.

⁵⁵DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*, cit., p. 57.

Quanto ao particular, Gerson Lira acentua, citando Calamandrei⁵⁶, que a motivação é meio de prestação de contas das razões de fato e de direito que levaram o julgador a uma determinada conclusão, constituindo-se, portanto, como “trâmite indispensável para introduzir o leitor dentro do pensamento do juiz, para dar-lhe a possibilidade de controlar se, na estrada de seus raciocínios, ocorreu algum desvio do caminho certo, ou seja, se chegou a uma conclusão diversa daquela mais justa”⁵⁷. E apresenta, adiante, os níveis de deficiência que são comumente depreendidos na fundamentação das decisões judiciais, referindo, ao ensejo, à *falta de motivação*, à *motivação contraditória e perplexa*, que se verifica quando a conclusão do julgador está em flagrante divergência com a exposição da contenda pelas partes, à *motivação per relationem*, que ocorre quando a fundamentação da decisão se limita à adoção das razões apresentadas por uma das partes, ou de elementos estranhos ao processo⁵⁸, e à *motivação insuficiente*, qualificada pela circunstância de a decisão omitir ponto fundamental da demanda, deixando, assim, de examinar satisfatoriamente as questões suscitadas⁵⁹. Todas essas decisões mencionadas por Lira mostram-se ofensivas à determinação colhida do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, que estabelece, taxativamente, que os julgamentos proferidos pelos órgãos judiciais devem ser públicos e que devem ser fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade⁶⁰.

289

⁵⁶CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia. Opere Giuridiche*, v. 1. Napoli: Morano, 1965, p. 665; *apud* LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 264.

⁵⁷LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 264. É igualmente exemplar, no que toca à delimitação do espectro da incidência do dever de motivação das decisões judiciais, assim como de sua profundidade, a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, exposta nos termos seguintes: “O princípio compreende não só o enunciado das escolhas do juiz em relação à individualização das normas aplicáveis ao caso concreto e às correspondentes consequências jurídicas, como os nexos de implicação e coerências entre esses enunciados, com vistas a possibilitar o controle do pronunciamento judicial pelas partes e pela sociedade. Ainda aqui, o problema não deve ser visualizado através do prisma exclusivamente técnico. Devendo ser exercitado pelos jurisdicionados *in genere*, tal controle constitui inestimável fator de coerção social e da solidez das instituições, apresentando-se, assim, como garantia política inerente ao próprio Estado de Direito. Cuida-se, ao fim e ao cabo, de balizar o poder do órgão judicial, bem capaz de se tornar exacerbado, principalmente em termos de apreciação dos fatos da causa, em vista do princípio do livre convencimento, largamente adotado nos sistemas processuais do século XX” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 106).

⁵⁸Conforme Lira: “A motivação da sentença, que se reporta simplesmente às razões de outra sentença que decidiu caso idêntico, deixa sem resposta as argumentações invocadas pelas partes. O mesmo ocorre se o Tribunal, no acórdão, referir-se às razões da sentença, mantendo-a por ‘seus fundamentos’” (LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito, cit., p. 276).

⁵⁹LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito, cit., p. 275-276.

⁶⁰Confira-se a redação literal do dispositivo: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente



Isso não impediu, todavia, que o Superior Tribunal de Justiça tenha se posicionado, na vigência do código de 1973, no sentido de que cumpre ao julgador “apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide”, pois não estaria “obrigado a julgar a questão de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso”⁶¹; e de que, portanto, estaria autorizado a incorrer na motivação insuficiente denunciada por Lira⁶².

Entretanto, esse posicionamento, conquanto se demonstre consolidado naquela Corte Superior de Justiça⁶³, e muito embora venha influenciando decisões proferidas por juízes e tribunais em todo o território nacional, foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal em acórdãos proferidos ainda na vigência do regime processual pretérito. Basta ver, a título exemplificativo, que o Tribunal Constitucional, por ocasião do julgamento Recurso Extraordinário nº 163.301, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, afirmou peremptoriamente que as garantias

a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁶¹Cf.: EDRESP nº 507.730/PR; Primeira Seção; data da decisão: 13/12/2006; DJ DATA: 12/02/2007, p. 00229; Relator Ministro José Delgado. Esse posicionamento vai de encontro ao entendimento doutrinário que, em sintonia com o que consta, em literalidade, do texto do artigo 131 do código de 1973 (que prescrevia que “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”), circunscreve a incidência desse dispositivo à apreciação das provas produzidas no processo. Assim se manifestaram, ainda na vigência do código de 1973, Humberto Dalla Bernadina de Pinho, quando expôs, que “conforme tal princípio, previsto no art. 131, o juiz é livre para apreciar e avaliar as provas produzidas nos autos e, a partir daí, formar livremente sua convencimento, desde que fundamentado nesses elementos” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 33) e Eduardo Arruda Alvim, quando expressou que “o art. 131 do CPC, nesse sentido, dispõe que o juiz tem liberdade para apreciar as provas do processo, mas deverá indicar os motivos que formaram o seu convencimento” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*, cit., p. 153).

⁶²Cf.: LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito, cit., p. 275-276.

⁶³Nesse mesmo sentido posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça por ocasião da prolação deste outro julgamento: “PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC-1973. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica cerceamento de defesa, visto que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se de fatos, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Inexiste violação do artigo 535 do CPC, quando o magistrado decide todas as questões postas na apelação, mesmo que contrárias à sua pretensão. Agravo regimental desprovido” (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 494902. Processo: 200300186501 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data da decisão: 15/09/2005 Documento: STJ000247885. Fonte DJ DATA:17/10/2005 PG:00328. Relator(a) JOSÉ ARNALDO DA FONSECA).

constitucionais do contraditório e da ampla defesa implicam o direito do jurisdicionado à consideração das razões deduzidas em juízo⁶⁴.

A propósito, Henry Gonçalves Lummertz afirma, com pesar, que aquela Corte Constitucional “só muito timidamente [...] identifica o contraditório com a possibilidade efetiva de as partes influírem no desenvolvimento e no resultado do processo”, dispondo, adiante, que é excepcional no contexto da jurisprudência do Tribunal Constitucional o entendimento firmado por ocasião do julgamento desse Recurso Extraordinário nº 163.301⁶⁵. Não estamos de acordo com essa conclusão. Muito embora existam julgados do Excelso Pretório que adotaram a tese segundo a qual o Poder Judiciário estaria dispensado de apreciar as razões deduzidas pelas partes no processo⁶⁶, foram proferidas no âmbito daquela Suprema Corte outras decisões que ratificam o posicionamento que prevaleceu quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 163.301.

Como, por exemplo, os julgamentos dos Agravos Regimentais em Agravo de Instrumento nº 469.525, 477.815, 504.553, 472.659 e 439.037, todos relatados pelo Ministro Joaquim Barbosa e proferidos na vigência do código de 1973, em que o Supremo Tribunal Federal reputou *atendida a garantia do contraditório* por ocasião da formação dos acórdãos então recorridos *dada a circunstância de haverem sido apreciadas*, nos processos a eles correspondentes, *as questões que lhe foram postas*⁶⁷. Demais disso, quando do julgamento do

291

⁶⁴Eis a Ementa do julgado: “I. Tribunal de Contas: aposentadoria de servidores de sua secretaria: anulação admissível - antes da submissão do ato ao julgamento de legalidade do próprio Tribunal (CF, art. 71, III) -, conforme a Súmula 473, que é corolário do princípio constitucional da legalidade da administração (CF, art. 37), violado, no caso, a pretexto de salvaguarda de direitos adquiridos, obviamente inoponíveis à desconstituição, pela administração mesma, de seus atos ilegais. II. Tribunal de Contas: registro da concessão inicial de aposentadoria (CF, art. 71, III): natureza administrativa da decisão, susceptível de revisão pelo próprio Tribunal – como subjacente à Súmula 6 -, garantidos o contraditório e a ampla defesa do interessado. III. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal (CF, art. 5º, LV e LIV): violação, nas peculiaridades do caso, por acórdão que confunde e trata promiscuamente mandados de segurança distintos, julgando questões diferentes como se fossem uma só, de modo a negar à entidade pública as *garantias constitucionais de defesa, que implicam o direito à consideração das razões deduzidas em juízo*, compreendido na ‘pretensão à tutela jurídica’” (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo: 163301 UF: AM – AMAZONAS. Fonte DJ 28-11-1997 PP-62230 EMENT VOL-01893-03 PP-00575. Relator(a) SEPÚLVEDA PERTENCE).

⁶⁵LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 83.

⁶⁶A propósito, cf., a título de exemplo: STF, AI nº 712.670, rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁶⁷Cf.: AI-AgR’s nº 469.525/RS (DJ 02-12-2005 PP-00027 EMENT VOL-02216-03 PP-00560); 477815/RS (DJ 28-04-2006 PP-00032 EMENT VOL-02230-06 PP-01147); 504.553/RS (DJ 28-04-2006 PP-00034 EMENT VOL-02230-07 PP-01258); 472.659/GO (DJ 26-05-2006 PP-00029 EMENT VOL-02234-06 PP-01124); 439037/SP (DJ 22-09-2006 PP-00048 EMENT VOL-02248-04 PP-00732), todos relatados pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa.

Habeas Corpus nº 73.949, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa e igualmente prolatado sob a égide do regime processual anterior, o Tribunal decidiu pela *ilegitimidade de “acórdão que exauriu, de modo satisfatório, o exame do pedido articulado no recurso de apelação, referente à autoria e à materialidade do delito, mas que não apreciou as demais questões suscitadas no apelo”*⁶⁸. Tal não bastasse, em julgamento ainda mais recente, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes e que também teve lugar antes da edição do código de 2015, o Excelso Pretório, em suas razões de decidir, vinculou o atendimento a essa garantia não apenas aos direitos de ter informação sobre os atos produzidos no processo e de manifestação sobre seu conteúdo, como, também, à *imposição a que tais argumentos sejam devidamente enfrentados pela autoridade julgadora*⁶⁹.

Por esse motivo, e porque, dada a clara feição constitucional da questão afeta à definição dos contornos (e dos limites) do instituto do contraditório⁷⁰, compete ao Supremo Tribunal

⁶⁸Eis a Ementa do julgamento: “HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO: RECEPÇÃO CULPOSA. RÉU PRIMÁRIO. DECISÃO “CITRA PETITA”. 1. A primariedade, por si só, não faz por prevalecer a regra contida no § 3º do art. 180 do Código Penal, que prevê a hipótese da não aplicação da pena para receptação culposa, nem gera o direito subjetivo a aplicação da pena em seu grau mínimo. 2. Configura-se “citra petita”, por isso devendo ser complementado, o julgamento que deixou de apreciar todas as teses aduzidas no recurso de apelação interposto em relação à totalidade da sentença. 3. *Tem-se como incompleto o acórdão que exauriu, de modo satisfatório, o exame do pedido articulado no recurso de apelação*, referente à autoria e à materialidade do delito, *mas que não apreciou as demais questões suscitadas no apelo*: redução da pena-base para o mínimo legal, conversão da pena em multa e concessão do “sursis”. 4. “Habeas Corpus” indeferido, nos termos em que formulado; de ofício, concedido o “habeas corpus” para que o Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro prossiga no julgamento da apelação do paciente, examinando as questões que foram objeto de sua apelação e não dirimidas no acórdão” (STF. HC nº 73949/RJ; DJ 01-06-2001, p. 00076; Relator Ministro Maurício Corrêa) (destaques pessoais).

⁶⁹*Ipsis literis*: “Mandado de Segurança. 2. Decisão do Presidente da República que, em processo administrativo, indeferiu recurso hierárquico e, por consequência, manteve decisão que declarou a caducidade da concessão outorgada à Transbrasil S.A Linhas Aéreas para a prestação de serviço de transporte aéreo. 3. Alegada violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como a dispositivos da Lei nº 9.784/99, pois a impetrante não teria sido comunicada da instauração do processo administrativo ou de qualquer ato nele praticado, não lhe tendo sido concedida oportunidade de proferir defesa de forma adequada. 4. Os documentos juntados aos autos pela própria impetrante, porém, demonstram cabalmente que lhe foram *asseguradas todas as garantias da ampla defesa e do contraditório, como os direitos de informação sobre os atos produzidos no processo, de manifestação sobre seu conteúdo e de ter seus argumentos devidamente considerados pela autoridade administrativa*. 5. Mandado de Segurança indeferido” (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA. Processo: 25787 UF: DF - DISTRITO FEDERAL. Fonte DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 217-254. Relator(a) GILMAR MENDES) (destaques pessoais). Esse último julgado é também referenciado por Mitidiero com o propósito de explicitar os contornos do princípio do contraditório (Cf.: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 3ª ed., cit., p. 86-87).

⁷⁰Quanto ao particular, observe-se a seguinte passagem da obra de Marinoni: “No processo jurisdicional, o exercício do poder deve prestar contas aos litigantes, isto é, àqueles que são atingidos pela coisa julgada material e por todas as decisões proferidas pelo juiz. [...] Embora a sua base esteja no princípio político da participação, entende-se que o mecanismo técnico jurídico capaz de expressar o direito de alguém participar de um processo que o afeta em sua esfera jurídica é o contraditório, presente na Constituição Federal na qualidade de direito fundamental (art. 5º, LV, CF)” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1: Teoria Geral do

Federal, com precedência sobre o Superior Tribunal de Justiça, fechar questão sobre o tema, *parece haver sido superado, ainda na vigência do código de 1973, o entendimento segundo o qual os juízes não precisam enfrentar as razões deduzidas pelas partes no processo, porque lhes seria viável decidir com base no seu livre convencimento*⁷¹.

Porém, para afastá-lo, no regime do código de 1973, o jurisdicionado muito provavelmente precisaria procurar conduzir o feito ao Tribunal Constitucional, sob a alegação, fundada na alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição da República⁷², de que a decisão impugnada ofende a garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LIV e LV⁷³). Ocorre que, nesse caso, ter-se-ia agravado o problema da morosidade da justiça, invocado pelas associações de magistrados quando postularam o veto aos dispositivos do código de 2015 que impõem aos julgadores o enfrentamento das razões das partes.

Na espécie, a demora na tramitação do processo não pode ser atribuída, como se poderia afirmar, a uma hipotética opção do jurisdicionado pela litigiosidade, ou ao seu livre propósito de desafiar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário; porque decorre, em verdade, da circunstância de o julgador não haver cumprido o seu papel institucional; que consiste em veicular (consoante posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em interpretação conjugada do inciso IX do artigo 93 da Carta de 1988 com os incisos LIV e LV do seu artigo 5º) motivação que abarque o efetivo e integral enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no processo. Assim, *quando se verificar, nos casos concretos, a inércia do Poder Judiciário em enfrentar as razões deduzidas pelas partes, a responsabilidade pela postergação do desfecho da causa não pode ser atribuída aos litigantes, nem tampouco à existência de recursos que lhes*

Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 407). Sobre o *status* constitucional do princípio do contraditório, cf., ainda: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 120-140, passim.

⁷¹Quanto a esse pormenor, confira os magistérios de Daniel Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37), Humberto Dalla Bernadina de Pinho (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 31-32), Alexandre Câmara (CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil, vol I*, cit., p. 48-50), Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 255-258) e Fredie Didier Júnior (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. I*, cit., p. 56-57).

⁷²CRFB. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição”.

⁷³CRFB. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

permitam procurar reverter decisões arbitrárias, porque proferidas mediante inobservância das garantias do contraditório e da motivação adequada das decisões judiciais. *Essa responsabilidade cabe, em rigor, integralmente aos juízes.*

De toda sorte, *as alterações legislativas promovidas pelo código de 2015, conquanto não modifiquem, sob a ótica jurídica, o quadro normativo atinente à motivação das decisões judiciais* (visto que, pelas razões dantes expostas, o Poder Judiciário sempre esteve obrigado, por aplicação direta da Constituição, a enfrentar as razões deduzidas pelas partes no processo), *permitem resolver um problema de ordem prática, consistente na resistência dos julgadores* (fruto da existência de dúvida sobre os efetivos contornos do dever de fundamentação adequada, vez que seria impróprio afirmar, no plano da Ciência, que os juízes deixam de enfrentar as razões das partes por simples comodidade, algo que, se verificado, residiria no campo da patologia, de que não se ocupa o discurso científico) *em enfrentar as razões deduzidas pelas partes no curso do processo* (que o Supremo Tribunal Federal extraiu, nos julgados anteriormente referidos, da extensão da garantia do contraditório e da sua interferência na fundamentação das decisões jurídicas). É que o posicionamento pretoriano que se formou no sentido da desnecessidade do enfrentamento das razões das partes tem por fundamento o princípio do livre convencimento do juiz, extraído pelo Superior Tribunal de Justiça do artigo 131 do código de 1973, que prescrevia, na vigência do regime processual pretérito, que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes”, devendo “indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”⁷⁴.

Disposições semelhantes são encontradas no artigo 371 do código de 2015; que estabelece 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”; mas teve o cuidado de suprimir as expressões “livremente” e “ainda que não alegados pelas partes”⁷⁵,

⁷⁴A propósito, é de se destacar que a doutrina jurídica, em atenção o que consta, em literalidade, do texto do artigo 131 do código de 1973, desde sempre circunscreveu a incidência desse dispositivo à apreciação das provas produzidas no processo. No ponto, cf.: (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, cit., p. 33) e (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*, cit., p. 153).

⁷⁵Também o artigo 371 do código de 2015, que substitui, no regramento processual atual, o artigo 131 do código de 1973, reporta-se à vinculação do magistrado à atividade probatória realizada nos autos. Esse dispositivo precisa ser interpretado em consonância com o que prescreve o inciso IV do parágrafo 1º do artigo 489. Ao ensejo, cf. o teor dos Enunciados nº 515 e 516 do FPPC, citados por Dierle Nunes e Natanael Lud Santos e Silva: “Enunciado nº 515 do FPPC: Aplica-se o disposto no art. 489, p. 1º, também em relação às questões fáticas da demanda (grupo: Direito probatório)” [...] “Enunciado nº 516: Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz

que de resto seriam incompatíveis com a previsão de seu artigo 10 e do parágrafo único de seu artigo 493, dos quais sobressai que o juiz não pode decidir, respectivamente, sobre fundamentos e fatos sobre as quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar. Por esse motivo, e porque a lei processual assenta, ainda, que não se considera fundamentada a decisão que não enfrenta as razões deduzidas pelas partes no processo (art. 489, p. 1º, IV), a assertiva “indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, colhida da parte final do artigo 371 do código de 2015 não pode ser lida, como se fazia na vigência do código de 1973, como norma autorizativa da prolação de decisões fundadas tão-somente no livre convencimento do julgador⁷⁶, mas evoca, numa interpretação sistemática do Direito⁷⁷, a necessidade de que esse convencimento seja fundado no efetivo e integral enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no processo, seja daquelas veiculadas na petição inicial (*tese*) e na contestação (*antítese*), seja daquelas que precisarão ser deduzidas quando o magistrado repute necessário considerar na decisão fatos e fundamentos sob as quais as partes não tenham se manifestado no processo, hipótese em que lhe cumprirá, por taxativa imposição legal, ouvi-las sobre esses pontos específicos e enfrentar, no julgamento, também as razões adicionais que virão aos autos nesse contexto.

295

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esperamos haver demonstrado que o princípio do livre convencimento, tal como extraído pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do artigo 131 do código de 1973, para além de não se compatibilizar com a interpretação constitucional veiculada pelo Supremo Tribunal Federal ainda na vigência do regime processual pretérito, acabou eliminado pelo Código de Processo Civil de 2015. É que o novo código impõe aos julgadores o enfrentamento das razões das partes (art. 489, p. 1º, IV), inclusive daquelas relativas a fundamentos (art. 10) e fatos (art. 493, p. único) sobre as quais a elas não se tenha dado oportunidade de se manifestar; e por isso

deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada (grupo: Direito probatório)” (NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*, cit., p. 204).

⁷⁶Nesse mesmo sentido: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 363.

⁷⁷Sobre a interpretação sistemática do Direito, Carlos Maximiliano leciona tratar-se da comparação do “dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, com vistas a que “por umas” se conheça “o espírito das outras” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 164).

impede que se confira a seu artigo 371 interpretação compatível com a leitura que a Corte Superior de Justiça fazia do artigo 131 da codificação revogada.

Essa opção político-legislativa, longe de acentuar o congestionamento dos órgãos jurisdicionais, como afirmaram associações de magistrados ao tempo da aprovação da *novatio legis*, impacta positivamente sobre o problema da morosidade da justiça, porque tem a potencialidade de induzir o convencimento da parte sucumbente de que a decisão que resolve o conflito corporifica uma correta aplicação do Direito. Por óbvio, para que isso ocorra, as suas razões devem ser enfrentadas pelos julgadores. Do contrário, o sucumbente persistirá em dúvida sobre se o Direito lhe assiste (ou se assiste ao seu adversário); contexto em que a sua adesão à decisão que resolve o conflito tende a ser postergada pela interposição de recursos. O fato é que o encerramento precoce de um litígio, quer pela via da autocomposição, quer pela abstenção da interposição de recursos, supõe o convencimento da parte vencida. Nessa conjuntura, se o órgão jurisdicional se escusar de enfrentar as suas razões (como propunha o Superior Tribunal de Justiça na vigência do código de 1973), o natural é que o vencido se dirija a outros juízes, na esperança de que eles as enfrentem, conferindo à garantia do contraditório a conotação que lhe atribuiu o STF⁷⁸ e o próprio legislador processual (arts. 10, 489, p. 1º, IV e 493, p. único).

296

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia. Opere Giuridiche*, v. 1. Napoli: Morano, 1965.

CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*, vol I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁷⁸A propósito, cf., por todos, os julgamentos do RE 163.301, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, e do Mandado de Segurança nº 25.787, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. Norma jurídica e aplicação do direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, E.; BONI, Luiz A. de (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 (no prelo).

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

MARTINS-COSTA, Judidith. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. 6. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES*, v. 2.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

STEIN, E.; BONI, Luiz A. de (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Consultor Jurídico*. Disponível na internet: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>; acesso em 02/01/2018.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56 .ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

299

Submissão: 24/03/2019

Aceito para Publicação: 20/08/2019

