

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DO CONHECIMENTO DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

VITÓRIA GEÓRGIA ZUFFO

**A SUPERAÇÃO DA TESE DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO
ORIENTADA PELO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO CIVIL**

CAXIAS DO SUL

2022

VITÓRIA GEÓRGIA ZUFFO

**A SUPERAÇÃO DA TESE DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO
ORIENTADA PELO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Moisés João Rech

**CAXIAS DO SUL
2022**

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos professores do Corpo Docente em Direito da Universidade de Caxias do Sul, por terem contribuído com meu crescimento acadêmico e pessoal através do conhecimento e inspiração proporcionados.

Agradeço, em especial, aos meus pais Maria de Fátima e André Luiz, por todo o apoio para promover a conclusão desta etapa inigualável da minha vida e o incentivo necessário para continuar e acreditar sempre.

Agradeço ao meu orientador Moisés João Rech pela metodologia com a qual me norteou na elaboração deste trabalho e por acreditar neste projeto.

Agradeço a todos os familiares que acreditaram na realização deste sonho.

Agradeço aos meus amigos do curso de Direito, em especial Mateus, por ter compartilhado comigo diversas discussões jurídicas, pelo apoio e por ter estado sempre presente nesta trajetória acadêmica.

Agradeço a Deus, por todo o amparo nos momentos de dificuldade, pela fé e pela esperança para guiar meu caminho.

Obrigada!

Crês que pode subsistir e não ser aniquilado um Estado em que as sentenças derrubadas não possuem nenhuma força e podem ser invalidadas e frustradas por homens isoladamente?

SÓCRATES

RESUMO

O presente trabalho pretende evidenciar que a liberdade judicial atrelada à análise das provas com fulcro no livre convencimento motivado, vêm sendo arguida pelas práticas interpretativas da comunidade jurídica como um elemento teórico justificativo para permitir, através dos meios decisórios, a ampla discricionariedade mediante a produção de decisões subjetivistas contrárias à Constituição Federal. Tal liberdade é fundada em paradigmas filosóficos já superados que direcionaram a busca pela verdade judicial em uma construção intersubjetiva do direito. Para tanto, é analisada a Crítica Hermenêutica do Direito como instrumento legitimador para a formação de decisões constitucionalmente adequadas com amparo no dever de fundamentação e que respeitem a coerência e a integridade do direito. Ao final, verificando-se a necessidade de um modelo cooperativo de processo para que se estabeleçam parâmetros a fim de alcançar uma verdadeira comunidade de trabalho entre as partes que efetivamente dialogam entre si e a qual permite que todos os sujeitos processuais detenham do dever de fundamentar analiticamente as suas postulações, garantindo à concretização do princípio do contraditório substancial, orientador da estruturação normativa do atual Código de Processo Civil de forma a permitir um maior controle das decisões judiciais e, assim, impedindo os juízes de atuarem discricionariamente.

Palavras-chave: Discricionariedade. Código de Processo Civil. Crítica Hermenêutica do Direito. Livre Convencimento Motivado. Fundamentação das decisões judiciais.

LISTA DE ABREVIATURAS:

CFB/88 : Constituição Federal do Brasil de 1998

CPC/39: Código de Processo Civil de 1939

CPC/73: Código de Processo Civil de 1973

CPC/15: Código de Processo Civil de 2015

CHD: Crítica Hermenêutica do Direito

Art. : Artigo

§ : Parágrafo

RESP: Recurso Especial

AgInt: Agravo interno

STF : Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

ZPO: *Zivilprozessordnung* (Código de Processo Civil Austríaco)

FFPC: Fórum Permanente de Processualistas Civis

ENFAM: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O ABANDONO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO PELO PROCESSO CIVIL E A ADOÇÃO DO RACIONALISMO: A RESISTÊNCIA DOS TRIBUNAIS...	10
1.1 DOS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA: DAS ORDÁLIAS À RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO	11
1.1.1 TARIFAÇÃO LEGAL	11
1.1.2 LIVRE CONVENCIMENTO PURO (ÍNTIMA CONVICÇÃO).....	13
1.1.3 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (PERSUASÃO RACIONAL)	14
1.1.4 A PROBLEMÁTICA DE TAL SISTEMA E A RESISTÊNCIA DOS TRIBUNAIS	18
1.1.5 A MOTIVAÇÃO RACIONAL	21
1.1.6 VALORAÇÃO DA PROVA OU MEIO DE DECISÃO? A EQUIVOCADA CISÃO ENTRE FATICIDADE E NORMA	31
2 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CALCADA NO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA	34
2.1 A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	35
2.2 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A INTERSUBJETIVIDADE DOS SENTIDOS	39
2.3 O PARADIGMA DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO	43
2.4 A COERÊNCIA E A INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN.....	48
2.5 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	55
2.6 FUNDAMENTAR NÃO É O MESMO QUE MOTIVAR.....	57
3 A COOPERAÇÃO COMO MODELO PROCESSUAL CAPAZ DE ATENDER À CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO REGIME DEMOCRÁTICO...	65
3.1 OS MODELOS PROCESSUAIS E O PRINCÍPIO DISPOSITIVO.....	66
3.2 DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL: UMA ABERTURA AO SISTEMA PROCESSUAL COOPERATIVO.....	79
3.3 O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO CIVIL.....	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS	85
REFERÊNCIAS.....	89

INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, inaugura-se um novo sistema processual civil no país sob a égide normativa da Constituição da República de 1998, o qual almeja conceder maior efetividade aos direitos fundamentais por meio da atividade jurisdicional e acesso à justiça, sendo este o primeiro código processual instaurado durante o período democrático. Com a promulgação da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o legislador restringiu o “livre convencimento” ao retirar do novo dispositivo a expressão “livremente” (CPC/1973, art. 131), de forma a prestigiar a persuasão racional e a devida fundamentação na apreciação da prova, com isso, percebe-se que o novo Código pautou-se por uma preocupação maior, o aprofundamento democrático do direito brasileiro.

Ocorre que, não há muitos esforços de conceptualização do sentido desse princípio, o qual muitas vezes é invocado de forma a violar o contraditório, o direito fundamental à prova e até mesmo o dever de fundamentação das decisões judiciais. Uma vez que tal princípio não se refere apenas à avaliação da prova no discurso dos julgadores, mas também à própria prática decisória, inevitavelmente, surgem conexões entre a liberdade de valoração da prova e os poderes instrutórios do juiz.

Tais armadilhas da jurisprudência defensiva obstam o alcance do direito das partes ao contraditório substancial e o dever de fundamentação, ficando em jogo o paradigma democrático de processo diante da recepção doutrinária e jurisprudencial do princípio em questão e sua conexão entre a racionalidade (motivação racional), conhecimento (cooperação), verdade (busca da verdade) e justificação (dever de fundamentação).

Neste contexto, o objeto do presente estudo concentra-se sobre o princípio do livre convencimento motivado, particularmente sobre a adoção do princípio no Novo Código de Processo Civil, que toma por base uma orientação teórica e normativa lastreada na efetividade dos princípios constitucionais.

O problema a ser enfrentado é se o livre convencimento motivado foi recepcionado para orientar a liberdade do julgador na valoração da prova ou na liberdade do ato de julgar? Em quais medidas o juiz é livre para decidir?

Partimos da hipótese de que as características em torno do livre convencimento motivado parecem predominar no imaginário jurídico, na forma em que consiste em um método de valoração da prova que veio em contrapartida ao sistema da prova

tarifada e da íntima convicção, de modo a garantir que cabe ao juiz ser livre para decidir com base em seu convencimento, desde que o faça de maneira motivada.

Assim, com o propósito de estabelecer um diálogo entre a adoção de um modelo cooperativo de processo civil, entendido enquanto efetiva garantia do contraditório substancial, em respeito aos princípios do dever de fundamentação e motivação das narrativas judiciais como proposta de superação dos decisionismos judiciais, este trabalho abordará o tema em três capítulos, com a utilização do método de procedimento monográfico. Será utilizado o método de abordagem dedutivo. Já o desenvolvimento da temática irá observar a técnica de documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

Inicialmente, no primeiro capítulo, pretende-se traçar um caminho histórico sobre os sistemas de valoração da prova, e como o princípio do livre convencimento motivado continua sendo utilizado para justificar decisões, ao passo que a mudança legislativa por si só, não foi capaz de mudar a prática da atividade jurisdicional, ignorando por completo os deveres de fundamentação das decisões judiciais e da cooperação aplicáveis às regras do CPC/15 como princípios fundamentais.

No segundo capítulo, procura-se analisar o problema da delimitação dos poderes do juiz sob a Crítica Hermenêutica do Direito, e os deveres de motivação e de fundamentação das decisões judiciais como busca pela resposta correta na teoria do direito como integridade.

Por fim, no terceiro capítulo, almeja-se examinar os modelos processuais e a adoção do modelo cooperativo de processo civil como uma regra de vedação ao protagonismo do juiz na condução subjetiva do processo, com o intuito de verificar a adoção do princípio do contraditório substancial e seus impactos na estruturação do sistema processual.

À vista disso, o estudo das implicações do modelo cooperativo de processo, enquanto lastro teórico-estrutural a fim de promover mudanças significativas da atividade jurisdicional e da Dogmática Jurídica no que tange à reprodução do senso comum teórico dos juristas acerca do livre convencimento motivado.

1. O ABANDONO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO PELO PROCESSO CIVIL E A ADOÇÃO DO RACIONALISMO: A RESISTÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Para o presente trabalho será imprescindível traçar um caminho sobre os sistemas de valoração da prova no processo judicial adotados pelo mundo ocidental a fim de apresentar algumas de suas características, para que se possa, neste capítulo, analisar a recepção ao atual Código de Processo Civil do princípio do livre convencimento motivado como sendo uma superação ao sistema da prova tarifada. Nota-se que embora não esteja expressamente positivado no capítulo principiológico do novo CPC/15, o livre convencimento foi contemplado de modo distinto ao que constava no CPC/73, com a retirada do termo “livremente” na valoração da prova e conferindo maior ênfase na necessidade de fundamentação das decisões judiciais amparadas pelos critérios racionais de justificação, os quais permitem a garantia da motivação, resguardada pelo texto constitucional vigente, outorgando às partes o adequado controle da tarefa jurisdicional, objetivos do próprio processo e em decorrência disto, a confiança da sociedade no Poder Judiciário. Em seguida, observa-se a repercussão do princípio do livre convencimento motivado na doutrina processual e nas decisões judiciais que utilizam de tal princípio como forma de marcar um arbítrio. Com isso, o objetivo deste capítulo é apresentar criticamente algumas das manifestações acerca da persistência do livre convencimento motivado por parte da comunidade jurídica que instrumentalmente utiliza o princípio para afastar o texto legal e assim decidir de forma solipsista, com a cisão entre questões de fato e de direito. Então, examina-se que tal princípio, que é tratado como se o sistema de valoração da prova tivesse atingido a mais justa e conveniente estrutura de orientação, vem sendo distorcido pela jurisprudência através de seu equivocado emprego para suscitar questões de aplicabilidade da norma a fim de mascarar a discricionariedade judicial. Para tanto, com base em análises jurisprudenciais, dogmáticas e normativas, há uma interpretação equivocada do livre convencimento motivado pelos juízes tribunais superiores ao vincularem o princípio como método para mascarar a arbitrariedade das decisões e uma independência judicial “epistêmica”, violando, assim, princípios constitucionais atrelados ao processo civil, como o contraditório substancial e o dever de fundamentação das decisões judiciais. Então verifica-se que as disposições acerca do livre convencimento motivado permitem atestar que a prática jurídica caminha para

um lado contrário à toda estruturação normativa contemplada pela Constituição Federal que orienta o novo sistema processual vigente.

1.1 DOS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA: DAS ORDÁLIAS À RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

A doutrina identifica quatro sistemas de valoração de prova no mundo ocidental, os quais fizeram parte do longo caminho pela busca da racionalização do processo.

O primeiro deles, é o das ordálias ou Juízo de Deus, presente nos povos bárbaros e germanos, previsto, inclusive, pelo Código de Hamurabi (1.700 a.C), no qual o direito era concedido à parte que fosse protegida por Deus.

Neste sistema não havia testemunhas, documentos ou qualquer meio de prova semelhante ao que temos hoje, nem sequer o julgador poderia se valer de interpretar as provas (não havia convicção), pois como o sistema era baseado apenas no misticismo, a decisão consistia numa intervenção divina, e a eliminação de incertezas que era feita através de duelos, instrumentos como ferro, caldeirão, água, ou procedimentos que revelariam os desígnios da divindade em favor de uma ou de outra parte do litígio, por exemplo, se o sujeito fosse arremessado ao rio e morresse por afogamento, é porque seria culpado, se escapasse sem ferimentos, era inocente e caberia ao acusador a pena de morte. Tais práticas eram usadas também pelas condenações na Inquisição.

Embora muito distante da realidade do atual mundo jurídico, o sistema das Ordálias foi o de maior duração, entrando em declínio apenas no século XIII, quando foi desaprovado pela Igreja Católica através da proibição da realização dos atos e a consequente ausência da legitimação da prova divina pela Igreja (CAPPELLETTI, 2001).

1.1.1 TARIFAÇÃO LEGAL

O segundo sistema de valoração, é o da tarifação legal, que substituiu a ilicitude das provas usadas nas ordálias. Tal sistema consiste na valoração e hierarquização das provas por meio de normas jurídicas (DIDIER JÚNIOR *et. al.*, 2016).

O sistema de valoração legal surgiu a partir dos princípios da imediatidade e da escritura surgidos na Europa Continental desde a Idade Média até o Século XVIII, em que os atos processuais não eram praticados ou acompanhados pelo juiz, mas por outras pessoas (tais como os notários, atuários, etc.), que relatavam por escrito as alegações das partes (CAPPELLETTI, 2001).

A partir deste princípio, o julgador não tinha um contato direto com as provas, portanto não havia subjetividade na valoração das provas, excluindo o subjetivismo na decisão, não podendo o juiz apreciar livremente as provas por não estar presente na produção das mesmas. Afirma-se ainda que, no período pós-clássico do Direito Romano, a falta de confiança do Imperador nos juízes levou à implantação do sistema de tarifação legal, sendo assim, preferia-se que as provas chegassem apenas pelos escritos imparciais feitos pelos escritos das testemunhas, assim como a inspeção de lugares.

Diante da impossibilidade de valoração livre pelo juiz, o sistema de tarifação legal criou uma espécie de aritmética probatória, em que o juiz somente verificava a produção das provas com base em uma prévia fixação de valor de cada uma delas.

Os poderes do juiz, portanto, ficavam presos a uma hierarquia de valores concebidos a cada tipo de prova prevista em lei, havendo assim, uma estrita aplicação legal para a solução das controvérsias.

O valor de cada prova era fixado por lei e atendia a critérios como, por exemplo, o sexo, as mulheres eram proibidas de testemunhar, e quando fizessem, o valor do testemunho era valorado pela metade ou um terço quanto aos testemunhos masculinos. Também era levado em conta o grau de nobreza ou hierarquia eclesiástica, sendo que o testemunho de servos valia menos do que o dos nobres ou eclesiásticos, e ainda assim, a quantidade de testemunhas, pois uma única testemunha não tinha força probatória alguma, salvo quando se tratasse de um cardeal ou o Papa, tendo em vista o *testis unus, testis nullus* (uma testemunha, nenhuma testemunha) brocardo criado pelo sistema.

Como consequência direta da colonização portuguesa, o processo civil brasileiro surgiu como um processo lusitano, influenciado pelos elementos romano e germânico, e vigoraram no país as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. As Ordenações portuguesas eram similares aos ordenamentos jurídicos dos países europeus da época, com um processo escrito que mantinha o juiz distante da

instrução, razão pela qual se adotava o sistema da tarificação legal ou prova tarifada (CAPPELLETTI, 2001).

Com isso, a legislação brasileira carrega diversos resquícios desse sistema, como por exemplo, a exigência de três testemunhas para conferir validade ao testamento particular (art. 1.876, § 1º, do Código Civil), ou de duas testemunhas para a entrega do testamento cerrado ao tabelião (art. 1.868 do Código Civil), ou de seis testemunhas para a realização do casamento nuncupativo ou in extremis, de pessoa em iminente risco de vida (art. 1.540 do Código Civil). O Código Civil brasileiro possui outras limitações similares, relacionadas aos documentos que podem ser utilizados para comprovar determinados fatos.

De forma genérica, a prova exclusivamente testemunhal para a demonstração de negócio jurídico só é admitida se o valor deste for inferior a 10 vezes o salário mínimo vigente na data de sua conclusão (art. 227).

No direito empresarial, o art. 987 prevê que os sócios só podem comprovar a existência da sociedade em comum por escrito, enquanto terceiros podem prová-la por qualquer meio.

No direito de família, o art. 1.543 determina que o casamento seja provado por meio da certidão de registro; na falta ou perda deste, admite-se qualquer outro meio de prova. Ainda, o art. 22, § 3º, do Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social) exige a apresentação de pelo menos três documentos entre aqueles listados em seus dezesseis incisos, a fim de se comprovar a existência de vínculo (por exemplo, união estável) ou dependência econômica (como da ex-esposa ou dos pais em relação ao filho) do dependente com o segurado.

Já na esfera penal, o art. 158 do Código de Processo Penal traz a obrigatoriedade da prova pericial nas situações em que existir vestígios: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” (DIDIER JÚNIOR *et. al.*, 2016, p. 393).

1.1.2 LIVRE CONVENCIMENTO PURO (ÍNTIMA CONVICÇÃO)

O sistema do livre convencimento puro, também chamado de íntima convicção (*secundum conscientiam*) surgiu no Direito Romano, com base no fortalecimento dos juízes na condução do processo decorrente do aumento da importância do Judiciário,

nesse sistema o julgador era livre para atribuir às provas o valor que entendesse mais adequada para a solução da controvérsia, via de regra, sem limitações legais que pudessem intervir diretamente na valoração probatória e sem a obrigação de justificar as escolhas das provas ou vinculação delas à demanda.

Em contrapartida ao sistema da prova legal, o sistema do livre convencimento substitui a vontade do legislador pela vontade do julgador (ALVIM; CIANCI; DELFINO, 2017). Neste caso, não há uma prévia valoração dada pelo legislador à prova que irá conduzir a busca pelo direito material e sim, uma posterior atribuição de valor à cada prova produzida no processo pelo juiz, devendo o convencimento ser formado através de quaisquer elementos.

Porém, o juiz não fica, por este sistema, vinculado às provas produzidas, podendo proferir sua decisão, até mesmo, com base em impressões pessoais e fatos de que tomou conhecimento extrajudicialmente, ou contrariamente às provas apresentadas. Tal sistema, que está em desuso no moderno processo civil, é ainda usado, em sede processual penal, no procedimento do tribunal do júri, onde os jurados não se encontram vinculados às provas existentes (CÂMARA, 2011).

Essa desnecessidade de obrigação do juiz em justificar suas escolhas é o que difere tal sistema do livre convencimento motivado, previsto pelo CPC/73.

1.2.6 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (PERSUASÃO RACIONAL)

Objetivando estabelecer limites ao modelo de valoração probatória anterior, surgiu o livre convencimento motivado, o qual confere ao juiz o poder de tarifação das provas (mantendo-se a liberdade/vontade do julgador na formação de seu convencimento, assim como no sistema da íntima convicção).

Os princípios que prevalecem no atual sistema jurídico pátrio são o do princípio da persuasão racional, verdade real, verdade material ou livre convencimento, um sistema de caráter misto, ou seja, há o livre convencimento do magistrado para decidir sobre a lidade, porém esta decisão deve ser fundamentada (NEVES, 2016).

Dentro desse sistema criou-se um dever de justificativa da escolha do magistrado por determinadas provas em detrimento de outras, a fim de transformar tal exercício de convencimento em um ato democrático de autoridade, em respeito aos princípios da motivação ou da fundamentação (ALVIM; CIANCI; DELFINO, 2017). Nessa forma, em contrapartida ao sistema precedente, há uma vinculação direta do

magistrado às provas produzidas nos autos e aos demais elementos existentes, sendo tal vinculação reflexa da teoria objetiva da prova, consagrada pelo CPC/15.

O juiz é livre na formação de seu convencimento, na apreciação das provas e argumentos apresentados pelas partes. Essa liberdade de convicção, no entanto, há de ser exercida de forma motivada (princípio da motivação ou da fundamentação), estando o juiz vinculado à prova e aos demais elementos existentes nos autos, bem como às regras legais porventura existentes e às máximas de experiência (DONIZETTI, 2017).

José Frederico Marques associa o livre convencimento motivado a dois elementos que se complementam: (a) a livre apreciação das provas pelo juiz; (b) e a justificação de sua escolha por determinadas provas em detrimento de outras.

De forma similar, Rui Portanova cita dois principais aspectos: (a) a expressão das opções do juiz acerca dos fatos, normas aplicáveis, a qualificação jurídica dos fatos e seus reflexos para o Direito; (b) a coerência entre os itens anteriores, com suas respectivas consequências.

O sistema da persuasão racional, ou do livre convencimento motivado, consiste, portanto, no sistema adotado pelo Novo Código acolhido em nosso ordenamento jurídico, que o consagra através do art. 371 do Código de Processo Civil, *verbis*: “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.” (BRASIL, 2015).

Da mesma forma, deve ser orientada por essa regra explícita a interpretação do art. 157 do Código de Processo Penal: “o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova” (BRASIL, 1941).

A persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão.

Podemos notar a presença de sua concepção ainda no artigo 118 do CPC/1939, o qual previa:

Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.

Tal posição não se alterou com CPC/1973, (Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973) mantendo-se um tratamento similar, conforme a redação expressa no artigo 131 do referido código:

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 11 de janeiro de 1973).

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, houve uma preocupação do novo código com os aspectos democráticos e a equanimidade nas decisões, tornando-se de extrema importância que se o novo modelo processual trouxesse em seu teor a obrigação de integridade e coerência das decisões, o dever de fundamentação e a proibição as decisões surpresa.

Logo, houve a retirada do termo “livremente”, passando o atual código, em seu artigo 371 a ter a seguinte redação: “o juiz apreciará a prova constante nos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sua decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Em frente a tal disposição o novo CPC inovou a valoração probatória ao associar a ela o dever de fundamentação (art. 489, §1º e 926) e o contraditório, pois se admite que a valoração seja decorrente das provas constantes nos autos, não podendo servir como fundamento da decisão, aquela que não fora produzida, valendo-se do "*Quod non est in actis non est in mundo*" (o que não se encontra nos autos do processo, não está no mundo) em contrapartida com o livre convencimento, de modo que a obediência de tal regra garanta às ambas as partes participem da sua produção e manifestem-se sobre a prova produzida (DIDIER, 2015).

Com isso, Marinoni e Arenhart (2019), afirmam que a necessidade de o juiz justificar as suas próprias razões, demonstrando o motivo pelo qual prefere uma prova em relação à outra é corolário o direito à prova, uma vez que trata-se não apenas do direito de produzir a prova, mas também de refere-se ao direito de ter a prova valorada, pouco importando qual venha a ser o sentido da decisão judicial.

Foi através do texto apresentado por Lenio Luiz Streck à Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, mais especificamente ao relator do projeto, Dep. Paulo

Teixeira, com a concordância dos juristas Dierle Nunes, Fredie Didier e Luiz Henrique Volpe, que foi orientada a retirada do termo “livre convencimento motivado” dos artigos correspondentes do novo CPC (ALVIM; CIANCI; DELFINO, 2017), denunciando a menção do referido preceito ao novo código, haja vista a incompatibilidade oriunda de toda a trajetória histórica que fundou-se no paradigma da intersubjetividade (giro ontológico linguístico) o qual veremos mais adiante. Conforme suas palavras:

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. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado ‘coparticipação’, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão (ALVIM; CIANCI; DELFINO, 2017, p. 196).

Com a promulgação do novo código e de toda a sua estrutura, o juiz não poderá referir que determinada decisão foi redigida com base no livre convencimento.

Para Donizetti (2017, p. 106) o referido princípio “não foi alterado, ainda possuindo o juiz a liberdade (embora fundamentada) para escolher entre este ou aquele fundamento, esta ou aquela prova, de modo que a simples supressão da palavra ‘livremente’ não tem o potencial de mudar uma cultura ou alterar um sistema criado pelo próprio legislador:

Dizem alguns que a supressão do termo “livremente” teve em mira o estabelecimento de balizas, a fim de evitar ou controlar o protagonismo judicial. Se esse foi o objetivo, a supressão constitui um tiro n’água. Num sistema em que as decisões dos tribunais são erigidas a verdadeiras regras dotadas de generalidade – principalmente quando proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de assunção de competência e em incidente de resolução de demandas repetitivas –, o protagonismo é um minus.

Para Didier Júnior (2015, p.103), o convencimento do juiz tem de ser motivado: “o convencimento não é livre, nem pode ser íntimo, como acontece no Tribunal do Júri. O órgão julgador deve apresentar as razões pelas quais entendeu que a prova

merece o valor que lhe foi atribuído”. Por isso, dá-se a esse sistema o nome de “convencimento motivado” ou “persuasão racional”.

Na lição de Ovídio A. Baptista da Silva (2005, p. 95), o livre convencimento motivado importa na ausência de restrições ao juiz quanto à tarifação legal, existindo uma “faculdade reconhecida ao julgador de livre e ampla apreciação da prova, sem as peias que o ordenamento processual lhe possa criar por meio de princípios limitadores de sua ampla investigação e conhecimento”.

Sobre o livre convencimento, Taruffo (2016, p. 189) cita que existem duas versões bastante diferentes desse princípio: “segundo a primeira delas, o juiz não estaria desvinculado não só das regras de prova legal, mas também de qualquer critério racional de valoração”. A decisão sobre as provas (e, por conseguinte, a apuração do fato) seria, pois, fruto de uma atividade irracional, de introspecção radicalmente subjetiva e substancialmente solipsista. (esta seria a do livre convencimento puro).

A segunda concepção funda-se, pelo contrário, no pressuposto de que o juiz é, sim, dotado de poder discricionário na valoração das provas, mas não está realmente desvinculado das regras da racionalidade. Consequentemente, não há qualquer antítese entre liberdade de convencimento e emprego de critérios racionais de valoração. Esta seria a concepção mais similar ao livre convencimento motivado (TARUFFO, 2016).

Embora não positivado como base principiológica do novo CPC, o princípio da persuasão racional (ou livre convencimento motivado) é um dos princípios que regem a prova no atual sistema processual, sendo o sistema de valoração probatória em vigor, no qual o juiz aprecia livremente as provas, mas deve dar as razões de seu convencimento.

1.1.4 A PROBLEMÁTICA DE TAL SISTEMA E A RESISTÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Com a nova exigência de motivação do magistrado, advinda do art. 371 do CPC como critério decisional a partir da valoração probatória, a análise e valoração dos elementos de prova partindo de um mero ato discricionário e subjetivo passa a ser racionalizada e ponderadamente motivada, devendo o magistrado demonstrar na

decisão que a prova se funda em bases racionais e idôneas que a tornam aceitável e controlável.

A partir de toda evolução do contexto da valoração probatória até o livre convencimento motivado, a motivação passa a ser um controle de poder atribuído ao juiz no momento em que se avaliam as provas, fatos e argumentos, de forma que seja obrigatória a explicação da escolha daquela que irá influenciar no processo ou na obtenção do direito.

Para TARUFFO (2013, p. 94), um sistema marcado por provas legais afasta-se da ideia de fundamentação racional:

Un ordenamiento que todavía prevea normas de prueba legal –y en la medida en que las prevea– no adopta una concepción racional de la decisión, porque la evaluación posiblemente racional de las pruebas que el juez podría efectuar en el caso concreto sustituye a una determinación general y abstracta. Esta elección no está apuntada a una averiguación racional de la verdad de los hechos, ya que las normas de prueba legal apuntan a constituir ex ante una suerte de certeza puramente formal que no tiene nada que ver con la verdad.

Marinoni e Arenhart (2019) diferenciam o raciocínio probatório e o raciocínio decisório, ao passo que a motivação, trata-se de um discurso justificativo, que deve partir de princípios reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que se atua, não se confundindo com uma ciência exata ou com a lógica absoluta da matemática pura. A impossibilidade do raciocínio probatório se basear na demonstração própria à matemática não pode redundar na aceitação de que a decisão do juiz possa restar sem controle, e assim, sem uma justificação racional. Assim, a ampliação do conceito de demonstração objetiva deixar clara a possibilidade de o juiz demonstrar e justificar as suas razões de modo racional.

A racionalidade evita que o argumento de escolha do juiz seja calcado por um discurso superficial, retórico, vazio ou influenciado pela emoção tornando-se irracional. Para Taruffo (2006, p. 294), “a discricionariedade da valoração que o juiz deve formular lhe impõe a aplicação de regras da razão para chegar a uma decisão intersubjetivamente válida e justificável”. Portanto, há racionalidade da justificação do juízo de valor na medida em que é baseado em uma argumentação logicamente válida e controlável.

Por isso, a decisão judiciária deve se fundar em critérios e métodos racionais e a partir daí ser motivada, devendo o juiz justificar as suas razões, uma vez que essa

justificação tem relação com a necessidade de controle das decisões. Não se trata de controlar o que o juiz pensou, o que seria impossível, mas sim de controlar a racionalidade das razões que ele apresenta para justificar a decisão (MARINONI; ARENHART, 2015).

Nas duas únicas vezes que o novo código menciona a palavra “convencimento” o legislador se preocupou em reforçar a necessidade de fundamentação das decisões. O art. 371 estabelece que o juiz ao apreciar a prova constante dos autos deverá indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento. O art. 298 prescreve que mesmo quando o juiz se manifestar sobre tutela provisória deverá motivar seu convencimento de modo claro e preciso.

É o que apontam Arruda, Granado e Ferreira (2019, p. 188) no sentido de que o novo código reflete uma tentativa de minimizar a insegurança jurídica, de modo que “o novo texto confere maior racionalidade à atividade judicial brasileira, na medida em que exige decisões completas e fundamentadas, e estabelece a necessidade de maior vinculação aos precedentes”.

Sendo assim, não se admite à luz do CPC/15 qualquer carga de irracionalidade na motivação em relação às provas ou à decisão, de modo que o juiz examine as provas por “apreciação livre”. Tal conduta apenas demonstra que a não limitação do magistrado às provas tarifadas como uma forma de superação ao sistema da prova legal.

Para Marinoni (2019), se o juiz tem o dever de motivar a sentença, é preciso que ele possa decidir com base em critérios racionais explicáveis, sendo a decisão fundada nesses critérios racionais e que o juiz justifique racionalmente a sua decisão.

Para o controle da racionalidade da justificação, deve-se verificar se a versão fática está evidenciada por meio de provas e se os critérios de valoração da prova e de relação entre as várias hipóteses fáticas, provas e, em especial as regras de experiência sejam dotadas de racionalidade.

Além disso, o juiz deve verificar a congruência das narrações, ou seja, aquelas que estabelecem uma ligação com os fatos provados.

Nessa linha Streck (2014, p. 303):

Dizer que as decisões judiciais devem ser controladas (fundamentação da fundamentação, como venho afirmando) não implica uma volta ao exegetismo ou “proibição de interpretar). Interpretar é aplicar. É atribuir sentido. O que quero dizer é que tal circunstância não eleva o intérprete a

“senhor dos sentidos” ou a “proprietário dos meios de produção das significações”.

As frequentes decisões que se refiram a apenas as provas que confirmaram a parte vencedora, ou que retalham as provas para dar fundamento à versão do vencedor, não podem valer-se, uma vez que estaríamos diante de um raciocínio justificativo e não do raciocínio decisório. Nesse caso, o juiz não está buscando critérios racionais para decidir e sim argumentos para justificar como decidiu (MARINONI; ARENHART, 2019).

Nessa forma, o julgador não tem a liberdade de convencimento para apenas citar uma norma/súmula/precedente/doutrina ou tese fundada no livre convencimento, sem enfrentar sua correlação com o caso e, para isso, está vinculado ao trabalho realizado em contraditório das partes (arts. 7º e 10º CPC/15) (BAHIA *et. al.*, 2018).

Nesse sentido, há limitações às quais devem ser respeitadas de maneira imperiosa pelo órgão jurisdicional, externadas pelo exercício da racionalidade na identificação dos elementos de prova colhidos nos autos e no reconhecimento dos elementos preponderantes a fim de sustentar o ato decisório legitimado pela obrigatoriedade de motivação dos provimentos (BAHIA *et. al.*, 2018).

1.1.5 A MOTIVAÇÃO RACIONAL

A partir do Novo CPC/15 pode-se notar a necessidade de motivações racionais tanto para a análise probatória quanto para as decisões judiciais, garantindo que a parte não se sujeite ao poder estatal diante de uma decisão proferida por um juiz livre para agir ou se omitir no processo em que não se atenda ao dever de fundamentação.

Ocorre que o problema encontrado no livre convencimento motivado é que o critério de motivação das decisões judiciais é insuficiente e não atenderia ao controle racional da atividade jurisdicional exigido pelas garantias constitucionais, uma vez que o juiz seria “livre” para “pinçar” os elementos os quais acharia pertinente para tirar suas conclusões.

Para Streck (2011) há uma nova responsabilidade política do juiz, no sentido de que ele não seria mais o protagonista do processo, a fundamentação é a condição de possibilidade para a legitimidade da decisão, sendo que esta não pode estar baseada no sentimento pessoal do julgado.

Taruffo (2013 p. 97, apud MEDINA, 2015, p. 394), alerta quanto à ocupação da lei processual ao atribuir uma fundamentação racional da decisão no que diz respeito aos fatos que, quando bem identificados, segue-se na definição de suas consequências jurídicas. Para fins de justificação racional da decisão, no entanto, é importante ter presente esses momentos, não como compartimentos separados da sentença, mas como passos que devem ser tomados a fim de que a decisão judicial se repute fundamentada, em completo.

Essa, portanto seria a solução ao problema da "motivação fictícia" em que a sentença contém um discurso formal destituído de fundamentação racional:

Mas o fato de se ter extirpado tal expressão da lei processual é carregado de simbologia: à luz do Código de Processo Civil de 2015, fica claro que não se admite qualquer carga de irracionalidade, na motivação da decisão judicial, em relação às provas. De todo modo, essa conjuntura exige, para concretizar-se, um comprometimento político do juiz, no sentido de acomodar-se em substância, e não apenas formalmente, à exigência de que as decisões judiciais sejam racionalmente fundamentadas (MEDINA, 2015, p. 394).

Podemos notar que a jurisprudência brasileira continua adotando uma noção muito ampla de liberdade e restritiva de motivação, no momento em que estão presentes nas sentenças ou acórdãos, expressões como "o magistrado não fica preso ao formalismo da lei" "o juiz na linha de precedentes do STF não está obrigado a responder todas as questões articuladas pelas partes" "o juiz pode dar à prova o valor que entender adequado", "o juiz não é obrigado a enfrentar todos os argumentos trazidos aos autos". Ocorre que tais ponderações dão margem para a arbitrariedade na condução do processo, dificultando, assim, um amplo acesso à justiça efetiva.

Para tanto, os juízes, tribunais e até mesmo enunciados provam a adoção do "livre convencimento" (já superado) como álibi teórico para justificar a manipulação do material probatório, a inviabilidade de produção de provas e a remissão à exigência de fundamentação das decisões judiciais, condutas inteiramente contrárias a um processo efetivamente democrático.

Ocorre que os juízes, ao se valerem de uma independência "epistêmica" adotam assim uma visão simplista de posição de assimetria com as partes, abrindo um vão de liberdade de julgar para que assim se distancie do processo de construção da decisão final, fruto de uma comunidade de trabalho da qual participaram. Nesse sentido, Alvim, Granado e Ferreira (2019, p. 189):

Como corolário dessa independência, o juiz submete-se unicamente a sua convicção (livre convencimento motivado); não se lhe podem solicitar explicações quanto àquilo que haja decidido, não mais existindo nos sistemas constitucionais contemporâneos o antigo *ius respondendi*, ou seja, a obrigação de o juiz explicar suas decisões; os juizes não são obrigados a aceitar decisões de outros juizes e tribunais, valendo estas, única e exclusivamente, pelo poder de persuasão de que gozem, nunca como precedentes autoritários em nosso sistema constitucional.

Parece haver em parcela da doutrina processual certa confusão entre a independência funcional do magistrado, prevista pela CFB/88, e uma espécie de “independência epistêmica”, como se a linguagem não fosse pública, como se os sentidos não deitassem num solo comum de compreensibilidade, a partir do qual não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Com a superação do esquema sujeito-objeto concluímos que nenhum ser é dono dos sentidos, se tais sentidos são públicos e revestidos por um poder cogente pelo Estado, o juiz deve prestar contas sobre o uso do sentido perante os demais intérpretes, aí está a questão da intersubjetividade (STRECK; DELFINO; LOPES, 2017, p. 199).

Conforme podemos observar, o livre convencimento motivado permanece sendo aplicado pelos Tribunais, no sentido de justificar o indeferimento de provas, a produção de ofício pelo magistrado ou a consideração de determinado elemento de prova em detrimento de outro sem o necessário dever de motivação das decisões.

Isso porque no campo jurisprudencial, são incansáveis as decisões no sentido de conferir que a orientação do princípio do livre convencimento motivado possa autorizar o julgador a determinar as provas que entende necessárias à solução da controvérsia, principalmente no sentido de que não configura cerceamento de defesa o indeferimento de produção de prova quando o magistrado, entendendo substancialmente instruído o feito, motiva a sua decisão na existência e provas suficientes para a formação do seu convencimento” (STJ, 3ª T. AgRg no AREsp 684319/MG, julgado em 07.06.2016).

Como se não bastasse, ainda permanece notória a concepção de que as provas se destinam ao convencimento do julgador, e podem ser dispensadas quando, solipsisticamente, entender que não terão a possibilidade de influir na compreensão judicial, é o que se extrai de algumas ementas colhidas abaixo, as quais continuam válidas:

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE LICITAÇÃO. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280/STF. NECESSIDADE DE EXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7/STJ. RECURSO ESPECIAL ADESIVO PREJUDICADO.

1. Não ocorre contrariedade ao art. 535, inc. II, do Código de Processo Civil, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional.

2. A questão relativa à suposta quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de permissão de serviço de público foi expressamente tratada na decisão do juízo singular.

Sendo assim, o Tribunal de origem, ao agregar outros fundamentos para manter a improcedência do pedido de indenização, não violou o disposto no art. 515 do CPC.

3. Isso porque o magistrado não está vinculado ao fundamento legal invocado pelas partes ou mesmo adotado pela instância a quo, podendo qualificar juridicamente os fatos trazidos ao seu conhecimento, conforme o brocardo jurídico *mihi factum, dabo tibi jus* ("dá-me o fato, que te darei o direito) e o princípio *jura novit curia* ("o Juiz conhece o Direito").

4. De igual modo, não prospera a arguição de ofensa aos demais dispositivos do CPC, quais sejam, os arts. 125, 425 e 435, ao argumento de que o processo foi sentenciado sem que fosse concluída a fase probatória, bem como os arts. 131, 436 e 458, II, porque não teria sido acolhido o laudo técnico judicial.

5. Na linha da iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça, o magistrado não está obrigado a realizar todas as perícias requeridas pelas partes. Ao revés, dentro do livre convencimento motivado, pode dispensar exames que repute desnecessários ou protelatórios. Na hipótese, se não foi deferida a diligência complementar - esclarecimentos adicionais ao perito -, é porque o juiz do processo a entendeu irrelevante.

6. Ademais, por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório carreado aos autos, portanto não está o magistrado adstrito ao laudo pericial realizado, eis que pode formar sua convicção com outros elementos ou fatos existentes nos autos, o que ocorreu na espécie.

7. Quanto ao mérito, com base no exame das cláusulas contratuais, das planilhas elaboradas pelo DFTRANS, do Decreto Distrital n. 2.456/88 e da Lei n. 242/92, o Tribunal de origem concluiu que não teria sido comprovado o prejuízo supostamente sofrido pelas recorrentes nem o descumprimento das condições da permissão do serviço de transporte coletivo, razão pela qual seria incabível qualquer indenização.

8. Nesse contexto, eventual ofensa aos arts. 58, §§ 1º e 2º da Lei n. 8.666/93; e 9º, § 2º, 10 e 40, parágrafo único, da Lei n.8.987/95 seria reflexa, e não direta, porque o deslinde da controvérsia exigiria a interpretação de cláusulas contratuais e de legislação local, além do reexame de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do enunciado das Súmulas 5 e 7 do STJ e 280 do Excelso Pretório.

9. De notar que esses fundamentos de natureza probatória, autônomos e suficientes à manutenção do aresto recorrido, não foram impugnados nas razões do recurso especial, mormente por ser defeso o seu reexame na via eleita (Súmula 7/STJ), permanecendo, portanto, incólumes.

10. De qualquer forma, o segundo fundamento adotado pelo Tribunal de origem e impugnado no especial encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de ser necessário o prévio procedimento licitatório para a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de permissão de serviço de transporte público.

11. Sendo assim, torna-se prejudicado o exame do recurso especial adesivo, no qual se aponta ofensa ao art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, por não ter sido reconhecida a prescrição trienal.

12. Recurso especial principal das permissionárias a que se nega provimento e recurso especial adesivo do Distrito Federal e DFTRANS prejudicado. (REsp 1352497/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 14/02/2014)

RÉCURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DECISÃO ULTRA PETITA. INDEFERIMENTO DE PROVA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. SÚMULA 83 DO STJ. RECURSO NÃO ADMITIDO. (Recurso Especial, Nº 70077311074, Primeira Vice-Presidência, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em: 19-08-2018) (TJ-RS - "Recurso Especial": 70077311074 RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 19/08/2018, Primeira Vice-Presidência, Data de Publicação: 22/08/2018);

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADA. CONTRATO EMPRESARIAL. PARITÁRIO. AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. RECUSA DO LOCADOR EM TRANSFERIR O PONTO COMERCIAL A TERCEIROS. POSSIBILIDADE (ART. 13 DA LEI N. 8.245/91). CENTRO COMERCIAL EQUIPARADO A SHOPPING. CONTRATO LOCATÍCIO. ATÍPICO (ART. 54 DA LEI N. 8.245/91). POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO 13º ALUGUEL. APELO NÃO PROVIDO. 1. O código processual adotou como sistema de valoração das provas o da persuasão racional, também chamado sistema do livre convencimento motivado, segundo o qual o magistrado tem liberdade para formar a sua convicção, devendo apresentar os fundamentos de fato e de direito no decisum. **O juiz é o destinatário da prova, e, segundo o art. 371 do CPC, deve zelar pela efetividade do processo, indeferindo as provas inúteis ou meramente protelatórias.** 2. O art. 421-A, do Código Civil, destaca que "os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção?". Inexistindo vulnerabilidade entre as partes, o contrato não deve ser interpretado de forma mais benéfica a uma das partes, como prevê os artigos 423 e 424, ambos do Código Civil, privilegiando-se o princípio da autonomia da vontade. 3. Os contratos de locação não residencial não são automaticamente prorrogados, conforme prevê o art. 56 da Lei n. 8.245/91, devendo a pretensão da locatária ser analisada nos moldes do último contrato vigente. 4. Na teoria da perda de uma chance, busca-se a reparação de danos, morais ou materiais, em casos que em que a vítima não obtenha determinado resultado por culpa de um agente causador do dano. Desse modo, há a necessidade de três requisitos para que se concretize a obrigação de indenizar, quais sejam o dano, o ato ilícito e o nexo causal. Estando ausente o ato ilícito, não há que se aplicar a teoria da perda de uma chance. 5. A cláusula que prevê o pagamento do 13º aluguel foi acordada entre empresários, isto é, no bojo de um contrato paritário, de modo que a autonomia de vontades na sua celebração afigura-se incontroversa. 6. Negou-se provimento ao apelo. TJDF - (0727478-35.2021.8.07.0001 - Res. 65 CNJ), 3ª Turma Cível, Relatora Ana Maria Ferreira da Silva, Publicado no DJE: 10/06/2022;

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE TRÂNSITO. INFRAÇÃO AO ART. 165 DO CTB (DIRIGIR SOB EFEITO DE ÁLCOOL). PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU COM O RECOLHIMENTO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E COM A SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA.

SUPOSTO INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ART. 330, I, DO CPC/1973 (ART. 355, I, DO CPC/2015). CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA DENTRO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEVIDAMENTE RESPEITADOS. INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. **Cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da realização de prova, não implicando cerceamento de defesa o julgamento com base nas provas existentes nos autos, se a prova testemunhal que a parte pretendia produzir era desnecessária ao deslinde da "quaestio".** (Apelação Cível n. 2013.034878-0, de Pomerode, Relator: Des. Jaime Ramos, julgada em 26/3/2015). IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE E CONFECÇÃO DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA PELOS AGENTES DE TRÂNSITO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. INEXISTÊNCIA DE PROVA CABAL CAPAZ DE DERRUIR A VERACIDADE E A LEGALIDADE DE TAIS ATOS. HIGIDEZ DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. Destaque-se, a propósito, que o Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito goza de presunção juris tantum de veracidade, a qual não foi derruída por prova contrária, de modo a permitir que, com fundamento nas informações nele contidas e em análise aos demais documentos juntados aos autos, se obtivesse o resultado claro do contexto no qual se operou o acidente. (TJ-SC - AC: 00017039820148240076 Turvo 0001703-98.2014.8.24.0076, Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz, Data de Julgamento: 23/05/2017, Segunda Câmara de Direito Público).

APELAÇÃO CÍVEL RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INTERRUÇÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2017. MUNICÍPIO DE SANTANA DA BOA VISTA, LOCALIDADE DE VILA MINAS DO CAMAQUÃ, COMARCA DE CAÇAPAVA DO SUL. PROVA DE AUSÊNCIA DE INTERRUÇÃO DA UNIDADE CONSUMIDORA NO PERÍODO ALEGADO. FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DA PARTE AUTORA NÃO COMPROVADOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. **Preliminar de cerceamento de defesa afastada. "O juiz é o destinatário da prova e pode, assim, indeferir, fundamentadamente, aquelas que considerar desnecessárias, a teor do princípio do livre convencimento motivado..."** (AgInt no REsp 1619836/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 22/08/2018). 2. A demandada, na qualidade de concessionária de serviço público essencial, tem o dever de fornecer energia elétrica de forma adequada, eficiente, segura e contínua (art. 22 do CDC), respondendo objetivamente pelos danos que decorram de defeito na prestação do seu serviço. Incumbe à parte autora a demonstração da ocorrência do evento danoso, bem como do nexo de causalidade entre os danos e a alegada falha na prestação do serviço (arts. 37, §6º, da Constituição Federal e 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor) e a ré, por sua vez, comprovar ausência de defeito na prestação do serviço, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (§ 3º, do art. 14, do CDC) ou, ainda, a ocorrência de caso fortuito ou força maior (art. 393, do Código Civil). 3. Aplica-se o prazo de 48 horas estabelecido no artigo 176 da RN 414/2010 da ANEEL para o restabelecimento da rede elétrica na zona rural. Na hipótese, a ré acosta aos autos relatórios da Unidade Consumidora a comprovar a ausência de interrupção de energia na UC. Sentença de improcedência mantida. 4. Pedido contrarrecursal de condenação da autora nas penas de litigância de má-fé acolhido. 5. A responsabilidade pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios é da parte que restou vencida (art. 82, §2º e 85, caput, do CPC), no caso, a parte autora, que optou por ajuizar ação temerária, sabendo da ausência de interrupção do fornecimento de energia elétrica. APELAÇÃO DESPROVIDA. PEDIDO CONTRARRECURSAL ACOLHIDO. (Apelação Cível,

Nº 50017458120198210040, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Thais Coutinho de Oliveira, Julgado em: 26-05-2022);

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. QUEDA EM CAMPING DE LAZER. ATENDIMENTO DAS LESÕES POR SOCORRISTAS. DEFEITO DO SERVIÇO NÃO EVIDENCIADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS DANOS E A CONDUTA DA PARTE RÉ NÃO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. PRELIMINAR DE **CERCEAMENTO** DE DEFESA. AFASTAMENTO. 1. **PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. É PRERROGATIVA DO JULGADOR O GERENCIAMENTO DO PROCESSO E O INDEFERIMENTO DE PROVAS QUE CONSIDERAR NÃO PERTINENTES, VIGORANDO O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.** ARTIGOS 370 E 371 DO CPC. CASO CONCRETO EM QUE O INDEFERIMENTO DA PROVA POSTULADA PELA PARTE AUTORA RESTOU DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO, TENDO O MAGISTRADO DE ORIGEM FIRMADO SUA CONVICÇÃO COM BASE NOS ELEMENTOS DE PROVA JÁ CARREADOS AOS AUTOS. **CERCEAMENTO NÃO EVIDENCIADO.** 2. RESPONSABILIDADE CIVIL DA PARTE RÉ. ÔNUS PROBATÓRIO. CONQUANTO NÃO TENHA CONTRATADO DIRETAMENTE OS SERVIÇOS DO ESTABELECIMENTO REQUERIDO, A AUTORA FIGUROU COMO CONSUMIDORA POR EQUIPARAÇÃO, NA MEDIDA EM QUE USUFRUIU DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA RÉ. SENDO ASSIM, APLICÁVEIS AS NORMAS DO CDC AO CASO CONCRETO, INCLUSIVE COM A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TAL CIRCUNSTÂNCIA, ENTRETANTO, NÃO RETIRA DA PARTE AUTORA O ÔNUS DE DEMONSTRAR MINIMAMENTE A VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO INVOCADO, CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DISPOSTIVO, CONSAGRADO NO ARTIGO 373, INCISO I DO CPC. 3. CASO CONCRETO. 3.1. NA ESPÉCIE, NARROU A PARTE AUTORA QUE PASSEAVA PELAS DEPENDÊNCIAS DO ESTABELECIMENTO RÉU - UM SÍTIO DE LAZER -, QUANDO ESCORREGOU EM UMA DAS PEDRAS E VEIO A MACHUCAR O BRAÇO. NA SEQUÊNCIA, FOI ATENDIDA POR SOCORRISTAS QUE ESTAVAM NO LOCAL, OS QUAIS PRESTARAM OS PRIMEIROS SOCORROS DE FORMA DESPREPARADA, SEGUNDO SUSTENTA A REQUERENTE. AINDA, ASSEVERA QUE INEXISTIA AMBULÂNCIA NO LOCAL, FATOR QUE CONTRIBUIU PARA OS DANOS EXPERIMENTADOS. 3.2. CADERNO PROBATÓRIO PRODUZIDO NOS AUTOS QUE, NO ENTANTO, APONTA PARA A AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DA RÉ E OS DANOS SOFRIDOS PELA DEMANDANTE. A PROVA PERICIAL, EM ESPECIAL, CONCLUIU PELA ADEQUAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELOS SOCORRISTAS, CUJA ATUAÇÃO NÃO CONTRIBUIU DE QUALQUER FORMA PARA O QUADRO SALUTAR ENFRENTADO PELA REQUERENTE. ADEMAIS, NÃO RESTOU DEMONSTRADA A NECESSIDADE LEGAL DA PRESENÇA DE AMBULÂNCIA NO LOCAL, NÃO TENDO A PARTE REQUERENTE APONTADO A EXISTÊNCIA DE NORMA VIOLADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS QUE MERECE SER CONFIRMADA, SEJA PELA NÃO CONSTATAÇÃO DE DEFEITO NO SERVIÇO PRESTADO, SEJA PELA AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS DANOS E A CONDUTA DA PARTE REQUERIDA. APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 50018796520158210035, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em: 25-05-2022);

No âmbito do STJ, não obstante a nova redação do art. 371 do CPC/15 acerca da valoração probatória, tem-se adotado a orientação no sentido de que:

Cabe ao magistrado verificar a existência de provas suficientes nos autos para ensejar o julgamento antecipado da lide ou indeferir a produção de provas consideradas desnecessárias, conforme o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional (AgInt em Agravo em Recurso Especial 912.985-BA, Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 01.09.2016)

Durante a vigência do CPC/73, igualmente podemos notar em alguns julgados que não houve mudança no comportamento geral dos juízes ao invocar o livre convencimento motivado para justificar o indeferimento de provas trazidas aos autos, quando, solipsisticamente entender que não terão a possibilidade de influir na sua compreensão:

O magistrado é o destinatário das provas produzidas no processo, cabendo a ele, com base no Livre Convencimento Motivado, indeferir a produção de provas que julgar impertinentes, irrelevantes ou protelatórias, sem importar em cerceamento de defesa, ou determinar o acolhimento daquelas que considerar essenciais ao enfrentamento da controvérsia, conforme dispõe os arts. 130 e 131 do CPC/73 (equivalentes ao art. 370, caput e parágrafo único do CPC/15).

Nesse sentido, Streck, Nunes e Cunha (2016, p. 1.008), entende ser preciso que “o juiz, ao decidir, expresse qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e por que é aplicável no caso concreto”. Ainda assim, faz uma denúncia aos entendimentos anteriormente mencionados, em que o juiz argumenta que indefere determinada prova fundamentada, de forma genérica e sem respaldo legal, apenas no seu “livre convencimento” ou em outra expressão que o valha.

Não se está, a partir de uma leitura ‘originalista’ do novo CPC, dizendo que o juiz, agora, é uma figura inerte, apenas assistindo a luta entre as partes. Uma leitura em conjunto dos dispositivos do CPC indica que isso não é assim. Continua a existir o poder de buscar provas de ofício, por exemplo. Além disso, a própria substancialidade do devido processo legal não permite que haja manipulação probatória pelas partes (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016, p. 113).

Por sorte, podemos ver que em alguns casos a tese do livre convencimento utilizada para afastar a produção de provas pelas partes foi caracterizada como cerceamento de defesa, sendo portanto, afastada.

RECURSO INOMINADO. TERCEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO EM VEÍCULO POR ALEGAÇÃO DE LOMBADA IRREGULAR. DIREITO NÃO EVIDENCIADO NO JUÍZO DE ORIGEM POR AUSÊNCIA DE PROVAS. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. 1. Apesar da jurisprudência entender que a ausência de decisão para arguição das provas finais que as partes têm interesse de produzir não caracterize **cerceamento** de defesa, a ação foi julgada improcedente por falta de provas

suficientes à formação do direito perseguido pela autora. 2. No mérito, é fato que a autora postulou pela produção de provas ao final da réplica, todavia, vindo o feito a ser julgado improcedente, sob o fundamento de ausência de provas suficientes do direito alegado. Sendo assim, para o perfeito deslinde do feito, se faz necessária a intimação das partes para poderem especificar as provas e serem analisadas pelo juízo de origem antes da prolação da sentença. 3. **Em que pese o previsto no art. 371, do CPC, instituto do Livre Convencimento Motivado do Juiz, no caso em apreço, não oportunizar prova requerida, ou sequer apreciar o pedido, configura cerceamento de defesa, com base no previsto no art. 5º, incisos LIV e LV da CF.** RECURSO INOMINADO PROVIDO. ACOLHIDA A PRELIMINAR DE **CERCEAMENTO** DE DEFESA, COM O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA OPORTUNIZAR PEDIDO E PRODUÇÃO DE PROVAS. UNÂNIME. (Recurso Cível, Nº 71010213817, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Laura de Borba Maciel Fleck, Julgado em: 01-04-2022);

Em contrapartida às tais raciocínios, podemos notar o uso do livre convencimento como superação à prova tarifada na legislação brasileira:

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE IRRF. Ano calendário: 2002, 2003 COMPENSAÇÃO. IRRF. MEIO DE PROVA. RETENÇÃO DO IMPOSTO. FATURA APRESENTADAS PELO CONTRIBUINTE. NÃO VIOLAÇÃO AO ARTIGO 55 DA LEI Nº 7.450/85. SISTEM A DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. O artigo 55 da Lei nº 7.450/85 deve ser interpretado à luz do sistema do livre convencimento motivado do julgador, de modo que se revela possível a comprovação, no caso concreto, da retenção do imposto de renda, para fins de compensação, por outros meios que não aquele referido no dispositivo legal.

James Goldschmidt afirma que “a liberdade que se concede para a apreciação da prova não é um mero arbítrio, e sim uma margem de atuação ajustada a deveres profissionais”. Ao tentar resolver um problema, essa assertiva cria outros: qual a margem de atuação do julgador e quais deveres profissionais deve ele observar? Destaca-se também que “a doutrina liga de forma muito especial contraditório, motivação e direito ao processo justo”. Sem motivação, a decisão judicial perde duas características centrais: a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação (DIDIER JÚNIOR *et. al.*, 2016, p. 399).

Ademais, a importância da efetiva e meticulosa valoração das provas reflete um caminho mais objetivo de se tomar uma decisão justa e efetiva, tendo em vista o largo e ininterrupto volume de demandas que tramitam no Sistema Judiciário.

Para o Superior Tribunal de Justiça, portanto, a produção da prova é destinada exclusivamente ao juiz; e será produzida no limite do que ele entender necessário para o seu convencimento, ficando legitimado o automático indeferimento da prova. Essa orientação parte de uma interpretação conjunta do artigo 131 do Código de

Processo Civil de 1973, por meio dos quais, segundo a ótica daquela Corte Superior, se extrai uma regra (o “princípio do livre convencimento motivado”, referido nas ementas acima analisadas) aplicável não só para a valoração da prova, mas também para a admissibilidade dela.

E, é em tal contexto que acaba por se aceitar a ideia de que o juiz, quando pretensamente já tenha "identificado" a norma - previamente estabelecida - aplicável àqueles fatos, tem o poder de indeferir as provas que entender desnecessárias para o seu convencimento. Quer dizer, a admissibilidade da prova acaba por ser analisada mediante a valoração antecipada de seu resultado, assim introduzindo o silogismo judiciário.

A afirmativa de que o juiz seria “o único destinatário da prova” ou de que tais provas esclarecem apenas o interesse das partes exclusivamente na prestação da tutela jurisdicional não pode ser vista de maneira restrita. Isso porque o juiz sendo livre para escolher quais teses ou elementos de prova serão objeto de apreciação sem a devida observância ao ônus de argumentar sua escolha ou o motivo dos elementos coligidos nos autos terem sido descartados, não se traduz em nada senão um arbítrio.

Para Marinoni e Arenhart (2016), ao obstaculizar a produção de provas e eliminar a coisa julgada, não se está apenas impedindo que terceiro utilize da coisa julgada sobre questão, formada em processo a qual não participou para seu benefício, tal ato contraria os propósitos de proteção do valor constitucional da segurança jurídica imprescindível para a promoção da liberdade e para o desenvolvimento da vida social. A prova emprestada, por exemplo, permite que terceiros não participantes do processo a utilizem e possuam o interesse na coisa julgada sobre questão a qual dependeu da produção de tal prova.

Devido a expectativa da sociedade de que o Poder Judiciário, como forma de garantir a segurança jurídica, a integridade e coerência jurisprudencial, detenha a previsibilidade em relação às decisões futuras através da formação de precedentes. A inviabilidade de se produzir, valorar a prova conseqüentemente afeta a formação de precedentes pelas Cortes Supremas devido a Súmula 7 do STJ, visto que o Judiciário é um poder verticalizado, em que as instâncias inferiores devem, como regra, aplicar a lei tal como interpretada pelas cortes superiores. Portanto, não são apenas as partes que possuem o interesse na produção de provas no processo, mas sim a própria sociedade e o Estado a fim de cumprir a paz social.

Para tanto, podemos ver que as decisões solipsista fundadas no livre convencimento motivado não se encontram superadas, bem como há uma certa resistência dos tribunais na adoção de novas tendências a fim de permitirem a

adequada fundamentação dos feitos e uma efetiva valoração probatória capaz de evitar a propositura de inúmeras ações pela omissão do julgador. Além disso, diante do CPC/15, deve-se rever a posição de que o destinatário final da prova seja o juiz: no campo de um processo constitucionalizado, os destinatários da prova são todos os atores processuais e não apenas um deles (SILVA; BAHIA, 2018).

1.1.6 VALORAÇÃO DA PROVA OU MEIO DE DECISÃO? A EQUIVOCADA CISÃO ENTRE FATICIDADE E NORMA

Gajardoni (2015) defende que a problemática do livre convencimento motivado esteja calcada na confusão entre faticidade e direito, de forma que o livre convencimento motivado não foi abolido pelo CPC/15 e que a valoração da prova continua sendo livre. A partir daí, o autor afirma que apenas constitui em uma disciplina mais clara de método de trabalho do juiz, e não a extinção de autonomia do julgamento ou valoração da prova. Tratando-se de uma questão de interpretação da lei.

Tal princípio constitui um antídoto eficaz e necessário para combater os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro, suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, desde os tempos coloniais. Jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse.

Alguns processualistas afirmam que, mesmo diante do abandono do livre convencimento do CPC/15, ele ainda continua existindo. O art. 489, parágrafo 1º, CPC/15 comprovaria tal hipótese, pois se trata apenas do elemento da motivação e não da liberdade na valoração probatória.

Com isso, o autor afirma que os artigos 371 e 372 comprovam a afirmação de que subsiste a liberdade de valoração da prova no CPC/2015, ao indicar que o juiz apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado, portanto, livremente, devendo, contudo, indicar as razões da formação do seu convencimento. Ainda assim, o dever e respeito aos precedentes (art. 927 do CPC/2015) nada impacta no livre convencimento.

O fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir. E não deixou por uma razão absolutamente simples: o princípio da persuasão racional jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite. Foi concebido, sim, como antídoto eficaz e necessário para combater os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro, suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro, como

regra geral, desde os tempos coloniais (GAJARDONI, 2015, pg. 654).

Ocorre que na prática não é isso que observamos. Guilherme Valle Brum (2018, p.190) critica a tese de Gajardoni, na medida em que afirma que o “livre convencimento não está presente apenas no exame da prova em si, como se fato e Direito pudessem ser cindidos”.

Com isso, o autor cita um julgado do TJRS (Apelação nº 70047701032) em que usou-se o princípio do livre convencimento motivado para afastar a tese do Estado de que poderia haver substituição do medicamento requerido pelo autor da demanda por outro, de eficácia equivalente, fornecido no âmbito do Sistema Único de Saúde. Na ocasião os julgadores desconsideraram a liminar de cerceamento de defesa em relação à negativa do pedido de produção de prova pericial pois “o destinatário da prova é o juiz, cabendo a ele decidir se a prova pretendida é ou não pertinente”, ou seja, “o julgador é livre para dispensar as provas que entende desnecessárias para o deslinde da causa e, conseqüentemente, para formar seu convencimento”. Com isso, restou concluindo que apenas a receita fornecida pelo médico seria suficiente para a concessão do medicamento.

Tal entendimento encontra-se respaldado no RESP 1.173.795 em que os ministros entenderam que “o Tribunal de origem é soberano na análise das provas, podendo, portanto, concluir pela desnecessidade da produção de provas periciais e documentais. Isso porque, o art. 130 do Código de Processo Civil consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o Magistrado fica habilitado a valorar as provas apresentadas e sua suficiência ao deslinde da causa”. Restou, portanto, dispensada a prova pericial, desconsiderando assim, as alternativas terapêuticas fornecidas pelo SUS em razão do livre convencimento motivado.

No agravo de instrumento 70016717910, podemos ver um precedente contrário ao livre convencimento motivado. Na ocasião foi questionado sobre o valor da prescrição médica, de forma que o médico da parte apelada poderia prescrever qualquer tipo de medicamento que não tivesse na lista do SUS, portanto o Tribunal ter afastado a prova requerida pelo Estado através do livre convencimento motivado, seria desrespeitar a igualdade de tratamento, uma vez que poderiam ser realizadas as perícias a fim de verificar a possibilidade de troca por medicamentos de mesma posologia, oferecidos pelo SUS, de forma que a partir do livre convencimento motivado, o tribunal tiraria suas próprias conclusões sobre o alcance do direito constitucional à saúde:

[...] Não há prova alguma de que a autora, realmente, necessite dos medicamentos indicados na inicial, e na posologia prescrita, exceto a opinião de seu médico assistente. Mas, qual o valor dessa prescrição? A única lealdade desse médico é com o seu paciente. Daí, para ele pode pretender o impossível: medicamentos não fornecidos pela rede pública, ou de preço muito elevado, ou sequer ainda aprovados pelo Ministério da Saúde. Também pode ter a preferência por algum laboratório em especial, ou em relação a alguma marca, em detrimento do mesmo fármaco genérico, confeccionado no laboratório estatal.

Julgar a causa antecipadamente ou com tais questões em aberto, não equaciona, máxima vênia, todos os valores constitucionais envolvidos. O Estado do Rio Grande do Sul não se obrigou apenas perante a autora, nem a Constituição o obriga a prestar tratamento de excelência somente a ela, e aquinhoar-lá com o impossível, olvidando todos os demais cidadãos. É preciso buscar, simultaneamente, dois objetivos convergentes perante a Constituição: o atendimento ao necessitado e a economia de meios. Esta última é essencial para que, resolvido o caso particular da autora, sobre recursos para os demais necessitados.

A partir de tais precedentes, Brum (2018) afirma que o juiz estaria valendo de pré-concepções sobre o alcance do direito constitucional à saúde, pois a norma que nasce da interpretação do direito e resulta da decisão sobre a controvérsia probatória decorreria de uma interpretação conjugada entre a realidade e a lei.

Ao contrário de Gajardoni, afirma que o juiz não é livre para valorar a prova, pois está adstrito ao dever de respeito à coerência e integridade do Direito, e que este dever estaria positivado pelo CPC/15 em seu artigo 926, o que afasta qualquer convencimento livre, ainda que motivado. Assim, conclui-se que o livre convencimento motivado consiste em problema filosófico-hermenêutico que não pode ser resolvido por jargões, máximas ou princípios.

Na Apelação Cível nº 0300734-77.2015.8.24.0010 podemos notar que o livre convencimento motivado foi, do mesmo modo, utilizado para justificar um critério de decisão baseado em uma percepção individual de justiça, como se conclui no acórdão proferido pelo TJSC, ao afirmar que “A partir do Livre Convencimento Motivado o magistrado está autorizada a decidir da forma que lhe parecer mais justa e adequada a partir dos dados apresentados no processo, desde que expressamente apontadas as razões do *decisum*”.

Como se não bastasse, ainda sobre a problemática de ser o livre convencimento motivado um método também de práticas decisórias, em acórdão proferido pelo TJSC, na vigência do novo CPC/15, restou decidido que o magistrado está autorizado a não apreciar todas as teses e argumentos suscitados pelas partes não estando obrigado a ater-se aos fundamentos por elas apresentados, nem mesmo a rebater um a um todos os argumentos levantados nos autos, mesmo que tal conduta viole o art. 489, §1º, inciso IV do Código de Processo Civil, e ainda assim, que a

insatisfação quanto ao deslinde da causa não oportuniza a oposição de embargos de declaração, motivo pelo qual os embargos opostos pelas partes foram negados.

Além de acarretarem nulidade do julgamento, sendo demonstrada a falta de fundamentação das decisões judiciais nos julgados anteriormente expostos, podemos notar que há uma falta de entendimento por parte dos aplicadores do direito em relação à facticidade (interpretação) e norma (aplicação). A livre valoração da prova pelo juiz, impulsionada pela persuasão racional, só é possível e recomendável através do exercício do contraditório cooperativo, em que as partes, através do cumprimento do adequado ônus argumentativo, influenciam na formação da convicção do órgão julgador, assim como já existe o contraditório no CPC/73, não afetaria a liberdade que o juízes continuarão a ter de valorar a prova motivadamente.

2 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CALCADA NO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O presente capítulo propõe-se a fazer uma análise acerca da democratização do processo civil e da legitimação democrática das decisões judiciais, previamente ao tema principal. Na abordagem, será feita uma precisa explicação sobre uma tradição a qual vincula a problemática da discricionariedade judicial a uma possível superação do livre convencimento motivado como paradigma de uma fundamentação jurídica adequada ao texto constitucional.

Para tanto, analisa-se a importância da Crítica Hermenêutica do Direito na redefinição dos poderes decisórios do juiz no processo e da busca pela verdade através do giro-ontológico-linguístico, bem como da necessidade de observância da integridade e coerência do Direito a partir de uma leitura com base na efetividade das decisões judiciais em consonância com o Estado Democrático de Direito. Em seguida, observa-se que a fundamentação é o resultado do processo de motivação na qual se extrai a interpretação através da apreensão da realidade dos elementos do processo para que assim se possa proferir uma decisão adequadamente fundamentada.

Então, verificou-se as disposições do texto constitucional permitem atestar que a Constituição Federal contemplou o princípio do contraditório em dimensão substancial, o que orienta toda a estruturação normativa do novo sistema processual.

2.1 A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A expressa garantia do devido processo legal demonstra que o Direito

Processual Civil no Estado Constitucional é necessariamente refletido na teoria dos direitos fundamentais, de modo a prevalecer os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica como pilares do Estado Constitucional, uma vez que são o fundamento de um processo destinado à tutela dos direitos por meio de uma decisão justa, à formação de precedentes judiciais, de modo a servir às partes e à sociedade em geral servindo como pilar ao Estado Democrático de Direito.

Influenciado pelo sistema político do Estado Novo, o principal objetivo do CPC de 1939 era eliminar os formalismos processuais transformando-o em um duelo entre as partes em que o juiz era a figura de centralidade da prestação jurisdicional, veiculando a busca pela verdade real (art. 210 o CPC/39), de modo a permitir que haja a discricionariedade no âmbito da valoração as provas e na busca pelas mesmas.

Assim, o direito processual, como um ramo do Direito Público, além de buscar satisfazer interesses de ordem privada, deveria focar sua atuação na realização de valores sociais, de modo que o Estado-juiz deveria figurar como representante do interesse geral. A partir de uma concepção do processo como instituição voltada para o bem-estar social, incrementa-se o papel do órgão judicial, que passa a estar munido de poderes para a direção material do processo, de modo a garantir a sua marcha rápida e regular. Nesse sentido, o § 432 da *Zivilprozessordnung* (ZPO) austríaca estabelecia a prerrogativa de o juiz instruir as partes leigas em matéria jurídica, aconselhando-as acerca das consequências jurídicas de seus atos.

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, na vigência da ditadura militar, sob o pano de fundo da Escola Processual de São Paulo, moldada por Enrico Tullio Liebman, o processo era visto como um mero meio de “descoberta” da verdade e do direito com a finalidade de se alcançar fins políticos, sociais e jurídicos. A figura do juiz como um aspecto central que utiliza de escopos metajurídicos, um exemplo disto era a determinação do art. 339 com a obrigação de todos em colaborar com a atividade de descobrimento da verdade real (BAHIA *et. al.*, 2018).

Porém, via-se que o CPC/73 não estava sendo mais capaz de atender às necessidades da sociedade, tendo em vista a adoção da teoria relacionista pelo CPC/73, inaugurada por Bulow, na qual se via um modelo processual calcado no solipsismo judicial, em que eram atribuídos ao magistrado uma série de poderes e faculdades para permitir um maior controle sobre o processo de modo a atingir uma posição de superioridade entre as demais partes (advogados, Ministério Público, entre outros).

Para Humberto Theodoro Jr. (2010, p.2) houve uma grande mudança de rumo do processo, na segunda metade do século XX: a) reduziu-se a separação exagerada

que se notava no tratamento das figuras processuais em relação ao direito material, reforçando o papel instrumental do processo na realização e tutela dos direitos subjetivos substanciais, já então permeados de valores humanos e éticos, dando origem ao chamado processo justo ; e b) formou-se e consolidou-se o fenômeno da constitucionalização do processo, cujos princípios ganharam assento na sede reguladora dos direitos fundamentais.

A partir da visão constitucionalista, o processo foi visto como elemento imprescindível para que o Estado consiga atingir os fins da jurisdição, devendo cada um de seus institutos ser compatíveis com os preceitos constitucionais destinados à realização de seus valores, de forma a potencializá-los por meio do processo, uma vez que é nesta fase que poder estatal estaria plenamente vinculado ao jurisdicionado.

Isso porque o Direito Constitucional Processual é composto por uma reunião metodológica e sistemática de normas e princípios constitucionais, que influenciam e informam a interpretação de todo o sistema processual brasileiro. Tais princípios são basilares do devido processo legal e do acesso à justiça, e se desenvolvem através dos princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz.

Deste modo, o exercício do poder estatal só é legítimo se os atos de poder (provimentos ou pronunciamentos) forem construídos através de procedimentos que se desenvolvam em contraditório (CÂMARA, 2016).

Tais regras e princípios são elencados com a finalidade de garantir o atingimento da pacificação social quanto dos próprios objetivos do Estado elencados na Constituição Federal, tendo, portanto, através das regras basilares e princípios que regem o direito processual, uma função de proteger a própria Constituição. Nas palavras de Streck (2011, p. 320):

Nunca é demais repetir que o Estado Democrático de Direito se assenta em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais sociais - no sentido de que lhes é dado pela tradição - sem democracia. Há assim uma competência entre ambos. O contemporâneo constitucionalismo pensou nessa necessária convivência entre o regime democrático e a realização dos direitos fundamentais previstos na constituição.

Estabelecido a partir dos princípios constitucionais que estabelecem o modo como o processo civil deve desenvolver-se, seguindo o modelo constitucional do processo, compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais. O Código de Processo Civil aprovado em 2015, em contrapartida, alinha-se mais às conquistas constitucionais, valorizando o contraditório com ênfase ao dever de fundamentar as decisões judiciais, considerando

o exercício pleno do diálogo processual intersubjetivo, através da hermenêutica constitucional desses direitos, como instrumento de promoção da democracia, da isonomia e da soberania (esta que emana do povo) no âmbito do direito processual civil (PAULA FILHO; GOUVEIA, 2022).

Em contrapartida, com o crescimento de veículos de comunicação nas sociedades e busca por soluções cada vez mais ágeis e rápidas para solução de conflitos, cria-se uma intolerância entre os indivíduos e uma cultura da litigiosidade a qual leva o processo a não ser mais um instrumento de difícil compreensão e dissociado da realidade. De tal forma, a lei processual carece de institutos facilitadores de coerência dos atos e cooperação entre os sujeitos do processo.

Sendo assim, o Poder Judiciário não fica isento de uma possível transformação de seus atos decisórios nos moldes da sociedade atual quando confrontado pelos sujeitos que buscam uma solução de mérito justa e efetiva, que possa reduzir as tensões sociais, valorizando a pacificação e harmonização dos litigantes.

Conforme preconiza Dinamarco (1987, p. 255):

As garantias constitucionais do processo, para se efetivarem, podem se valer do aparelhamento procedimental existente. O pleno acesso à justiça depende, sobretudo, da implantação de “uma nova mentalidade no processo” destinada a envolver não apenas o legislador, mas, sobretudo, os doutrinadores e os sujeitos do processo.

Para Theodoro Júnior (2022), o entendimento pelo significado de um processo justo está marcado: a) pela observância dos direitos e garantias fundamentais; b) pelo contraditório como poder influência na decisão judicial; e c) pelo papel instrumental do processo numa aproximação com o direito material.

Podemos notar que esse transcurso de constitucionalização do processo civil levou à criação de instrumentos democráticos que permitem uma maior efetividade na participação das partes e demais interessados na formação do direito a ser prolatado na decisão judicial, o qual não foram previstos, ao menos expressamente, no revogado código, através da redação prevista nos primeiros artigos 6º, 9º e 10º do Novo Código de Processo Civil, onde há uma primazia pela participação influente das partes no julgamento da demanda:

Art. 6º. todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
I – à tutela provisória de urgência
II – às hipóteses de tutela de evidência, previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

Art. 10º. 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.

A tentativa de eliminação da arbitrariedade judicial e o enquadramento das decisões nos moldes de um Estado Democrático de Direito fundou-se na atividade de regulamentar a fundamentação judicial. O objetivo era atingir uma forma de decisão na qual possa ser objeto para as partes tirarem conclusões, em atenção ao contraditório, de modo que tal princípio não seja apenas estendido ao direito de se manifestar acerca do que está sendo discutido, mas sim, um direito de participação em que os argumentos trazidos pelas partes para a reconstrução dos fatos possam ser a causa de uma conclusão lógica da sentença.

Conforme preconiza Zaneti Júnior (2014, p. 18), Não pode ser afastada a percepção de que o processo e suas leis extravagantes são leis que regulamentam a garantia constitucional de justiça prevista pela Constituição frente ao arbítrio do Estado, e que promovem a garantia de que o exercício do poder estatal não lesione os direitos individuais e coletivos. Nas palavras de Simone Goyard-Fabre (2002, p. 126):

Do ponto de vista jurídico, a supremacia da Constituição é a característica do que se chama o "Estado Democrático de Direito", não só porque ela exclui a arbitrariedade individual dos governantes, mas porque, por comandar a processualidade da ordem jurídica firma-se também como critério de sua validade.

Por fim, surgiu-se uma busca por uma adequação do processo aos moldes de um Estado democrático, levando o atual código a prezar pela ampliação da participação das partes no processo, de forma a afastar uma prestação jurisdicional autoritariamente desenvolvida em que o juiz entrega a decisão às partes que agiam passivamente na revelação do direito.

2.2 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A INTERSUBJETIVIDADE DOS SENTIDOS

A função da hermenêutica é preservar a força normativa da constituição e a autonomia do direito. A partir da realidade de que a lei nunca antecipa em seu enunciado todo e qualquer caso na qual poderá ser aplicada, a Crítica Hermenêutica do Direito leva a crer que as garantias processuais inseridas no texto do código

processual levem à uma possível antecipação ou viabilidade de adequação formal e material com a Constituição, de modo a assumir uma posição de frente contra a discricionariedade judicial (ALVIM; CIANCI; DELFINO, 2017).

Isso porque o ato de descobrir a vontade do legislador decorre de um poder de controle do juiz sobre as decisões, na medida em que tal ato atribuiria à norma um sentido absoluto, o qual precisaria ser desvendado pela “fala autorizada” que (re)produz o *habitus* do campo jurídico.

Nas palavras de Pierre Bourdieu (1989, p. 182):

A especificidade do discurso de autoridade (por exemplo, uma palestra, sermão, etc.) consiste no fato de que não basta ser compreendido (em certos casos pode até deixar sem perder o poder) e que exerce o seu efeito específico apenas quando é reconhecido como tal.

Para Streck (2011), a visão instrumentalista do processo é ligada ao sujeito-objeto, no sentido de que depende da capacidade intelectual/ intuitiva do juiz que ficaria encarregado da função de compreender a subjetividade do sujeito, resolvendo-se assim, as formalidades que impedem a realização do direito material em conflito.

Tal visão decorre do princípio da instrumentalidade das formas o qual adequa o procedimento à correta aplicação da técnica processual, delegando ao juiz a investidura de amplos poderes de direção para adaptar a técnica em cada caso concreto, uma vez que a previsão abstrata das hipóteses é nitidamente impossível.

Portanto, a atribuição de tais poderes ao juiz autoriza uma resposta inválida à tentativa de descobrimento da vontade do legislador. Para Streck (2011) quanto mais abertas forem as normas criadas pelo legislador, sem conteúdo jurídico definido, maior será a possibilidade de o juiz adaptá-las ao às necessidades do caso concreto, não se confundindo tal poder à uma discricionariedade judicial, mas sim, um controle da técnica processual pelo legislador.

Assim, o discurso da lei leva à adoção de práticas interpretativas que podem mascarar condições de certeza sob o argumento de princípios e crenças que podem levar à alienação, exclusão ou omissão das circunstâncias atreladas ao caso, sem que se dê acesso à dúvidas ou questionamentos pelo jurisdicionado.

Warat (1994) afirma que as práticas interpretativas da lei constituem e dependem de vários saberes comuns, que operam socialmente para reforçar a opacidade da dominação político-jurídica e travar qualquer gesto de deciframento do mistério da lei e obediência. Nessa forma:

Os saberes comuns do Direito provocam uma dependência generalizada e

manipulatória. Ela é principalmente baseada no caráter culpabilizante da ideologia. Vozes morais da lei jurídica que reprimem e padronizam os desejos condicionando-os à margem das ameaças da coerção organizada e seus efeitos psicológicos (p. 21).

O “senso comum teórico dos juristas”, defendido por Streck (2011, p. 535), funcionaria como um deslocamento da interpretação jurídica para um território de “abstrações perfeitas” para as necessidades negadas pelas relações de dominação sob argumentos de princípios para produzirem uma investigação de verdades.

Desnecessário também elencar os princípios já consolidados no senso comum teórico, como o do livre convencimento do juiz, da íntima convicção e da verdade real, os quais se colocam na contramão dos avanços proporcionados pela viragem linguística. Os citados “princípios” nada mais são do que a confissão da prevalência do esquema sujeito-objeto (STRECK, 2011, p. 535).

Sendo assim, a busca pela verdade real mediante a tomada de condução da prova no processo parte de uma concepção de gerir a prova conforme a consciência, levando a interpretação jurídica ao chamado esquema do sujeito-objeto, no qual o sujeito, que está situado em frente a um mundo “objetificado e descritível”, a partir do seu cogito (filosofia da consciência), estabelece condições de interpretação e aplicação através da linguagem jurídica, de forma a desconsiderar toda a faticidade. Portanto, o ato de julgar reflete um ato de vontade em que há a delegação de compreensão pelo sujeito cognoscente ao objeto.

Isso porque a verdade não constitui um escopo processual e, no conhecimento, a sua descoberta é somente um passo (importante passo) para o pronunciamento acerca da vontade concreta do direito, ou seja, sobre a existência, inexistência ou modo-de-ser de relações jurídicas. É preciso que o juiz julgue segundo a verdade e a justiça, mas não pense que a verdade seja, no processo, um fim em si mesmo. (DINAMARCO, 2013, p.272)

Ademais, pode-se dizer que a concretude do direito através da decisão judicial vêm a partir da produção de um sentido da norma de acordo com o caso concreto, de forma com que a construção interpretativa do juiz diante da presunção de literalidade, tal atitude é inadmissível em um cenário pós-positivista (STRECK, 2011).

Sobre a hermenêutica, Welsch (2016, p. 132) afirma que “se deve enfrentar o problema do contexto no qual a enunciação tem sua origem e não o da superação da literalidade da lei”. O não enfrentamento adequado à questão pode macular o pacto democrático.

Para ressaltar o transcurso da interpretação normativa no Brasil, temos como exemplo o Decreto 23.055, de 9 de agosto de 1933, no qual houve a tentativa de

conferir força normativa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Logo no artigo 1.º do referido decreto, as justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre deveriam interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência da Corte maior. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro (Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 56, n.2, 1961), tal decreto não prevaleceu pois a jurisprudência não poderia possuir um caráter vinculatório e nem ser equiparada à norma interpretativa cujo comando não se poderia fugir. (FERREIRA, 2018, p. 18).

A despeito da discricionariedade no ato de julgar, Streck (2013, pg. 23), o solipsismo judicial se dá a partir dessa relação de dependência da interpretação e aplicação do direito ao julgador, sujeito cognoscente, no sentido de que não somente a interpretação da lei depende da consciência do decisor, mas também a produção de prova, registra-se decisão do Superior Tribunal Militar pela qual “provar é produzir um estado de certeza na consciência do Juiz, para sua convicção sobre a existência – ou não – de um fato”.

A sentença é um ato de vontade do juiz como órgão do Estado. Decorre de um prévio ato de inteligência com o objetivo de solucionar todos os pedidos, analisando as causas de pedir, se mais de uma houver. Existindo vários fundamentos (raciocínio lógico para chegar-se a uma conclusão), o juiz não está obrigado a refutar todos eles. A sentença não é um diálogo entre o magistrado e as partes. Adotado um fundamento lógico que solucione o binômio 'causa de pedir/pedido', inexistente omissão (STRECK, 2013, pg. 23).

A atividade de concretude do direito através das decisões judiciais se materializa com a produção de um sentido para o texto legal diante de um caso concreto, e através de uma concepção pós-positivista. O ponto de partida para qualquer interpretação jurídica deveria ser a busca pela verdade sem a intenção de buscar a verdade do legislador, mas sim a busca pelo sentido da lei ao caso concreto que se apresente, e essa solução se faz por meio da intersubjetividade em contrapartida com a relação sujeito-objeto.

Por esse modo, a hermenêutica se faz presente quando proporciona a intersubjetividade dos sentidos, em contrapartida a um discurso jurídico o intérprete que serve apenas a fim de descobrir o sentido encoberto da lei. Essa possibilidade de acreditar na busca dos sentidos da lei reproduz decisões que constroem uma “fala autorizada”, contra a qual nenhum dos intérpretes pode insurgir.

Welsch (2016, p. 136) refere-se ao fenômeno da fala autorizada da seguinte maneira:

A linguagem de autoridade governa sob a condição de contar com a colaboração daqueles a quem governa, ou seja, graças a assistência dos mecanismos sociais capazes de produzir tal cumplicidade, fundada por sua vez no desconhecimento, que constitui o princípio de toda e qualquer autoridade.

Isso quer dizer que as verdades são produzidas pela linguagem autorizada nunca são o resultado de um emissor isolado, estando vinculadas a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante. Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras se não é filho de uma comunidade científica de um monastério de sábios. (STRECK, 2014, p. 222).

A busca pela verdade, portanto, torna-se intersubjetiva e não se deve dar de maneira solipsista, pois assim estaríamos caindo no equívoco e buscar o sentido da lei, prática incompatível com o Estado Democrático de Direito e ligada a um poder discricionário, pois somente seria possível descobrir o sentido da lei se a lei tivesse um sentido originário absoluto.

Para tanto, os meios de solução dentro do processo civil, devem constituir um serviço disponível ao jurisdicionado formulado para o próprio jurisdicionado, e não à disposição de um Estado-juiz, afinal, o cidadão não busca à justiça para ganhar uma opinião, e sim, de ter declarado o que entender de direito.

2.3 O PARADIGMA DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO

O esquema sujeito-objeto surgiu no iluminismo, a partir da superação do objetivismo (realismo filosófico) em que os conceitos de verdade se revelam a partir da essência dos objetos (metafísica clássica), através de uma relação real entre ser e essência, de forma que um determinado enunciado linguístico dissociado da faticidade poderia ser assimilado como verdade.

Assim, o essencialismo foi substituído pelo subjetivismo, em que o conceito de verdade fica absolutamente ligado ao sujeito cognoscente, que através de um discurso de um conhecimento formado por uma pré-compreensão, fundada em experiências interiores e pessoais, exerce uma ligação ao objeto (filosofia da consciência).

Tal superação denominou-se de giro-ontológico linguístico, no qual traz uma possível resposta das indagações ao conceito de verdade, na forma que a linguagem daria sentido às coisas, e não a consciência, desse modo, a filosofia sofre uma intervenção da linguagem.

O giro-ontológico linguístico compreende-se na invasão da filosofia pela linguagem, pois é na linguagem que se dá sentido às coisas, e não na consciência de si do sujeito pensante, pois existir já é um ato de compreender e o interpretar transforma a filosofia em filosofia hermenêutica. A linguagem possibilita a compreensão dos sentidos.

Isso porque, conforme vimos anteriormente, a noção de verdade não autoriza o sujeito a construir intencionalmente o objeto a partir de suas convicções, na forma que a verdade se solidificaria no sentido do ser, pois a constatação é de que o existir já é um ato de compreender.

Para Nery (2013), a verdade não seria outra coisa além da busca do sentido do ente (fenômeno) e do seu ser (descoberta), na medida em que a ontologia se torna fundamental em que se faz análise ontológica existencial de nosso modo de ser no mundo.

Nesse sentido, Streck (2011, p. 120):

A pergunta pelo sentido do texto é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá, qual seja, através do intérprete, inserido na tradição, que compreende esse sentido. Não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que para o Direito mais interessa, da Constituição).

Para Heidegger (1926, apud NERY, 2013), toda interpretação se funda na compreensão, o ato de compreender se torna um existencial e é uma estrutura do *Dasein*. A partir da ontologia fundamental de HEIDEGGER, o sujeito não pode se colocar como fundamento do mundo, uma vez que a subjetividade não funda os objetos do mundo, de forma que o conhecimento não pode se resumir a uma representação.

O *Dasein* representaria um fim à metafísica, de modo que o mundo não é dado ao *Dasein* como um conjunto de objetos aos quais se dariam representações de sentido, e sim, que só poderíamos atribuir um sentido às coisas através da totalidade de significados que o *Dasein* sempre possuiu (os chamados elementos existenciais).

Nessa forma, a faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses existenciais (NERY, 2013).

Nas palavras de Heidegger (1926, apud NERY, 2013), o *Dasein* é a “condição particular ao ser da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo, no modo de ser da prestabilidade”. Por fim, HEIDEGGER (1926, apud NERY, 2013) buscou dar um conceito à verdade através de uma análise fenomenológica da essência do sujeito, pondo fim à metafísica clássica, a qual afirmava que o conhecimento estava nos objetos.

Dasein pode descobrir explicitamente a entidade que aparece no mundo cercar, saber dele, dispor dele, ter um “mundo”. A locução ôntica trivial de “ter um mundo circundante” é um problema do ponto de vista ontológico. Para resolvê-lo, é necessário determinar antecipadamente de uma forma ontologicamente suficiente o ser do Dasein (HEIDEGGER, 1926 apud NERY, 2013, p. 154).

Gadamer (1999) tira suas conclusões a partir da superação da metafísica de Heidegger, reforçando que o ato de compreender e interpretar só pode ser dado através da linguagem, de forma que esta seria a totalidade no interior da qual o *Dasein* se localiza e age.

Portanto, a existência de uma relação com o mundo (relação sujeito-sujeito) pressupõe a existência do *Dasein* e a interpretação seria a apropriação da totalidade, uma vez que sem a linguagem não haveria condições para que o *Dasein* estabelecesse condições de possibilidade para a compreensão.

Com ênfase na historicidade e temporalidade na busca pela verdade, Gadamer (1999, p. 485) ressalta que a história é a condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo. Não há uma contraposição entre sujeito e objeto, e sim uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade. O existir do “sujeito” é um existir histórico enquanto ser no mundo (*Dasein*), de forma que o objeto não é constituído pelo “cogito” e tampouco refletido pela consciência, mas sim, se desvela pela linguagem.

Para o autor, nessa forma, “o jurista toma o sentido da lei em virtude de um determinado caso dado, sendo a interpretação feita com conceitos prévios que podem ser substituídos progressivamente por outros mais adequados” (GADAMER, 1999, p. 485), e, nesse sentido:

Sendo assim, é razoável que nos interessemos agora em particular pela divergência entre hermenêutica jurídica e hermenêutica histórica, estudando

os casos em que uma e outra se ocupam do mesmo objeto, isto é, os casos em que textos jurídicos devem ser interpretados juridicamente e compreendidos historicamente. Trata-se de investigar o comportamento do historiador jurídico e do jurista, comportamento que assumem com respeito a um mesmo texto jurídico, dado e vigente (GADAMER, 1999, p. 485).

GADAMER (1999) ainda acrescenta que o “sentido” não se encontra somente na locução ou no que está escrito, senão em todas as criações humanas, sendo seu descobrimento uma tarefa hermenêutica.

Para isso, Streck (2011), reforça que o esquema do sujeito-objeto é uma questão ainda não superada pelos juristas, havendo, atualmente, um misto de subjetivismo e objetivismo. Desse modo, reforça uma necessidade de elaboração de uma crítica à hermenêutica tradicional assentada nos dois paradigmas filosóficos entre a metafísica clássica e a filosofia da consciência, pela qual a busca pelo sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e que pode ser compreendida pela linguagem (Gadamer), em que a linguagem não é o objeto e sim um horizonte aberto e estruturado e a sua interpretação faz surgir o sentido.

Nessa forma, a CHD advinda da matriz teórica originária da ontologia fundamental (Heidegger) busca através de uma análise fenomenológica o desvelamento pela linguagem (Gadamer) daquilo que nos tornamos através de pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo.

Ainda, Streck (2011) preconiza o círculo hermenêutico, como o fato de que ao se buscar o significado de um texto, a interpretação parte de uma compreensão prévia do todo no qual a parte se insere, sendo um elemento estrutural da compreensão que existe entre texto e contexto, fato e norma, sujeito e objeto, passado e presente. Sendo o direito entendido como a sociedade em movimento, a compreensão do texto normativo já leva em si uma expectativa de sentido o qual já vem antecipado.

Seríamos “aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico).

Através do círculo hermenêutico, que consiste num elemento de compreensão do texto normativo - o qual naturalmente possui um caráter abstrato - através dos princípios constitucionais que reproduzem um fechamento da cadeia interpretativa entre a faticidade e norma, além de que por eles, temos acesso à historicidade do

direito, além de atribuir coerência às decisões judiciais, uma vez que ela exige que os princípios aplicados em determinados casos sejam aplicados aos demais, assegurando igualdade entre os jurisdicionados (NERY, 2013). Além do respeito à integridade que impõe que as decisões sejam refletidas de modo coerente dentro de uma comunidade política.

Por isso, o ato de sentenciar não pode mais ser equiparado a um ato de silogismo, onde busca-se o sentido da lei, não é, portanto, uma atividade concretizante o direito. Sendo, portanto, inadmissível pensar que a lei seja uma premissa maior para que o caso se amolde a ela.

A solução a partir da perspectiva da CHD passa a ser necessariamente pela máxima gadameriana, em que só é possível compreender o texto da norma a partir da situação concreta na qual ele foi produzido ou no contexto em que se embasa a incidência do texto normativo, nesse modo, não se trata de buscar o sentido da lei através da consciência do sujeito pensante e sim, na própria realização do Direito ao caso concreto.

Nesse modo, a historicidade provoca no Direito, a necessidade de inclusão do mundo fático em qualquer investigar jurídico, pois a historicidade permite que o sujeito que está sob o mundo seja sempre condicionado à historicidade (NERY, 2013). Portanto, não podemos mais falar em buscar a verdade ou ciência do direito no sujeito cognoscente, pois assim voltaríamos ao esquema do sujeito-objeto.

Nessa forma, para Nery (2013, p. 117), a atividade interpretativa “é sempre histórica, por que o texto somente é abordável a partir da historicidade do intérprete, portanto um jurista não se torna um ser histórico apenas quando se desdobra sobre o produto da cultura no estudo da disciplina de história”. Mas quando efetua uma interpretação em nível e um campo, como é o do direito, ali também operam com ele e os efeitos da história. Esse talvez seja o mais importante significado daquilo que Gadamer chama de consciência da história efetual. Na interpretação de um texto ocorre uma fusão de horizontes, um diálogo hermenêutico que possibilita a compreensão do texto.

Para tanto, a intersubjetividade torna a relação (sujeito-sujeito) própria do paradigma hermenêutico, no interior do qual o sujeito desde sempre está mergulhado na linguisticidade do mundo.

A linguisticidade do mundo somente se dá a partir de um processo cooperativo e co-participativo, além da justificação e motivação para suprir o problema da atribuição de sentidos corolário ao paradigma da subjetividade, e dos dever de fundamentação das decisões (NERY, 2013). Isso porque as verdades produzidas pela

fala autorizada nunca são resultado de um emissor isolado.

Sendo assim, a CHD busca impor limites à valoração subjetiva pelo julgador busca pela verdade real buscada pelo juiz subjetivamente, a partir de sua consciência, vincula o livre convencimento ao paradigma sujeito-objeto já superado pelo giro-ontológico linguístico que permite a intersubjetividade dos sentidos na busca por uma verdade possível, histórica e temporal.

Por fim, por meio da hermenêutica a linguagem deixa de ser um mero veículo de conceitos à disposição do intérprete da norma para ser uma condição de possibilidade de manifestação do sentido da norma.

2.4 A COERÊNCIA E A INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

A partir da afirmativa de que o direito não consiste num sistema fechado em si mesmo e que não se pode admitir que o texto legislativo tenha um significado original, a busca pelo juiz de declarar a vontade do legislador para a aplicação do tipo legal, quando a vontade não estivesse clara no texto, permitia o uso da discricionariedade, extraíndo do texto a vontade da lei.

Na escola do positivismo exegético, denominada Escola de Exegese, a qual originou-se através do racionalismo inserido no mundo jurídico em meados do século XIX, a aplicação da lei pelas autoridades se desenvolveu a partir da análise da codificação, na qual admitia que o juiz ficasse imprescindivelmente restrito à letra da lei, afastando qualquer traço de subjetividade ou qualquer papel ativo na realização do direito, levando à criação do personagem “juiz boca da lei” por *Montesquieu*, após o fim da Revolução Francesa (STRECK, 2011).

Após a Segunda Guerra, com a formação das bases teóricas do Estado Democrático de Direito, foi possível uma crítica à implementação do pensamento de Büllow, na primeira metade do século XX, pois ainda carregava um caráter solipsista.

Na linha de pensamento bullowiana, o magistrado possuía certa superioridade em relação às partes, pois era visto como um ser dotado de sensibilidade, intuição e senso de justiça, o qual deveria exercitar uma atividade criadora do Direito em contraposição ao legalismo.

Tal linha de pensamento foi seguida por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman e, no Brasil, bem como foi suportada por Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, dentre outros.

Podemos ver que Dinamarco (2009, p. 303), segue tal linha de pensamento:

Permite-se (ou exige-se?) que o juiz se afaste do sentido gramatical dos textos legais e mesmo do preceito desenganadamente contido neles, somente quando isso for necessário para o substancial cumprimento do direito -, entendido este não só com vistas postas no ordenamento jurídico como um todo mas na inteireza do trinômio fato-valor-norma.

Hart (2021), diante de percepção de impossibilidade de se qualificar regras de aplicação geral para situações particulares inerentes à natureza humana, e que nem mesmo as próprias regras podem reclamar seus próprios casos de aplicação, defendeu que a solução da “textura aberta do direito” por ele denominada, seria a adoção da discricionariedade judicial, em especial, para os “casos difíceis”:

Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade (HART, 2001).

Neste ponto, a linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa pode guiar apenas de um modo incerto, tal como ocorre com um exemplo dotado de autoridade. O sentido em que a linguagem da regra nos permitirá simplesmente escolher casos de aplicação facilmente recognoscíveis, esboroa-se neste ponto, a subsunção e a extração de uma conclusão silogística já não caracteriza o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correta a fazer-se (HART, 2001).

Os casos difíceis, a partir de um viés positivista, são resolvidos com fundamento em um poder judicial discricionário. Ao utilizarem o poder discricionário, os juízes fazem uso de padrões extrajurídicos para fazer o que o convencionalismo considera ser um novo direito (DWORKIN, 2010, p. 145), tal como também ocorre no positivismo kelseniano (KELSEN, 1987, p.394), em especial pela possibilidade de o magistrado decidir fora da moldura ao simples argumento de que é o legítimo intérprete. Com isso, o juiz passa a ter responsabilidade legislativa, atuando como se um legislador fosse (COURA; ZANOTTI, 2014).

Dworkin (2010, p. 72) faz uma crítica à ideia de Hart sobre o exercício do poder discricionário para explicar casos difíceis. Para ele, o pensamento de Hart estaria lastreado em uma ideia de que o Direito seria apenas um conjunto de regras e que tal pensamento levaria a explicação de casos difíceis em termos de um exercício de poder discricionário.

Assim, quando um juiz cria um novo direito, ele escolhe a regra que, segundo acredita, escolheria a legislatura então no poder, ou, não sendo isso possível, a regra que em sua opinião, melhor representa a vontade do povo como um todo. (DWORKIN, 2010, p. 147).

Com isso, Dworkin (2010) afirma que o positivismo de KELSEN e HART não é suficiente para enfrentar os casos difíceis e enigmáticos, uma vez que o Direito entra em crise quando é incapaz de regular todas as situações sociais postas diante da infinitude de relações sociais que estão sempre se amoldando dentro de um contexto histórico.

Por esse motivo, o ordenamento jurídico é igualmente incapaz de positivizar as questões previamente estabelecidas, o que torna inevitável que não exista um poder judicial discricionário, fragilizando não apenas a funcionalidade do sistema jurídico, como também a força normativa da Constituição, tornando-se um modelo incoerente quando em contraposição a um ideal democrático.

Para Dworkin (2010, p. 147):

Essas questões devem ser enfrentadas, mas mesmo as questões prometem mais do que o positivismo tem a oferecer. Nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito.

Quando lemos esses casos, o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz. Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas.

Sendo assim, um juiz positivista, diante do julgamento do caso o qual foi submetido, estaria limitado em seu trabalho ao aplicar uma regra que se amolda ao caso concreto através de um raciocínio silogístico. Tal atividade resultaria na criação de um novo direito pelo juiz, que a partir de sua consciência, unilateralmente, aplicaria um novo direito criado que retroagirá ao caso concreto, de forma imprevista pelas partes do processo.

Dworkin (2010, p. 72), cita que o direito é um sistema de regras e princípios, e por esse motivo, “é possível que exista uma obrigação jurídica mesmo diante da ausência de uma regra válida, em contrapartida com a adoção da discricionariedade judicial defendida por Hart”.

Para além de regras, existem outros dois padrões de norma, os quais seriam os princípios e as diretrizes políticas. Os princípios prescreveram um direito atendendo uma exigência de justiça, equanimidade, devido ao processo legal, ou

uma dimensão de moralidade, ao passo que as diretrizes políticas estabeleceriam alguma melhoria no ponto de vista econômico, político ou social. Tais padrões normativos estariam calcados em uma questão lógico-argumentativa em que poderíamos identificar se estaríamos, então, diante de uma regra, princípio ou diretriz política (QUINAUD, 2007).

Ao passo que as normas criadas pelo legislador são aplicáveis ou não aos casos concretos, ou seja, geram efeitos jurídicos, enquanto os princípios não enunciam as consequências jurídicas que decorreriam automaticamente da realização das condições previstas, mesmo aqueles que mais se parecem com regras, porém, os princípios enuncia razões que agem a favor de uma orientação geral, servindo de guia para a aplicação de tal regra (GOYARD-FABRE, 2002).

A partir daí, o juiz deveria chegar a uma solução que, sem desconsiderar as fontes primárias e formais do Direito, fosse justificada por argumentos de princípio. A melhor justificação possível, ancorada em princípios de moralidade política, formaria a resposta correta ao problema jurídico.

Para exemplificar a postura de um juiz a qual se espera uma sociedade democrática, Dworkin (2010) cria a figura do juiz Hércules, que será obrigado a decidir levando em conta todos os argumentos trazidos pelas partes, bem como todo o contexto fático-probatório constituído nos autos, verificando toda história institucional de precedentes que se mostrarem coerentes no ordenamento jurídico, levando a criação de um sistema baseado em princípios jurídicos capaz de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, bem como para as leis e para a Constituição.

Para DWORKIN (2010), a integridade é a garantia de não utilização de um poder discricionário pelo juiz, e por fim a coerência, que assegura o tratamento de igualdade a todos os casos.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 2010, p. 271).

A coerência haveria se os mesmo princípios aplicados em uma decisão fossem aplicados aos casos idênticos. Já a integridade exigiria que as normas públicas de

comunidade fossem criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, podendo afastar-se de decisões anteriores em busca da fidelidade aos princípios concebidos como fundamentais.

Para Streck (2013, p. 337), a integridade estaria assegurada pela força normativa da Constituição:

Ao lado da necessidade da coerência, a integridade faz respeitar a comunidade de princípios, colocando efetivos limites às atitudes solipsistas-voluntaristas. O pleno respeito à integridade é uma forma de virtude política e exige que as normas públicas de uma comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar uma correta proporção, diante do que, por vezes, a coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios.

Segundo Goyard-Fabre (2002, p.216) a realidade do direito “não se confunde com o texto da lei ou com a regra escrita, que pertence a uma fase “pré-interpretativa”, ela pertence ao processo interpretativo e pós-interpretativo”. Sendo assim, o critério de coerência levaria a interpretação do direito através dos precedentes levantados por uma relação litigiosa, a conveniência, pelos critérios de moral política do lugar e do momento, dessa forma, a normatividade jurídica dentro de uma sociedade através de um julgamento levaria ao que Dworkin defende de Integridade do Direito .

Ainda assim, Dworkin (2010) subdivide os princípios da integridade e coerência em dois princípios. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que exige o dever de coerência quanto aos princípios na criação das leis. O segundo é o da integridade no julgamento, que confere aos responsáveis por decidir o que é a lei, e que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido.

Levando-se em consideração as mudanças sociais e as relações cada vez mais aprimoradas dentro da sociedade, bem como a criação de novos direitos, mostra-se fundamental a interpretação normativa por princípios de modo a concretizar o sentido da norma dentro das condições reais numa determinada situação.

Nesta ótica, a preocupação com os direitos fundamentais e a democracia engessada nos textos constitucionais avança contra a noção puramente intervencionista do Estado. Para tanto, a utilização da linguagem hermenêutica se dá no espaço em que ocorre o sentido do direito e da democracia (STRECK, 2013).

Passou-se a refletir que simplesmente conferir às partes a possibilidade de se manifestar não seria dimensão suficiente do princípio do contraditório. A participação democrática dos litigantes no processo só seria possível com uma redefinição da concepção do princípio do contraditório que focalizasse o seu papel constitucional,

sobretudo a sua centralidade na consolidação de um modelo constitucional de processo.

Com isso, Streck (2014) reforça o pensamento de DWORKIN de que a criação jurisprudencial do direito está vinculada na primazia da Constituição, de modo que a Constituição seria uma explicitação do contrato social, pois a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal:

Como contraponto às eventuais críticas ao fato de que aqui se estaria assumindo uma postura (meramente) contratualista, é necessário frisar que a noção de contrato social aqui trabalhada não pode ser entendida no âmbito de uma filosofia do sujeito, mas, sim, no âmbito de uma intersubjetividade (relação sujeito-sujeito), própria do paradigma hermenêutico, no interior do qual o sujeito desde sempre está mergulhado na linguisticidade do mundo. Ou seja, no paradigma hermenêutico a noção de contrato social é imanente, uma vez que não há linguagem privada. O privado somente decorre das inter-relações com o público. Acreditar em linguagem privada é retornar ao paradigma da filosofia da consciência, onde a subjetividade (certeza de si do pensamento pensante) é instauradora do mundo (STRECK, 2014, p. 72).

A proibição de decidir conforme o livre convencimento motivado está relacionado ao dever de fundamentação a decisão, entendido como explicitação da compreensão, na qual o juiz deve demonstrar a autenticidade dos preceitos, com os quais operou, no sentido de estarem adequados ao direito intersubjetivamente construído, em especial à Constituição.

Didier Júnior *et. al.* (2016) apresentam quatro características da fundamentação: (a) como exposição histórica, por ser “uma verdadeira reconstrução histórica dos fatos pertinentes a determinada situação concreta”; (b) como instrumento de comunicação e fonte de indícios, pois é o meio pelo qual o juiz comunica suas razões às partes, aos julgadores das instâncias superiores e a outros eventuais interessados; (c) como discurso judicial, ao constituir uma justificação regulamentada pelas normas jurídicas; (d) e como atividade crítico-intelectual, por derivar das reflexões e do raciocínio do juiz.

Nessa linha de pensamento, a preocupação de Dworkin com a resposta constitucionalmente adequada se traduz na observância do aplicador do direito aos princípios constitucionais de forma a garantir a Integridade do Direito. Para tanto, invocar o livre convencimento motivado para decidir e/ou valorar a prova sem a devida observância à garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais, conduz à nulidade da decisão como negativa de prestação jurisdicional, ferindo o direito como integridade. Por esse modo, o art. 371 precisa ser lido com estrita observância ao art. 489 do CPC/15, uma vez que tal dispositivo em conjunto com o art. 926 impõe que a jurisprudência seja íntegra e coerente, duas categorias tipicamente advindas do pensamento de Dworkin (FERREIRA, 2018).

Nessa forma, o julgador não tem a liberdade de convencimento para apenas citar uma norma/súmula/precedente/doutrina ou tese fundada no livre convencimento, sem enfrentar sua correlação com o caso e, para isso, está vinculado ao trabalho realizado em contraditório das partes (arts. 7º e 10º CPC/15).

Para tanto, a teoria de direito como integridade de Dworkin, além de contribuir com o giro-linguístico na hermenêutica, demonstra preocupação com a necessidade de uma normativa sob o ponto de vista democrático, no momento em que afasta a discricionariedade possibilitada por uma norma aberta ou um caso difícil, possibilitando, assim, uma fundamentação adequada que garanta às partes e à sociedade um tratamento isonômico, de forma a reservar a força normativa da Constituição e autonomia do direito.

Por fim, conclui-se que a decisão fundada no livre convencimento, bastando que após a escolha “livre” pelo magistrado seja posteriormente justificada, não tem lugar dentro de um Estado Democrático de Direito. Para isso, deve-se substituir qualquer interpretação solipsista para construir uma análise intersubjetiva do direito, devendo o juiz preservar pela autonomia, coerência e integridade do direito, fornecendo os fundamentos da decisão e explicitando a sua decisão, para que assim produza uma resposta constitucionalmente adequada (resposta correta de Dworkin).

2.5 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Dentro de um Estado Democrático de Direito, a fundamentação das decisões judiciais tem um papel significativo, pois somente há democracia quando houver soberania popular e quando as medidas legais e administrativas conferirem aos cidadãos a garantia do devido processo legal sempre que estiverem em jogo a liberdade, propriedade, igualdade e segurança.

É a partir desse sistema em que os mecanismos e instrumentos traçados pela Constituição constroem um dever pelo sistema jurisdicional de atendimento à segurança das relações sociais e à justiça social.

Além dos princípios elencados no artigo 5º da CF/88, o princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, XI o qual impõe a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões proferidas pelo órgão jurisdicional sob pena de nulidade.

Para Zanetti Júnior (2014, p.182), o exercício correto do poder judiciário emana da garantia de controlabilidade externa e difusa sobre a justiça e legalidade das decisões judiciais só ocorre quando obedecida, em sua fórmula mínima, o dever de motivação, uma vez que não atendida tal obrigação, teria-se apenas uma definição

apodítica e definitiva, com valor exclusivamente mental e sem raiz para além do plano jurídico

O §1º do art. 489 do CPC/15 contribui para a efetivação do princípio da motivação das decisões quando não admite que tais decisões sejam falsamente motivadas ou com “simulacro de fundamentação”.

Para tanto, o Enunciado nº 303 da FFPC considera como exemplificativos de falsas fundamentações, como por exemplo, o inciso IV do referido parágrafo do dispositivo em que considera nula a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, § 1º, IV).

Acentuando, de forma ainda mais detalhada, que mero dever constitucional ainda é objeto de inobservância por parte das diretrizes jurídicas as quais comprovam a independência funcional dos juizes em detrimento aos deveres de fundamentação das decisões previstos pelos arts. 9º e 10º do CPC/15, cumpre destacar a crítica de Neves (2016, p. 265-267) no que tange ao teor do Enunciado nº 03 da ENFAM, no qual dispõe: “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”.

Chamo tal enunciado de “enunciado bola de cristal”, já que o juiz teria uma capacidade sensorial de saber de antemão o que as partes podem alegar, já antevendo a inutilidade de tal manifestação antes mesmo dela se materializar no mundo real. É como dizer que o juiz não precisa ouvir as partes porque já formou o seu convencimento, desprezando o fato de que tal convencimento deve ser construído de forma colaborativa com as partes. E o pior é continuar a partir da premissa de que o juiz não pode se enganar, que nada que a parte alegue poderá fazê-lo mudar de ideia, criando um pequeno ditador no processo, em nítido desrespeito aos princípios do contraditório, consagrado no art. 10 do Novo CPC, e da cooperação, previsto no art. 6º do Novo CPC (NEVES, 2016, p. 265-267).

O mesmo se diz respeito ao Enunciado nº 04 da ENFAM ao afirmar que na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/15, que impõe o dever de fundamentação mesmo diante das matérias cognoscíveis de ofício, de modo a descartar por completo o devido respeito ao princípio do contraditório inclusive diante de vícios que geram nulidade absoluta.

No enunciado nº 01 da ENFAM, dispõe que o termo “fundamento”, previsto no art. 10 do Novo CPC, se refere ao “o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes”. De tal modo, o juiz estaria liberado a decidir conforme o fundamento jurídico mais apropriado ao caso concreto, sem necessariamente permitir que as partes se manifestem previamente sobre ele.

Se o autor qualificou os fatos narrados na petição inicial como erro apto a gerar a rescisão do contrato, o juiz poderá na sentença julgar o pedido procedente com fundamento em dolo, mesmo que em nenhum momento as partes tenham se manifestado sobre tal vício do consentimento durante o processo.

A aplicação de tais orientações contribui para um exacerbado número de recursos, inclusive o recurso especial por clara violação de normas federais.

Ainda assim, a invocação de tais condutas pelo julgador traz uma grave violação ao contraditório efetivo, valor-fonte do processo democrático fundado na dialética processual, uma vez que as partes não detêm apenas o direito de falar nos Autos, mas também de serem ouvidas e terem seus argumentos rebatidos que poderiam, em tese, levar a uma decisão favorável (ZANETI JÚNIOR, 2014).

Sem o dever de fundamentação, o ato de sentenciar se torna em um silogismo judicial, em que o juiz simplesmente restringe-se a aplicar o que estaria previsto expressamente no texto ao caso concreto ou interpretar a vontade da lei, que muitas vezes não está suficientemente clara. Ainda assim, impediria o jurisdicionado a receber uma decisão da qual seria incerto de que não fosse resultado de um arbítrio, inviabilizando, assim, um controle sobre a racionalidade das decisões judiciais e a correção do julgado a um órgão superior para a reparação de injustiças geradas por uma ampla defesa deficiente, e que resultou de um ato decisório em que não foram observados todos os argumentos levantados pelas partes.

Para Calamandrei (2013, p. 62):

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

Sendo assim, a liberdade cognitiva concedida ao juiz para apreciar livremente a prova, ainda que expondo suas razões na sentença, é marca de um subjetivismo já superado pelo atual CPC/15.

Quanto ao dever de fundamentação, a resposta doutrinária orienta que para o julgamento da demanda ser justo e efetivo poderá o juiz fazer uma análise de sua cognição construída após as alegações finais oportunizar às partes sobre o distinto ou inédito fundamento da formação de seu convencimento sob pena de violar o princípio da cooperação e da vedação das decisões surpresa. Trata-se de exigência que se justifica como forma de evitar "juízos discricionários", "puramente subjetivos",

"solipsistas" do órgão julgador; além disso, a exigência serve para permitir e facilitar o controle da decisão.

Por fim, a primazia por uma adequada fundamentação das decisões judiciais torna-se obrigatória no momento em que garante o controle pela sociedade sobre a legitimidade, legalidade e imparcialidade dos juízes e de como a função jurisdicional é exercida naquele Estado, de forma com que os destinatários da motivação as decisões não sejam apenas as partes, mas também a própria sociedade.

2.6 FUNDAMENTAR NÃO É O MESMO QUE MOTIVAR

A motivação das decisões judiciais consiste em princípio de origem constitucional, em respeito aos deveres de publicidade, controle dos atos judiciais e administrativos a serem exercidos pelos poderes públicos aos jurisdicionados, pela sociedade e pela comunidade jurídica.

Na linha de pensamento tradicional, a motivação teria apenas uma função de garantia das partes à possibilidade de impugnação das decisões, posteriormente, foi ressaltada a função política da motivação das decisões judiciais, com a finalidade de garantir a imparcialidade do julgador e a legalidade das decisões. Posteriormente, sedimentou-se a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas quisquis de populo, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006).

Moacyr Amaral Santos (1973, p. 42) assim escreveu: “Desse modo, com a exposição das mais variadas operações lógicas desenvolvidas no exame dos fatos e do direito, o juiz oferece os motivos da decisão, os quais emergem da discussão dos fatores conducentes à formação da convicção.”

Ocorre que, conforme Quinaud (2007), a própria Teoria Geral do Processo não considera a diferenciação ontológica do ato de fundamentar e motivar, conforme previamente visto, confere tal princípio como a persuasão racional como a atividade o magistrado de apreciar as provas dos autos a partir de juízos de valoração que construiu para si, subjetivamente (solipsistamente) e não como um ato a ser partilhado com os demais sujeitos do processo, desconsiderando uma base hermenêutica que poderia transcender ao positivismo.

Theodoro Júnior (2022) ressalta que a partir da vigência do CPC/73 foi delineada pela doutrina a diferença entre a motivos e razões de decisão. A

fundamentação consistiria na razão de decidir do magistrado, a qual resultaria da análise dos fatos jurídicos que provocaram a lide e a consequente solução do pedido proferida através do dispositivo sentencial. Por outro lado, os fatos simples (úteis à busca pela verdade) e que apenas servem para a formação de convicção do julgador, integrariam o ato de motivar, estes últimos não seriam cobertos pela coisa julgada.

Em matéria de motivação da sentença, para os efeitos de exclusão da coisa julgada, a tese que prevaleceu foi a de que a lei realmente não distinguia entre fatos jurídicos e fatos simples. Todos, uma vez utilizados na argumentação do juiz, seriam motivos e não objeto do iudicium e, por isso, não seriam abrangidos pela autoridade de coisa julgada.

As razões (ou fundamentos) da sentença desempenhariam, de fato, importante papel na compreensão do dispositivo. Principalmente na interpretação dos limites objetivos da coisa julgada sempre se teria de reportar aos fatos jurídicos figurantes nos motivos do decisório. A influência desses motivos, entretanto, não ultrapassaria o âmbito da situação jurídica identificada no pedido e resolvida pelo dispositivo da sentença. Não poderia dela se desprender para assumir uma autonomia no plano próprio da coisa julgada material.

A motivação, portanto, ocorre no momento em que se apreende a realidade dos elementos do processo e busca alcançar os motivos, causas ou razões para justificar a futura decisão, é nela que decorre a interpretação. Na instrução do processo, enquanto o juiz colhe as provas e conhece (no sentido processual do termo) das questões de fato e de direito, ele as estará interpretando a fim de formar sua convicção.

A instrumentalidade da motivação está em possibilitar ao juiz a descoberta das diversas soluções jurídicas (*rationes decidendi*), como razões que fundamentam seu julgamento; dentre elas, deverá adotar um argumento determinante (*ratio decidendi*), ou razão suficiente para o dispositivo ou *decisum*, que é seu fundamento. A *ratio decidendi* é obtida pela motivação do juiz ou tribunal (SOUZA, 2006).

A atividade de interpretação/motivação resultará sob a forma de um ou mais fundamento, no dispositivo sentencial. Portanto, a motivação é um meio, uma atividade intelectual instrumental dirigida a um fim último, a decisão fundamentada, ou seja, a entrega da prestação jurisdicional expressa por um fundamento, uma *ratio decidendi* ou razão suficiente de decidir.

Para fixar este dispositivo deverá o juiz apresentar uma razão suficiente, determinante, relevante, valorativamente superior às demais. A decisão estará fundamentada por uma razão suficiente. Fundamento é, pois, esta razão suficiente, que resulta do processo de motivação sobre as questões de fato e de direito; como

solução do conflito (*ratio decidendi*). Pode-se dizer que a sentença estará fundamentada quando o juiz identifica esta razão suficiente para uma decisão justa e adequada (SOUZA, 2006).

A fundamentação deve abarcar uma abertura dialógica, a qual seria inerente à leitura contemporânea do contraditório. Para Ramires (2010, p. 41 apud QUINAUD 2007, p. 79):

Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso “tal ou qual norma legal”. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que fazia de não explicitar de forma alguma o motivo da decisão.

Para Streck (2014) Decisões com base em enunciados como “efiro com base na lei x ou na súmula consistiria em uma escolha livre de sentido que não fundamenta o julgado”. A mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste, é preciso que o julgador no mesmo passo que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitou a parte sucumbente.

Parafraseando Heinrich Rombach, Streck (2013), ressalta-se que tanto o decisionismo irracional quanto o racionalismo e as correspondentes teorias da decisão que se formam a partir deles potencializam o problema na medida em que tornam indiferentes o fenômeno da decisão e o fenômeno da escolha. Segundo o autor, decidir é diferente de escolher. E essa diferença não se apresenta em um nível valorativo (ou seja, não se trata de afirmar que a decisão é melhor ou pior que a escolha), mas sim, é estrutural. Nesse sentido:

Respostas de escolha são respostas parciais; respostas e decisão são respostas totais, nas quais entra em jogo a existência inteira”. No caso da decisão jurídica é possível adaptar a fórmula proposta por Rombach para dizer que ela pressupõe um comprometimento por parte do agente judicante com a moralidade a comunidade política. Isso significa, em termos dworkinanos, que a decisão é um ato de responsabilidade política. É por isso que a jurisdição em um quaro como esse, não efetua um ato de escolha entre diversas possibilidades interpretativas, quando oferece a solução para um caso concreto. Ela efetua a interpretação, uma vez que decide - e não escolhe - quais critério de ajuste e substância (moralidade) estão subjacentes ao caso concreto analisado. Portanto há uma diferença entre o decidir, que é um ato de responsabilidade política, e o de escolher, que é um ato de razão prática. O primeiro é um ato estatal e o segundo da esfera do cotidiano, um agir estratégico. (STRECK, 2013, p. 339)

Há, portanto, uma diferenciação entre tais preceitos ao passo que reconhece as funções distintas entre os atos de fundamentação e motivação, bem como a importância da presença destes para a concretização da decisão correta, conforme preconiza Taruffo (2006, p. 12):

Mesmo quando a Constituição não fornece uma forma sacramental sobre a maneira em que os atos de autoridade devem ser fundamentados e motivados, "deve ser entendido, racional e logicamente, como o exame e a decisão concreta e direta de cada uma das questões levantadas", onde a justificativa é "a citação do preceito que serve de suporte", e a motivação "a manifestação do raciocínio que levou a autoridade a concluir que o ato específico em questão se enquadra na hipótese prevista no referido preceito"; e, portanto, não é suficiente que no direito positivo "há um preceito que pode amparar o ato autoridade, nem uma razão para agir em conformidade, mas que é essencial que a parte afetada seja informada dos motivos e razões para o respectivo procedimento, pois só assim poderá defender-se como julgar apropriado".

Sendo assim, não há como reduzir a fundamentação das decisões judiciais à mera motivação, sendo necessário que se correlacione como motivação as razões pertinentes às questões de fato e de direito apresentadas como *causa petendi*, visto que colocaria em risco a legitimidade e o controle das decisões.

O jurista Rosas (1999, p. 43) analisa com acuidade a distinção, ao enfatizar que "mais alicerçada, mais forte será a decisão se ela tem os fundamentos". Estes são calcados nos motivos, nas razões de decidir. Motivar uma decisão significa, portanto, dar os motivos, a *ratio decidendi*".

Motivos e circunstâncias são, pois, elementos informativos, indicativos, probatórios, destinados a determinar o fundamento de uma decisão. O conhecimento dos motivos e circunstâncias dos fatos permite ao juiz elaborar diversas soluções jurídicas.

Sem a motivação adequada, não se poderá aferir se a sentença apreciou, realmente, as razões e defesas produzidas pelas partes, nem se permitirá o necessário controle do comportamento do julgador pelos interessados mediante mecanismos do duplo grau de jurisdição.

Analisando-se a motivação em contrapartida com a coisa julgada, os motivos (puros), ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limita-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação, mas não se recobrem do manto de intangibilidade que é próprio da coisa julgada. O julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o "porquê" dessa resposta."

Para tanto, o juiz, para julgar, exerce processualmente dois tipos de atividades: (i) a cognição a respeito de tudo que, no plano lógico, for necessário para chegar a uma conclusão a respeito do pedido; e (ii) a decisão, que envolve a relação jurídica material controvertida e que redundará na declaração final de acolhimento ou rejeição do pedido formulado em torno da citada relação. É na decisão que se situa a

autoridade da res iudicata, tornando imutável e indiscutível o que aí se declara (THEODORO JR. 2015, p.1.410).

As decisões judiciais devem ser motivadas, isso é, racionalmente fundamentadas. Esse assunto assume importância de relevo, não apenas em razão do modo como é estruturado o sistema normativo, mas, também, em razão da complexidade como se apresentam os problemas sociais. Identificar o que é o problema, no plano dos fatos, diz respeito às provas. Daí que há uma íntima conexão entre a prova dos fatos afirmados e a motivação da sentença, e o risco de que, frente à baixa densidade normativa (por exemplo, pouca clareza de textos legais, quantidade muito grande de textos com conteúdo vago e indeterminado, por um lado, e, por outro, fatos sociais de difícil compreensão e qualificação).

Na verdade, portanto, o princípio da publicidade obrigatória do processo pode ser resumido no direito à discussão das provas, na obrigatoriedade de motivação de sentença e de sua publicação, bem como na faculdade de intervenção das partes e seus advogados em todas as fases do processo. Quanto à exigência de fundamentação das decisões judiciais, trata-se, a um só tempo, de princípio processual, dever do juiz, direito individual da parte e garantia da Administração Pública. 139 É um princípio constitucional porque a Constituição a prevê como um padrão imposto aos órgãos jurisdicionais, em caráter geral, cuja inobservância acarreta a nulidade do ato decisório (CF, art. 93, IX).

É um dever do julgador, porque deriva do devido processo legal, também assegurado constitucionalmente (CF, art. 5º, LIV) 140 e faz parte essencial da resposta formal que o juiz não pode deixar de dar à parte, segundo a estruturação legal da sentença e das decisões em geral (NCPC, art. 489, II). É um direito da parte, porque, no processo democrático, o litigante tem o direito subjetivo de participar da formação do provimento judicial e de exigir que sua participação seja levada em conta no ato de composição do litígio (NCPC, arts. 6º, 9º, 10 e 11), além de constituir expediente necessário ao controle da regularidade e legitimidade do exercício dos deveres do juiz natural, coibindo abusos e ilegalidades. Como garantia para a Administração Pública, a exigência de motivação vai além da garantia endoprocessual, em benefício das partes, funcionando como uma garantia política de existência e manutenção da própria jurisdição, no que diz respeito ao controle do seu exercício.

Isso porque a sentença se compõe de três partes: o relatório, a motivação e a decisão ou dispositivo. Assim, o Código vigente não deixa margem a dúvidas, “dispondo expressamente que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que

importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (NCPC, art. 504, I).

Theodoro Júnior (2022) deixa claro ao analisar a motivação em contrapartida com a coisa julgada, assinalando que “os motivos (puros), ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limita-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação, mas não se recobrem do manto de intangibilidade que é próprio da coisa julgada. O julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o “porquê” dessa resposta.”

A motivação abrange a livre convicção fundamentada (ou persuasão racional), pela qual o juiz deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131). Aqui, indicar os motivos revela claramente que é nesta fase que o juiz forma seu convencimento (determina qual é a decisão), que deve declarar no dispositivo da sentença. O CPC também estabelece que além das sentenças e acórdãos, as demais decisões serão fundamentadas, significando, de fato, motivadas.

A formação de convencimento do juiz abrange a compreensão das razões ou motivos presentes nos autos, orientando o juiz a formular uma escala de valoração. Até o *decisum*, devem estar resolvidas as questões de fato e de direito, essenciais ou necessárias sobre as quais a decisão deve se fundar.

Para Welsch (2016), “as circunstâncias particulares e fatos secundários (questões de fato) não são relevantes em si mesmos, mas apenas na medida em que concorram para compor determinado fato jurídico principal”. É a aplicação da teoria da *ratio decidendi*.

O fundamento do *decisum* opera a coisa julgada (sua *ratio decidendi*, e não os motivos), ao passo que a motivação dos procedimentos administrativos (a argumentação sobre os motivos) não produz esse efeito ou qualidade da coisa julgada, salvo quando reexaminados pelos tribunais.

A fundamentação por si só é insuficiente, pois, além disso, é necessário explicitar o que foi fundamentado, não é a toa a proliferação de embargos declaratórios nos tribunais falta a negativa dos tribunais de explicitar o que foi decidido (STRECK, 2014). A diferenciação torna-se mais nítida em casos de recurso, por ser o momento em que as partes e os tribunais devem analisar a sentença, não pelo resultado a que chegou o juiz (o *decisum*), mas pelas motivações que o convenceram a determinar a razão suficiente (*ratio decidendi* ou fundamento) para a solução da controvérsia.

Não se pode indeferir pretensões das partes argumentando com o jargão de que o fazem “por falta de amparo legal”, tal conduta careceria de fundamentação e acarretaria nulidade por infringência à CFB/88.

Nery Júnior (2004, p. 286), ensina que:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.

A *Ratio decidiendi* refere-se à razão de decidir, ao que fundamentou a decisão. É regra de direito inicialmente observada pelo julgador, de modo implícito ou explícito, para lograr atingir a conclusão a que se chegou a respeito do caso sub judice, sendo princípio que serve como base da decisão.

Já a *Causa petendi* refere-se ao motivo básico da ação processual, as circunstâncias que autorizam o pedido fundamentado juridicamente pelo autor.

A motivação é um desfecho às razões do autor e o dispositivo da sentença (que encerra o desfecho das razões do autor) deve conter uma resposta à tal pretensão do autor.

Deve-se ainda esclarecer, que o princípio da motivação das decisões judiciais de que trata o artigo 93, inciso IX da Carta Magna é considerado um princípio que abarca não tão somente o princípio da dignidade da pessoa humana, como também o da ampla defesa, do contraditório e aos recursos a eles interligados.

Para o juiz estabelecer a necessária correlação entre a motivação e a fundamentação, de modo que a motivação deve se ocupar das questões de fato e de direito, apresentadas como causa petendi, enquanto a fundamentação destina-se finalisticamente à solução do pedido, mediante a determinação de um fundamento jurídico aplicável ao caso concreto.

A doutrina já identificava a má aplicação do art. 93, IX, da Constituição Federal quando juízes simplesmente explicavam o motivo pelo qual foram convencidos a decidir. Explicação, nesse sentido, não é fundamentação, porque se desprende do diálogo processual (e do exercício do contraditório) e se torna ato solitário (monólogo) do juiz. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso “tal ou qual norma legal”. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha,

não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão (PAULA FILHO; GOUVEIA, 2022).

A simples exteriorização da decisão judicial sem considerar o debate processual realizado pelas partes não é cabível em pleno constitucionalismo que, pela primeira vez, concedeu a cominação de nulidade absoluta aos atos jurisdicionais ausentes de fundamentação

Por fim, é inviável sustentar que a ausência de motivação seria possibilitada pelo postulado livre o magistrado – persuasão racional (art. 371), tendo em conta não se conferir o arbítrio para silenciar os motivos da formação de seu convencimento, na forma que impõe-se justamente o dever de externar os motivos de sua decisão corroborando com o dever constitucional à fundamentação das decisões judiciais, vez que se tratam de coisas distintas. Nesse modo, garantindo a publicidade e a transparência necessárias para o controle externo da racionalidade do juiz.

3 A COOPERAÇÃO COMO MODELO PROCESSUAL CAPAZ DE ATENDER À CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO REGIME DEMOCRÁTICO

O capítulo se propõe a discorrer sobre os modelos processuais adversarial e inquisitorial em vista a ressaltar a existente imprecisão terminológica do princípio dispositivo pela doutrina, na qual promove uma cisão entre a disponibilidade à tutela jurisdicional e iniciativa das partes na instrução probatória, conseqüentemente trazendo a relativização de tal princípio de forma a legitimar a atuação do juiz através da mera “técnica processual” de conveniência legislativa.

Em seguida, analisa-se a indispensabilidade do contraditório substancial recepcionado por um consentimento da atividade jurisdicional que pode amparar na comunidade de trabalho onde participam o juiz e as partes de forma simétrica no processo de conhecimento. Ao final, procura-se averiguar a adoção do instituto da cooperação não mais como um conjunto de princípios, mas sim como, além de um princípio de eficácia normativa direta, cuja eficácia não pode ser restringida pelo legislador, em contrapartida com a relativização do princípio dispositivo, mas igualmente como um terceiro modelo processual guiado pelos deveres de esclarecimento, prevenção auxílio e consulta na etapa decisória onde o juiz obterá seu fundamento através da gestão compartilhada com as partes, permitindo habilitar um caráter dialético no processo de forma a suprir a conciliação dispositivo-inquisitorial existente no CPC/15.

3.1 OS MODELOS PROCESSUAIS E O PRINCÍPIO DISPOSITIVO

A doutrina costuma identificar dois modelos de processo na civilização ocidental: o modelo dispositivo ou adversarial e o modelo inquisitivo. Cada modelo prescinde de uma distribuição das funções exercidas pelos sujeitos processuais dentro da estruturação do processo.

No modelo adversarial ou dispositivo, preponderante nos países que adotam o sistema jurídico de *common law* (anglo-saxão), como Inglaterra, Estados Unidos, Austrália e Canadá, caracteriza-se pelo conflito entre dois adversários que desenvolvem a maioria das atividades processuais as quais são conferidas e desenvolvidas pelas partes, sendo inclusive, probatórias, diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, onde o magistrado assume o papel de mero espectador ao longo do processo, possuindo apenas a função de decisão.

Nesse modelo predomina-se o chamado princípio dispositivo, o qual indica que a iniciativa das alegações e das provas compete às partes, já que o juiz é um sujeito imparcial e, portanto, não pode agir de ofício, pois não são dados poderes ao juiz para instaurar a demanda, impulsionar o feito, nem decidi-lo de modo diverso do que foi postulado pelas partes que possuem livre disponibilidade tanto sobre o direito em causa tanto sobre a demanda.

Por outro lado, no modelo inquisitorial, comum nos países de tradição romano-germânica e latino-americanos que adotam o sistema jurídico de *civil law*, como França, Itália, Argentina e Brasil, cabe ao órgão jurisdicional o protagonismo processual após o impulso pela provocação da parte. Neste modelo o juiz assume a maioria das atividades processuais, dentre elas, a produção de provas de ofício, podendo indeferi-las se considerar desnecessárias ou irrelevantes para o deslinde do litígio. No modelo inquisitorial, predomina o princípio inquisitivo em que há a maior atribuição de poderes ao juiz, e onde podemos observar em regimes políticos mais autoritários e intervencionistas.

Entre os dois princípios dos modelos processuais (dispositivo e inquisitivo), há uma preponderância maior que é conferida, ou às partes, ou ao magistrado, cada um deles exercendo um papel, mais ou menos relevante, na instauração, no desenvolvimento e na conclusão do processo, Porém, não há uma valorização do diálogo entre juiz e partes, o que seria possível no modelo cooperativo.

Para MEDINA (2015, p. 380), a dualidade entre esses dois princípios é temperada pela cooperação que deve imperar entre os sujeitos do processo - cooperação processual que, sustentamos nós, não se dá apenas na relação partes - juiz, mas, também, entre as partes. O dever de cooperação é intersubjetivo, e, a depender do grau de evolução que vier a alcançar entre nós, pode superar, em boa medida, a dicotomia inquisitorial-adversarial, ou, se preferir, inquisitivo-dispositivo.

Tais princípios não são utilizados como uma espécie normativa e sim como uma orientação de preponderância em que o legislador atribui às partes ou ao magistrado, das tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, tais como a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc (DIDIER JÚNIOR, 2015).

No ordenamento jurídico atual, há uma mistura entre os dois princípios inquisitivo e dispositivo, um exemplo seria a produção de prova *ex officio*, ou mesmo a abertura *ex officio* de processo de inventário, por esse modo não podemos dizer que o ordenamento jurídico brasileiro seja totalmente inquisitivo ou dispositivo.

Cappelletti (2001) reforça que não existe um processo puramente inquisitivo ou puramente dispositivo, ao passo que a predominância entre esses dispositivos em uma legislação é o que caracterizaria um regime político mais liberal ou mais autoritário. Desse modo, cita exemplos nos quais há a incidência do princípio inquisitivo, em países os quais não viviam, à época, sob regimes autoritários de poder.

Didier Júnior (2011, p. 220), na mesma linha, refere que:

Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário.

Podemos observar que o CPC/15 em seu artigo 130 dispõe a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício, sendo assim, estaríamos diante de uma orientação de livre investigação, conferindo ao julgador buscar a verdade independentemente da preclusão para as partes em matéria probatória, paralelamente a um modelo e atuação passiva do Estado-juiz.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2006) o novo sistema traz uma conciliação com o princípio dispositivo e o da livre investigação judicial, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade, como ainda reforçou os poderes diretivos do magistral. Ao contrário, crescer

excessivamente os poderes do juiz significaria, em última análise, atenuar a distinção entre processo dispositivo e processo inquisitivo:

Não foi mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial com a tendência publicista do processo e o enquadramento do direito processual como ramo do direito público, verificada a finalidade da função jurisdicional como um poder-dever do Estado, em tomo do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 70).

Ocorre que o denominado “princípio dispositivo”, que, na sua origem, estava vocacionado a limitar a atuação do juiz foi desfigurado pela doutrina processual, a qual passou a utilizá-lo como um empreendimento teórico voltado a alicerçar um modelo hiperpublicista e social de processo civil, fundado na noção de processo como técnica, no qual os poderes de atuação de ofício do juiz sobrepõem-se ao âmbito de autonomia das partes.

A partir daí, referido princípio passou a ser compreendido por duas perspectivas, uma delas sendo o direito exclusivo da parte de propor o processo e requerer a tutela jurisdicional em busca dos próprios interesses, e outra como a regra da iniciativa das partes na instrução da causa – esta última acepção sim passando a sofrer alterações substanciais de concepção, à medida que o formato publicístico do processo fez emergir as iniciativas de ofício decorrentes da aplicação do princípio inquisitório, principalmente quando o direito material for de natureza indisponível, por prevalência do interesse público sobre o privado, (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 29), como por exemplo, a abertura de inventário, exibição de testamento, a arrecadação de herança jacente, a arrecadação de bens de ausente, a suscitação de ofício do conflito de competência e o incidente de uniformização de jurisprudência.

Bahia *et. al.* (2018) denuncia que haveria uma imprecisão terminológica do princípio dispositivo, uma vez que não teria sido muito bem compreendido pela doutrina italiana, o movimento que ele mesmo denomina como *sceveratore* (distinguidor) das máximas da *Verhandlungsmaxime* (princípio do debate), termo criado pelo jurista alemão Nikolas Thaddeus Gonner, o qual serviria para “indicar a limitação do material utilizável pelos litigantes em juízo”, referindo-se à alegação dos fatos em matéria probatória; e o *Dispositionsmaxime*, criado por Ortloff, em 1858, o qual refere-se à liberdade do titular do direito de utilizar ou não o instrumento do processo para a dispor da tutela que ordenamento jurídico confere aos direitos materiais (poder de iniciativa do processo).

A partir de tal posicionamento, haveria uma distinção entre a tutela jurisdicional

e a técnica processual, a primeira no sentido de que o sujeito, a partir de seu direito subjetivo de ação e diante da inércia jurisdicional, serve ao processo para a obtenção da tutela estatal na busca pela proclamação de um direito, enquanto na segunda, o sujeito serve ao processo devendo provocar e praticar os atos diante da autonomia do juiz na escolha dos meios de prova e no acatamento dos fatos relevantes da causa (BAHIA *et. al.*, 2018).

Dessa forma, houve a cisão de dois fenômenos que estariam relacionados a um mesmo princípio, um como o modo de funcionar do mecanismo processual no que tange instrução da causa, e outro no sentido de direito subjetivo da parte à tutela jurisdicional. Bem como na medida em que a disponibilidade do direito material e da tutela jurídica se estenderia, quando não houvesse direito público envolvido (direito indisponível).

Podemos notar que a doutrina costuma indicar o princípio dispositivo como uma disposição do próprio direito material, referidos-se ao direito subjetivo do sujeito de ir em busca da tutela jurisdicional do Estado. Para Alvim *et. al.* (2015), cabendo às partes a iniciativa de delimitação do objeto do litígio e a busca pela jurisdição o princípio dispositivo corresponde ao princípio da demanda, de modo que, em respeito à inércia, o processo não poderia ser instaurado de ofício (*ne procedat iudex ex officio*).

Com efeito, consoante assinala Joan Picó I Junoy (1997), determina os princípios do dispositivo e da demanda que: a) o início da atividade jurisdicional depende da provocação da parte, de acordo com os aforismas *nemo iudex actore e ne procedat iudex ex officio*; b) a determinação do objeto do processo se dá unicamente pelos litigantes; c) haja congruência das decisões judiciais com os pedidos das partes, do que resulta a plena vigência do *brocardo ne eat iudex ultra* (ou extra) *petita partium*; d) as partes podem, por sua exclusiva vontade, finalizar a atividade jurisdicional, podendo dispor livremente tanto da *res in iudicium deductae*, mediante a renúncia, o conformismo com a decisão ou a transação, como da continuação do processo, por meio da desistência do processo.

De modo contrário Tito Carnacini (*apud* Bahia *et. al.* 2018), distinguindo a tutela jurisdicional da técnica processual, entende que o princípio dispositivo deve ser lido de modo diferente do direito subjetivo à tutela jurisdicional, pois a disponibilidade atribuída ao titular do direito é elemento da própria noção de direito subjetivo e não repercute no âmbito da “técnica processual”, de modo que o monopólio da parte no âmbito da instrução não se constituiria da consequência do direito subjetivo à tutela jurisdicional, monopólio exclusivo da demanda da parte, que por motivos de

conveniência, pode ser estruturada conferindo maior ou menor disponibilidade às partes ou ao juiz, sendo, portanto, flexível na busca da imparcialidade do órgão jurisdicional o seu fundamento, sem que venha a considerar o processo como inquisitivo.

Dessa forma, há uma cisão injustificada a qual estaria sendo responsável pela função do processo de ser orientado a buscar a verdade dos fatos a depender da controvérsia que pode versar sobre direitos indisponíveis (caso em que a verdade deve ser apurada) ou direitos indisponíveis (quando a verdade deverá ser apurada somente se as partes acordarem nesse sentido, ou seja, quando o demandado manifestar-se no sentido de não concordar com o autor sobre os fatos alegados).

Assim, a contraposição entre os princípios inquisitivo e dispositivo não pode ser lida no que concerne à disponibilidade da tutela que o ordenamento jurídico concerne aos interesses materiais e no que diz respeito a tudo aquilo que concerne à organização interna do processo civil, e com isso, às atividades que são atribuídas à cada sujeito.

Liebman, seguindo a doutrina e, por conseguinte promovendo uma cisão entre o princípio da demanda e o princípio dispositivo, ao invés de considerar o princípio dispositivo como um mero princípio técnico como Carnacini, foi de encontro às teses no sentido de conferir ao juiz os poderes instrutórios quando o próprio interesse substancial levado a juízo assumisse um interesse público, reservando, ao Ministério Público, por exemplo, a interferência no material probatório da causa.

Cappeletti (2001) critica a teoria de Liebman e concede um duplo sentido ao princípio dispositivo. O sentido material, que se relacionaria ao conjunto de normas, deveres, poderes e, sobretudo, ao ato que vai de encontro ao momento do reclame pela tutela jurisdicional, o interesse material deduzido em juízo; e o interesse processual, o qual se relaciona às normas, deveres, poderes relacionados aos atos referentes à técnica e estrutura interna do procedimento.

Sendo assim, o fato de o juiz depender da alegação das partes tem um significado próprio e se difere da atribuição da iniciativa probatória pelo juiz restrita aos fatos alegados pelas partes. Desse modo, a imparcialidade do juiz estaria adstrita ao âmbito de incidência do princípio dispositivo em sentido material, mas não sobre aquela que concerne ao princípio dispositivo em sentido processual, de forma que, uma vez instaurado o processo, a disponibilidade não estaria mais presente, não sendo mais as partes donas do processo e sim colaboradoras do juiz no impulso e tratamento da causa.

Não obstante, todo este princípio é considerado uma garantia essencial em

nosso sistema processual civil, como tem sido recentemente reivindicado por especialistas latino-americanos.

Em todo o caso, é necessário a partir de uma correcta interpretação do princípio, de modo a que as disposições que regulam os direitos das partes não se tornem incompatíveis com o crescimento dos poderes em matéria de direito e no que respeita à orientação dos o julgamento, como mostrado por um ator latino-americano. A imparcialidade do juiz e sua abstenção dos direitos das partes diz respeito à relação material, mas não à do processo, porque se lhe importa pouco que uma ou outra parte vença, ele quer que a justiça triunfe (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 116).

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2006), não se pode olvidar ainda que a garantia da publicidade interessa também ao Magistrado como forma de demonstrar que na atuação de suas funções ele tem agido com a imparcialidade que lhe é esperada. Ela seria também uma das maiores salvaguardas de independência, autoridade e responsabilidade do juiz.

Sendo assim, o princípio da demanda estaria ligado ao poder de disposição das partes no que diz respeito ao pedido de tutela jurisdicional e ao seu conteúdo (objeto litigioso) enquanto o princípio dispositivo estaria ligado ao poder de disposição do juiz, encarado como uma mera técnica, sem status constitucional, razão pelo qual seria possível por força da publicização e socialização do processo, atenuá-lo desse modo, retirando das partes o poder monopolístico de iniciativa probatória, incrementando os poderes do juiz.

Sob essa ótica, a defesa da possibilidade de o juiz dispor dos meios de prova para busca da verdade real decorreria desse carácter relativo do princípio dispositivo, bem como da publicização, pela qual leva o processo passa a ser visto como um instrumento de jurisdição a serviço do Estado para a realização do direito objetivo e escopos metajurídicos de natureza social e política.

Ocorre que o pensamento garantista defende que não há um substrato técnico-jurídico a amparar a publicização do processo e o conseqüente ativismo do juiz na busca pela verdade, e sim um fundamento político-ideológico, de viés autoritário, porquanto tem o intuito de comprimir a vontade das partes. (RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle, 2018, p. 108).

Para Calamandrei (2013), o fato de o Estado estar diretamente interessado na relação substancial submetida à decisão ou que figure como parte no processo, não leva consigo, como consequência necessária, a transformação do processo de dispositivo e inquisitório.

Greco (2008) defende a vertente publicista e a busca da verdade pelo juiz em

determinadas situações, principalmente quando tratar-se de uma defesa deficiente, respeitada a liberdade da partes de dispor do seu próprio interesse, a sua dignidade humana e a de quaisquer outras, desde que tal iniciativa não seja direcionada apenas a demonstrar a determinada verdade.

Admitir a liberdade das partes de dispor dos seus interesses pudesse forçar o juiz aceitar como verdadeiros fatos absolutamente inverossímeis, seria transformar o juiz num fantoche, demolir a confiança da sociedade na justiça e colocá-la a serviço da simulação e da fraude. Aceitar que, diante da insuficiência probatória decorrente da iniciativa deficiente das partes, deve o juiz lavar as mãos seria desobrigado de exercer a tutela efetiva dos direitos dos seus jurisdicionados, deixando-os entregues à própria sorte e contentando-se com uma igualdade das partes meramente formal.

Para Silva (2005), o princípio dispositivo, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes (SILVA, 2005, p 216):

Ou seja, a dificuldade de entendimento está justamente em como o sistema contempla a iniciativa probatória do juiz e ao mesmo tempo a repartição de ônus da prova. A explicação pode ser buscada no próprio princípio dispositivo, isto é, as partes têm liberdade de limitar a atuação investigativa do juiz aos fatos por elas trazidos aos autos. Embora o juiz fique adstrito ao pedido e aos fatos fornecidos pelos litigantes, conserva a liberdade de determinar a produção de provas, desde que em dúvida sobre os acontecimentos.

José Roberto Bedaque, corroborando com tais posições, indica que a participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista do processo passa a exigir uma conduta comprometida do juiz com a efetivação do direito material, sendo-lhe permitido, a qualquer momento e de ofício, determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento (XAVIER, 2008).

Encontra-se, na doutrina, posição menos conservadora, que afirma estar o processo civil brasileiro, no tocante à produção de provas, sob a influência do sistema inquisitivo. Nesse sentido, afirma Bedaque que: (...) o Código de Processo Civil adotou, sem qualquer sombra de dúvida o modelo (...) do *inquisitorial system*, ao contrário do sistema italiano, onde vige o denominado princípio dispositivo atenuado, em que prevalece a iniciativa da partes quanto a produção da prova, exercendo o juiz papel meramente subsidiário. Salvo exceções pontuais, entende-se que no Brasil é

vigente o princípio dispositivo processual, mas tão somente quanto à busca de fatos não trazidos ao processo. Quanto aos fatos já apresentados no feito, há a vigência do princípio da livre investigação. Assim sendo, uma vez constantes os fatos no processo, não há limites para a atividade verificadora da verdade pelo juiz.

Assim, no que se refere ao sistema análise e formação do conteúdo probatório, foi estabelecido uma sistemática que representa uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial (inquisitório), sendo permitido ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006).

A possibilidade do juiz em determinar as provas de ofício tem como base a necessidade de apuração da verdade dos fatos. Desse modo, há uma extensão que não seria adstrita apenas à função do juiz de verificar e analisar prova, mas também de produzi-la. Por outro lado, há autores que defendem a atuação do juiz em matéria probatória, como atividade complementar, já que a produção deve caber às partes (LOPES, 2021).

Mitidiero (2009) dispõe que o órgão judicial dispõe dos meios e não das fontes de prova, e estas sendo o material bruto da prova, devem ser trabalhadas exclusivamente pelas partes: o juiz que passe a investigar de forma primária os fatos e a sua verdade, comprometeria de forma irremediável a sua necessária e imprescindível imparcialidade. Já que se há nos autos menção a determinados fatos, ainda não provados, nada impede que o órgão judicial determine a realização de algum meio de prova que elucide a questão. Pouco importa para o juiz, ao contrário da parte, o resultado que daí advier, o que lhe interessa é o que surja luz suficiente a respeito, que possa orientar o julgamento.

Recomendo quebrar o monopólio das partes na investigação do caso, mesmo tratando-se de interesses puramente privados, pois não há razão para alterar a estrutura do processo em função da natureza disponível ou indisponível do direito contencioso. Não há fundamento para continuar a tolerar o juiz inerte, de braços cruzados, que encarou o processo como algo exclusivo das partes (MITIDIERO, 2009, p. 70).

Igor Raatz e William Galle Dietrich (2018, p. 93) distinguem as fontes de prova e os meios de prova, de modo que as fontes abarcariam a realidade anterior e estranha ao processo, cuja existência seria independente do processo, enquanto os meios constituiriam um conceito jurídico-processual, sendo as fontes preexistentes ao processo e se constituiriam ao processo como meios. Por esse motivo, deve o juiz analisar o instituto da prova como meio, pois cabe a ele o convencimento para a decisão final, não devendo preocupar-se com a relação jurídica existente, e sim com

a finalidade do processo.

Neste prisma, já destacava Cappelletti (1988, p. 327):

Para a doutrina alemã fundada no *verhandlungsmaxime*, também no controle do curso do processo cabe ao juiz observar e atender às iniciativas das partes, pois ao se imiscuir no campo da escolha dos atos processuais, em especial àqueles referentes às provas, estaria agredindo a inércia e comprometendo a sua imparcialidade.

Neste modo, podemos observar que o princípio dispositivo foi instaurado para constituir um elemento limitador da atuação do juiz na iniciativa probatória e conseqüentemente, um princípio norteador do sistema adversarial em contraposição ao inquisitório. Por outro lado, há divergências na terminologia que permitem a adoção do princípio em conjunto com a publicização do processo e a disponibilidade do direito material, bem como para a proibição do órgão judicial, de instaurar *ex officio* o processo.

Quanto às questões de ordem pública e dos institutos publicistas, estes devem estar voltados à tutela do próprio jurisdicionado, e não do Estado como fim em si mesmo, mas sim de um instrumento de promoção da efetividade da justiça e da dignidade da pessoa humana, sendo assim a natureza pública deve ser compreendida à luz do jurisdicionado, e não dos interesses do próprio Estado.

Conclui-se que o princípio dispositivo jamais se apresenta como uma norma absoluta dentro de um sistema processual, servindo como um limitador ao arbítrio judicial, e não para admitir a atuação oficiosa do órgão julgador em razão da natureza pública do processo, pois o significado da natureza pública do processo deve ser compatível com a valorização da liberdade dos jurisdicionados.

3.2 DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL: UMA ABERTURA AO SISTEMA PROCESSUAL COOPERATIVO

O fenômeno cultural e político surgido diante do amplo período histórico do Brasil em instabilidade política considerando o seu recente tempo em Estado Democrático de Direito, houve certo conformismo pela doutrina no que tange à correlação com o Direito Processual Civil e a Constituição, o que levava a interpretação e aplicação do direito, tanto em matéria processual quanto material, somente em atenção às leis ordinárias que o regulamentavam.

Ocorre que após a segunda metade do século XX, após a repercussão das guerras mundiais, houve uma orientação aos povos democráticos de concretização

dos direitos fundamentais, para que tais direitos passassem de meros objetos de declarações a uma efetiva implantação por parte dos textos constitucionais. Como a justiça privada é abominada por essa nova ordem política, coube à Justiça, e ao processo de sua atuação, relevantíssimo papel na implementação efetiva das garantias fundamentais, reforçando seu papel instrumental na realização e tutela dos direitos subjetivos substanciais.

Em compensação, o novo diploma processual civil foi construído a partir de um modelo constitucional de direito processual, estabelecido com base nas garantias fundamentais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, motivo pelo qual a análise da estrutura do processo há de ter uma matriz constitucional.

Tais garantias não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Nesse modo, torna-se legítima a defesa perante o Estado-juiz em decorrência da obrigatoriedade de tornarem-se concretos os princípios do devido processo constitucional, da efetividade e da eficiência (art. 5º, LIV, XXXV e LXXVIII), da Constituição Federal (LOPES, 2021).

Para enfatizar o efeito do modelo constitucional de direito processual civil e a decorrente determinação de que o contraditório seja efetivo e não simplesmente presumido (LOPES, 2021). Todas as decisões devem ser proferidas apenas depois de ser franqueado o prévio contraditório a seus destinatários, é o que dispõe o *caput* do artigo 9º do Novo CPC “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” com exceção às tutelas provisórias. Tal fundamento se viabiliza no sentido de os destinatários terem condições efetivas de influenciar o conteúdo da decisão a ser proferida, evitando as chamadas “decisões-surpresa”, cuja proibição é igualmente prevista pelo CPC/15.

Nessa linha, importa ao contraditório servir como um instrumento de participação e fiscalização do processo pelas partes, de modo que, por intermédio desse princípio, seja fixado o conteúdo da decisão proferida. É por tal razão que a doutrina defende que o contraditório é substancial/material (poder de influência na decisão) e dinâmico (deve ser observado sempre que algo novo e possível de influenciar a decisão surge na lide).

De igual modo, o art. 345, II, do CPC proíbe a possibilidade de julgamento sem a produção de outras provas, vedada a presunção que pode decorrer da inércia do réu ao dever de, por se tratar de direitos indisponíveis, e quando o art. 72, II, do CPC

impõe para o réu revel citado não pessoalmente a nomeação de um “curador especial” (LOPES, 2021).

Para Donizetti (2015) o processo, por sua vez, seria uma espécie do gênero procedimento, qualificado justamente pelo contraditório, quer dizer, pela abertura à participação das partes, em simétrica paridade, na formação do provimento final (sentença ou acórdão). Dessa forma, ao invés da relação jurídica processual, o que caracterizaria o processo, além do procedimento, é justamente a abertura à participação das partes, garantia constitucional. Nesse contexto, mesmo que o ato estatal se realize dentro de um modelo normativo, se não contiver o dado legal do contraditório em sua estrutura, não haverá processo.

Por esse motivo, o contraditório não significa apenas ciência bilateral e contrariedade dos atos e termos do processo e possibilidade que as partes têm de contrariá-los, é compreendido como garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo a fim de que, em igualdade de condições, possam influenciar em todos os elementos e discussões sobre quaisquer questões de fato e de direito que surjam nas diversas etapas procedimentais, que sejam potencialmente importantes para a decisão jurisdicional que será proferida.

Para Streck, Nunes e Cunha (2016, p.65), apesar de o juiz não ser um contraditor, deve observar e fazer observar ele próprio o contraditório, que é o meio de assegurar a concretização do princípio da participação democrática das partes no processo, a fim de lhes propiciar todas as possibilidades de influenciar eficazmente na construção do pronunciamento jurisdicional decisório que ali será proferido. Trata-se então, de um diálogo, não com um juiz soberano, condicionado à vontade e ao comportamento das partes; dessa forma, o contraditório é um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz.

Para Taruffo (2016) A dialética ocupa largo espaço e constitui importante fator dinâmico do processo, de forma que a decisão jurisdicional pode ser entendida como o resultado final da contraposição dialética travada entre as partes, que é o contraditório, sendo essenciais às argumentações fáticas e jurídicas por elas desenvolvidas no processo, visando a reconstrução do caso concreto e a correta individualizar;ao das questões que ali deverão ser julgadas.

Nessa linha, ilustra Cunha (2012, p. 59-60):

O processo, para ser efetivo, deve ser estruturado de forma dialética, atendendo ao princípio do contraditório, em virtude do qual o processo há de ser participativo. E nem poderia ser diferente, porquanto a participação, própria do contraditório, é inerente ao regime democrático.

Santos (2016, p.184) ressalta o sentido do contraditório em sua natureza de proteção das partes na relação processual, observando ao disposto pelo legislador no art. 932 do CPC/15, o qual incumbe a possibilidade do relator de julgar monocraticamente com base em jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou de tribunais superiores, bastando negar seguimento ao recurso com base em precedentes judiciais sem a necessidade de manifestação do recorrido, visto que não teria geraria prejuízo à parte vencedora, sendo o contraditório desnecessário, neste caso, inclusive em observância aos princípios da razoável duração do processo. Havendo provimento ao recurso com base em precedentes, é essencial que se oportunize ao recorrido apresentar suas contrarrazões, sob pena de proferir uma decisão sem o exercício do contraditório substancial por parte daquele que será prejudicado pela decisão monocrática.

Com isso, podemos observar a abrangente exigência trazida pelo CPC/15 no sentido de que seja proporcionado o contraditório prévio antes à decretação de qualquer inviabilidade das convenções processuais. Tal posição trata-se da concepção contemporânea do contraditório como influência, pela qual o princípio deve ser atendido, principalmente no que diz respeito à fundamentação das decisões judiciais, consequência extraída da concretização de uma cláusula geral, que demanda um esforço de justificação mais incrementado pela discricionariedade que o sistema atribui ao aplicador na construção do consequente normativo (art. 489 § 1º, II do CPC/2015).

Para Wolkart (2020, p. 279) a concepção de contraditório como direito de influência reformata o devido processo legal, criando, principalmente para o juiz, uma série de deveres capazes de empoderar as partes no sentido de possibilitar-lhes participação ativa na condução do processo, impactando, por consequência, em seus rumos finais. Sem a devida efetivação das partes de aproveitarem o espaço participativo para influenciarem nos resultados do processo de acordo com os seus interesses, o contraditório torna-se mera formalidade.

Isso porque o contraditório não se esgota na possibilidade das partes se manifestarem dentro dos atos processuais, o magistrado igualmente deve prezar que a sua decisão examine todas os fundamentos e pedidos trazidos aos autos, pois a fundamentação adequada e analítica das decisões permite a atuação do órgão jurisdicional no sentido de assegurar garantias fundamentais (sobretudo impedindo arbítrios e quebras de isonomia), uma vez que, se não estiverem fundamentadas, não se saberá minimamente que razões levaram o julgador à sua conclusão.

Tais ponderações desdobram o contraditório a fim de exaltar seus dois

aspectos, o primeiro no sentido material, o qual se concentra, principalmente, no poder de influência das partes decorrente do poder de controle sobre os provimentos jurisdicionais, e no seu sentido formal, no que diz respeito ao poder e manifestação das partes.

Para Azevedo (2016, p. 27):

É o prestígio ao contraditório em seu aspecto material (poder de influência e controle na construção do conteúdo da decisão judicial), e não meramente formal (o simples direito positivado na legislação processual de falar e produzir provas no processo).

Destarte, o objetivo do contraditório como influência no atual Código de Processo Civil vigora como um direito de participação, de modo que não seja apenas um princípio relacionado ao direito das partes de se manifestarem perante ao Estado acerca do que está sendo discutido, mas sim, de vinculação do juiz aos argumentos trazidos pelas partes para a reconstrução dos fatos possam ser a causa de uma conclusão lógica da sentença.

3.3. O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO CIVIL

O modelo cooperativo é caracterizado pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual. Ao redimensionar o contraditório, ocorre a alteração na dinâmica de divisão do trabalho, permitindo o adequado diálogo entre os sujeitos processuais e a consequente realização do dever de colaboração.

Assim, as partes e o juiz, almejando a solução mais adequada e justa ao caso, devem colaborar entre si objetivando de forma a solução mais adequada e justa ao caso através do equilibrado de todos os participantes para que o processo seja estruturado como uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*).

Derivado dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, o princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro, se caracteriza num subprincípio da boa-fé, que deriva do devido processo legal, modernizado pelo princípio do contraditório como influência (WOLKART, 2020). A imposição de colaboração, ainda que genérica e impessoal, é considerada um dever (MARINONI; ARENHART, 2019).

Tal princípio está positivado no art. 6º do CPC/15 como norma fundamental do processo civil.

Não há nenhum impasse na doutrina relativo ao dever de cooperação aplicável às regras do CPC/15 como princípio fundamental. Ocorre que no cenário atual

podemos notar a sua inaptidão no momento em que são inúmeros os processos os quais demoram uma eternidade para serem concluídos, bem como a cultura da litigiosidade. Essa inaptidão decorre do total desconhecimento de incentivos comportamentais no processo que sejam eficazes aos deveres cooperativos ensinados pela doutrina, os quais pouco ou nada contribuem para a obtenção de tutelas efetivas em prazos razoáveis.

É preciso ter em mente que um sistema de Justiça que sofre de esgotamento de recursos não será capaz de tutelar direitos. Para enfrentar esse cenário, partes, juízes e advogados têm que cooperar para atingir os objetivos do art. 6. Para que eles efetivamente cooperem, devem-se criar os incentivos corretos. A cooperação não se dá em um passe de mágica. (WOLKART, 2020, p. 11).

Não se trata de uma colaboração entre as partes do litígio, uma vez que obedecem a interesses antagônicos no que tange à demanda, e sim a colaboração do juiz para com as partes, tendo em vista estarmos diante de um modelo de processo pautado pela colaboração vista a outorgar nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo (MITIDIERO, 2009, p. 70).

Ainda assim, a adoção de um modelo cooperativo de processo não corresponde a um ativismo do julgador, mas sim com uma postura mais colaborativa e participativa, comprometida com a concretização dos direitos fundamentais (DIDIDER JÚNIOR, 2011).

Para Silva e Bahia (2018) é necessário superar os modelos do liberalismo processual e da socialização processual que colocam as partes ou os juízes respectivamente, como protagonistas do processo, porque estes vêm se revelando insuficientes. Conforme o autor, o processo deve ser pensado a partir do modelo de Estado que conforma a sociedade brasileira, que é o Democrático de Direito. Assim, nesse contexto de busca de harmonização entre o projeto político-constitucional do Estado e sua respectiva concepção de processo, sugere a proposta de um “processualismo constitucional democrático”, assentado em três principais pressupostos: a) “no processo como garantia, não como um entrave”; b) na magistratura como “garante da normatividade e dos direitos fundamentais que forma sua decisão conjuntamente com demais participantes”; e c) na ruptura com a “lógica da efetividade e da produtividade a qualquer custo”, atualmente presente no exercício da jurisdição.

Além do que, a partir da estruturação da relação jurídico processual como comunidade de trabalho, objetiva-se que a decisão fruto da cognição do magistrado corresponda aos anseios das partes, tendo maior aceitação pública, haja vista

decorrer de debate dialético ou, pelo menos, de um ambiente aberto ao diálogo entre os sujeitos processuais.

Os deveres cooperativos devem ser buscados pelo comportamento cooperativo entre as partes, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol de sujeitos do diálogo processual. Tal conduta não pode ser considerada como mera faculdade ou ônus, e traduz-se em uma série de condutas impostas às partes, ao órgão jurisdicional e a terceiros, que devem colaborar entre si para que o processo alcance seu objetivo em um prazo razoável.

Trata-se de um dever intersubjetivo, pois não impõe um dever apenas entre as partes ou estas para um órgão jurisdicional. Nessa forma, o órgão jurisdicional também tem o dever de cooperação que se observa a partir do dever de decidir em observância ao contraditório. O diálogo seria a mais importante definição para tal modelo.

Didier Júnior *et. al.* (2016, p. 87) o modelo cooperativo, assim como o garantismo processual e a valorização da autonomia privada, são pilares que repercutem diretamente na atividade probatória e nos poderes do juiz, sobretudo, probatório, uma vez que importa na revalorização do contraditório como instrumento indispensável e ao aprimoramento da decisão judicial e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. Nessa forma, a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo).

Parte-se de uma comunidade de trabalho onde os atores processuais se encontram em benefício mútuo, na medida em que o autor, réu e juiz devem trabalhar em conjunto para o alcance de uma decisão de mérito justa e efetiva. Portanto, a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional (DIDIER JÚNIOR *et. al.*, 2016)

Para Wolkart (2020, p. 220), a comunidade de trabalho é capaz de conduzir o processo simetricamente, com assimetrias pontuais apenas nos momentos em que o magistrado é chamado ao proferimento de atos decisórios, quando, então, surge o dever de motivação, capaz de garantir o contraditório e a continuidade do diálogo.

Para Mitidiero (2009), diante dos interesses divergentes entre as partes que presidem o processo, há uma impossibilidade das partes colaborem entre si, mas tal modelo impõe que colaborem com o juiz, na medida em que a colaboração que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes.

na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (prozessualen Zusammenarbeit) . Em outras palavras: visa a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes (MITIDIERO, 2009, p 68).

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2007, p. 309):

Note-se, porém, que sem a colaboração do advogado, mesmo o juiz mais competente não estará plenamente habilitado a conduzir um processo complicado do ponto de vista prático. Mesmo com a melhor boa vontade, o tempo e até o interesse dos representantes faltaria das partes para classificar o material que trazem, processá-lo e formá-lo de forma independente. Nessas circunstâncias, a iniciativa das partes pode ter valor inestimável e merece ser estimulada de forma a permitir a verificação mais rápida e segura do material probatório. Assim, volta à tona a necessidade de cooperação, cada vez mais presente no atual cenário processual civil: a atividade probatória terá que ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas em conjunto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo.

Para André Vasconcelos Roque (2018), o contraditório torna-se essencial, na medida que em garante o efetivo diálogo de todos os sujeitos do processo.

O Estado Democrático de Direito já não se satisfaz com um processo excessivamente liberal-dispositivo, ante os fins publicísticos do processo e da função jurisdicional, como enfatizado por Dinamarco, a explicitar os fins sociais (pacificar com justiça), jurídicos (fazer valer a vontade concreta do direito) e políticos (reafirmar a autoridade do Estado) da jurisdição.

Para Mitidiero (2009, p. 139), o contraditório influencia, inclusive, na motivação das decisões judiciais, quando permite a abertura de um diálogo do juiz com as partes:

A fim de que se sinta pulsar também no âmbito do processo civil o Estado Constitucional, é de rigor que na motivação da decisão efetivamente conste a apreciação do órgão jurisdicional a respeito dos fundamentos deduzidos pelas partes ao longo do processo. Fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, a decisão judicial que não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais.

Sob esse enfoque, Peixoto e Roque citam quatro deveres os quais se desdobra a cooperação, inspirados no direito processual civil português, pelos ensinamentos de Souza (1997, p. 64-65) os quais seriam: (i) dever de esclarecimento; (ii) dever de prevenção; (iii) dever de auxílio e o (iv) dever de consulta (CAMPOS, Eduardo Rezende, 2021, p. 169):

O dever de esclarecimento, o qual diz respeito ao direito das partes de serem esclarecidas pelo magistrado sob seus atos decisórios. Para tanto, devem ser proferidas decisões claras e coerentes, sob pena de estarem sujeitas aos embargos de declaração. Trata-se de um dever recíproco, pois possibilita o magistrado de requisitar as partes para que esclareçam o conteúdo de suas pretensões, salvo

quando se tratar de questão sigilo profissional.

O dever de prevenção, em que o juiz deve orientar as partes a respeito da eventual deficiência em suas postulações que possam impactar no andamento do processo, como por exemplo, o suprimento de algum requisito faltante na inicial, ou mesmo para alertar as partes sobre eventuais consequências do uso inadequado do processo, como a possibilidade de sanção de multa processual.

O dever de auxílio, consiste em uma postura do magistrado de impedir que haja algum obstáculo à parte, a fim de que não seja impedida de exercer legitimamente um direito. É o que se verifica na exibição de documento ou coisa em favor de terceiro (art. 401 do CPC/15), ou na distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, 1º, CPC,/15).

E por fim, o dever de consulta, o qual impõe ao juiz a obrigatoriedade de consultar as partes sobre eventual argumento não debatido nos autos, ainda que se trate de matéria de fato ou de direito cognoscível de ofício, o que se identifica com a vedação às decisões-surpresa, já examinada no item anterior. Tal dever encontra-se em consonância com o princípio da vedação das decisões-surpresa (art. 10 CPC/15).

Portanto, a colaboração em âmbito processual promove o redimensionamento dos deveres dos sujeitos processuais a partir da reestruturação dos deveres inerentes ao juiz na condução do processo como o de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio.

Sendo assim, a razão do dever de colaboração se concretiza através do dever do Estado de solucionar o conflito de interesses com a finalidade de aplicar o direito, sendo esse, também, o objetivo último da sociedade na instituição do Estado-jurisdição, a coletividade deve ministrar meios (de forma mais completa possível) para que a decisão jurisdicional seja a mais adequada.

Diante da perspectiva instrumentalista, o processo segue como um sistema que tem escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, rompendo com a ideia de que o processo carregaria apenas um caráter puramente técnico. Assim, a jurisdição passa a ser um poder não mais direcionado somente à tutela dos direitos subjetivos, mas também direcionado à realização da pacificação social (MITIDIERO, 2009, p. 37).

A cooperação, além de abarcar um conjunto de princípios como visto anteriormente, é, majoritariamente, um modelo de direito processual civil. O modelo cooperativo é um reflexo e uma exigência do atual Estado Democrático de Direito, que impõe o efetivo diálogo e participação das partes e do juiz ao longo do processo, em verdadeira comunidade de trabalho, diferenciando-se pela adoção do contraditório como influência. Nas palavras de Streck, Nunes e Cunha (2016, p. 120), o Código de

Processo Civil, precisa ser interpretado em consonância com um formalismo constitucionalizado, especialmente por declaradamente estar embasado em premissas participativas/cooperativas e no contraditório como influência e não surpresa (WOLKART, 2020).

À vista do exposto, pode-se constatar que a adoção de um modelo cooperativo corresponde a uma estrutura mais colaborativa e participativa, de modo a concretizar os direitos fundamentais do processo. Por influência disso, a condução do processo ocorre de maneira equilibrada, de forma justa e efetiva em consonância aos princípios trazidos no texto constitucional, sobretudo os deveres de fundamentação das decisões judiciais e do contraditório.

Enquanto norma fundamental, o atendimento de tais princípios, simultaneamente com a abertura do diálogo entre juiz e partes, propiciam-se decisões fundadas no mundo prático, com uma maior aceitação pública, haja vista decorrer do debate dialético, resultando numa maior confiança da sociedade no Poder Judiciário, objetivando-se diante dessa condução, que a decisão fruto da cognição do magistrado corresponda aos anseios das partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas características em torno do livre convencimento motivado parecem predominar entre juristas brasileiros, na forma em que consiste em um método de valoração da prova que veio em contrapartida ao sistema da prova tarifada e da íntima convicção, de modo a garantir que cabe ao juiz ser livre para decidir com base em seu convencimento, desde que o faça de maneira motivada.

O princípio o qual deveria orientar a valoração das provas baseando-se em motivações racionais como veremos adiante é utilizado como álibi para garantir controles sobre a tomada de decisão, de modo a garantir que o juiz não fique preso ao formalismo da lei, ao alcance das partes ao contraditório e ao dever judicial de fundamentação, criando, assim, jurisprudências defensivas, utilizando argumentos como “o juiz decide conforme sua consciência” ou “mantém a decisão por seus próprios fundamentos” de modo que não há fundamento no Estado Democrático de Direito de que qualquer convencimento cabe.

Tal princípio é aplicado com o intuito de afastar o texto legal e permitir decisões fundadas em argumentos retóricos que desrespeitam os deveres constitucionais, de coerência e integridade do direito.

À vista disto, a pretensão desta monografia foi demonstrar que o livre convencimento motivado é utilizado como método de trabalho do juiz não apenas na valoração probatória, mas também, diante de posturas antidemocráticas advindas do decidir conforme sua consciência, voltando assim, ao paradigma da subjetividade em contrapartida com a intersubjetividade. A utilização do livre convencimento também se dá como método de autonomia de julgamento, o que acaba por ocasionar implicações perante a atual vigência do Código de Processo Civil que preconiza o dever constitucional de fundamentação como instrumento legitimador das decisões judiciais e garantia ao contraditório substancial no processo. Tal conduta deve ser superada através do modelo cooperativo de processo civil, permitindo viabilizar a integridade e coerência do Direito através do atendimento aos princípios do contraditório como influência, do dever de fundamentação substancial e do dever de motivação face à subjetividade das decisões, uma vez que tais princípios são previstos constitucionalmente e, portanto, garantem uma decisão baseada na resposta correta, ou seja, constitucionalmente adequada.

Primeiramente, no capítulo inicial, apurou-se o histórico da valoração probatória e a recepção do livre convencimento motivado pelos códigos de 39 e 73, como método ou sistema de valoração probatória em contrapartida ao sistema da prova legal. Com

a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o legislador restringiu o “livre convencimento” ao retirar do novo dispositivo a expressão “livremente”, a partir de então, o conteúdo do princípio pautou-se na persuasão racional e a motivação da escolha da prova fundada em uma preocupação maior do novo código com o aprofundamento democrático brasileiro.

Por derradeiro, constatou-se que o livre convencimento motivado foi recepcionado pelo CPC/73 como uma superação à prova tarifada, e este, se mantém na prática no atual CPC/15 mesmo com a simples retirada da expressão do texto, mas tem sido utilizado como álibi para justificar os métodos de decisão, ocasionando o equívoco de cindir a questão de fato e de direito, tornando-se uma abertura para justificativas subjetivistas desvinculadas com o atual modelo democrático. A partir daí, constatou-se que o juiz não é livre para valorar a prova, pois a motivação deve-se fundar em critérios racionais de valoração.

No segundo capítulo, analisa-se a Crítica Hermenêutica do Direito a partir de que se atestou a vinculação do livre convencimento motivado ao esquema sujeito-objeto no que tange à busca pela verdade real formada subjetivamente pelo juiz a partir de sua consciência, de modo contrário ao giro-ontológico linguístico que introduz a intersubjetividade dos sentidos e a verdade como histórico e temporal (verdade hermenêutica). Para tanto, buscou-se superar as decisões solipsistas que reproduziam um novo direito a ser aplicado ao caso concreto, com base nos deveres de integridade e coerência do Direito, como forma de legitimar a resposta correta de *Dworkin* a partir da reprodução de decisões constitucionalmente adequadas que visam a observância de um conjunto de princípios, os quais levam tal decisão à resposta correta e que somente são possíveis diante do dever de motivação das decisões judiciais e do dever de fundamentação substancial das decisões.

Após, demonstrou-se que o dever de fundamentação é resultado do processo de motivação, que consiste na apreensão da realidade dos elementos do processo, sendo este o meio que se chega a uma decisão fundamentada, a qual garante a função extraprocessual de controle externo da ordem pública e a função endoprocessual de controle das partes. Para tanto, a proibição de decidir conforme o livre convencimento está diretamente relacionada aos deveres de fundamentação e motivação das decisões judiciais.

No terceiro capítulo, analisou-se os modelos processuais e a imprecisão terminológica do princípio dispositivo, a qual permite a ampliação dos poderes instrutórios do juiz em matéria probatória.

Destarte, ao final desta monografia, constatou-se que um sistema processual orientado pelo modelo cooperativo habilita o caráter dialético que pode suprir resquícios de um sistema inquisitório através da indispensabilidade do contraditório substancial, sendo que tal dimensão material do contraditório reconhece as partes o direito de influenciar na convicção o juiz, pois esse direito pressupõe que o magistrado enfrente todos os meios de provas, não podendo escolher aquilo que analisa para valorar ou deixa de apreciar em decorrência da imposição e tal princípio.

Ainda, constatou-se que a adoção de modelo cooperativo de processo civil recepcionado por um consentimento da atividade jurisdicional pode amparar na comunidade de trabalho onde participam o juiz e as partes de forma simétrica no processo de conhecimento guiada pelos deveres de esclarecimento, prevenção auxílio e consulta na etapa decisória onde o juiz obterá seu fundamento através da gestão compartilhada com as partes.

Por fim, admitir que o juiz, ao apreciar livremente a prova, não estaria preso a parâmetros ou critérios prefixados pela Lei constitui verdadeiro arbítrio para silenciar os motivos da formação de seu convencimento, na forma que impõe-se justamente o dever de externar os motivos de sua decisão corroborando com o dever constitucional à fundamentação das decisões judiciais. Sendo assim, a tese do livre convencimento motivado carece de melhores interpretações no campo doutrinário, profissional e jurisprudencial, na forma com que sejam atendidos os direitos e garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório através da cooperação não apenas como um princípio processual, mas também como um modelo de processo e estrutura para a melhor compreensão do juiz sobre o direito material, conferindo à jurisdição o dever de protegê-los mesmo quando são omitidos pelo legislador, para que assim se atenda ao devido processo legal como representação constitucional de um formalismo processual em que se pondere o implemento de garantias para que se alcance o direito material e não sujeite as partes ao livre arbítrio do poder do Estado.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6 ed. São Paulo, SaraivaJur, 2019.

ALVIM, Teresa Arruda *et. al.* **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.

ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio. **Novo CPC aplicado - visto por processualistas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes *et. al.* A valoração da prova como ato político: notas sobre a pretendida sobrevivência do chamado princípio do livre convencimento motivado no Direito Brasileiro. *In: O fim do livre convencimento motivado*. Coordenação de Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lênio Streck. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília: Diário Oficial da União, 1941.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 1973.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Editora Benjamin Constant, Tradução de Fernando Tomaz, Rio de Janeiro (RJ), 1989.

BRUM, Guilherme Valle. Réquiem para o livre convencimento motivado. *In: O fim do livre convencimento motivado*. Coordenação de Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lênio Streck. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**: Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)**. Palestra Editores; Biblioteca de Derecho Procesal; Directores: Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios; Lima, Peru; 2007;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COURA, Alexandre de Castro; ZANOTTI, Bruno Taufner. (Pós) Positivismo Jurídico e a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. Rev. Prog. pós-graduação em Direito da UFC. Fortaleza, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/71201057/P%C3%B3s_Positivismo_Jur%C3%ADico_e_a_Teoria_Do_Direito_Como_Integridade_De_Ronald_Dworkin. Acesso: 10 jun. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo.** 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et. al.* **Novo Cpc - Doutrina Seleccionada - V.3 - Processo De Conhecimento – Provas.** 2 ed, rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Grandes temas do Novo CPC - Direito probatório.** Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **RePro**, São Paulo, v. 198, p. 213-225, ago. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comparado: CPC/73 para NCCP e NCCP para o CPC/73, contém legenda das modificações.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3 ed. Tradução de Nelson Boeria. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. **A Possibilidade de Superação da Discricionariedade Judicial Positivista pelo Abandono do Livre Convencimento Motivado no CPC/15.** Salvador: JusPODIVM, 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** 3 ed. Tradução de Meurer Flávio. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: Comentários ao CPC de 2015: parte geral.** São Paulo: Forense, 2015.

GOYARD-FRABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRECO, Leonardo. **Publicismo e privatismo no processo civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

HART, Herbert Lionel. **O conceito de Direito**. 3 ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio dispositivo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. olide tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/459/edicao-2/principio-dispositivo>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção** [livro eletrônico]: de acordo com o CPC de 2015. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MEDINA, José Miguel García. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY, Carmen Lígia. **Decisão Judicial e Discricionariedade**: A Sentença Determinativa no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: Volume único. 8. ed. Completamente revista com base no novo CPC, 4. tiragem. Salvador: JusPODIVM, 2016.

QUINAUD, Flávio Pedron. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PAULA FILHO, Alexandre de; GOUVEIA, Lúcio Grassi. “Diálogo Processual Intersubjetivo Pós Código De Processo Civil De 2015: a Jurisprudência Do Superior Tribunal De Justiça Caminha No Sentido De Garanti-Lo Ou Limitá-Lo?” **Rev. bras. Dir. Proc.**, Belo Horizonte, ano 30, n. 117, p. 139-158, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www.academia.edu/80958450/Di%C3%A1logo_processual_intersubjetivo_p%C3%B3s_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_de_2015_a_jurisprud%C3%Aancia_d_o_Superior_Tribunal_de_Justi%C3%A7a_caminha_no_sentido_de_garanti_lo_ou_limit%C3%A1_lo. Acesso em: 10 jun. 2022.

PICÓ I JUNOY, Joan **Las Garantías Constitucionales del Proceso**. 1997, Spain, J.M. Bosch Editor;

RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. O problema da (de)limitação dos poderes do juiz sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. *In: O fim do livre convencimento motivado*. Coordenação de Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lênio Streck. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. **Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições**; Participative contradictory: evolution, impacts on Civil Procedure and restrictions; Revista de Processo | vol. 279/2018 | p. 19 - 40 | Maio / 2018DTR\2018\12708;

ROSAS, Roberto. **Direito processual Constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Da reconvenção no direito brasileiro**. 4. ed. Corr. e Atual., 2. tiragem. São Paulo: M. Limonad, 1973.

SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O “giro argumentativo” e a “resposta do CPC/15 na dimensão argumentativa como possibilidade de “accountability” e a transformação em uma discricionariedade racionalizada. *In: O fim do livre convencimento motivado*. Coordenação de Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lênio Streck. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 7. ed., rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 7, v. 2, São Paulo, Jan./Jun 2006. São Paulo: ESDC, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica** 3. ed. reformulada da obra Jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Concenso Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio Delfino; LOPES, Ziel Ferreira. **Novo CPC aplicado visto por processualista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da [org.]; FREIRE, Alexandre [coord]. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo:

Saraiva, 2016.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, volume 1**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TJ-RS - "Recurso Especial": 70077311074 RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 19/08/2018, Primeira Vice-Presidência, Data de Publicação: 22/08/2018

TJ-SC - AC: 00017039820148240076 Turvo 0001703-98.2014.8.24.0076, Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz, Data de Julgamento: 23/05/2017, Segunda Câmara de Direito Público

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito I**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1994.

WELSCH, Giesele Mazoni. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WOLKART, Erick Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

XAVIER, Trícia Navarro. **Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. 2008. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.