

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

**THIAGO DAMIÃO FAGUNDES PEREIRA**

**PERSUASÃO RACIONAL – O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO  
NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL**

Campo Grande, MS  
2025

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO - FADIR**

**THIAGO DAMIÃO FAGUNDES PEREIRA**

**PERSUASÃO RACIONAL – O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO  
NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso de Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Olavo de Oliveira Neto.

Campo Grande, MS  
2025

## DEDICATÓRIA

À minha família, por toda compreensão e incentivo, por relevar a minha ausência tantas vezes enquanto me debruçava sobre a pilha de livros.

Em especial à minha companheira, minha esposa e amiga, Amanda que foi e é a grande força motriz para abraçar o direito.

A minha filha Laila Abigail, por vezes ao acordar de madrugada e ao me encontrar estudando na mesa da sala, sentava-se ao meu lado para me ajudar a estudar.

À minha mãe pela força e exemplo que me leva a ser uma pessoa melhor para todos, em especial para minha família

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos professores da Faculdade de Direito da UFMS que instigaram em mim o desejo por aprender e questionar.

Agradeço aos meus colegas do curso, com os quais pude compartilhar as descobertas e muitas inquietações.

Em especial, agradeço ao Professor Doutor Olavo de Oliveira Neto não só pela orientação durante a pesquisa, mas também por inculcar o prazer em estudar o direito como um todo e o processo civil, homem cujas palavras sempre me fizeram apetecer o estudo profundo do mundo jurídico.

*Sentença justa quer dizer simplesmente sentença conforme a lei, e se, depois, por ventura, a lei não corresponde (ou não corresponde mais) ao sentimento social, isto não é assunto do juiz, mas do legislador: dura lex sed lex! Pierro Calamandrei.*

## RESUMO

O Princípio do Livre Convencimento Motivado é largamente utilizado nas decisões judiciais. Há críticas ao princípio, aduzindo que ele fere direitos constitucionais, ao passo que deixa no subjetivismo do magistrado a decisão. Já há quem defenda, indicando uma importante vitória sobre a prova tarifada, permitindo ao Juiz decidir de acordo com a verdade. Considerando que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, seus princípios tem irradiado por todo o ordenamento jurídico, o presente trabalho visa refletir sobre o princípio do Livre Convencimento Motivado no prisma constitucional, mesmo o Código de Processo Civil tendo sido promulgado quase 30 anos após a constituição federal.

Não se arvora criticar as técnicas utilizadas ao longo da história, mas sim revalorizá-la sobre o prisma constitucional, que perpassa por uma análise histórica e dos princípios em voga.

**Palavras- chave: Livre Convencimento Motivado. Persuasão Racional. Constitucionalização do Processo Civil. Fundamentação das Decisões Judiciais.**

## ***RESUMEN***

El Principio de Libre Persuasión Motivada es una extensión utilizada en las decisiones judiciales. Hay críticas al principio, alegando que viola derechos constitucionales, dejando la decisión al subjetivismo del juez. Ya hay quienes lo defienden, indicando una importante victoria sobre la prueba del honorario, permitiendo al juez decidir conforme a la verdad. Considerando que después de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, sus principios se difundieron por todo el ordenamiento jurídico, este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre el principio del Libre Consentimiento Motivado en la perspectiva constitucional, a pesa de que el Código de Procedimiento Civil fue promulgado casi 30 años después de la constitución federal.

No se trata de criticar las técnicas utilizadas a lo largo de la historia, sino de revalorizarlas desde una perspectiva constitucional, lo que implica un análisis histórico y de los principios en boga.

**Palabras-clave: Convicción motivada libre. Persuasión racional. Constitucionalización del Procedimiento Civil. Justificación de Decisiones Judiciales.**

## LISTA DE TABELAS

<b>Tabela 1</b> - Quadro comparativo CPC/73 e CPC 2015.....	13
---	----

## LISTAS DE ABREVIACÕES E SIGLAS

CPC	Código de Processo Civil
CPC	Código de Processo Civil de 1973
CPC	Código de Processo Civil de 2015
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
Resp	Recurso Especial
Rext	Recurso Extraordinário
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJMS	Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>1 NOÇÕES HISTÓRICAS</b> .....	02
1.1 NO MUNDO .....	02
1.1.1 Sistema dos Ordálias ou Juízos Divinos .....	02
1.1.2 Sistema das Provas Tarifadas .....	04
1.1.3 Sistema da Livre Convicção .....	07
1.1.4 Sistema da Persuasão Racional .....	08
1.2 NO BRASIL .....	09
1.2.1 Sistema dos Ordálias ou Juízos Divinos .....	09
1.2.2 Sistema das Provas Tarifadas .....	10
1.2.3 Sistema da Livre Convicção .....	11
1.2.4 Sistema da Persuasão Racional .....	11
<b>2 PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS</b> .....	15
2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	15
2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	18
2.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA .....	19
2.4 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE .....	20
2.5 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO .....	22
2.6 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO .....	24
<b>3 RATIO DECIDENDI NA PERSUASÃO RACIONAL</b> .....	26
3.1 CONTEÚDO DA FUNDAMENTAÇÃO .....	26
3.1.1 Ratio Decidendi.....	30
3.1.2 Formação da Ratio Decidendi .....	31
3.1.3 Fundamentação e Coisa Julgada .....	32
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	33
<b>REFERÊNCIAS FINAIS</b> .....	35



## INTRODUÇÃO

O princípio do Livre Convencimento Motivado, ou Persuasão Racional é um instituto fundamental no direito processual civil brasileiro, e comumente aludido quando se trata da valoração da prova ou decisão de casos pelos juízes. Presente no código de Processo Civil de 1973, a retirada da expressão livre na redação do artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015 levanta a discussão sobre a existência e juridicidade desse princípio. Neste diapasão, há uma cisão na doutrina, por um lado aqueles que defendem que não cabe no modelo constitucional do processo civil e por outro lado aqueles que defendem que este instituto é fundamental para a não regressão a um sistema de provas tarifadas e/ou juiz boca de lei.

Neste contexto, este trabalho busca investigar o instituto do Livre Convencimento Motivado no bojo do processo civil, seu papel na atual ordem jurídica, e seu fundamento. Ao conhecê-lo, passaremos a analisar sua harmonia ou não com a ordem constitucional vigente, buscando avaliar as visões doutrinárias e jurisprudenciais dos tribunais superiores e do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Há uma rica produção doutrinária sobre o tema. Valemo-nos do estudo doutrinário do instituto ora objeto de estudo, mediante confrontação, não com o intento de menosprezar as técnicas processuais em si, mas valorizar a constitucionalização do processo civil, promovendo as técnicas que reflitam o Estado democrático de direito vigente no ordenamento constitucional pátrio.

O Juiz detém liberdade para valorizar a prova, tendo, no entanto, de indicar na sua decisão os motivos que lhe formaram o convencimento, conhecido como Livre Convencimento Motivado ou Persuasão racional da prova. Eis o objeto de estudo do presente trabalho. Importante destacar que, devido à similitude que em geral é tratada motivação e fundamentação, ao tratar da primeira neste artigo, estaremos nos referindo à fundamentação, salvo no subtítulo “Princípio da Motivação” em que abordaremos a diferença entre os dois institutos.

Para a consecução desse estudo, importante será a consideração sobre o papel e postura do magistrado nas decisões, e principalmente na valoração da prova. É certo que o direito tem como escopo dar ao jurisdicionado cada vez mais poder e atuação para, não só formar a convicção do julgador, mas também em construir ativamente a decisão judicial, podendo realizar o controle não só a priori e posteriori, mas também concomitante ao pleito.

# 1 NOÇÕES HISTÓRICAS

## 1.1 No Mundo

### 1.1.1 Sistema dos Ordálias ou Juízos Divinos

Os ordálias ou Juízos Divinos constituía um sistema procedimental adotado na idade média com o fito de alcançar um julgamento ou decisão final em uma lide. Consistiam em provas confiadas ao divino cujos resultados indicavam o direito, ou quem estava com a razão. Embora muitos povos e tradições utilizavam e ainda utilizam vertentes dos ordálias, sua origem é pagã, atribuída aos povos germânicos.

Neste aspecto, conforme Barlett (**BARLETT 1986: 4,7**) não se pode atribuir o surgimento desse sistema aos povos germânicos de forma indistinta, pois dentro desse povo havia numerosas etnias, cada qual com a sua cultura e costumes. Além disso, como leciona Moacyr Amaral (SANTOS 1971: 23) havia esse sistema entre os Hebreus, no conto de Antígona, de Sófocles, alguns guardas, suspeitos de haver desobedecido ao rei, ofereceram-se a pegar em ferro quente e atravessar o fogo, para provar sua inocência.

Nas Índias, o ordália, em uso desde os tempos antigos, e ainda subsistente, consta de quatro espécies: a de fogo, a da água, a da lança e a do veneno. Esse sistema provavelmente chegará à Europa central onde passa a ser adotado pelo povo germânico.

Embora comumente se refere a influência desse povo aos romanos com a invasão, esta não foi a única forma de inserção, sendo que não apenas lutas, mas acordos firmados entre os líderes germanos e os Imperadores Romanos que conferiam especial proteção e vínculo com os povos germânicos. Um exemplo são os Visigodos que em 376 passaram a uma condição jurídica de aliados dos romanos. Estes se tornaram fundamentais no desenvolvimento dos ordálias, visto que Recaredo, rei visigodo, se converteu ao cristianismo em 589 d.c.. Esse fato é importante, porque os germanos tinham como forma de resolver suas disputas em uma assembleia em que havia luta ou batalha entre os litigantes para se chegar a um veredito, crendo que aquele que ganhava tinha a razão.

Acrescenta-se que com a queda do Império Romano, a instabilidade e o caos instalados, dogmas religiosos começaram a prosperar trazendo um referencial seguro, pelo menos no plano espiritual, pavimentando o caminho para o surgimento do direito canônico.

Nas influências e contra influências da cultura e pensamento germânico e os dogmas religiosos, adotando-se os costumes pagãos adaptando-os à realidade da época, Os ordálias vieram para que Deus colocasse ordem ao mundo caótico que se encontrava, revelando duas de suas facetas, justiça e paz. “Podia ser, por exemplo, fazer com que o suspeito pegasse com as mãos um objeto de metal incandescente. Inocente, se o metal em fogo não o queimasse. Condenado, no caso contrário.” ( **LE GOFF, 2013, p. 76-77**) Ou ainda os combates, em que mulheres em especial, contratavam os campeões para lutar, assim ganhavam dinheiro e fama.

Contudo, é preciso destacar que os ordálias não eram obrigatoriamente utilizados. Consistiam em técnicas utilizadas em diferentes situações com base na escolha feita pelos juízes. Uma das partes fazia a acusação perante o juiz, se houvesse confissão ou as provas trazidas fossem claras e inequívocas, dava-se a sentença. Do contrário, era invocada a ajuda de Deus que manifestava-se mediante os ordálias. Conforme ensina Taruffo (**TARUFFO, 2016: 21**) eram os meios utilizados para a tomada de decisão quando os meios de prova comumente usados não logravam êxito. Substancialmente, os ordálios eram considerados instrumentos para chegar a uma decisão definitiva nos casos de incerteza, e não uma técnica destinada à descoberta da verdade.

Esse podia ser um duelo, onde as partes ou seus campeões contratados, lutavam perante os juízes. Havia também o “*iudicium ignis*”, juízos de fogo; “*examen aquae frigidae*”, juízos de água atirava-se o acusado num reservatório de água: se afundasse, seria considerado culpado; se flutuasse, como inocente; “*ad sortem ponatur*”, juízo pela sorte; “*pugna duorum*”, duelo. Na ‘prova das serpentes’, o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se fosse mordido pelos répteis.

A premissa era: Deus, chamado a assistir as partes determinaria o êxito da prova, tornando inequívoca a inocência ou a culpa. Após a conversão dos bárbaros, um sacerdote católico tinha de abençoar e consagrar os instrumentos que eram utilizados.

Seria muito fácil e um erro querer qualificar como bom ou ruim o sistema utilizado para nós que vivemos no século XXI. Michele Taruffo (**TARUFFO, 2016: 21**) defende que os ordálias eram necessários e cumpriam o objetivo para que se prestava à época. Isso porque a sociedade medieval era repleta de superstições e credices que governavam a vida das pessoas. A crença na chamada justiça divina era suficiente para a pacificação social, sendo esta uma prova direcionada não ao juízo, mas sim à parte adversa. Se Deus assim decidiu não cabia discussões.

Além disso, o autor aponta que havia uma carência de técnicas, ferramentas e cognição jurídica, o qual os ordálias supriam, como residual. Ou seja, o Juiz detinha algumas técnicas para resolver os casos, contudo, quando o caso era complexo, e difícil de decidir, cabia a atuação dos ordálias.

Esse sistema com o passar do tempo passou a ser chamado de “*purgatio vulgaris*” para estabelecer clara distinção com o direito canônico que já se distanciava dos ordálias, levando então o nome de “*purgatio canônica*” que consistia no juramento.

Evidente que trouxemos aqui a visão de mundo e de direitos europeia pelo vasto acervo histórico bibliográfico, que exclui a concepção oriental, africana e mesmo dos povos originários da América pela ausência de registros. Contudo, é vital compreender que o direito não só no Brasil, mas em todo o mundo sofreu influência direta e indireta do direito europeu que foi introduzido nas colônias aos séculos. Assim, estudar a história do direito europeu e sua evolução no que diz respeito ao princípio do livre convencimento motivado, constitui a compreensão de sua matriz, permitindo compreender esse princípio e suas implicações não só no direito brasileiro, mas no direito mundial.

### 1.1.2 Sistema das Provas Tarifadas

Em 643 d.c. os reis Lombardos, que reinavam em Pavia, capital do reino Itálico, foram modernizando o direito em vista da cultura europeia que estava maturando. O Rei Liutprando entre 717 e 734 fez alterações significativas na administração da justiça e embora manteve os procedimentos trazidos pelo direito germânico e instrumentalizados pelo seu antecessor Rei Rotari, ele que era averso aos combates, preferiu a confissão como meio para se chegar a verdade. Assim, esses Reis Lombardos, embora não vetasse os ordálias como método, criou obstáculos para sua consecução.

O sistema processual longobardo abriu caminho para sistemas de provas mais modernos. A partir do século VIII a busca dos juízes pela verdade, levando em conta as provas ali apresentadas, foi-se abandonando as ordálias como método arcaico e não confiável, a partir da proibição das ordálias por Inocêncio III (Concílio de 1215). Com um gradual retorno do Direito Romano e da ascensão da Igreja e conseqüentemente do Direito Canônico, foi superando os ordálias, inaugurando um período de direcionamento a racionalização do sistema probatório.

Num contexto de positivação do direito, os limites eram dados de forma clara e específica. Assim, no sistema de prova legal ou prova tarifada, cada prova tinha um valor pré-

estabelecido por Lei, inalterável e constante de sorte que ao Juiz não era livre a avaliação, agindo rigidamente vinculado. Por este motivo é também chamado de sistema tarifado, no qual as provas têm um valor predefinido, o qual não se pode ignorar ou suplantar. Nesse sistema o juiz manifestava a verdade em consonância com o valor da prova apresentada e não de acordo com sua convicção em resultado das provas apresentadas.

A título de exemplo, a prova testemunhal não valia tanto, ao passo que a confissão era considerada a “rainha das provas”. Assim, quando havia contradição, o magistrado obrigatoriamente teria de dar prevalência à confissão, pouco ou nada importando seu convencimento sobre o caso diante dele.

Moraes leciona que as ordálias, a princípio foi adotada pela Igreja e condizia com a crença religiosa na vontade divina como autoridade máxima. No entanto, com o desenvolvimento e fortalecimento das instituições judiciais e da própria Igreja, era necessária uma desvinculação da prova dos fatos e dos fenômenos metafísicos, com o objetivo de dar segurança e credibilidade aos julgamentos e evitar abuso de poder.

Por este motivo, o juiz passou a ficar vinculado a certas normas e disciplinas estabelecidas que já definiam o valor aos elementos de prova. Assim: “determina-se o grau de credibilidade de cada testemunha de acordo com sua condição social (C. 4, 20; Nov. 90,1); não se atribui valor ao testemunho dos hereges e dos judeus nas causas contra ortodoxos (C. 1, 5, 21, pr.), traz Ovideo Batista:

O depoimento de um servo jamais teria o mesmo valor do depoimento de um nobre, mas o depoimento de 10 servos equivaleria ao depoimento de um nobre ou senhor feudal., embora intimamente o juiz tivesse sobrada razões para crer que o nobre mentira e o servo dissesse a verdade.

Ainda neste período aplica-se a tortura nos casos de veracidade suspeita e recorre-se ao juramento para reforçar o valor testemunhal dos mais humildes (humilliores), pois, com o progresso do cristianismo, o juramento ganha força nova, já que o perjúrio é considerado falta religiosa grave. Neste período, começa a se delinear uma teoria das presunções.

O ápice da tarifação da prova se deu no processo medieval, no chamado direito comum italiano. Esse sistema resultou da fusão e transformação dos elementos germânicos, rústicos, místicos e primitivos, mostrando-se, naturalmente, inservível para uma sociedade mais desenvolvida. Essa espécie de acordo entre os elementos bárbaros e tardo-romanos, indubitavelmente influenciada pelos cânones religiosos, teria servido como uma elo, ou uma

ponte ligando dois mundos, rumando a uma concepção mais técnica e moderna, que ainda assim, precisaria de séculos de evolução.

Vê-se portanto que o sistema instaurado na Idade Média estava longe de ser homogêneo, pois sua formação deriva de diversos fatores e critérios motivadores que passaram a estabelecer a apreciação das provas. Por conseguinte, o conteúdo destas regras também se modificou significativamente no decorrer desse período.

Ao analisar a influência do direito comum sobre o processual direito luso-brasileiro, José Rubens de Moraes revela a percepção de dois momentos distintos no sistema probatório medieval, ambos permeados pela prova legal (assim entendidos aqueles meios de prova cuja eficácia e valor eram preestabelecidos e, muitas vezes, direcionados à demonstração de fatos específicos). O primeiro momento, em que a prova é irracional, guiada por critérios sobrenaturais e metafísicos, teria sido influenciado pelas invasões bárbaras na fase de declínio do Império Romano. Já o segundo momento, no qual a prova legal é orientada por critérios racionais, numéricos ou justificados por elementos ideológicos, decorreria da fusão entre os particularismos germânicos com os estímulos provenientes da revalorização da cultura jurídica romana e da ascensão do catolicismo.

Em tal sistema, o Juiz manifestava a verdade, não de acordo com a convicção resultante das provas, mas sim em conformidade com o valor. O juiz torna-se um órgão passivo, pois diante do valor tabelado. Como leciona Ovidio Baptista “ Pelo sistema da prova legal, ou tarifada, como diz MOACYR AMARAL SANTOS (ob. cit., p. 329), o juiz torna-se um órgão passivo, cuja única função em matéria probatória resume-se em constatar a ocorrência da prova e reconhecê-la como produzida, sem que seja possível avaliá-la segundo critérios racionais capazes de formarem seu próprio convencimento. O Juiz, segundo este sistema, deverá decidir rigorosamente com base no que foi alegado e provado pelas partes (*secuncum allegata et probata iudicare debet*), embora sua convicção pessoal sobre aquilo fora provado nos autos lhe indique que a prova produzida não retrata a verdade. (Ovidio Batista p. 349)

Este sistema rígido, apegava-se ao previamente estipulado como maior ou menor valor, tirando do juiz qualquer atuação cognoscível, pois deveria apegar-se ao que o legislador previa. É claro que há críticas ao sistema, que por vezes podia significar em deturpação da verdade e da justiça. Contudo, nota-se a busca pela ausência de discricionariedade e limitação ao poder do magistrado, para que este também obedeça a lei na condução da lide.

### 1.1.3 Sistema da Livre Convicção

O sistema da livre convicção dava absoluta possibilidade ao juiz de coligir e apreciar as provas. Nesse sistema o julgador é soberano, podendo julgar conforme suas convicções mais íntimas sobre as provas que são produzidas no oju do processo, nem mesmo tendo o dever de fundamentar pu motivar suas decisões. O magistrado não estava vinculado a um valor preterminado, podendo valorar a prova como bem entendia, inclusive amparando-se em elementos que não tenham sido trazidos aos autos. O Juiz tinha total liberdade para decidir conforme lhe convinha em sua consciência.

Tendo sua origem em Roma, encontra as raízes mais remotas no Direito Romano, mas deparou-se com sua recuperação e reutilização como regra na era moderna, em substituição ao sistema da prova legal, após a Revolução Francesa de 1789 , como retomada do conceito de livre convencimento do juiz e buscou superar os meandros da tarifa legal da prova, começando no processo penal e depois para o processo civil.(**MATTA, 2004, p. 234**). Em meados do século XVIII, já existia na Europa grande descontentamento com o funcionamento dos tribunais, especialmente quanto à apreciação das provas, no que concerne ao uso excessivo do sistema da prova legal. Nessa época, surgiu na Inglaterra e na Itália uma espécie de movimento contrário ao sistema de valoração legal da prova, o que resultou em sua total derrogação, ao menos em sede de processo penal. Nesse ínterim foi que Beccaria (2011, p. 35 e ss.) reclamou um valor de bom-senso na valoração da prova em sede de processo penal, em sua mais célebre obra, conduzindo a necessidade de um sistema mais flexível, que poderia considerar a verdade real e não apenas a verdade formal do caso em concreto.

Surge, portanto o sistema do julgamento *secundum conscientiam* ou sistema da livre apreciação da prova, com origem do direito romano, o juiz estava autorizado a decidir de acordo com as suas impressões pessoais, de acordo com a prova dos autos, fora da prova dos autos e inclusive contra a prova dos autos, dispensando-se, por conseguinte, a própria motivação da decisão que, por vezes, pode resumir-se à convicção íntima do julgador. Não havia limitação quanto aos meios de prova de que o juiz se pudesse valer, tampouco restrições especiais quanto à origem ou qualidade de certas provas, em manifesta oposição ao sistema da prova legal.(**SILVA, 2000 P. 350**) Esse sistema convida à formulação de arbitrariedades, porquanto o magistrado, além de poder decidir conforme sua convicção pessoal, pode valorar a prova da forma que melhor lhe convier e, ainda, fica dispensado de qualquer motivação. O resultado probatório era portanto, produto da consciência, das experiências pessoais e preconceitos do

juiz. Mostrava-se irracional, baseando-se em intuições e fomentando um direito construtivista, ao ponto de se buscar a convicção do magistrado por subterfúgios psicológicos e comportamentais, ao passo que o direito ficava em segundo plano.

Claro que não mostra-se um sistema que coaduna com os valores constitucionais, e diante de tantas críticas foi desenvolvida uma nova abordagem, sobre os mesmos pressupostos, com a mesma gênese, denominado livre convencimento motivado ou livre convencimento racional.

#### 1.1.4 Sistema da Persuasão Racional ou Livre Convencimento Motivado

Esse sistema era conhecido pelos romanos como contraponto ao sistema da livre convicção que era aplicado em seu processo. Contudo, só veio a existir com sistema com os códigos napoleônicos. Esses códigos estabeleceram a convicção judicial assentada na certeza moral, sendo provas apreciadas segundo a livre convicção do juiz, condicionada a determinados requisitos.

O juiz, embora aprecie livremente as provas, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e vis probandi destas, encontrando-se a convicção na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, mas sim condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica, a regras de experiência, devendo o juiz mencionar na sentença os motivos que a formam.

Há liberdade no sentido de que o juiz aprecie as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas, regras jurídicas, regras de lógica, regras de experiência.

A convicção, assim, fica condicionada:

- a. Aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida;
- b. às provas desses fatos, colhidas na causa;
- c. às regras legais e a máximas de experiência e, por isso condicionada
- d. deve ser motivada.

Esse princípio se contrapõe a outros sistemas jurídicos simpatizantes da chamada prova legal ou tarifada, em que os elementos probatórios possuem valor prefixado, cabendo ao

magistrado somar tais valores conforme o resultado da prova favoreça a uma das partes, para ao final decidir em favor da parte com soma mais acentuada.

Aqui há liberdade do julgador, mas não liberdade plena, o seu convencimento deve estar vinculado a provas produzidas, aos fatos estabelecidos, às regras jurídicas e as regras da lógica e da experiência.

## 1.2 NO BRASIL

### 1.2.1 Sistema dos Ordálias ou Juízos Divinos

É um erro afirmar que esse sistema não foi utilizado no Brasil, considerando que no século XIV Portugal império utilizava do sistema de provas tarifadas. Havia, no entanto, grandes civilizações indígenas que ocupavam a terra e que detinham sistemas organizacionais.

As tribos indígenas tinham sistemas de resolução de conflitos distintos dos então europeus que por cá chegaram. A bibliografia sobre os métodos aplicados pelos indígenas é parca, contudo o historiador Souza Filho (1989) traz que o reconhecimento de um Direito próprio entre os povos indígenas não é uma discussão contemporânea, pois suas origens advêm do início das invasões europeias em território americano, onde historicamente direito é tido apenas como aquele produzido pelo Estado, afastando e negando a existência de um direito indígena.

Esclareceu Antônio Carlos Wolkmer (2019, p.223):

A legalidade oficial imposta pelos colonizadores nunca reconheceu devidamente como Direito as práticas tribais espontâneas que organizaram e ainda continuam mantendo vivas algumas dessas sociedades sobreviventes. Vale dizer que o máximo que a justiça estatal admitiu, desde o período colonial, foi conceber o Direito indígena como uma experiência costumeira de caráter secundário.

Fica evidente que havia sistema de justiça nas Terras de Santa Cruz, mesmo que diferente do sistema de justiça que hoje conhecemos, pois, como leciona Shelton Davis Antropologia do Direito : estudo comparativo de categorias de dívida e contrato / organização e introdução de Shelton H. Davis ; Revisão técnica de Neide Esterici e Lygia Sigaud. -- Rio de Janeiro : Zahar, 1973.):

- a. Em toda a sociedade existe um corpo de categorias culturais, de regras ou códigos que definem os direitos e deveres legais entre as pessoas;

- b. Em toda sociedade disputas e conflitos surgem quando essas regras são rompidas;
- c. Em toda a sociedade existem meios institucionalizados através dos quais esses conflitos são resolvidos e através dos quais as regras jurídicas são reafirmadas e/ou redefinidas.

Desta forma, é incabível negar esses fenômenos entre os povos indígenas que habitavam o Brasil, como por exemplo os Ingarikó que habita a região mais setentrional do Brasil, no norte da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol. Como é de costume dos povos indígenas, eles não têm um código escrito, contudo, possuem normas que são transmitidas oralmente, de geração em geração. São regras, legisladas pela própria instituição. Quando uma regra é quebrada, há um elaborado sistema de resolução de conflitos que é acionado.

Neste sistema há quatro instâncias para resolução, sendo primeira a família, não sendo esta competente, o problema é levado ao Tuxaua (líder político, semelhante ao cacique). Não sendo este ainda capaz de resolver chama-se o Esak, um líder religioso, que também é guardião da cultura Ingarikó. Se ainda assim não é possível resolver, leva-se a instância máxima, o Pukkenak, líder máximo dos Ingarikó, em quem reúne o poder de guardião da cultura, poder político e religioso, decidindo após oitiva.

Diante disso, é possível inferir que o Brasil não só possuiu, como ainda tem vigente o sistema divino de prova, indicando que este, pode e deve ser (viver junto) com o ordenamento constitucional. Isso posto que ainda há etnias indígenas que vivem no completo isolamento do chamado “mundo ocidental” e assim, deve ser respeitado o seu modo de vida e costumes.

### 1.2.2 Sistema da Prova Tarifada

Em 1446, sendo rei Afonso V, se promulgava o primeiro código português - as ordenações Afonsinas, que só foram substituídas em 1521 pelas ordenações Manuelinas, no reinado de Dom Manoel, vindo, posteriormente em 1603 as ordenações Filipinas, do Rei Filipe II de Portugal.

Como a chegada dos portugueses ao continente americano se deu em 1522, quaisquer das ordenações mencionadas traziam em seu livro de cível fundo romano canônico. Enquanto colônia de Portugal, e mesmo como Reino junto à Portugal, o Brasil se regulava pelas leis portuguesas, o que, claro, incluía o processo civil.

Proclamada a Independência, continuaram a vigorar no país, por força de Decreto de 20 de outubro de 1823, da Assembleia Geral Constituinte, as leis até então vigentes, sejam as promulgadas em Portugal ou as promulgadas no Rio de Janeiro pelos reis portugueses, naquilo que não contrariasse a soberania nacional e o regime instaurado. Por este motivo, o processo civil prosseguiu regulando-se pelas Ordenações Filipinas. Entre 1832 e 1842 o processo civil sofreu algumas alterações, mas continuou a estrutura das Ordenações de fundo romano-canônico. Na vigência das Ordenações Filipinas, a prova era tarifada, pré-estabelecido o seu valor e aceitação, não cabendo ao juiz qualquer

Com a Consolidação das Leis do Processo Civil, em 1876, passou a a dar ao juiz liberdades/autoridade, com a livre convicção.

### 1.2.3 Sistema da Livre Convicção

Com a edição da Consolidação das Leis do Processo Civil em 1876, o Brasil inaugurou um período em que o Juiz passou de coadjuvante passivo a ator principal, tendo liberdade nas decisões, podendo até mesmo contrariar as provas nos autos, sem qualquer necessidade de motivar as suas decisões.

É claro que esse sistema cumpriu seu papel no período posto, contudo, é evidente que o direito poderia ser deturpado pelo Juiz, fazendo com que esse passasse a ser o que ele desejava que fosse. Essa liberdade irrestrita do magistrado, trazia para o âmbito do processo juízos de valor como conveniência e oportunidade.

É preciso destacar que se tratava de um Estado novo, que havia deixado de ser império e se tornado república a pouco, e assim, buscava se firmar ante a população com poder e força, imperando nesse período o chamado patrimonialismo, onde a coisa pública confundia-se com a propriedade privada de quem exercia o poder. Por isso, não é surpreendente que o sistema de valoração de provas premiasse a visão unilateral e subjetiva do magistrado sem necessidade de controle sobre suas decisões.

### 1.2.4 Sistema da Persuasão Racional

O Código de 1973 trouxe no bojo do artigo 131 o livre convencimento motivado. O magistrado é livre para apreciar as provas, dando-lhes o valor que entender mais adequado. Assim, não há uma hierarquia prévia entre os meios de prova. As provas em geral não são plenas. De acordo com as circunstâncias do caso concreto, elas podem ser superadas por outros meios de prova.

Por exemplo, no artigo 479 do CPC/15 indica que o juiz apreciara a prova, indicando os motivos que levaram-no a considerá-la ou desconsiderá-la.

É possível ao magistrado, na apreciação do conjunto probatório dos autos, desconsiderar as conclusões de laudo pericial, desde que o faça motivadamente. Conforme já constava no art. 131 do CPC/73, o magistrado gozava de liberdade na valoração da prova e no seu convencimento como bem entendesse, devendo, contudo, expor os motivos que moldaram sua convicção. Por sua vez, o art. 436 do CPC/73 bem como o art. 479 CPC/15 não vincula o juiz aolaudado pericial, podendo decidir diversamente das conclusões do perito, devendo sempre indicar na sentença os motivos de considerar ou desconsiderar.

Nesse contexto, pode-se concluir que, no sistema processual brasileiro, a norma resultante da interpretação conjunta dos referidos dispositivos legais permite ao juiz apreciar livremente a prova, mas não lhe confere a prerrogativa de trazer aos autos impressões pessoais e conhecimentos extraprocessuais que não possam ser objeto do contraditório e da ampla defesa pelas partes litigantes, nem lhe outorga a faculdade de afastar injustificadamente a prova pericial, porquanto a fundamentação regular é condição de legitimidade da sua decisão.

A preferência do julgador por determinada prova insere-se no livre convencimento motivado e não cabe compelir o magistrado a colher com primazia determinada prova em detrimento de outras pretendidas pelas partes se, pela base do conjunto probatório tiver se convencido da verdade dos fatos.

MITIDIERO (2016, 467) ao comentar sobre o livre convencimento motivado traz:

O juiz “apreciará livremente, sem qualquer elemento que vincule o seu convencimento “a priori”. Ao valorizar livremente a prova, tem, no entanto, de indicar na sua decisão os motivos que lhe formaram o convencimento. No direito brasileiro vige, pois, o sistema da livre valoração motivada (também conhecido como sistema da persuasão racional da prova).”

Entretanto, essa liberdade é limitada, isto é, ele tem de sempre fundamentar sua decisão de acordo com a Constituição, a Lei e as fontes do direito como um todo.

Foi por conta disso que o CPC/15 suprimiu o termo “livre”, apenas constando o convencimento motivado, acatando sugestões de doutrinadores que combatem diuturnamente a discricionariedade judicial, a exemplo de Lênio Luiz Streck.

CPC/73	CPC/15
<p>Art. 131. O juiz apreciará <b>livremente</b> 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 10.10.1973)</p>	<p>Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.</p>

Tabela comparativa CPC/73 e CPC/2015

Mesmo com a retirada do “livre” no CPC/15, há julgados que ainda o consideram, como por exemplo, no AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2024/0307030-2, que trouxe expressamente o citado princípio e ainda, na ratio decidendi, defendeu que o julgador se utilizou deste princípio e assim desproveu o agravo interno. Sendo, portanto, comum, para lançar este princípio quando o magistrado indefere uma produção de provas por considerar desnecessária, baseado no livre convencimento motivado.

No entanto, o próprio STJ trouxe num julgado o princípio do convencimento motivado, ausente a expressão livre, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2743462 – RS 2024/0344061-0, indicando uma superação da liberdade plena que era conferida pelo “livre” convencimento motivado.

Diversos doutrinadores defendem que, mesmo no CPC/73, o sistema não permitia discricionariedade por parte dos magistrados. Entretanto, o momento atual de significativo ativismo judicial reclamou que o CPC/15 fosse expresso em salientar a importância de as decisões judiciais serem devidamente fundamentadas, sem arbitrariedades e discricionariedades por parte dos magistrados. Nessa linha, no art. 489, §1º, reforçou-se esse dever de o juiz de sempre fundamentar sua decisão com base no caso concreto, sem se utilizar de princípios etéreos e descolados dos fatos que lhe foram apresentados.

Ou seja, deve haver fundamentação, e a decisão fica atrelada a esta, caso a fundamentação apresentada seja incoerente, afastada do direito e da legislação, sendo viciada, torna viciada a sentença do magistrado, podendo até mesmo torna-lá nula.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca que, além da fundamentação conforme as leis, o magistrado também deve valorar a prova, com o intuito de buscar um consenso mais generalizado possível da sociedade em que se encontra, proferindo uma decisão que atenda às expectativas desta sociedade.

Para Amaral Santos, o juiz deve valorar a prova na mesma medida em que outra pessoa racional a faria. Assim, afirma Assumpção que seria absurdo o magistrado ignorar exame de DNA aludindo que é descrente quanto a esse método; ou asseverando que a prova testemunhal não serve de nada, pois o ser humano é intrinsecamente mentiroso.

Aprofundando a tomada de decisão do julgador, mais uma vez, repisa-se a importância da compreensão dos standards probatórios. Ao olhar-se por esse prisma, vê-se que a persuasão racional deve ser compreendida como os critérios racionais para que se possa identificar qual a hipótese mais provável dentre as hipóteses fáticas concorrentes a partir dos elementos probatórios disponíveis. Por sua vez, o standard probatório atua no sentido de indicar o grau de suficiência necessária para que a hipótese fática seja considerada provada, sendo variável a depender do caso concreto.

Seguindo Dei Vecchi, Ravi salienta que há uma interdependência entre a valoração da prova e a suficiência probatória, uma vez que, se é o sistema de valoração que determina os critérios para a aceitação de enunciados fáticos como provados, o standard de prova deve ser formulado de forma a atualizar o sistema de valoração, fornecendo-lhe material para que se possa decidir quando a hipótese fática está provada.

Neste ponto defende Carpes (CARPES, 2023 pg. 119):

Referido modelo não pode ser aplicado, porque considera a prova como instrumento para a formação da crença particular do magistrado e não como meio para a obtenção da verdade. O que em nossa modesta opinião desvirtua o direito e a justiça, colocando-o à disposição do estado-Juiz, e não ao contrário.

Nesse aspecto defende BULOS (BULOS, 2000 p. 188):

Mas, se de um lado, o magistrado deve libertar-se das estreitezas de pensamento, por outro não pode descurar-se dos padrões normativos, ou melhor dizendo, da idéia de direito plasmados no dever ser que as normas encerram.

(UADI LAMMÊGO BULOS Revista da EMERJ, v.3, n.12, 2000 p. 188)

Aqui há uma das teses que em nossa opinião deve prosperar, pois não é possível na constitucionalização do processo civil, estar a mercê das crenças particular do juiz, e o processo tornar-se um instrumento para influenciar a crença deste, mas deve ser a obtenção da verdade dos fatos e de direito. Agir contrário a isso seria aderir ao construtivismo, e o direito passa a ser psicologia e técnicas para influenciar e manipular o juiz.

## 2. PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

### 2.1 Princípio do Devido Processo Legal

O Princípio do Devido Processo Legal é tido como um direito fundamental no âmbito interno, por estar previsto no artigo 5º, LIV, CRFB, e como direito humano, pois consta no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Sendo, portanto, tanto um direito como uma garantia, está protegido pelo artigo 60, § 4º da constituição que veda sua abolição.

Para referir-se à este princípio normalmente utiliza-se a expressão *due processo of law*, surgiu no século XIV - 1354 a partir de Eduardo III, Rei da Inglaterra. Contudo, a noção de devido processo legal como cláusula de proteção contra o absolutismo é ainda mais antiga. Um exemplo disso é encontrado no Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1.037, século XI). Esse decreto inspirou a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei João “Sem Terra” em favor dos barões feudais saxônicos, consagrando, no artigo 39 daquele documento, sob a designação “law of the land”, a ideia equivalente ao *due processo of law*.

Embora o texto inglês de 1215 não tenha utilizado a expressão “devido processo legal”, percebe-se que sua intenção era realmente limitar o exercício arbitrário do Monarca, impondo limites e garantias contra seus atos em respeito aos cidadãos num movimento de extinção do absolutismo e descentralização de poder.

Contudo a expressão devido processo legal pode passar uma ideia errada, como que indicando que o processo deve ser de acordo com a lei. Isso porque devido processo legal é a tradução brasileira de uma expressão inglesa “Due Process of Law. Acontece que *law* em inglês

não se refere apenas a lei, mas ao direito como um todo, assim o devido processo não é aquele em conformidade com a lei, mas com o Direito como um todo, ou seja, a palavra “lei” aí está no sentido amplo. É por isso que alguns autores no Brasil não utilizam a expressão devido processo legal, preferindo utilizar o termo devido processo constitucional. Assim, são consideradas expressões sinônimas de devido processo legal o direito ao processo justo e o direito ao *fair trial*. Italianos traduziram como *processo giusto*. Portugueses traduziram em *processo equitativo*.

O Devido Processo Legal não é um princípio estanque e fechado, é uma cláusula geral, cuja hipótese normativa é aberta. Seu sentido é preenchido de acordo com as circunstâncias histórico-culturais do momento da decisão (aquilo que naquele momento histórico se entende devido). É exatamente por essa abertura semântica que o devido processo legal é compreendido de diversas formas a depender do momento histórico. Mas é cristalino que o processo deve estar em harmonia com os preceitos constitucionais para sua validade e legitimidade. Assim, ao passo que novas garantias surjam, esse princípio se alarga para abarcar novas garantias constitucionais.

Por isso hoje, é possível listar as garantias que contemporaneamente estão consolidadas como parte do devido processo legal, mas não podemos esgotá-las, visto que a dinâmica social e novas situações certamente exigirão e farão surgir novas garantias.

Como exemplo, tem-se, atualmente, como corolários do devido processo legal as seguintes normas:

- a. contraditório;
- b. publicidade;
- c. igualdade;
- d. proibição de prova ilícita e da motivação.

Contudo, há possibilidade de surgimento de várias outras garantias. Na contemporaneidade, com avanços tecnológicos, foram introduzidos no âmbito forense práticas digitais. Trago nesta seara o processo eletrônico como um campo ainda a ser descoberto, campo no qual haverá muito desenvolvimento do devido processo legal.

Portanto, devido processo legal é um conjunto de garantias processuais que estão expressamente e implicitamente previstas, surgindo para proteger-nos do absolutismo e tirania do estado, bem como democratizar o processo e dar legitimidade as decisões judiciais.

Ainda se pode dividir o presente princípio em, I- devido processo legal quando se fala em respeito ao regime do processo civil previsto em lei; e II- processo legal devido quando se fala em adequação do processo civil ao modelo constitucional de processo.

Este princípio tem em sua gênese o combate ao absolutismo, em que o Estado detinha todo o poder. O magistrado, no ato agindo como Estado, não pode ser absoluto, mas deve se limitar à lei e aos princípios constitucionais, e até mesmo ao controle de sua atuação, embora a exerça com independência. Conforme as palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 281):

“Se de um lado no Estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade. Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um lado, ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do *due process of law*, que representa penhor de segurança para os litigantes.

Neste aspecto, o devido processo legal, nos termos do CPC e da CF/88 prevê no art. 371 do CPC, que o juiz apreciara a prova indicando na decisão as razões da formação de seu convencimento. A redação dá ao juiz o mandamento de apreciar as provas que estão postas no processo, independentemente de quem as trouxe. E não só isso, deverá indicar, por qual razão decidiu como decidiu, e subentende-se que deverá indicar por qual razão considerou determinada prova em grau maior em detrimento de outra. Nestes termos, o julgado do STJ em Agravo Interno no Recurso Especial nº 1982878 – BA (2022/0020423-8) de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha trouxe que “em atendimento ao princípio do livre convencimento motivado, o juiz pode formar sua convicção a partir dos demais elementos existentes nos autos.”, indicando que a busca da fundamentação deve ser nos autos.

Há um claro dever dirigido ao magistrado de analisar, não uma faculdade, mas uma obrigação de enfrentar todas as provas apresentadas, pois na sequência ele terá de indicar as

razões de seu convencimento. Ou seja, o convencimento do juiz terá de estar fundamentado nas provas apresentadas, enfrentando-as e evidenciando de forma lógica e racional os motivos por ter considerado ou desconsiderado determinada prova constante nos autos.

## 2.2 Princípio do Contraditório

Princípio corolário do devido processo legal, o princípio do contraditório está previsto no artigo 5º, LV da CRFB, figurando como direito fundamental, bem como art.8, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo, portanto, direitos humanos também, e acobertado como uma cláusula pétrea da constituição.

O contraditório, segundo a doutrina, possui duas dimensões, uma dimensão formal; é a concepção clássica do contraditório, que o bipartia no binômio ciência e reação. Cumpria-se o contraditório se as partes tivessem ciência da decisão prolatada, bem como se lhe fosse oportunizada a possibilidade de reação.

Outra dimensão é a dimensão substancial; concepção moderna do contraditório consubstancia-se num trinômio: ciência, reação e poder de influência. Este último tem a intenção de tornar a decisão judicial mais democrática, mais participativa, dando ao jurisdicionado mecanismos não só para se insurgir em caso de discordância, mas de participar ativamente na formação do convencimento do magistrado.

Nesse ponto, o contraditório tem intrínseca ligação com o modelo cooperativo de processo presente no artigo 6º do CPC, dentro do qual o juiz possui deveres de esclarecimento, prevenção, adequação, consulta, sempre oportunizando às partes a possibilidade de apresentarem suas razões para efetivamente influenciar a decisão do magistrado.

Aqui apresenta-se o dever de congruência, em que o juiz decidirá nos limites propostos pelas partes, e correspondente, ou em conformidade com todo o ordenamento jurídico, e com as provas acostadas nos autos.

Assim, uma decisão sem correlação com o que foi apresentado no bojo do processo, invalida uma defesa feita dentro dos limites do apresentado pela lide.

A desconsideração da congruência, talvez seja o maior erro no livre convencimento motivado, ao passo que a motivação pode ser tão livre ao ponto de os motivos do convencimento estarem apartados do que foi apresentado no processo. Não afirmamos que não há liberdade do juiz em identificar disposição jurídica aplicável ao caso concreto, mas sim o risco de ataque ao

princípio do contraditório e da congruência a liberdade de convencimento motivado, que em tese, poderia ser qualquer elemento de convicção.

### 2.3 Princípio da Ampla Defesa

Em simples busca na Constituição, percebe-se que o termo “ampla defesa” aparece onze vezes, enquanto o “contraditório” três, sendo que duas delas é acompanhado do termo ampla defesa. Assim, a relação entre ambos é evidente. Contudo, os doutrinadores são divergentes quanto o seu conceito.

Nelson Nery Junior defende que o contraditório é obrigatório, significando o direito de informação, enquanto a ampla defesa é facultativa, significando a possibilidade de reação. Já uma outra corrente, como Fredie Didier aponta que não há razão para essa diferença, uma vez que o contraditório é composto pela ciência + possibilidade de reação + poder de influência. Para o autor baiano, a ampla defesa é identificada com a dimensão substancial do processo, mais propriamente com a nova configuração do contraditório, composto pelo clássico binômio ciência e reação, adicionado pelo poder de influência.

Há ainda uma terceira corrente com Alexandre de Moraes que afirma que a ampla defesa possui acepção mais ampla, consistindo em assegurar que o réu tenha condições de trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. Já o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa.

Aqui, entendemos que Ampla Defesa e contraditório não se confundem, sendo aquele mais amplo como meio de exercer este. Ainda há situações em que possível trazer a baila a ampla defesa em menor grau do que o contraditório. Pense, por exemplo, numa situação de pedido de indenização, pois conforme afirma autor, o requerido danificou seu automóvel. O requerido confirma que de fato quebrou o para-brisa do carro. Não contradiz o autor, mas quer trazer testemunhas e vídeos para provar que o fez para salvar criança deixada no automóvel sobre extremo calor. Há ampla defesa, ao passo que o contraditório é mitigado neste exemplo hipotético.

Por fim, em relação aos princípios do contraditório e ampla defesa, deve-se atentar para as súmulas vinculantes n. 3 e 5, STF.

SV 3, STF: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o

interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

SV 5, STF: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Ainda, chamamos atenção para o informativo 849 do STF, em que a Corte rejeitou proposta de cancelamento da SV 5 requerido pelo Conselho Federal da OAB. Na oportunidade, os Ministros salientaram que a referida súmula vinculante não eliminou o direito de defesa por advogado no âmbito administrativo disciplinar, na medida em que apenas tornou facultativa a presença desse profissional (PSV 58/DF, julgamento em 30.11.2016).

Aqui, há em nossa opinião a clara presença da obrigação do contraditório, mas não há a obrigação da ampla defesa, indicando que há diferença entre os dois institutos. Embora distintos, são fundamentais para aprimoramento da jurisdição, como leciona Humberto Theodoro: “Dessa maneira, o debate, em que se enseja o contraditório e a ampla defesa, conduz, pelo provimento jurisdicional, à complementação e ao aperfeiçoamento da obra normativa do legislador.” (Humberto Theodoro V. 1 pg 99).

Ao passo que no contraditório o jurisdicionado pode contradizer a outra parte e participar ativamente na formação do convencimento do magistrado, na Ampla Defesa ele pode lançar mãos de técnicas e provas de forma amplamente aceitas no direito, para comprovar o seu contraditório, trazendo provas que o magistrado terá de enfrentar na fundamentação da sua decisão.

## **2.4 Princípio da Imparcialidade**

Como um princípio basilar e fundamental num Estado Democrático de Direito, as partes ao socorrer-se do Estado-Juiz, confia e espera deste que atue de forma neutra e objetiva, livre de interesses pessoais, preconceitos ou pressões externas. Embora como pessoa inserida na sociedade, é claro que o juiz tem suas experiências pessoais, suas reflexões, ponto de vista, não deve permitir que este desvirtue o seu dever em observar o direito

Embora o princípio da imparcialidade não esteja expresso no texto constitucional, entende-se como abrangido pelo princípio do juiz natural, ou como fator que o complementa como leciona Scapinela (2020 p. 76).

É por esse motivo, aliás, que a imparcialidade é um dos pressupostos processuais de desenvolvimento do processo, ou seja, sem sua presença o processo não se desenvolverá de forma válida e regular.

Em verdade, os institutos processuais dos ordálias e da prova tarifada existiam como busca e garantia da imparcialidade, nesse sentido traz Calamandrei (2018):

{...} na história dos institutos judiciais, variam com o tempo os critérios ou mecanismos de que os juízes se têm servido para ser e, sobretudo, para parecer imparciais.

[...]O juízo de Deus, a prova de fogo e as ordálias eram expedientes utilizados para introduzir, no julgamento, em nome da garantia da imparcialidade, forças superiores a cada cálculo humano e a todo cuidado terrestre, como a indiferença dos deuses ou a sorte cega. Também o método utilizado pelo famoso juiz Bridoye de Rabelais, que colocava sobre a balança os escritos dos dois litigantes, e dava razão àquele cujos escritos pesavam mais, era um sistema para alcançar a imparcialidade.  
[...]

Encontra-se presente nesses institutos a premente necessidade de equidistância do julgador para com os interessados, mantendo-o afastado de preferências ao passo que o mantém comprometido com a ordem jurídica.

Considerando a necessidade de fortalecer a imparcialidade, o Código de Processo Civil, enumerou os motivos de impedimento e de suspeição dos juízes. Antes disso, a Constituição Federal de 1988 deu aos magistrados, no seu artigo 95 garantias, como assegurada sua independência.

Isso não quer dizer que o juiz não tenha suas preferências, seus preconceitos e sua subjetividade como pessoa, Zaffaroni bem diz que juiz não pode ser alguém neutro, porque não existe neutralidade ideológica:

"É insustentável pretender que um juiz não seja cidadão, que não participe de certa ordem de idéias, que não tenha uma compreensão do mundo, uma visão da realidade. Não é possível imaginar um juiz que não a tenha, simplesmente porque não há

homem que não a tenha."(ZAFFARONI, 1995 apud BOUJIKIAN, 2020)

A imparcialidade é a pedra de toque de um julgamento justo, se for parcial, o juiz instrumentalizar o judiciário para decidir conforme pensa ou interessa, tendo produzido, pelo menos mentalmente, a sentença antes ou aquém do devido processo legal. Por isso, reside na fundamentação a grande aferição da imparcialidade do magistrado.

Não estamos defendendo um juiz robô, positivista kelseniano ou “boca de lei”, mas um servidor público que visa a resolução da lide de forma justa e imparcial, usando seu tirocínio para promover o direito e não seus ideais.

## **2.5 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição**

Em nosso sistema processual vigora o princípio da dualidade de jurisdição, que implica na possibilidade de reexame e novo julgamento das causas decididas por juiz de direito, por meio dos tribunais de segundo grau, ensejada pela provocação de uma das partes

Fredie Didier e Leonardo da Cunha relatam que apenas a Constituição do Império (1824) tinha previsão expressa do duplo grau de jurisdição (art. 15829). Depois, nas sucessivas Constituições (1891; 1934; 1937; 1946; 1967; 1969), o duplo grau não foi mais previsto de modo expresso. Quanto a previsão expressa do princípio do duplo grau de jurisdição na nossa constituição de 1988, a doutrina apresenta uma divisão. Há os que defendem que há previsão expressa no artigo 5º, LV, assegurando o contraditório e ampla defesa e recursos, quando traz que é assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Para ser expressa, deveria constar de forma literal prevista no texto, o que não é o caso, mostrando-se em nossa opinião, desprovida de validade.

Já a corrente majoritária defende que não está, como o é de fato, prevista de forma expressa na Constituição Federal de 1988.

Contudo, há uma nova questão, agora a cerca de previsão implícita. Novamente, há uma corrente que defende que está prevista de forma implícita quando aborda o direito ao recurso. Uma segunda corrente, como Barbosa Moreira diz que não há previsão constitucional expressa ou implícita, mas apenas infraconstitucional.

De nossa parte concordamos que não há previsão expressa desse princípio na constituição federal, sendo certo que está prevista de forma expressa apenas na norma

infraconstitucional supralegal. Pois consta no Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 entre as garantias judiciais no artigo 8º o direito de recorrer a juiz e tribunal superior.

Contudo, acreditamos que há previsão implícita deste princípio na constituição federal. No artigo 109 §§3º e 4º faz menção a apresentar recurso ao Tribunal Regional Federal, e outras menções implícitas podem ser apontadas como art. 112, 108 inciso II. Além disso, nas competências do STF e do STJ são definidos critérios para os recursos a eles dirigidos, indicando assim de forma implícita no texto constitucional o direito ao duplo grau de jurisdição.

Aqui há aspectos vitais a considerar em torno deste princípio. Uma questão é acerca do controle sobre as decisões judiciais, devendo a parte indicar em qual ponto não concorda com a decisão ou entende que ela foi equivocada, enviesada ou omissa. Podendo ela ser apreciada por outro magistrado, aumenta ainda mais a responsabilidade em produzir sentenças harmônicas com os autos e com o direito.

Além disso, quando a causa vai ao tribunal, geralmente, será apreciada por um colegiado. Nesta situação, embora ainda possível, afasta-se a subjetividade de convicções íntimas e preconceitos, pois não será apenas um, mas pelo menos três que decidirão e terão de convergir as razões da decisão, fazendo com que o acórdão contenha não apenas as razões da decisão do relator, mas do colegiado como um todo.

Comprovando o que foi dito, trago, na nossa opinião uma decisão e um voto acadêmico e que contempla a lição apresentada no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul ao julgar o Embargos de Declaração Cível nº 0804608-41.2023.8.12.0018/50000 de Paranaíba. No juízo de primeiro grau, a parte que reclamava que deveria receber adicional de insalubridade da prefeitura municipal, na sentença o juiz não abordou a questão do direito, mas o ponto que queremos destacar está no voto do eminente relator que destacou que CPC atual não mais se vale do advérbio livremente. Ainda indicando o convencimento do magistrado deve ser racionalmente motivado. E indica que houve equívoco por não deferir o pedido de prova pericial por ser esta prova indispensável no caso concreto de adicional de insalubridade, acolhendo assim, unanimemente os embargos de declaração.

Realmente, em nada adiantaria a vedação a parcialidade, à observação ao devido processo legal, ou motivação, se não houvesse a garantia de reexame em segundo grau. O

magistrado seria soberano absoluto, pois não haveria a possibilidade de revisão por outro julgador.

## 2.6 Princípio da Motivação

Primeiramente, é preciso analisar se o princípio da motivação é idêntico ao princípio da fundamentação. Na doutrina é amplo o uso destes como sinônimo, apontando ao art. 93, IX, CRFB e art. 489, CPC. Fredie Didier chama de “regra” da motivação das decisões judiciais. Contudo, tanto o texto constitucional como o Código de Processo Civil utilizam a expressão fundamentação. Embora não mencione de forma expressa sua discordância com a similitude entre motivação e fundamentação, a sua explanação sobre a necessária fundamentação do juiz, permite extrair que o Professor Theodoro também vê como diferente motivação e fundamentação.

Neste quesito, leciona o Professor Oliveira Neto:

{...} acreditamos que os termos não representam à mesma realidade. [...] a motivação da sentença diz respeito às razões internas que levam o magistrado a proferir a sua decisão de uma determinada forma; enquanto a fundamentação da sentença são as razões lançadas na peça processual elaborada, com a finalidade de justificar o sentido dessa mesma decisão. [...]

Em nossa modesta visão, embora sejam conceitos essenciais no âmbito processual, motivação e fundamentação não se confundem, desempenhando papéis diversos.

A Motivação é a exteriorização dos motivos relevantes para se chegar a decisão, refere-se ao processo mental e intelectual do juiz ao decidir, é o conjunto de razões, considerações e reflexões que levam o magistrado a decidir de certo modo. Repleta de carga subjetiva, reflete suas convicções, interpretações e considerações pessoais. Por esse turno, a motivação permeia a decisão ao formar a convicção do magistrado, embora não haja requisitos formais específicos de exposição, por ser um processo interno do juiz, o que a torna inacessível às partes ou ao público.

Por outro lado, a Fundamentação é o destaque dos fundamentos que elencaram a decisão como lógica, é a exposição de forma clara, objetiva e explícita dos fundamentos jurídicos e fáticos que embasam sua conclusão. Nela o magistrado demonstra como aplicou as normas jurídicas aos fatos do caso apresentado, perpassando pela análise das provas, a interpretação

das leis e dos precedentes aplicáveis, e a explicação clara e congruente de como esses elementos levaram àquela decisão. Isso permite as partes compreenderem as razões da decisão permitindo o exercício do controle, ou do direito de recorrer. Torna acessível às partes e ao público a formação da convicção. A função da Fundamentação é dar transparência, permitir o controle da atividade jurisdicional e é fundamental para legitimidade da decisão.

Neste respeito leciona José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 90):

O controle extraprocessual deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados *in genere*, como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, de coesão social e da solidez das instituições.

Considerando o exposto, vemos que tratam de coisas distintas, devendo, conforme ordem constitucional e legal, ser observada a necessidade de fundamentar as decisões, pois esta será a pedra de toque para a legitimação ou não da decisão.

Isso porque um juiz pode valer-se de motivos íntimos, preconceituosos para decidir um caso e encontrar meios de justificar com base em fundamentos legais, ao passo que motivação seria trazer à tona os reais pensamentos e sentimentos do magistrado que o levaram a decidir como o fez. Já a fundamentação, servirá de lógica e das provas trazidas aos autos para indicar a decisão tomada. Um exemplo disso, envolveu um processo que tratava de erro médico, uma Apelação Cível no TRF5 em que o relator trouxe em seu voto:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AGENTE PÚBLICA. NÃO COMPROVAÇÃO DE CULPA OU DOLO. Verifica-se que houve falha na prestação do serviço, uma vez que os réus não cumpriram a contento o seu dever de cuidado, tampouco empreenderam todas as providências devidas para atender o paciente, o que se observa do cotejo entre o quadro clínico que deu entrada no hospital e a evolução do seu estado de saúde. Evidenciado que houve nexos causal entre a morte do filho do autor e o procedimento clínico adotado na urgência do Hospital de Lagarto. Finalmente, comprovada a responsabilidade do médico demandado pelo autor, ainda que não exclusiva. [...] Dessa forma, não há dúvidas de que o autor recebeu atendimento, diferente da sustentação da

exordial. No entanto, o atendimento não foi apropriado para quem tinha perfuração de cólon e tal se conclui pela análise da documentação médica. Assim do panorama constante dos autos, afigura-se a falha na prestação do serviço que vitimou o paciente. (BRASIL, TRF5, Apelação Cível 0803157-41.2018.4.05.8503, Rel. Des. Roberto Wanderley Nogueira, 2023)

Ao primeiro olhar tudo indica uma decisão comum, com os fundamentos apresentados conforme o que se requer de uma decisão judicial. Contudo, em audiência, a qual fizemos solicitação de acesso sem sucesso, um dos julgadores relatou sua experiência pessoal em que um familiar seu veio a óbito em decorrência de erro médico. Veja que o magistrado trouxe isso ao processo, sua experiência, seu pré-conceito, mas não o colocou na fundamentação, mostrando assim a clara distinção entre motivação e fundamentação.

Quando o juiz fundamenta sua decisão torna possível o controle externo, pois tal controle da atividade estatal é inerente ao Estado democrático. Como o juiz não é eleito pelo povo, donde emana o poder (art. 1º, parágrafo único, CRFB), a sua atividade é legitimada, sobretudo, por meio da fundamentação das suas decisões, que assim poderá sofrer o crivo público.

O fundamenta também torna possível o controle interno, já que é pela fundamentação que as partes terão possibilidade de interpor recursos, bem como que o Tribunal avaliará a correção do julgamento (controle vertical da atuação do juiz).

Acertadamente assevera o Professor Humberto Theodoro Junior que “o processo democrático não pode tolerar construções de resultados processuais que sejam fruto do puro discricionarismo do juiz.” (Humberto theodoro, Procedimento Comum p. 815)

Não se vislumbra aqui simplesmente criticar os modelos passados, mas apenas apontar para modelos que mais se adequam ao atual sistema democrático de direito, como ensina José Roberto dos Santos Bedaque, citado por Cândido Dinamarco (2009, p. 141):

Criticar as técnicas vigentes e buscar seu aprimoramento ou substituição por outras não significa menosprezar a técnica processual em si mesma, mas revalorizá-la mediante sua compatibilização com os escopos do processo e com o desiderato de propiciar acesso à justiça.

Portanto, as decisões não devem ser motivadas, pois no ordenamento jurídico constitucional, afasta-se as subjetividades e arbitrariedades, concedendo aos jurisdicionados participação e controle. Não se mostra correto o uso do termo Livre Convencimento Motivado,

além dos motivos já apontados, não se deve esperar a motivação, mas sim a fundamentação. Pois, consideramos motivação como é apresentada, com o magistrado decidindo, valendo-se de preconceitos e ideais individual, e então buscando, escolhendo pontos, provas e até normativas que apoiam a decisão já tomada.

### **3. RATIO DECIDENDI NA PERSUASÃO RACIONAL**

#### **3.1 Conteúdo da Fundamentação**

O conteúdo da fundamentação é o que torna transparente e acessível a decisão, permitindo aos jurisdicionados o controle e eventual impugnação, pois é na fundamentação que há os motivos da decisão. É nela que se encontra a concretização do, erroneamente chamado de princípio da motivação, que traz a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões.

Neste diapasão, leciona Luiz Streck (STRECK, 2016):

[...]os dispositivos no CPC/15 que reverberam o dever constitucional de motivação são os artigos 10 (proibição de não surpresa), 371 (fim do livre convencimento), 489 (diversos incisos que trazem uma verdadeira criteriolgia para decidir) e o 926 (que estabelece a obrigatoriedade de a jurisprudência ser estável, íntegra e coerente).

Assim, a função da fundamentação está em permitir o controle externo da atividade estatal, que é inerente ao Estado democrático. Como já apresentado, por não ser eleito pelo povo, sua legitimidade vem da fundamentação que poderá ser observada pelo povo. Enquanto os membros do Executivo e Legislativo têm legitimidade a priori advinda das urnas, os membros do Poder Judiciário adquirem sua legitimidade a posteriori, por meio da fundamentação de suas decisões.

Por isso ensina Taruffo (2015 p. 334) que existe a função endoprocessual e extraprocessual, a endo processual, dentro do processo, para que as partes compreendam a decisão e possibilitar a interposição de recursos. Já a função extraprocessual alcança além do processo, permitindo o controle externo por parte da opinião pública e da sociedade em geral.

Permitir o controle interno da decisão do juiz pelas partes. É pela fundamentação que as partes terão ciência dos argumentos da decisão do juiz, ciência esta que servirá para declinar suas razões no recurso interposto. Ademais, essa fundamentação do juiz permite que o Tribunal avalie a correção do julgamento do juízo a quo (controle vertical da atuação do juiz).

Para Michele Taruffo a fundamentação deve se basear na racionalidade e controlabilidade. Primeiro, a fundamentação deve atender às regras de validade da argumentação e do raciocínio lógico jurídico. Ademais, a fim de tornar a decisão controlável

internamente (partes, advogados e tribunais) ou externamente (opinião pública), é necessário que a motivação seja compreensível, pública e acessível. Por fim, da mesma forma que o artigo 926 do CPC/15 impõe aos Tribunais o dever de manter a jurisprudência íntegra e coerente, tais deveres também se impõe aos magistrados ao prolatar a sentença.

Neste quesito há divergência na doutrina, sendo uma corrente, encabeçada por Lênio Streck, o qual defende que a coerência e integridade têm o sentido conceitualmente de que haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram utilizados e aplicados nas decisões passadas o forem para os casos idênticos futuros. A coerência vem trazer igualdade, pois os demais casos serão tratados de forma similar ou iguais pelo Judiciários. Streck (2016) defende que só se pode conferir tal coerência se houver um “holismo interpretativo”, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Para o autor, a coerência significa “igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento”. Ainda defende Streck ampliando a aplicação da coerência, que esta inclui “jogo limpo”. Quanto a integridade, segundo Dworkin, engloba um princípio legislativo, direcionado ao legislador para que ao produzir a lei a faça “moralmente coerente”, e outro comando direcionado ao aplicador da lei, para que sempre que possível considere e encherge a lei como coerente no ordenamento, buscando ativamente essa coerência.

Por este prisma, veja que a integridade exige dos magistrados, que estes dediquem aos seus argumentos, pilares de forma integrada ao ordenamento jurídico e ao direito como um todo. A integridade, dessa forma, é uma garantia contra liberdade absoluta interpretativa que pode ensejar viés pessoal na formação do sentido e da decisão. Ainda leciona Streck (2016) que a integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Neste caso, por quanto o magistrado tenha antipatia para com uma lei, ou para com uma interpretação possível dessa lei, ele não poderá ignorar a integridade estabelecendo um novo entendimento ou uma interpretação nova. Guiando-se por integridade aos princípios, a lei e ao direito como um todo, o magistrado fica cada vez menos livre, para permanecer cada vez mais estável ou inserido no ordenamento jurídico. Neste diapasão, mostra-se acertada a extirpação do livre convencimento do CPC/15. Pois ao analisar o dever de integridade e coerência com o previsto dever de fundamentar constante no artigo 93, inciso IX da constituição federal não podemos tolerar um livre convencimento.

Já uma outra corrente, que tem como expoente Didier, defende que a integridade significa a necessidade de o magistrado decidir em conformidade com a legalidade, tida aqui como “ordenamento jurídico”, dentro do qual encontramos normas expressas (derivadas da CRFB, Lei, Tratados etc.) e implícitas (ex: costume, princípios implícitos etc.). De fato, o Enunciado 456, FPPC traz:” (art. 926) Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico.”

O Enunciado 457, FPPC:

(art. 926) Uma das dimensões do dever de integridade previsto no caput do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico.

Já a coerência, segundo o autor baiano, impõe o caráter histórico do desenvolvimento dos precedentes (romance em cadeia, de Dworkin), como se formassem, cada vez mais, uma cadeia histórica de decisões, que vão dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto. Cada julgador escreve um capítulo, mas não pode deixar de dialogar com o capítulo anterior. O Enunciado 454, FPPC: (arts. 926 e 1.022, parágrafo único, I) Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência). Enunciado 455, FPPC: (art. 926) Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação. E o Enunciado 166, FPPC: (art. 926) A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.

Na constitucionalização do processo civil, a atividade interpretativa e o resultado da interpretação que devem ser expostas na sentença, são obrigatoriamente racionais. Essa racionalidade, por permitir o seu controle intersubjetivo, é uma das maiores garantias de uma decisão judicial realmente engajada e voltada para os princípios constitucionais, valores democráticos e fiel ao direito.

A ação de justificar a interpretação aplicada ao caso concreto é imprescindível para que se a considere racional, ainda dependendo de coerência e universalidade. Por isso, podemos apontar que a interpretação que direciona a decisão do magistrado passa por um processo lógico-argumentativo. Isso quer dizer que o magistrado deve seguir uma linha de raciocínio lógica, o que chamaremos aqui de justificação interna, ao passo que os argumentos apresentados pelo julgador compõe a justificação externa, onde apresentará as razões, proposição e escolhas que o interprete fez.

Por isso se diz que carece tal atividade de coerência e universalidade. Coerência pois tem de haver mesmo internamente consistência. Ou seja, deve estar em consonância com princípios, leis, com o ordenamento jurídico como um todo. A universalidade se traduz em poder constituir um precedente, podendo ser aplicada aos casos futuros idênticos ou parecidos. Quando há a conjunção dos dois valores, coerência e universalidade, ela pode ser integrada como uma decisão que mesmo que contrarie os interesses de uma das partes,

respeitou o ordenamento jurídico, tendo assim legitimidade.

A decisão do magistrado, plasmada na sentença, deve conter formulações fundadas em razões. Essa compora a tão importante justificação da decisão, que contendo comandos para as partes envolvidas, e também voltado para o mundo jurídico como um todo. Como já apresentamos, a decisão com sua fundamentação serve de controle interno, que envolve as partes no litígio, mas também serve de controle externo, para a sociedade como um todo, por isso que a fundamentação tem alcance entre as partes, onde causa efeitos, contudo, tem também impacto na sociedade, ao passo que com uma fundamentação coerente e universal, pode estabelecer bons precedentes aos casos idênticos ou semelhantes.

Como leciona MITIDIERO (2015):

Como se vê, é essencial ao projeto consistente para a Justiça Civil que o processo civil dê tutela aos direitos não apenas na dimensão do caso concreto, mas também na dimensão da ordem jurídica. E não é por outra razão que o novo Código – se adequadamente lido – dá lugar a um sistema de expressivo diálogo institucional no processo (contraditório forte e fundamentação analítica) e a um sistema de precedentes obrigatórios. Para que a sentença seja prolatada é preciso que haja decisão – e para que haja decisão é preciso que existam razões fundadas no direito que a ela outorguem um apropriado suporte. Em suma: a sentença tem de ser racional, o que significa que tem de ser justificada interna e externamente, coerente e universalizável. Com isso, a sentença dará lugar não só a um discurso para o caso concreto, mas também um discurso capaz de enriquecer a ordem jurídica e torná-la mais segura – com evidente ganho para o princípio da liberdade e da igualdade de todos perante o direito. Os elementos essenciais da sentença visam a espelhar a racionalidade da decisão judicial".

Artur Carpes(2023 pg. 136,137) também traz:

“A fundamentação possibilita verificar não apenas os elementos que pautaram a decisão, mas especialmente examinar e assim controlar a coerência lógica do raciocínio desenvolvido e a sua fidedignidade ao direito. [...] a fundamentação deve ser completa no sentido de dialogar com todos os fundamentos utilizados pelas partes com vistas à obtenção da tutela jurisdicional, e concreta no sentido de dizer respeito ao caso concreto ou à questão específica cuja resolução é proposta.

Vê-se que o conteúdo da fundamentação deve ser objetivo livre de toda discricionariedade e com elementos que permitam seu controle pelas partes e além das partes. Devendo o magistrado realizar uma construção racional silógica argumentativa nos motivos de chegar à decisão que chegou, embasando-as de forma íntegra e coerente no ordenamento jurídico.

### 3.1.1 Ratio Decidendi

Ratio decidendi é o princípio jurídico que consta da motivação da decisão, trazendo as razões que conduziram o magistrado àquele caminho.

Os fundamentos lançados na ratio decidendi, criam um precedente, pois estabelece as razões do por que decidir de determinada forma diante de certos casos. É constituída dos fundamentos definitivos para decidir, dando-se ali a prescrição que pode ser aplicada a casos futuros, evidenciando assim a necessidade de coerência e integridade.

Reside na ratio decidendi as razões que importam em vinculação, sem elas, ou falseada elas, traria decisão oposta. Contudo, é preciso apontar que a doutrina não foi capaz ainda de conceber um conceito adequado de ratio decidendi, ou consenso sobre o método capaz de permitir a sua identificação. Isso até mesmo levou Julius Stone (1964 p. 267-268) classificá-la como ilusória.

Em nosso caso, cremos que o método Rupert Cross aprimorado pelas críticas de Simpson e MacCormick mostra-se adequado, pois identifica a ratio decidendi a partir da regra do direito expressa ou implicitamente abordada pelo julgador, tendo o cerne na interpretação que se dá ao regramento, como um passo suficiente para chegar a sua conclusão. Sendo assim, entendemos que a ratio decidendi é uma deliberação da interpretação da norma suficiente para decidir uma questão jurídica e necessária para a justificação da decisão.

Neste ponto, escreve MOTA (2023 p. 190) citando MacCormick:

[...] não estamos livres de que os juízes sejam incompetentes, que decidam casos sem satisfatoriamente resolver o regramento em relação aos pontos de direito em questão ou que categorizem os fatos de um modo tão múltiplo que possam mesmo tornar, nessas situações, a ratio uma categoria indeterminada. Nada obstante, responde aos céticos dizendo que isso não impede que se reconheça que na maioria dos casos os juízes são capazes de formular claros regramentos nas suas justificações relativamente a questões jurídicas.

Diante do apresentado compreendemos a ratio decidendi como a fundamentação que se espera do magistrado, onde ele apresenta a norma aplicável com clara, congruente e íntegra

interpretação utilizada, que vincula o magistrado e o processo ao resultado obtido.

### 3.1.2 Formação da Ratio Decidendi

A formação do ratio decidendi deve ser resultado de um exercício lógico, em que premissas e conclusões vinculadas uma à outra em pertinência e consequência. Tratando-se de um trabalho eminentemente do magistrado, que buscará no processo, no ordenamento jurídico e na sua construção cognitiva, premissas lógico-argumentativas que relacionaram o caso concreto à norma de direito, e assim a conclusão.

Como num exercício de raciocínio lógico, apresentando a premissa maior, a premissa menor e a conclusão, de modo que é evidente não só ao julgador, mas as partes e a sociedade. Excluindo-se os “argumentos laterais que esclarecem e ilustram o raciocínio do julgador” (THEODORO JUNIOR, 2016 p. 1027)

A formação da ratio decidendi no processo é um aspecto fundamental da decisão judicial. A ratio decidendi é a razão determinante da decisão, o princípio jurídico que fundamenta a conclusão do juiz. Ela é formada a partir da análise dos fatos, da aplicação da lei e da interpretação dos precedentes. A ratio decidendi é essencial para garantir a coerência e a previsibilidade das decisões judiciais, permitindo que os jurisdicionados e os operadores do direito compreendam as razões subjacentes à decisão e possam se basear nela para tomar decisões futuras. É o núcleo da decisão.

### 3.1.3 Fundamentação e Coisa Julgada

A relação entre fundamentação e coisa julgada é umbilical, pois com a fundamentação se dá transparência e legitimidade, ao passo que a coisa julgada dá estabilidade e segurança jurídica. Quando uma decisão judicial é bem fundamentada, ela, em geral, pacífica, e é considerada justa e legítima pelas partes e pela sociedade, o que reduz a probabilidade de recursos e ações posteriores, além de impedir ou prevenir discussões e litígios futuros sobre a mesma questão, dando maior segurança jurídica.

Embora concordamos com o Professor Humberto Theodoro Junior em que não é apenas a fundamentação que passa em julgado, compreendemos a sua destacada importância, visto ser pelo fundamento constante no dispositivo da sentença que se pode exercer os recursos ou mesmo conferir a legitimidade à decisão (2017, p. 1406).

Essa questão é tão importante que o legislador elencou nos artigos 966 a 975 do CPC/15 razões pelas quais pode, mesmo transitada em julgado, ser rescindida uma decisão de mérito. Nas hipóteses elencadas há claras e precisas indicações da importância da fundamentação para a coisa julgada, indicando que deficiência nesta pode invalidar o processo e a decisão em parte ou no todo.

Quando uma decisão é transitada em julgado, a fundamentação não poderá mais ser questionada ou revista, salvo em casos excepcionais, fazendo com que a fundamentação permaneça, tendo um impacto duradouro na vida das partes envolvidas.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O sistema dos ordálias vinha com intuito de trazer imparcialidade e segurança, tirando do juiz como pessoa a decisão, mostrando-se um sistema imparcial e que em geral, as pessoas à época confiavam, Já o sistema da prova legal era justamente pela falta de confiança nos juizes que corrompiam-se ou eram até mesmo ignorantes, o que fazia com que decisões baseadas em critérios pessoais trouxerem riscos, exigindo um controle maior da atuação do Juiz. Contudo, diante da extrema vinculação à provas já pré-definidas, que em muitos casos configuravam em verdadeiras injustiças, foi preciso superar esse sistema para um em que houvesse espaço de manobra ou atuação do magistrado, surgindo assim o Livre Convencimento, que mostou-se na prática o extremo, dando plenos poderes ao juiz-Estado, demandando novo sistema. Como meio termo entre a Prova tarifada e o Livre Convencimento, surgiu o Livre Convencimento Motivado.

Este sistema, que foi o cerne de nossa deliberação, dava liberdade ao julgador, contudo devendo fundamentar as razões de sua decisão. É de suma importância a supressão do vocábulo livre do CPC/15, pois indica um avanço no sistema do Livre Convencimento Motivado, sendo mais um convencimento motivado, que em nossa opinião deve ser corretamente nomeado de convencimento fundamentado.

Em nossa opinião não é possível a adoção da já mencionada persuasão racional por ser este instituto tratado como sinonimo de Livre Convencimento Motivado, sendo umbilicalmente atrelado ao instituto que aqui combatemos. Ainda consideramos que a expressão persuasão racional não guarda a em sua nomenclatura a necessidade premente de fundamentação, devendo assim, ser superado.

O magistrado atual, é tido como um agente público que desempenha a função de seu cargo com imparcialidade. Neste diapasão é correto afirmar que não se tolera mais confecção de resultados baseados em discricionarismo do juiz, em suas acepções individuais, ou mesmo em empirismo ou no mítico.

Não é uma questão de simplesmente limitar o poder do juiz, mas também importante legitimar os atos de poder. Por essa necessidade, não se pode valer de um princípio que assevera liberdade ao Estado, relacionando-o a uma motivação, que nem sempre será coerente com a verdade, ferindo mortalmente outros princípios basilares em nosso Estado democrático de

direito.

Legitimar o poder é mostrar e convencer a população e a sociedade sobre as razões e justiça na decisão. A força e o poder por si só não são mais suficientes para angariar obediência dos jurisdicionados. Expor, de forma, clara, inequívoca, congruente e íntegra, as razões de fato e de direito de decidir por um ou por outro, dando a oportunidade de se insurgir contra aquela decisão por meio de argumentações que atacam e contradizem as razões apontadas para a decisão constrói uma legitimação, que inflige confiança na população de que as decisões são justas e legais, e que o magistrado está realmente dizendo o direito.

Desta forma, vemos como correta a superação do princípio do Livre Convencimento Motivado, para um princípio do Convencimento Fundamentado, onde o juiz não é mais livre para valorar e escolher as provas segundo convicções pessoais e individuais. Mas sim, sobre a égide da Constituição Federal de 1988 deve o Estado-Juiz, decidir de acordo com o fato concreto, os autos no processo e o ordenamento jurídico, fundamentando na decisão de forma inequívoca e lógica as razões que o levaram ao convencimento.

## REFERÊNCIAS FINAIS

BRASIL. **Constituição Federal** (1988). São Paulo: Saraiva: 2013.

BARTLETT, Robert. **Trial by fire and water: the medieval judicial ordeal**. Vermont: Echo Point Books & Media, 2014.

([https://dedalus.usp.br/F/KCKRLCDBRY7EXKP8H2B96Y5X66QDCPIHDCR7LU7FRN7RE93NNK-19036?func=full-set-set&set\\_number=000740&set\\_entry=000001&format=999](https://dedalus.usp.br/F/KCKRLCDBRY7EXKP8H2B96Y5X66QDCPIHDCR7LU7FRN7RE93NNK-19036?func=full-set-set&set_number=000740&set_entry=000001&format=999))

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil - volume único**. 6. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

CARPES, Artur. **O que provar? - Admissibilidade e eficiência da justiça civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

DAVIS, Shelton. **Antropologia do Direito**. Rio de Janeiro:Zahar, 1973.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo:Martins Fontes, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de Direito Processual Civil**. 2a Edição. V. II. Campo Grande - MS: Selo Jurídico, 2023.

JR. DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 2, 18a edição, rev., atual. e ampl., Bahia: Editora JusPodvim, 2016.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**, 1a Edição de bolso, Porto Alegre: L&PM, 2005.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da Decisão Judicial. A Elaboração da Motivação e a Formação do Precedente**. 1a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CALAMANDREI, Pierro. **Processo e Democracia**. 2a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. 3a Ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. 1a Ed. Leme: EDIJUR, 2018.

\_\_\_\_\_. **Como Nasce o Direito**. Belo Horizonte: Líder, 2020.

LE GOFF, Jacques; POUTHIER, Jean-Luc. **O Deus da Idade Média: conversas com Jean-Luc Pouthier**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2013

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 90.

MARINONI, Luiz Guilherme,ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**, 3a edição rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Comentado**, 2a edição, rev., ampl. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo:Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. II, 7a. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2009, V. I.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 65. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. 1a edição. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

\_\_\_\_\_. **A motivação da sentença civil**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. V. I. São Paulo: Saraiva, 1989-1990.

\_\_\_\_\_. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. V. I 2ª ed. São Paulo: Max Limand, 1971.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, V. I. 5ª edição rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lênio. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisducao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc> >. Acesso em 6 jan. 2025.

WOLKMER, Antonio C. **História do Direito no Brasil - Tradição no Ocidente e no Brasil - 11ª Edição 2019**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.