

O DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES JUDICIAIS E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

LUIZ ARTUR DE PAIVA CORRÊA
Advogado

Presidente 14ª Sub-Seção OAB-MG(Uberaba)

Mestre em Direito

Professor no Uniaraxá

Resumo

O dever de fundamentar as decisões judiciais e o livre convencimento motivado do juiz são duas garantias constitucionais que, dada a proximidade e relevância recíproca para definição, se complementam e, ao mesmo tempo em que conferem liberdade aos magistrados na formulação dos provimentos jurisdicionais, representam para o jurisdicionado uma garantia contra eventuais arbítrios. A prática forense, no entanto, revela uma realidade que distorce esses conceitos: o princípio do livre convencimento motivado tem acobertado decisões arbitrárias, construídas sem que às partes seja dada a oportunidade de participar de sua formação; o dever de fundamentação, quando observado, o é, muitas vezes, apenas em termos formais.

Palavras-Chave: Motivação. Fundamentação. Decisões Judiciais. Devido Processo Legal.

Abstract

The duty of base the judicial decisions and the free conviction motivated of the judge are two constitutional warranties that, given to proximity and reciprocal relevance for definition, complement and, at the same time in which they check freedom to the magistrates in the formulation of Judge's activities, represent for people a warranty against eventual wills. The forensic practice, however, reveals a reality that distorts these concepts: the principle of the free motivated conviction has been covering arbitrary decisions, built without to the parts be given to opportunity of taking part of your formation; fundamentation duty, when observed, the is, many times, just in terms of formal.

Key-words: Motivation. Fundamentation. Judicial decision. Liberate Judge's Conviction.

Defende-se que o juiz é livre para formar seu convencimento¹, como se fosse infalível e não estivesse subordinado à efetiva prestação jurisdicional, que somente é possível através de um procedimento compartilhado (juiz, partes e advogados), sob pena de continuar a perpetuar a arbitrariedade do julgador.

O juiz, a fim de que cumpra realmente com o seu compromisso jurisdicional, deverá observar, e sujeitar-se, sempre, à fundamentação dos fatos (motivação subjetiva) ocorridos no processo (provas, alegações das partes etc.) e à fundamentação legal², não podendo fugir do contido nos autos.

Em relação à formação do convencimento do magistrado, o art. 131 do Código de Processo Civil dispõe que: *“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes;...”*

Prevalece, portanto, em nosso ordenamento jurídico, o *princípio do livre convencimento do juiz*. Entretanto, este princípio não se encontra em uma extensão absoluta, a ponto de se configurar arbítrio³, visto que a segunda parte do artigo retromencionado condiciona-o, de forma imperativa: *“(...); mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe forneceram o convencimento.”*

Imprescindível, assim, diferenciar o livre convencimento do art. 131 do CPC, e o convencimento arbitrário⁴ ou simplesmente subjetivo do magistrado⁵, o que ocorre, infelizmente, com frequência.

¹ LOPES DA COSTA, A. A., “Manual elementar de direito processual civil”, 3 ed., Revisor Atualizador – TEIXEIRA, S. F., Rio de Janeiro: Forense, p. 63, escrevendo sobre o princípio do livre convencimento motivado, escreve: “Arrima-se na independência jurídica do julgador, segundo a qual este, ao decidir, não está subordinado a ninguém e a nada, exceto à ordem jurídica.”

² DELGADO, J. A. “A sentença judicial e a Constituição Federal de 1988”, *RePro* n. 61/57, p. 59, adverte que: “Qualquer que seja a situação a ser enfrentada, o Juiz tem a missão de fundamentar os motivos que determinaram a conclusão apontada, por isso se constitui em direito e prerrogativa dos jurisdicionados.”

³ BARBI, C. A., “Comentários ao código de processo civil”, vol. I, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 401 “A liberdade concedida ao juiz na apreciação das provas não significa arbítrio. Para evitar que este surja, a parte final do artigo (131) impõe ao juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Eles não constituem os fundamentos de fato a que se refere o art. 458, item II, mas sim a explicação de como o juiz se convenceu da existência, ou inexistência, dos fatos em que se basciam a sentença.”

⁴ CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R., “Teoria geral do processo”, 16 ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 68, escrevem: “Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser motivado (Const., art. 93, inc. IX; CPP, art. 381, inc. III; CPC, arts. 131, 165 e 458, inc. II), não podendo o juiz desprezar as regras legais porventura existentes (CPC, art. 334, inc. IV; CPP, arts. 158 e 167) e as *máximas de experiência* (CPC, arts. 335).”

⁵ AMARAL SANTOS, M., “Prova judiciária no cível e comercial”, vol. I, 4 ed., São Paulo: Max Limonad, p. 354, escreve: “Por outro lado, a convicção não pode decorrer apenas de apreciações subjetivas do juiz, mas deve dimanar da apreciação dos fatos e das provas. O convencimento não deve ser, por outros termos, fundado em apreciações subjetivas do juiz, deve ser tal, que os fatos e as provas submetidas ao seu juízo, se fossem submetidas a apreciação desinteressada de qualquer pessoa racional, deveriam produzir, também, a mesma convicção que produziram no juiz. Este requisito, que eu creio importantíssimo, é o que chamo de *sociabilidade do convencimento*.”

O Código de Processo Civil deixa transparecer, a uma leitura vesga, que o juiz possui liberdade ilimitada na apreciação das provas, bastando que fundamente o seu convencimento, podendo, inclusive, o basear (convencimento), no momento de decidir (qualquer tipo de decisão⁶), tanto nas questões que os litigantes aduziram no processo, como naquilo que elas deixaram de fazer⁷.

A prevalecer este entendimento, poder-se-á sepultar os princípios da estabilidade processual (CPC, art. 128) e da isonomia (CPC, art. 125, I), pois nem mesmo ao juiz é permitido conhecer e/ou deferir o que não for pleiteado pela parte litigante (CPC, art. 2º), pois a prestação jurisdicional não se restringe aos pedidos contidos nas petições iniciais e defesa, e sim em todas as manifestações contidas no curso do processo, e, estando ausente a manifestação/pedido, não cabe ao juiz se pronunciar, pois que inexistente para o mundo jurídico.

A fim de abrandar as transgressões dos juízes, na livre apreciação das provas e no princípio do livre convencimento, determina-se que o mesmo deverá, sempre, fornecer, nas decisões, os seus motivos, que o levaram a se convencer desta ou daquela forma. Contudo, mesmo com essa tentativa de abrandar a posição arbitrária, os magistrados, com raríssimas exceções, não têm assim procedido, mantendo-se no pensamento de que realmente possuem “poder ilimitado” e não “dever jurisdicional”.

Caso não houvesse a determinação de se fundamentarem as decisões (todas) ao juiz *“abriria a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou política, às suas tendências de clã ou de clube.”*⁸

O juiz possui liberdade para decidir, contudo deverá estimular, ou seja, motivar este convencimento⁹, sob pena de ferir norma constitucional (CF, art. 93, IX).

⁶ DINAMARCO, C. R., “Fundamentos do processo civil moderno”, vol. II, 3 ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 1078, escreve: “A disposição do art. 131 do Código de Processo Civil, conquanto sediada em nível infraconstitucional, ficou enriquecida com o mandamento superior trazido pela Constituição de 1988, pelo qual ‘todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade’ (art. 93, inc. IX). Se antes voltava-se somente às sentenças, hoje o próprio art. 131 deve ser lido como portador do dever de motivar todos os atos jurisdicionais.”

⁷ ARONNE, R. “O princípio do livre convencimento do juiz”. Porto Alegre: Fabris, 1996, escreve: “O julgador pode, ao julgar a lide, aplicar a norma de direito que melhor equacione o conflito de interesses apresentado, mesmo que não invocada pelas partes, assim como pode, a bem de embasar sua decisão, utilizar-se de argumentação jurídica diversa da que foi trazida aos autos.”

⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C.. “Comentários ao código de processo civil” (de 1939), II, nota 1 ao art. 118, esp. P. 231, Rio de Janeiro: Forense.

⁹ PORTANOVA, R. “Motivações ideológicas da sentença”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 4. ed., p. 247, 2000, escreve: “Quanto mais liberdade se der ao juiz, mais minuciosa deve ser sua sentença. Quanto mais responsabilidade se atribuir ao julgador, mais clareza e publicidade há de se cobrar de quem julga.”

E, não fosse o juiz obrigado a fundamentar, de fato e de direito, as suas decisões, poderia tornar-se um ditador, um tirano, aproveitando-se do seu “poder” (“decidir”) para tráfico de influências, favorecimento pessoal, “ou que mais se possa imaginar de negativo, condenável e inaceitável”¹⁰, em total desrespeito e prejuízo para o cidadão.¹¹

Assim, pode-se dizer que o princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões, elevada à norma constitucional e ao devido processo constitucional e, portanto, imutável, é de caráter absoluto e destinado para o Estado, os cidadãos, o próprio juiz e a opinião pública em geral¹², e principalmente para os litigantes, que buscaram no Poder Judiciário o órgão para ditimirem as suas controvérsias, acreditando na entrega da efetiva tutela jurisdicional.

Mesmo que o julgador tenha, a seu favor, o princípio da livre convicção, encontra-se obrigado a motivar todos os atos jurisdicionais, até mesmo porque tal princípio está inserido em outro princípio maior, que é o do devido processo legal.¹³

Não há dúvida de que na sentença existe um elemento volitivo e que este deverá ser buscado nas questões de fato, ou seja, nas provas produzidas e nas alegações contidas no processo, através do livre convencimento do juiz, “... pois mesmo embasado na lei, o ato decisório é um juízo crítico que busca a verdade, a fim de bem aplicar o direito e a justiça¹⁴, espalhando, assim, o bem comum na sociedade.”¹⁵

Ressalta-se que este elemento volitivo deverá obedecer, sempre, ao procedimento compartilhado, em que todos os interessados no resultado da ação participem, de forma ativa, na elaboração da decisão.

José Rogério Cruz e Tucci¹⁶ expõe: *“A discricionariedade do juiz, na formação do convencimento assentada na certeza moral, encontra, destarte, exatamente na motivação o seu preço.”*

¹⁰ CALMON DE PASSOS, J. J., “Até quando...”, op. cit. p. 77.

¹¹ MACIEL, A. F., “Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional”, Cartilha Jurídica, n. 7, p. 8, do TRF/1ª anota: “Todo aquele que detém poder tem de ser controlado. Já ficou longe no tempo a doutrina de que o Juiz, por ser detentor da soberania, era irresponsável perante as partes e não devia ser controlado. Na verdade ‘não há poderes soberanos, e soberano é só o direito, interpretado pelos tribunais’. Num Estado de Direito democrático todo órgão estatal deve ser submetido a controle externo e interno. Para isso inventaram-se muitos mecanismos de controle do juiz e do Judiciário, com as conseqüentes responsabilidades.”

¹² PORTANOVA, R., “Princípios.....”, cit., p. 250.

¹³ DELGADO, J. A., op. cit., p. 61, assim manifesta-se: “O requisito das decisões judiciais é aspecto que se insere na garantia do devido processo legal. É uma condição para a validade desse importante ato judicial, com finalidade de salvá-lo da mácula da arbitrariedade.”

¹⁴ THEODORO Jr., H., “Sentença – Direito processual ao vivo”, vol. 1, Rio de Janeiro: Aide, p. 16, 1996, adverte: A boa sentença é aquela que não inspira suspeita e deixa a sociedade tranqüila com relação ao seu conteúdo, graças à força de convencimento dos argumentos do magistrado.”

¹⁵ ARONNE, R., op. cit., p. 47.

¹⁶ “Temas polêmicos de processo civil”, São Paulo, 1990.

Hodiernamente não há como o magistrado, ao proferir as suas decisões, mesmo interlocutórias, ausentar-se do ‘elemento vontade’, pois as mesmas não teriam força obrigatória, bem como do ‘elemento razão’, pois seria ato de puro arbítrio, razões pelas quais se exige a fundamentação para lhes dar legalidade.

Entretanto, não basta a simples fundamentação legal, há a necessidade de se verificar se, em todos os procedimentos anteriores à decisão e nesta, especialmente, houve a participação dos interessados (partes, advogados e sentenciante), pois, do contrário, mesmo com a fundamentação legal inserida no bojo da decisão, não deixará de ser um ato arbitrário.

Piero Calamandrei (“Eles, os juízes, visto por nós, os advogados”), fala da independência dos juízes, não para fazer sua exaltação retórica mas para acentuar a responsabilidade que ela implica.

Dalmo de Abreu Dallari adverte os magistrados sobre a independência do cargo e função, e ainda sobre os compromissos assumidos com os jurisdicionados.¹⁷

Na hipótese de o jurisdicionado entender que o magistrado decidiu contrariamente à legislação aplicável ao caso, ou que agiu de forma parcial, ou com abuso de autoridade, ou de qualquer outra forma condenável juridicamente, deverá, no corpo da fundamentação, buscar respaldo para as suas argumentações, razão pela qual foi da maior relevância a elevação do dever de fundamentação das decisões ao patamar constitucional, pois, configurou-se como garantia fundamental do cidadão¹⁸, que infelizmente ainda não foi assimilado pelos sentenciantes.

E, juntamente com a independência o julgador deve ser imparcial, pois esta também é uma garantia do cidadão, sendo que, quando se profere uma decisão, há a demonstração de sua imparcialidade¹⁹, visto que a sua conduta

¹⁷ “O poder dos juízes”, São Paulo: Editora Saraiva. p. 597. 996.: “A independência dos juízes, isto é, aquele princípio institucional por força do qual, ao julgarem, se devem sentir desligados de qualquer subordinação hierárquica um privilégio duro, que impõe, a quem dele goza, a coragem de ficar só consigo mesmo, em que possa comodamente arranjar um esconderijo por detrás da ordem superior.”

¹⁸ CALMON DE PASSOS, J. J., “Até quanto abusarás, ó Catilina...? (cautelares e liminares – catástrofe nacional)” *Revista do Advogado* n. 40, São Paulo, 1993, p.77 adverte: “Conclusão insuscetível de controvérsia — nenhuma providência judicial, seja de que natureza for, está autorizada sem que haja o prévio ‘convencimento’ do magistrado, convencimento esse de caráter objetivo, pelo que deve assentar em razões explicitadas na motivação de sua decisão, razões que se sujeitam a duas fortes limitações —, a da prova dos autos e a da prescrição legal. Fora disso, o que há é abuso de autoridade, favorecimento pessoal, tráfico de influência, irresponsabilidade com imunidade ou que mais se possa imaginar de negativo, condenável e inaceitável.”

¹⁹ PERO, M. T. G., em citação a Juzalari. “A motivação da sentença cível”. São Paulo: Editora Saraiva, p. 61, 2001, adverte: “Afinal, ‘o juiz pode desatender, mas não obliterar as razões da parte’, devendo ainda prestar contas de sua escolha.”

se torna transparente para os jurisdicionados, mostrando a sua retidão e justiça no julgar, o que ocorrerá, exatamente, nas razões contidas na fundamentação de fato e de direito.²⁰

Não é aceitável o juiz, ao decidir, por exemplo, recurso de embargos declaratórios, dizer simplesmente “que o recorrente procura é a reforma da decisão, não sendo esta a via própria.” “Decisão” desta natureza configura a total ausência de compromisso com a atividade jurisdicional.

Também, o que não se pode mais aceitar, em um Estado de Direito Democrático, efetivamente vigente, é a falta de compromisso do magistrado com a ordem jurídica, com o devido processo constitucional e com os jurisdicionados, ao negar fundamentação às suas decisões, sejam interlocutórias, sejam finais (terminativas ou definitivas), e se recusar a fazer um julgamento compartilhado, pois como disse Calmon de Passos: *“Fora disso, o que há é abuso de autoridade, favorecimento pessoal, tráfico de influência, irresponsabilidade com imunidade ou que mais se possa imaginar de negativo, condenável e inaceitável.”*

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, F. R. C. *Da fundamentação das decisões judiciais*. RePro. Vol. n. 67/194. [s.d]
- AMARAL SANTOS, M. *Prova judiciária no cível e comercial*. vol. I, 4 ed., São Paulo: Max Limonad. [s.d]
- ARONNE, R. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- BARBI, C. A. *Comentários ao código de processo civil*. vol. I. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense. [s.d]
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Até quanto abusarás, ó Catilina...? (cautelares e liminares – catástrofe nacional)*. Revista do Advogado n. 40, São Paulo, 1993.
- CINTRA, A. C. A. GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 16 ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2004

²⁰ ALMEIDA, F. R. C. “Da fundamentação das decisões judiciais”. RePro n. 67/194, p. 202, em citação a Mauro Cappelletti., escreve: “Isto não significa que o juiz deva ser um sujeito inerte e passivo. Na realidade, é preciso distinguir entre imparcialidade e passividade. O juiz deve ser imparcial em relação ao conteúdo da controvérsia, mas não quanto à relação processual propriamente dita; aliás, constitui-se em um dever específico do juiz o de assegurar que o processo se desenvolva de maneira regular, rápida (tanto quanto possível) e leal.”

DALLARI, D. A. **O poder dos juizes**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002

DELGADO, J. A. **A sentença judicial e a Constituição Federal de 1988**. RePro n. 61/57. [s.d]

DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. vol. II, 3 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

LOPES DA COSTA, A. A. **Manual elementar de direito processual civil**. Revisor Atualizador – TEIXEIRA, S. F. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense. [s.d]

MACIEL, A. F. **Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Cartilha Jurídica, n. 7, p. 8, do TRF/1ª Região. [s.d]

PERO, M. T. G. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense. [s.d]

PORTANOVA, R. **Motivações ideológicas da sentença**. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

THEODORO Jr., H. **Sentença – Direito processual ao vivo**. vol. 1, Rio de Janeiro: Aide, 1996.

TUCCI, J. R. C. **Temas polêmicos de processo civil**. São Paulo, 1990.