

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

JURISDIÇÃO E LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Marcelo Augusto Scaff Branchini
RA00140258

São Paulo
2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

JURISDIÇÃO E LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Marcelo Augusto Scaff Branchini
RA00140258

Monografia apresentada ao curso de especialização em Direito Processual Civil, da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE – da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação Professora Stella Economides Maciel.

São Paulo
2015

AVALIAÇÃO

Professora orientadora:

Professora Stella Economides Maciel

Professor arguidor:

Professor arguidor:

AVALIADA EM ____ / ____ / ____

CONCEITO FINAL: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao Supremo Controlado do Mundo Material e Espiritual, Krishina, por ter permitido que eu pudesse fazer a especialização em Processo Civil na PUC de São Paulo, o que para mim é motivo de muita alegria e satisfação.

AGRADECIMENTO

Agradeço à Professora Stella Economides Maciel, pelas brilhantes aulas proferidas no decorrer do curso de especialização, pela orientação aprofundada e muito qualificada quando das discussões em sala de aula e, principalmente, por seu exemplo, a todos os alunos do curso de especialização em processo civil, de dedicação e perseverança no estudo do direito em geral e do processo civil em particular.

RESUMO

O presente estudo busca analisar a jurisdição e o princípio do livre convencimento motivado. Com o fito de atingir referido escopo, abre-se, primeiramente, o estudo com uma análise da jurisdição como dever-poder do Estado, sendo verificadas as suas definições, objetos e conteúdos, de modo que se chegue ao dever de julgar, que é oriundo da lei que se assenta sobre os ditames do nosso ordenamento jurídico e, ainda, sobre a consciência do Julgador. A jurisdição foi analisada tendo-se em mente, em especial, o antes citado dever de julgar. Superando-se o estudo da jurisdição (dever de julgar), entra-se na questão do princípio do livre convencimento motivado, para que se verifiquem os meios através dos quais é feito o julgamento. Abre-se o estudo com definições doutrinárias e sua evolução no decorrer dos tempos. A seqüência do estudo abrange quais são efetivamente os fatos e circunstâncias colocados *sub judice*, para que num terceiro momento se verifique a questão valorativa: quais fatos, circunstâncias e provas terão maior ou menor peso para o julgador. A conclusão aponta no sentido de que deva haver uma diferenciação clara e nítida entre liberdade de convencimento e convencimento arbitrário para que se chegue ao objetivo último do processo que é a pacificação social.

ABSTRACT

This study seeks to analyze the jurisdiction and the principle of free motivated conviction. With the aim of reaching that scope, the work is opened with the study of the jurisdiction analysis as due to state power, being verified its settings, objects and contents, so that it reaches the duty of the judge, that comes from the law that is based on our legal system, and also about the awareness of the Judge. The jurisdiction was analyzed keeping in mind, in particular, what is the duty of the judge. Topping up the study of jurisdiction (duty of judge), it is analyzed the question of the principle of free motivated conviction. The study of doctrinal definitions and their evolution in the course of time was done. The study covers the sequence in which effectively are the facts and circumstances placed *sub judice*, so a third moment to make the evaluative question: what facts, circumstances and evidences have greater or lesser weight to the judge. The conclusion points to the effect that there should be a clear and sharp distinction between freedom of conviction and arbitrary conviction in order to reach the ultimate goal of the process that is the social peace

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	<u>9</u>
1. JURISDIÇÃO	<u>11</u>
1.1. Definição	<u>11</u>
1.2. Conteúdo da Jurisdição	<u>13</u>
1.3. O dever de Julgar	<u>15</u>
2. DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	<u>17</u>
2.1. Definição	<u>18</u>
2.2. Fatos e Circunstâncias	<u>20</u>
2.3. Valoração das Provas	<u>23</u>
2.4. Liberdade de Convencimento e Convencimento Arbitrário	<u>26</u>
CONCLUSÃO	<u>28</u>
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	<u>30</u>

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objeto a jurisdição e Princípio do Livre Convencimento Motivado. O Código de Processo Civil em vigor prevê, no seu artigo 131, efetivamente a forma através da qual as sentenças e, inclusive, decisões em geral, deverão ser formuladas, tendo em vista que estipula, primeiramente, que a apreciação das provas será realizada de forma livre pelo julgador, atendendo-se aos fatos e circunstâncias presentes nos autos, mas com um requisito específico: que nas referidas decisões deva haver clara menção aos motivos que serviram como supedâneo fático-jurídico do convencimento do julgador.

Antes de se adentrar ao estudo do Princípio do Livre Convencimento Motivado, o instituto da jurisdição, como o dever/poder que tem o juiz de aplicar o direito para decidir a pretensão resistida que lhe é submetida, foi analisada em relação ao seu conteúdo e elementos intrínsecos, no capítulo de abertura. A conclusão no sentido de que o julgador não se pode furtar de decidir, ou seja, que tem o dever de julgar, mesmo no caso de lacuna ou obscuridade da lei (artigo 126 do CPC), serve como ponte entre a análise da jurisdição e o início do estudo do princípio do livre convencimento motivado, tendo em vista ser, conforme visto, esse princípio efetivamente o método através do qual serão decididas as questões trazidas a juízo.

No segundo capítulo adentra-se ao estudo dos conceitos formulados pela doutrina do livre convencimento motivado, para num segundo momento verificarem-se especificamente quais são efetivamente os fatos e circunstâncias sujeitas à prova. Assim, tem-se o conteúdo da análise probatória.

Sabedor do conteúdo da análise probatória entra-se na questão da valoração das provas produzidas, onde se verificará, inclusive, a evolução de referida valoração no decorrer da história do processo civil, para se chegar ao livre convencimento motivado.

Por fim, o estudo apresentou foco bastante preciso na diferenciação entre livre convencimento motivado e decisão arbitrária como, inclusive, forma de pacificação social.

Buscou-se demonstrar, portanto, que o processo civil atual é, de fato, a evolução de séculos de estudo sobre a jurisdição, no sentido de dever-poder de dizer o direito, e a forma através da qual referido direito deve ser entregue ao jurisdicionado, através da motivação das decisões realizada pelo princípio do livre convencimento fundamentado do magistrado.

1. JURISDIÇÃO

1.1 Definição

A jurisdição é instituto que a doutrina define como um dever/poder de fazer atuar a regra jurídica. As definições doutrinárias, em sua grande maioria, giram entorno desses dois elementos.

Pontes de Miranda, em sua eterna obra relativa aos comentários sobre o Código de Processo Civil, escrita em 1974¹, destaca com a maestria e conhecimentos eternos que:

Desde que a natureza do Estado obrigou, se não à extinção, pelo menos à grande diminuição da possível justiça de mão própria, impôs-se-lhe prover à distribuição dos julgamentos onde quer que se faça preciso restaurar o direito ferido. (...) A Justiça de mão própria foi a justiça primitiva. Mas a pretexto de justificar, o mais forte fazia prevalecer o que lhe interessava. Ao poucos foi se introduzindo a escolha de juiz e, depois, a vigilância estatal para essa escolha. A justiça estatal, como é hoje, resulta de desenvolvimentos milenares. À medida que se acentuava e se estendia, proibiam-se os atos de jurisdição de mão própria. A substituição dessa por aquela processou-se mediante a assunção da tutela jurídica pelo Estado, que prometia e criava os órgãos necessários a ela.(grifou-se)

Já Humberto Theodoro Junior² destaca que:

(...) jurisdição como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica. (...) Tomando conhecimento das alegações de ambas as partes, o magistrado definirá a qual

¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 100.

² THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 48.

deles corresponde o melhor interesse, segundo as regras do ordenamento jurídico em vigor, e dará composição ao conflito, fazendo prevalecer a pretensão que lhe seja correspondente. Eis, aí, em termos práticos, em que consiste a jurisdição. (grifou-se)

Barbosa Moreira³, de forma sucinta e clara expõe que:

O exercício da função jurisdicional visa a formação e à atuação prática da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação.

Trazemos, ainda para fins de bem elucidar o tema, a definição de jurisdição apresentada pelo doutrinador Moacyr Amaral dos Santos⁴, o qual em sua obra clássica de processo civil bem destaca que:

Essa função do Estado é própria e exclusiva do Poder Judiciário. É ele, dentro dessa função, que atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesse ocorrentes. É função do Estado desde o momento em que proíba a autotutela dos interesses individuais em conflito, por comprometedora da paz jurídica, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o estado não só pela força que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida.(...).A atribuição da jurisdição ao Poder Judiciário pressupõe o Poder Legislativo, com a incumbência de formular as leis, de criar o direito objetivo, a regular a ordem jurídica. A jurisdição, portanto, pressupõe a lei, o direito objetivo.

Para arrematar, trazemos a baila a definição de jurisdição de Fredie Didier Junior⁵ que destaca o fato de que a jurisdição não é somente o reconhecimento do direito, mas, acrescenta que é a sua efetivação e proteção, de

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 28ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 3.

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *PRIMEIRAS LINHAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL*. 20ª Ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p.68

⁵ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 16 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 101.

modo que o conceito por ele apresentado seria a síntese da evolução doutrinária sobre o instituto, confira-se:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica. Esse conceito é o que parece estar de acordo com as diversas transformações porque passou o Estado nos últimos tempos.

Tem-se, assim, clara e precisa a definição de jurisdição apontada pela doutrina, de modo passa-se nesse momento a análise do conteúdo da jurisdição, sempre mirando o escopo último desse trabalho que é analisar-se especificamente o meio através do qual a jurisdição é aplicada, qual seja, pelo livre convencimento motivado do magistrado e o seu fim último que é a pacificação social.

1.2 Conteúdo da Jurisdição

O conteúdo da jurisdição trata especificamente do que, efetivamente, dever ser trazido a juízo.

Humberto Theodoro Junior bem destaca quanto ao conteúdo que⁶:

A função jurisdicional só atua diante de casos concretos de conflito de interesses (lide ou litígio) e sempre na dependência da invocação à ordem jurídica e a aplicação voluntária de suas normas nos

⁶ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 48.

negócios jurídicos praticados. (...) Há conflito de interesses quando mais de sujeito procura usufruir o mesmo bem.

Assim, tem-se que não há que se falar em atuação do judiciário para análise de questão em abstrato e, ainda, deve existir um efetivo conflito de interesses.

A mesma orientação nos é dada por Fredie Didier Junior⁷ que destaca que a atuação da jurisdição se deve dar em uma questão concreta, confira-se:

*É preciso perceber que a jurisdição sempre atua numa situação concreta, um determinado problema que é levado a atuação do órgão jurisdicional. A atuação jurisdicional é sempre tópica. O raciocínio do órgão jurisdicional é sempre problemático: ele é chamado para resolver um problema concreto como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica. (...) Essa situação concreta pode ser um conflito de interesses (lide), uma situação de ameaça ou lesão a direitos (em que se requer uma tutela inibitória), situações jurídicas relacionadas exclusivamente a um indivíduo (pedidos de naturalização ou alteração de nome, por exemplo), **enfim; não se pode restringir a jurisdição a um tipo de situação concreta, como a lide.** (grifou-se)*

Desta forma, o conteúdo da jurisdição é abrangente e não pode ser limitado exclusivamente ao conceito de lide, conforme bem destacou o doutrinado Didier Junior.

Reputa-se importante destacar a lição do professor DINAMARCO⁸, quando afirma que:

⁷ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 16 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 109.

⁸ Dinamarco, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 160.

É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e mercê serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem. (...) São insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade. (...) Legislação e jurisdição englobam-se, assim, numa atividade teleológica – ambas engajadas numa tarefa só, de cunho social, que estaria no meio do caminho se fosse confiada só a legislação e não teria significado algum se se cogitasse da jurisdição sem existirem normas de direito substancial. (grifou-se)

Colocadas essas considerações preliminares, cabe verificar-se, nesse momento, o dever de Julgar.

1.3. O Dever de Julgar

Não há como não se decidir. Não há a possibilidade do magistrado se furtar ao seu dever legal, conforme visto acima.

Cumpra trazer à baila os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior sobre a missão efetiva do juiz⁹:

A missão do juiz consiste precisamente em compor o impasse criado com a pretensão de alguém a um bem da vida e a resistência de outrem a lhe propiciar dito bem. (grifou-se)

E continua referido mestre, ainda, explanado que¹⁰:

⁹ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 48.

*Por outro lado, é fora de dúvida que a atividade de dirimir conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado. Mas, desde que privou os cidadãos de fazer atuar seus direitos subjetivos pelas próprias mãos, a ordem jurídica teve de criar para os particulares um direito à tutela jurídica do Estado. **E este passou a deter não apenas o poder jurisdicional, mas também o dever de jurisdição.** Assim, em vez de conceituar a jurisdição como poder, é preferível considerá-la como função estatal. (Grifou-se).*

No mesmo sentido, segue o ensinamento de Frederico Marques, confira-se¹¹:

*O iudicium, síntese suprema da jurisdição, é a **atividade absolutamente obrigatória, pois o não julgamento é a manifestação mais característica da denegação de justiça. A obrigação de julgar é inerente a função judiciária.** (...) O juiz que se abstivesse de julgar seria tão inconcebível como o círculo quadrado, pois deixando de decidir por obscuridade, silêncio ou insuficiência da lei, estaria praticamente declarando improcedente o pedido ou pretensão. (grifou-se)*

Já o doutrinador Amaral dos Santos¹² expõe em sua obra que:

*A Jurisdição compreende três poderes: o de decisão, o de coerção eo de documentação. **O poder de decisão, correspondente ao notio e ao iudicio dos romanos, consiste no poder de conhecer, prover, recolher os elementos de prova e de decidir. Compreende-se nesse poder tanto o de decidir definitivamente a lide, pela atuação da vontade da lei ao caso (decisões de mérito), como o poder de decidir quanto aos limites e modos do***

¹⁰ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54^a ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 48.

¹¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3^a ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 231.

¹² SANTOS, Moacyr Amaral. *PRIMEIRAS LINHAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL*. 20^a Ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p.71

exercício da própria atividade jurisdicional. Ali o juiz atua a lei material; aqui a lei processual. (grifou-se)

Restou comprovado que o dever de julgar está presente inexoravelmente na atividade judicial. O ponto que merece relevo, nesse momento, é saber-se o porquê de referida obrigatoriedade e suas conseqüências.

Uma vez mais se citando Pontes de Miranda¹³ o qual explica de forma clara e precisa referido fato:

(...) o Estado só organizou a lide judiciária com o intuito de pacificação, com sucedâneo dos outros meios incivilizados de dirimir as contentas, e o de realização do direito objetivo, que é abstrato. Paz mais do que revide, é a razão da Justiça.

Aponto, ainda, lição da lavra de Cândido Rangel Dinamarco¹⁴ sobre o tema:

Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo – eis a grande tarefa do juiz ao sentenciar.

O primeiro capítulo do presente estudo teve como escopo analisar a jurisdição com o fito de se comprovar ser a mesma um dever/poder do Estado e, ainda, como obrigação do magistrado de julgar. Passa-se nesse momento ao estudo do Princípio do Livre Convencimento Motivado.

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 102.

¹⁴ Dinamarco, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 196

2. DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Antes de adentra-se à análise do princípio do livre convencimento motivado propriamente dito, cabe nesse momento se destacar a importância de se conhecerem os princípios em geral e, em especial, de conhecerem-se os princípios específicos de cada ramo do direito.

Destaca-se a brilhante exposição de Moacyr Amaral dos Santos sobre o assunto¹⁵:

Assim, a cada sistema processual se calca em princípios que se estendem a todos os sistemas e com aplicação mais ou menos intensa, em princípios outros que lhe são próprios, que o caracterizam. É do exame de princípios gerais que informa um sistema que resultará qualificá-lo naquilo que tem de particular ou comum com os demais, do presente e do passado. (...) Há pois, indistigável utilidade no conhecimento dos princípios gerais, ou fundamentais, que orientam o sistema processual brasileiro.

Apresenta-se, ainda, a definição de Karl Larenz, que nos é relembrada por Humberto Ávila¹⁶, em seu já clássico livro que trata da teoria dos princípios, o que ensina que:

Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.

Imperioso, nesse momento, destacar a definição de PAULO DE BARROS CARVALHO, que nos é apresentada por AURORA TOMAZINI DE CARVALHO¹⁷, confira-se:

¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 20 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 315.

¹⁶ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6ª ed. V. único. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35/36

É nesse sentido que PAULO DE BARROS CARVALHO enuncia: princípio é o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação da ordem jurídica”.

Demonstrado, assim, a relevância do conhecimento sobre os princípios do direito e, em particular, dos princípios do direito processual civil. O estudo abordara, nesse momento, o Livre Convencimento Motivado.

2.1 Definição

A doutrina define a motivação das decisões como uma operação sempre muito complexa, técnica e que deve ser devidamente motivada. Os atos processuais, com fundo decisório, aliás, têm que ser sempre motivados, conforme se verá..

O processo civil é hoje, de fato, um processo constitucionalizado, tendo em vista que a fonte primeira de toda a sua estrutura se encontra, de fato, na constituição.

Feita referida análise preliminar, reputa-se importante destacar o posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes¹⁷, quando à temática da fundamentação das decisões, confira-se:

*A garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um processo de controle, permitindo, inclusive, a eventual impugnação. Daí a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas (CF art. 93, IX). E motivadas significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificativas e motivos fático-jurídicos determinantes. **A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da***

¹⁷ CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 511

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. V. único. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 423

decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio de razões apropriadas. (grifou-se)

E continua o Ministro expondo que:

É certo que a necessidade de motivação abarca todos os tipos de decisões proferidas no processo, sejam interlocutórias, sejam definitivas.

Para concluir com uma clareza impar que:

Não há dúvida, portanto, de que a proteção judicial efetiva há de se materializar mediante decisões devidamente fundamentadas.

O doutrinador DIDIER¹⁹ em sua obra destaca com bastante ênfase que:

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza e direito fundamental do jurisdicionado. A própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece que toda a decisão judicial deve ser motivada e, fugindo um pouco à sua linha, normalmente principiológica e descritiva, prescreve norma sancionadora, cominando pena de nulidade para as decisões judiciais desmotivadas. (grifou-se)

Demonstrado, portanto, que as decisões têm que efetivamente serem fundamentadas, inclusive para que se sigam os ditames constitucionalmente determinados.

A forma através da qual a fundamentação será realizada, é, efetivamente, concretizada pelo livre convencimento motivado do julgador.

O professor Humberto Theodoro Junior bem destaca que:²⁰:

¹⁹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 09 ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2014, p.290

Na segunda etapa da sentença, portanto, o magistrado examinando as questões de fato e de direito, constrói as bases lógicas da parte decisória da sentença. Trata-se de operação delicada e complexa em que o juiz fixa as premissas da decisão após laborioso exame das alegações relevantes que as partes formularam, bem como do enquadramento do litígio nas normas legais aplicáveis. Cumpre lembrara que, em matéria do direito aplicável, o juiz não fica adstrito aos fundamentos das pretensões das partes. Jura novit cúria. (grifou-se)

Citando-se uma vez mais o professor DIDIER,²¹ observa-se que referido mestra apresenta definição bastante didática e esclarecedora, confira-se:

(...) já é pacífico o entendimento de que o convencimento judicial está fundado, sempre ou quase sempre, num juízo de verossimilhança. Esse entendimento se funda na idéia de que a verdade é um ideal inatingível. Por conta disso, prevalece a idéia de que o que se busca no processo é a verdade mais próxima do real (...) tendo em vista, pois, que o convencimento judicial normalmente está fundado em um juízo de verossimilhança, dada a impossibilidade material de alcançar-se efetivamente a verdade, impõe-se que o magistrado de legitimidade à sua tarefa. É aí que surge a necessidade da justificção quanto à formação da sua convicção e, pois, a exigência de fundamentar a sua decisão. A motivação, nesse sentido, é a explicação da convicção e da decisão. (grifou-se)

Opera-se, por definição, de forma livre, entretanto, motivada a decisão judicial para que seja devidamente válida.

2.2. Fatos e Circunstâncias

²⁰ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 543.

²¹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 09 ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2014, p.290

Quando se tratam dos fatos e circunstâncias presentes nos processos, de fato busca-se analisar o conteúdo efetivo da fundamentação, tendo em vista que é em referido momento da sentença que, também, o magistrado decide as questões incidentais para que a questão principal seja devidamente decidida.

DIDIER²² de forma bastante esclarecedora afirma que:

(...) é exatamente aqui, na motivação, que o magistrado deve apreciar e resolver as questões de fato e de direito que são postas à sua análise. (grifou-se).

Importante ser destacado que não há uma seqüência obrigatória para a análise dos fatos e do direito. A fundamentação pode ocorrer conforme livremente decida o julgador.

Humberto Theodoro Junior bem destaca referido ponto, quando afirma que²³:

Não há uma seqüência obrigatória entre o exame do fato e do direito. Dadas a complexidades e a interpenetração dos temas que comumente se notam nas questões judiciais, muitas vezes, de par com a elucidação dos fatos, opera-se a resolução dos pontos controvertidos sobre a norma aplicável e seu devido entendimento. Por isso, em alguns casos, o juiz faz preceder quaestio juris à quaestio facti, enquanto em outros é o inverso que se dá.

Indaga-se, nesse momento, o que efetivamente seriam as questões de fato presentes nos autos.

A resposta a referida indagação nos é dada com maestria pelo doutrinador DIDIER²⁴, confira-se:

²² DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 09 ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2014, p.291

²³ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 543.

*Não havendo questões processuais a resolver, ou tendo apreciado e rejeitado aquelas que se apresentaram, deve o magistrado passar à análise dos fundamentos de fato da demanda e da defesa, bem como das provas produzidas no processo por iniciativa das partes ou do próprio julgador. **Analisar questão de fato é, sobretudo, analisar as provas aportadas no processo.** (grifou-se)*

Assim, tem-se a demonstração de que as questões de fato são efetivamente aquelas relativas às provas produzidas e trazidas aos autos.

As questões de direito, podem ser pensadas como aquelas para as quais o julgador faz uma análise da linguagem do direito propriamente dita, que é prescritiva.

Sobre referido tema, é imperioso apontar a doutrina de AURORA TOMAZINI DE CARVALHO²⁵, que apresentando tese de doutorado sob a orientação do professor PAULO DE BARROS CARVALHO, bem elucida que:

*Constituída sua versão sobre o evento, compete ao aplicador, construir o sentido de texto jurídico a ser aplicado. **Seu objeto de interpretação agora é outro, passa da linguagem dos fatos (descritiva) para a linguagem do direito (prescritiva).** A aplicação do direito pressupõe a construção de sentido dos textos jurídicos pelo aplicador, pois, como já vimos, não é o suporte físico que se enquadra ao caso concreto e sim o conceito normativo que incide sobre os conceitos do fato e da relação. A subsunção é uma operação entre classes e as classes são extensões de um conceito. Nesses termos, o que se aplica é o sentido: é a norma jurídica, que nada mais é do que uma construção do interprete. (grifou-se)*

Desta forma, as questões de fato e de direito a serem analisadas são claras e precisas, de modo que, nesse momento, passa-se à questão fulcral do presente estudo: a valoração das provas.

²⁴ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 09 ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2014, p.292

²⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 492

2.3. Valoração das Provas

Abre-se, nesse momento, fundamental tópico a respeito do presente estudo. Como efetivamente as provas são, ou deveriam ser analisadas.

O doutrinador DIDIER²⁶ expõe com clareza impar que:

*Muitas vezes o magistrado, analisando os argumentos e provas trazidos ao processo, tendo e a realçar, em sua motivação, apenas aquilo que dá sustentação à tese vencedora. É bastante comum o juiz, por exemplo, julgando procedente o pedido, fundamenta sua decisão apenas, ou ao menos predominantemente, nos argumentos e provas produzidas pelo autor. Isso, porém, não é correto. É imprescindível que se indique também por que as alegações e provas trazidas pela parte derrotada não lhe bastaram à formação do convencimento. **Trata-se do princípio do contraditório analisado sob à perspectiva substancial: não basta que à parte seja dada oportunidade de manifestar-se nos autos e de trazer as provas cuja produção lhe incumbe; é necessário que essa sua manifestação, esses seus argumentos, as provas que produziu sejam efetivamente analisados e valorados pelo magistrado (grifou-se)***

Verifica-se, portanto, que inclusive as provas e argumentos produzidos pela parte perdedora devem ser analisados, como forma de se atender plenamente ao princípio do contraditório em sua inteireza e, ainda, conforme continua apontado o antes citado doutrinador²⁷:

Isso é importante até para que a parte derrotada possa lançar mão dos meios de controle da decisão que lhe é desfavorável.

²⁶ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 09 ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2014, p.292

²⁷ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 09 ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2014, p.293

Na análise do material probatório, o magistrado deve, antes mesmo de verificar se há uma ligação entre a prova produzida e a alegação de fato que ela visa demonstrar, avaliar a própria credibilidade da prova.

Quanto ao tocante, a doutrina balizada de HUMBERTO THEODORO JUNIOR²⁸ segue no sentido de que a prova tem como escopo produzir certeza ou convicção no julgador, confira-se:

A prova se destina a produzir a certeza ou convicção do julgador a respeito dos fatos litigiosos. Mas ao manipular os meios de prova para formar o seu convencimento, o juiz não pode agir arbitrariamente; deve, ao contrário, observar um método ou sistema.

No desenvolvimento da ciência do direito e, em particular, da ciência processual ocorreram diversos métodos de análise/valoração das provas produzidas, dentre os quais o critério legal, o da livre convicção e o da persuasão racional.

Seguindo, ainda, a lição de THEODORO JUNIOR²⁹

O critério legal está totalmente superado. Nele o juiz é quase um autômato, apenas afere as provas seguindo uma hierarquia legal e o resultado surge automaticamente. Representa a supremacia do formalismo sobre o ideal de verdadeira justiça. (...) de rigorosa hierarquia legal do valor das diversas provas, o processo produzia simplesmente uma verdade formal. O sistema da livre convicção é o oposto do critério da prova legal. O que deve prevalecer é a convicção do juiz. Não há nenhuma regra que condicione essa pesquisa. (...) Peca o sistema, que encontrou defensores nos povos germânicos, portanto, por excessos, que chegam mesmo a conflitar com o princípio básico do contraditório.

²⁸ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 455/456

²⁹ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 455

Assim, superadas as primeiras fases da valoração das provas, quais sejam, a do sistema legal e o seu oposto, do livre convencimento, tem-se na moderna processualística o sistema da persuasão racional.

Ainda na doutrina de THEODORO JUNIOR³⁰, tem-se clara explicação:

Enquanto no livre convencimento o juiz pode julgar sem atentar, necessariamente, para a prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam ao controle das partes, no sistema da persuasão racional, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.

Caracterizado o convencimento motivado, ou, conforme alguns, o sistema de persuasão racional, como o mais moderno e atual método de valoração das provas, abre-se, portanto, à questão sobre a liberdade de convencimento (sempre motivada) e o convencimento arbitrário, que será objeto do próximo ponto do presente estudo.

2.4 Liberdade de Convencimento e Convencimento Arbitrário

Liberdade de convencimento não pode ser confundida com convencimento arbitrário, conforme se verá no decorrer do presente tópico.

Julga-se fundamental abrir-se a análise de referido tópico com a magistral lição proferida por DINAMARCO³¹, confira-se:

(...) aparece o juiz como autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico, cabendo-lhe a positivação do poder mediante decisões endereçadas a casos concretos. Tanto

³⁰ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 457

³¹ Dinamarco, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pg. 198

como o legislador, ele é agente estatal e tem a missão de decidir segundo escolhas da sociedade. (...) além disso, descontados os casos em que o envelhecimento da lei torna obsoleto o seu sentido gramatical e indispensável a descoberta de outros sentidos compatíveis com as exigências axiológicas atuais, o que se tem de ordinário é a correspondência da lei à realidade sócio-política da nação. (grifou-se)

Desta forma, o juiz sendo o canal entre a sociedade e o mundo jurídico deve fundamentar as suas decisões com base em elementos presentes nos autos e não de forma arbitrária ou não fundamentada. Não fosse assim, teríamos uma aproximação da decisão judicial a uma decisão efetivamente ditatorial, tendo em vista que eivada de vício em seu nascedouro.

Doutrina de THEODORO JUNIOR³² esclarece referido ponto de forma crucial:

*Sem a rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, o juiz, atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. **Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos.** E o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência.*

Observa-se que o livre convencimento sempre motivado é a garantia do jurisdicionado de que o *decisum* proferido seguiu os ditames determinados na lei para que seja realizada uma decisão o mais justa possível.

³² THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 457

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou demonstrar que a evolução da processualística moderna atingiu o seu patamar último com a aplicação do livre convencimento motivado nas decisões judiciais. O referido princípio é aplicado na sua plenitude quando o julgador se utiliza dos meios científicos, racionais e lógicos para fundamentar a suas decisões, de modo que não possa haver decisão arbitrária e desprovida de fundamentos.

Na abertura do trabalho buscou delinear o instituto basilar do direito processual, a Jurisdição, em suas várias faces, para se chegar ao dever de julgar, do qual o magistrado efetivamente não pode se furtar.

Estudou-se nos subseqüentes tópicos a importância da fundamentação das decisões judiciais e, em especial, o meio pelo qual referidas decisões devem ser formuladas, ou seja, sempre de forma fundamentada nas provas constantes dos autos.

O escopo primeiro do presente estudo era lançar luz ao fato de que a decisão deve ser o resultado último de toda uma análise fático-probatória realizada pelo julgador, sendo esta sempre motivada, de modo que a entrega da jurisdição seja o mais próximo possível de algo aceitável para aquele que é o vencedor da demanda e, inclusive, para o perdedor da demanda, que saberá efetivamente os motivos que fundaram a convicção do juízo.

O perdedor da demanda, sabedor de referidos motivos, poderá conformar-se, sendo, assim, atingida a paz social, ou então recorrer tendo como objeto de seu recurso a fundamentação lançada.

O fim último será sempre a pacificação social sempre buscada pelo direito em geral e pelo processo civil em particular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6ª ed. V. único. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2014.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 09 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2014.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. V. único. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 28ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 20 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.