

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

JOÃO VITOR HOLZ FRANÇA

**A JUSTIFICAÇÃO DA VALORAÇÃO DA PROVA DOS FATOS JURIDICAMENTE
RELEVANTES NO PROCESSO CIVIL (ART. 489, § 1º, IV, NCPC)**

**CURITIBA
2018**

JOÃO VITOR HOLZ FRANÇA

**A JUSTIFICAÇÃO DA VALORAÇÃO DA PROVA DOS FATOS JURIDICAMENTE
RELEVANTES NO PROCESSO CIVIL (ART. 489, § 1º, IV, NCPC)**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Clayton de Albuquerque Maranhão.

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO VITOR HOLZ FRANÇA

TÍTULO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

Dedico esse trabalho à minha
esposa Juliane Souza Senko,
pela parceria, paciência e força.
Somos um time!

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO.....	8
3 A FUNDAMENTAÇÃO COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	10
4 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E SUA EXTENSÃO NO CPC/15.....	14
5 DA JUSTIFICAÇÃO ACERCA DO JUÍZO DE FATO.....	22
5.1 ALGUMAS TEORIAS SOBRE MOTIVAÇÃO E ANÁLISE DAS PROVAS.....	28
5.2 ANÁLISE E JUSTIFICAÇÃO DA PROVA.....	32
5 CONCLUSÃO.....	35
6 REFERÊNCIAS.....	37

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar quais são os critérios utilizados para a valoração das provas dos fatos juridicamente relevantes no processo civil, bem como, a extensão do dever de fundamentação acerca das provas produzidas pelas partes. Pretende ainda, discorrer sobre a atividade cognitiva feita pelo magistrado no contato com a prova. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: valoração da prova; juízo de fato; livre convencimento motivado; justificação.

1 INTRODUÇÃO

O juiz aplica o direito sobre os fatos, segundo a tradição *naha mihi factum dabo tibi jus*. Sem os fatos, portanto, não há atividade jurisdicional, não há aplicação de direito.

Embora o juízo de fato seja de relevante importância para a aplicação do direito, por alguma razão não seduz os estudiosos do processo e os operadores do direito, que se dedicam com maior empenho a análise das questões de direito.

Por essa razão toda atenção recai sobre as discussões e teses da aplicação do direito, havendo pouca, ou nenhuma, discussão profunda acerca do juízo de fato.

Há um contrassenso, afinal, a finalidade do processo de conhecimento é justamente fazer com que o juiz conheça de fatos até então não revelados. Tanto isso é verdade, que se a controvérsia for unicamente de direito, está autorizado o julgamento antecipado, afinal, não precisa o juiz conhecer de fatos.

A errada interpretação dos fatos, por via de consequência, acarretar na falha aplicação do direito, razão pela qual o juízo de fato merece análise mais aprofundada daquele que habitualmente é feito.

A atividade probatória visa justamente resolver as questões de fato, permitindo uma correta aplicação do direito. Contudo, a falta de um critério bem estabelecido acerca da análise e valoração da prova cria um campo instável para a aplicação do direito.

Somado a isso, a inovação legislativa trazida pelo artigo 489 do NCPC gera dúvidas em sua aplicação, como toda novidade legislativa, sobre a necessidade de fundamentação acerca de todos argumentos trazido pelas partes no processo e, em especial, sobre as provas produzidas.

O presente trabalho visa compreender a extensão do dever de fundamentação do juiz acerca da matéria de fato e das provas produzidas, buscando identificar um critério para a análise e valoração da prova.

2 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA FUNDAMENTAÇÃO

Embora hoje nos pareça essencial a fundamentação da decisão, nem sempre foi assim. Teve época que, segundo HESPANHA (2015), a motivação era desaconselhada ou até mesmo proibida, pois se o juiz justificasse muito a sua decisão poderia perder autoridade, além de dar margem a interposição de recursos. Não era aconselhado ao juiz justificar muito a sua decisão, afinal, era a “boca da lei”.

Em Roma era comum que as sentenças não tivessem fundamentação, apenas o relatório indicando os pontos controvertidos pelas partes (HESPANHA, 2015).

Em outras regiões vigorava o “estilo judicial espanhol”, onde havia uma breve fundamentação, como em Portugal (HESPANHA, 2015). As Ordenações Filipinas dispunha que:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros julgadores, ora letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentença definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação ou agravo, ou revista, as causas em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar ou a revogar (Ordenações Filipinas, Livro III, título LXVI, n. 7)

Para HESPANHA (2015), a infração a esse dispositivo não era causa de nulidade da sentença, mas apenas imposição de multa para os Juizes. Era um dispositivo voltado mais a administração do que ao processo, porquanto seu objetivo era a limitação do poder dos juizes, na medida em que a competência para interpretar o direito era do rei.

Já SILVA observa uma “nítida preocupação, no sistema, com o respeito ao contraditório e com a publicidade das decisões” (2016, p.448).

De qualquer forma, é certo que no Brasil, desde o período colonial, sempre houve o dever de fundamentar as decisões (SILVA, 2016).

Em relação o registro histórico da fundamentação sobre o juízo de fato, HESPANHA lembra que:

Porém, mais relevante do ponto de vista que aqui interessa era a nulidade que decorria de a sentença carecer de motivos (*causae*) de facto ou de direito. A sentença carecia de causas de facto quando se baseava em provas falsas ou invocava factos (*acta*) inexistentes e carecia de causa de direito quando decidida contra o direito expesso ou dava origem a injustiça notória. (HESPANHA, 2015, p.33)

Segundo SILVA, “a exigência de fundamentar acompanhou a história processual pátria.” (2016, p. 449), e “essa garantia passou a ser expressa com o advento da Constituição de 1988” (2016, p. 449).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, passou a estabelecer expressamente que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas as suas decisões, sob pena de nulidade.

Na nova ordem processual civil, o princípio constitucional vem esculpido no artigo 11 do NCPC, afinal, “não é mais possível para os dias atuais que tenhamos uma dissociação envolvendo a Constituição Federal e as demais normas infraconstitucionais” (CÂMARA, 2017, p.141).

O artigo 11 do NCPC ganha disciplina no artigo 489 do mesmo diploma legal, que estabelece os elementos da sentença e elenca hipóteses que em a decisão não é fundamentada.

3 A FUNDAMENTAÇÃO COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

E como princípio constitucional do processo, “constitui uma norma de caráter geral e abstrato, um *standard* ou mandado de otimização, incidente sobre os processos judiciais” (CARDOSO, 2016, p.386).

SILVA adverte que “se o Magistrado ficar dispensado de fundamentar, estará acima da lei. Ter-se-ia, no Judiciário, um Poder acima dos demais.” (2016, p. 449)

Ganha relevância neste tópico, por estar intimamente ligado com os aspectos constitucionais, a classificação da função da fundamentação. ALVES (2017, p. 47) fazendo referência a clássica obra de Taruffo apresentou a função endoprocessual e extraprocessual da fundamentação:

Obra clássica de Taruffo, datada de 1975, divisou as funções endoprocessual e extraprocessual da motivação (2005, p. 167-168). A *primeira*, enquanto requisito técnico, assegurando que a motivação é útil (a) à parte que pretenda impugná-la, porque o conhecimento da motivação da decisão facilita a individuação do erro e (b) ao juízo de impugnação (recursal, mais apropriadamente quanto ao direito brasileiro) porque viabiliza o reexame da decisão impugnada. A *segunda* dá ensejo (a) ao controle externo das razões de motivação, (b) à indução ao julgador de demonstrar a validade racional de suas razões frente ao sistema jurídico e (c) à demonstração da eficácia persuasiva do precedente invocado como razão de decidir. Daí sua importância também para a decisão que não mais desafia recurso, como expressão da máxima garantia de justificação, o que já há décadas era no Brasil ressaltado. (TARUFFO apud ALVES, 2017, p. 47)

Segundo SILVA (2016), Michele Taruffo via na função extraprocessual da fundamentação a legitimação das decisões do Poder Judiciário, e um controle democrático difuso.

Como bem lembra LISBOA (2015), o Poder Judiciário é o único que não recruta seus membros por meio de eleição, mas sim por concurso público. CUNHA (2015), na mesma linha, esclarecendo sobre a legitimação do Poder Judiciários afirma que “ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que tem sua legitimidade na eleição pela maioria, o poder judiciário se legitima na qualidade da fundamentação de suas decisões e da sua adequação à Constituição”(CUNHA, 2015, p.284).

HOFFMANN JÚNIOR e JOBIM (2017) também reforçam essa ideia ao entenderem que com a fundamentação “o juiz legitima a sua atuação, sobretudo naqueles ordenamentos em que o recrutamento dos órgãos que compõem o Poder Judiciário não se dá com apoio no voto popular.” (2017, p.99).

Ainda sobre a legitimação das decisões, CÂMARA bem explica:

A fundamentação da decisão judicial é o elemento consistente na indicação dos motivos que justificam, juridicamente, a conclusão a que se tenha chegado. Este é um ponto essencial: *fundamentar é justificar*. É que a decisão precisa ser legitimada democraticamente, isto é, a decisão precisa ser constitucionalmente legítima. Para isso, é absolutamente essencial que o órgão jurisdicional, ao decidir, aponte os motivos que justificam constitucionalmente aquela decisão, de modo que ela possa ser considerada a *decisão correta* para a hipótese. (CÂMARA, 2017, p.244)

Outro desdobramento da função extraprocessual da fundamentação é a possibilidade da sociedade poder controlar se o órgão jurisdicional está respeitando o devido processo legal, afinal, “do ponto de vista do Estado, é dever de prestar contas da soberania popular que exerce por meio do processo como método democrático de solução de conflitos” (ABELHA, 2016, p. 616).

CARDOSO igualmente entende que “a motivação deriva da garantia do devido processo legal e é uma manifestação do Estado de Direito” (2016, p. 387).

LISBOA ainda acrescenta diversos desdobramentos da função extraprocessual da fundamentação:

Como função extraprocessual, alinha-se a garantia do Estado de Direito, entendido como um padrão de racionalidade na aplicação do direito (acepação mais próxima de “Rule of Law”) em diversos matizes: criação de repertório processual hábil a identificar caoses semelhantes e com isso gerar certa previsibilidade nas decisões subsequentes; exigência de que o juiz demonstre seu ato de inteligência e imparcialidade par com isso evitar-se decisões levianas ou contaminadas por interesse alheios à Justiça; garantia da legalidade, da separação dos poderes, da democracia, da publicidade dos atos judiciais, e do direito ao contraditório e à ampla defesa. (LISBOA, 2015, p. 120)

A função endoprocessual, por sua vez, rebate aquela ideia de que o Juiz não estaria obrigado a se manifestar sobre todas as questões aduzidas pela parte vencida, sendo suficiente apenas a fundamentação acerca da tese vencedora.

Isso porque, a função endoprocessual da fundamentação da decisão serve para a parte melhor identificar o desacerto do Juiz e melhor formular sua pretensão recursal. Conclui-se então, que a fundamentação tem muito mais utilidade ao

vencido do que ao vencedor, pois aquele necessita saber por qual razão suas teses não foram acatadas pelo julgador para o fim de recorrer do pronunciamento judicial.

Neste ponto, a fundamentação apresenta estreita relação com o contraditório. Explica CÂMARA (2017) que na fundamentação o juiz deve demonstrar que o contraditório foi observado, afinal, foi construída em contraditório, havendo a participação de todos os sujeitos da relação processual. Em suas palavras:

Sempre vale recordar que um dos elementos formadores do princípio do contraditório é o *direito de ver argumentos considerados* (que a doutrina alemã chama de *Recht auf Berücksichtigung*). Pois só se poderá saber, no caso concreto, se os argumentos da parte foram levados em consideração na decisão judicial – e, portanto, se o contraditório substancial foi observado – pela leitura dos fundamentos da decisão. Daí a intrínseca ligação entre contraditório e fundamentação das decisões, por força da qual é possível afirmar que, sendo o processo um *procedimento em contraditório*, torna-se absolutamente essencial que toda decisão judicial seja *substancialmente fundamentada*. (CÂMARA, 2017, p. 244)

Entretanto, HOFFMANN JÚNIOR e JOBIM advertem quanto a fundamentação, para que seja respeitado o princípio do contraditório “é necessário, pois, que o processo constitua mecanismo capaz de proporcionar às partes poderes realmente efetivos a justificar influência na construção da decisão judicial.” (2017, p. 101)

Portanto, não é suficiente que o juiz se manifeste apenas sobre a tese que adotou para formular sua decisão, mas também, enfrente as teses trazidas pelo vencido, permitindo uma melhor compreensão das razões de decidir. Isso é consequência a função endoprocessual da fundamentação.

A função endoprocessual da fundamentação também tem relação com o duplo grau de jurisdição, na medida em que serve para as partes, tomando conhecimento das razões de decidir, formular sua pretensão recursal, assim como, ao órgão revisor da decisão, permite analisar com profundidade a necessidade de reforma, ou não, da decisão.

Câmara (2017, p. 245) também trabalha com a ideia de um controle forte (relação com a função endoprocessual) e como controle fraco (relacionado com a função extraprocessual):

Pois é pela fundamentação da decisão judicial que se permite o exercício de dois tipos de controle das decisões: (a) o *controle forte*, aquele exercido por

órgãos superiores ao que tenha proferido a decisão, e que permite, através de mecanismos destinados a promover o reexame das decisões (como os recursos, a remessa necessária e as demandas autônomas de impugnação), a cassação de decisões erradas; e (b) o *controle fraco*, isto é, o controle que não pode levar à cassação de atos, mas que, sendo exercido de forma difusa pela sociedade, permite que se debata acerca da correção das decisões judiciais, de modo a contribuir para a melhoria constante da qualidade dos pronunciamentos jurisdicionais. (CÂMARA, 2017, p.245)

É certo que a fundamentação da decisão judicial serve às partes e a sociedade, que pode a partir da motivação exercer controle democrático da atividade Jurisdicional.

Percebe-se facilmente que a exigência da fundamentação das decisões possui íntima relação com os dispositivos constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório, duplo grau de jurisdição, o Estado Democrático de Direito e a Legitimação do Poder Judiciário.

4 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E SUA EXTENSÃO NO CPC/15

O artigo 489, § 1º, inciso IV, do Código Processual Civil traz relevante inovação legislativa que tem causado dúvida na sua interpretação.

Esclarece Panza (2015) que existem duas posições quanto a forma e extensão do dever de fundamentação, a dos magistrados e dos advogados. Os magistrados entendem que basta colher ou afastar os argumentos trazidos pela parte de forma concreta ou pontual; os advogados pretendem que o magistrado enfrente todas as teses apontadas pelas partes.

A jurisprudência até então adotava o entendimento que, para se considerar fundamentada uma decisão, basta o acolhimento de uma das teses, não sendo necessária enfrentar as demais teses.

Como exemplo, citamos o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes. (REsp 1379177/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 18/12/2015)

O ponto de análise agora é saber se esse entendimento ainda se sustenta diante da atual redação do artigo 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil. É necessário entender qual a extensão do dever de fundamentação do juiz em relação aos argumentos aduzidos pelas partes, em especial, quanto ao juízo de fato.

Iniciando a análise pela interpretação literal, CUNHA (2015) sustenta que o inciso IV do artigo 489 do NCPC está em desacordo com a própria sistemática do referido artigo. Sustenta que “não está o juiz obrigado a analisar todos os ‘argumentos’ trazidos pelas partes, mas sim, mantem-se o entendimento vigente de que a decisão deve enfrentar todas as ‘questões’ que as partes submeterem ao poder judiciário” (CUNHA, 2015, p. 297).

Explica que “argumentos são simples razões para justificar ou refutar uma afirmação” (CUNHA, 2015, p. 297). Por isso, não estaria obrigado o magistrado a enfrentar todos os argumentos, diante da baixa densidade jurídica que o termo possui.

A contrariedade existente na norma apontada por CUNHA (2015) é na análise do inciso IV do § 1º em conjunto com o inciso III do artigo 489, que diz que o juiz enfrentará as questões principais trazidas pelas partes.

Portanto, no entender de CUNHA (2015), a interpretação que se deve fazer em relação ao inciso IV, é que o juiz está obrigado a se manifestar sobre todas as questões, e não argumentos.

Conclui CUNHA:

Em essência, podemos dizer que a previsão normativa do inciso IV do § 1º do art. 489 do NCPC deve ser interpretada como a necessidade de que o julgador enfrente todas as questões de fato e de direito postas pelas partes e que sejam efetivamente capazes de influenciar no resultado final do julgamento. (CUNHA, 2015, p.305)

Para GIOTTI (2015), o termo “argumentos” utilizado no inciso IV diz respeito a enunciados sobre fatos. Como bem lembra GIOTTI (2015), a dogmática processual busca dividir controvérsia de fato e de direito. Citando o jurista italiano Taruffo, lembra que o processo é uma situação “em que várias ‘histórias’ são construídas e contadas por diferentes sujeitos, desde diferentes pontos de vista e de maneiras distintas” (TARUFFO apud GIOTTI, 2015, p. 466).

Assim, “os enunciados sobre fatos são relacionais, ou seja, são elementos de juízo sobre cuja bases se considera provado um fato” (GIOTTI, 2015, p, 466). Segundo GIOTTI (2015), quando alegado pelas partes, esses enunciados de fatos são chamados de alegações, referidos no artigo 489 como argumentos.

Diferente de Cunha, que entende que argumentos eram simples razões, GIOTTI (2015) entende que o termo “argumentos” utilizado no inciso IV diz respeito as alegações de fato, explica:

Na sistemática do novo Código Civil, os enunciados sobre dos fatos na dicção do artigo 489, IV, são argumentos em torno ou sobre fatos, quando deduzidos pelas partes, e são fundamentos de fato da decisão, segunda dicção do inciso segundo do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, quando integrarem a construção de enunciado de fato levado a efeito pelo juízo. (GIOTTI, 2015, p. 467)

GRAMSTRUP e THAMAY (2017) também criticam a redação do inciso IV, mas em relação ao termo “em tese”. É que “essa expressão carrega uma carga de subjetivismo tão acentuada que será capaz de, na prática, tornar o inciso sem efeito,

reiterando-se a prática de decisões genéricas que a lei pretende evitar” (GRAMSTRUP e THAMAY, 2017, p. 89).

Diferente de GIOTTI, GRAMSTRUP e THAMAY (2017) entendem que o inciso IV não faz distinção entre argumentos de fato ou de direito.

JORGE NETO (2015) entende fundamental diferenciar questões, argumentos e fundamentos jurídicos. Para ele:

As questões são os pontos sobre os quais controvertem as partes, já os fundamentos jurídicos são os motivos que levam a referida questão a ser solucionada de tal ou qual maneira. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR entende "por questão o ponto de fato ou de direito sobre que dissentem os litigantes, e que, por seu conteúdo, seria capaz de fora do contexto do processo, formar, por si só, uma *lide autônoma*" (JORGE NETO, 2015, p. 149)

Afirma ainda JORGE NETO (2015), que as questões jurídicas são embasadas em mais de um argumento ou fundamento. Essa distinção é necessária porquanto serve para analisar a extensão do dever de fundamentar, na medida em que, se o pedido do autor possui mais de um fundamento, para o seu acolhimento bastaria a motivação sobre um deles, ao contrário, em caso de rejeição do pedido, o juiz deve enfrentar todos os fundamentos alegados pela parte.

Conclui JORGE NETO:

Frequentemente as questões jurídicas suscitadas pelas partes estão embasadas em mais de um argumento ou fundamento jurídico. Quando o pedido do autor está embasado em mais de um fundamento e o julgador acolhe o pedido, não estará obrigado a analisar todos os fundamentos jurídicos apresentados, embora nada o impeça de assim proceder. Contudo, para negar o pedido do autor, o juiz sentenciante deverá analisar todos os argumentos apresentados, a não ser quando, pela rejeição de um deles, todos os demais restarem logicamente rejeitados. O mesmo raciocínio vale para os argumentos da defesa, para acolher a tese do autor e negar a da defesa, o juiz precisa analisar todos os fundamentos jurídicos apresentados pela parte ré. (JORGE NETO, 2015, p. 151)

CÂMARA (2017), no mesmo sentido, entende que para o acolhimento da pretensão do autor ou da defesa do réu, basta a motivação acerca de um fundamento, ao contrário, para a rejeição, deve ser enfrentado todos os fundamentos aduzidos pelas partes, um a um. Nas palavras de CÂMARA:

Pode acontecer, por exemplo, de uma das partes deduzir, na petição inicial ou na contestação, diversos fundamentos, cada um deles – ainda que isoladamente considerado – capaz de justificar, em tese, um resultado que

lhe seja favorável. Pois para que a parte possa ser legitimamente vencida, com a rejeição de sua pretensão ou defesa, é essencial que o órgão jurisdicional justifique os motivos pelos quais *todos* esses fundamentos são rejeitados. Percebase: tendo o juízo *acolhido* um desses fundamentos, e chegado a uma conclusão favorável a uma das partes, não será preciso examinar os demais fundamentos suscitados pela *mesma parte* (afinal, os demais argumentos da parte só poderiam servir para justificar a *mesma conclusão* a que o juízo já chegou). Neste caso, deve-se considerar que os demais argumentos estão *prejudicados* (isto é, que desapareceu, por absoluta inutilidade, o interesse em que tais argumentos sejam examinados). De outro lado, a rejeição do primeiro argumento deduzido pela parte deve, necessariamente, levar o órgão jurisdicional ao exame do segundo argumento (que seja, em tese, capaz de justificar um resultado favorável à parte que o suscitou). E a rejeição deste segundo argumento deverá levar ao exame do seguinte, e assim sucessivamente. Só se pode julgar *contra* a parte, insista-se, se *todos* os argumentos por ela suscitados e que sejam, em tese, capazes de lhe garantir um resultado favorável, tiverem sido expressamente rejeitados. (CÂMARA, 2017, p. 248)

LISBÔA (2015) já possui o entendimento que teses prejudiciais à tese adotada pelo magistrado exige o dever de fundamentação, contudo, aquelas teses que, pela simples lógica, ao ser acolhida descarta a outra, dispensam a fundamentação. Afirma que:

Para tanto, quaisquer teses que se coloquem como diretamente prejudiciais àquela apontada pelo julgador como a mais qualificada para resolver a lide devem ser avaliadas e racionalmente rechaçadas. Por seu turno, teses que se descartam pela simples escolha da outra, por óbvio, e o texto da norma é claro nesse sentido, não precisam ser rebatidas expressamente. Reconhecido tratar-se de imperativo absoluto e que 1 se faz presente, as demais teses e antíteses não precisam ser avaliadas, porquanto não são hábeis a infirmar a conclusão. (LISBÔA, 2015, p. 216)

Cabe destacar que não se pode confundir fundamentos com fundamentação. Fundamentos, segundo JORGE NETO (2015), tem relação com cada questão individualmente trazida pelas partes. Já Fundamentação, nas palavras de MEDINA (2017), abrange motivação e justificação, sendo a motivação, aquilo que move alguém a fazer alguma coisa, e justificação, por sua vez, tem relação com justo.

Justificação é “demonstrar que a decisão tomada é a mais ajustada para o caso em análise” (SILVA, 2016, p. 451).

Assim, na fundamentação “o juiz expõe o que o moveu a chegar a dada conclusão (*motivu*), e deve, também proferir uma decisão justa (*justificare*)” (MEDINA, 2017, p.492).

Dai a importância da fundamentação, que “é a ferramenta pela qual a decisão judicial deixa de ser ato de imposição ou força” (LISBOA, 2015, p. 123).

Também se faz necessário analisar o artigo 489 pelo seu caráter deontológico, buscando “compreender o alcance dos princípios inerentes de obrigações e permissões dentro do papel desempenhado pelo profissional, aqui se enquadrando o magistrado” (PANZA, 2015, p.144).

Para tanto, há que se observar que a fundamentação é “ato de inteligência, declaração e resposta” (MEDINA, 2017, p. 492). Melhor esclarecendo, a fundamentação é ato de inteligência, segundo MEDINA (2017), na medida em que mostra como o magistrado compreendeu as questões trazidas e demonstra o raciocínio feito para a solução do caso; é ato de declaração, porquanto dá sentido a norma jurídica; e, por fim, é ato de resposta, porque encerra o diálogo travado no processo.

Desta feita, observa-se que a fundamentação “possui um caráter mais de justificção do que de convencimento” (Panza, 2015, p. 145). Assim, pode-se concluir que:

Os julgadores devem pautar-se com o fito de cumprir as respectivas obrigações profissionais, fazendo com que todo o processo desenvolva-se dentro de uma normalidade esperada. A atual legislação e o novo CPC tratam da responsabilidade do magistrado na condução das ações judiciais. É regra de comportamento dentro do binômio processual do poder/dever em relação ao magistrado.(PANZA, 2015, p. 146)

Outra análise possível do artigo 489 do Código de Processo Civil Brasileiro é pelo aspecto fenomenológico da fundamentação da decisão, significa dizer que “a fundamentação é o espaço de realização do direito, e nesta perspectiva, do normativo enquanto normativo, já que expõe as experiências normativas vivenciadas pela consciência jurídica” (BORGES, 2015, p. 8).

É que “o agir da consciência se mostra como atitude fenomenológica e se evidencia pelas razões da fundamentação nas escolhas próprias que o juiz faz para desvelar a normatividade dos fenômenos” (BORGES, 2015, p. 10)

Nesta ótica:

A fundamentação é o lugar da experiência normativa, mas o lugar por excelência da subjetividade do magistrado. É nela que o modo de ver e de ser do magistrado é posto em cena e é ela que permite não apenas os recursos processuais, mas o conhecimento mais profundo do agir judicial,

se coerente, sensato e metódico, ou se imprudente, desvariado e egóico.(BORGES, 2015, p. 8)

Como visto, por vários pontos de vista que se possa analisar o artigo 489 do NCPC, em especial o inciso IV do § 1º, a conclusão que se extrai é que a fundamentação da decisão é um dever do magistrado, necessário para que possa ser identificado o raciocínio desenvolvido pelo juiz, demonstrando o acerto da sua decisão.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados possui alguns enunciados sobre a forma de interpretar o dispositivo em análise, são eles: “Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório” (Enunciado nº 6); “A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa” (Enunciado nº 10); “Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante” (Enunciado nº 12); “O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios” (Enunciado nº 13).

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis também possui diversos enunciados sobre o tema em análise: “No processo em que há intervenção do amicus curiae, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489.” (Enunciado n. 128); “As hipóteses descritas nos incisos do § 1º do art. 489 são exemplificativas.” (Enunciado n. 303); “As decisões judiciais trabalhistas, sejam elas interlocutórias, sentenças ou acórdãos, devem observar integralmente o disposto no art. 489, sobretudo o seu § 1º, sob pena de se reputarem não fundamentadas e, por conseguinte, nulas.” (Enunciado n. 304); “Reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença e, preenchidos os pressupostos do § 3º do art. 1.013, decidirá desde logo o mérito da causa.” (Enunciado n. 307); “Aplica-se o art. 489, § 1º, a todos os processos pendentes de decisão ao tempo da entrada em vigor do CPC, ainda que conclusos os autos antes de sua vigência.” (Enunciado n. 308); “O disposto no § 1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais.”

(Enunciado n. 309); “A decisão judicial que empregar regras de experiência comum, sem indicar os motivos pelos quais a conclusão adotada decorre daquilo que ordinariamente acontece, considera-se não fundamentada.” (Enunciado n. 517); “O juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações deduzidas pelas partes capazes, em tese, de infirmar a decisão, não sendo suficiente apresentar apenas os fundamentos que a sustentam.” (Enunciado n. 523); “O art. 489, § 1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado.” (Enunciado n. 524); “Não se considera fundamentada a decisão que, ao fixar tese em recurso especial ou extraordinário repetitivo, não abranger a análise de todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, à tese jurídica discutida.” (Enunciado n. 585)

Em relação ao juízo de fato, possui os seguintes enunciados específicos: “Aplica-se o disposto no art. 489, § 1º, também em relação às questões fáticas da demanda.” (Enunciado n. 515); “Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada.” (Enunciado n. 516).

Ainda não está bem definido a extensão do dever de fundamentar do magistrado, mas a ideia do artigo 489, NCPD é a superação do entendimento Jurisprudencial segundo o qual:

O Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento de que não há afronta ao art. 93, inc. IX e X, da Constituição da República quando a decisão for motivada, sendo desnecessária a análise de todos os argumentos apresentados e certo que a contrariedade ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (STF, MS 26.163/DF, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, jul. 24.04.2008D, Je 04.09.2008).

É que, como lembra LISBÔA, “a fundamentação exauriente é tida por muitos magistrados como grave entrave ao julgamento rápido e motivo de afogamento do Judiciário” (LISBOA, 2015, p.125).

Em relação ao argumento de que a fundamentação sobre todos os pontos alegados pelas partes pode acarretar em morosidade, CÂMARA apresenta importante lição:

E nem se diga que a exigência de fundamentação substancial da decisão seria um fator de entrave à duração razoável do processo. Em primeiro

lugar, não há qualquer exigência de que as decisões sejam *longamente* fundamentadas. A fundamentação pode ser objetiva, concisa, desde que suficiente. Além disso, a garantia de duração razoável do processo destina-se a assegurar que no processo não haja dilações indevidas, mas todas as *dilações devidas* devem ocorrer. Uma decisão judicial bem fundamentada, fruto de um contraditório efetivo, pleno e substancial, é uma decisão que mais dificilmente será reformada ou anulada em grau de recurso, e isto, certamente, será um fator de desestímulo a recursos, permitindo um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, que conseguirá, fatalmente, ser alcançada em tempo razoável. (CÂMARA, 2017, p.245)

ABELHA (2016, p. 617) também conclui que “parecem-nos absolutamente inaceitáveis os simulacros de fundamentação praticados atualmente sob a justificativa de excesso de processos e metas a serem cumpridas.”

Não nos parece que a regra do artigo 489 acarretará em morosidade, pois como bem lembrou CÂMARA na citação acima, a decisão bem fundamentada dificilmente será reformada em recurso, podendo ainda, inibir a própria interposição de recurso pelas partes. E, justamente os recursos é que são, na maioria dos casos, causa de demora na prestação jurisdicional. Portanto, qualquer alteração que possa vir a diminuir a interposição de recursos já afasta a possibilidade de morosidade.

Em relação ao juízo de fato, não há na doutrina consenso sobre inciso IV, do § 1º do artigo 489 NCPC, no sentido de que se a norma se limita ao juízo de fato, como proposto por GIOTTI (2015), visto acima. Contudo, o presente trabalho se limita a análise do artigo 489, § 1º, IV, NCPC, em relação ao juízo de fato.

E em relação a matéria de fato, como bem ensina TRENTO, “fundamentar a decisão acerca dos fatos objeto de prova consiste em apresentar a justificativa pela qual aquela e não outra hipótese acerca dos fatos é tomada como certa para os fins da decisão”(2015, p.85).

5 DA JUSTIFICAÇÃO ACERCA DO JUÍZO DE FATO

TARUFFO (2015) enfatiza que os problemas em relação a motivação acerca do juízo de fato decorrem da prática de se analisar com mais cuidado aquelas matérias ligadas ao direito, sem se aprofundar nas matérias de fato, bem como, as incertezas que pairam sobre a completude da motivação.

É natural que o pronunciamento judicial, muitas vezes, discorra longamente sobre as questões de direito debatida pelas partes, sem contudo, analisar com a mesma profundidade a matéria fática envolvida e as provas produzidas.

Esse tipo de decisão é incompleta por não enfrentar relevantes questões que o juízo de fato abrange. A importância de enfrentamento das matérias de fato é muito bem tratada na obra de ABELHA, que trabalha com a ideia de prisma horizontal e vertical:

A análise e a superação das questões de fato devem ser feitas sob dois prismas: um horizontal e outro vertical. Todas as questões de fato que foram objeto de prova (fatos alegados controvertidos) e que terão sido definidas no saneamento (art. 357, II) deverão ser resolvidas, sob pena de falta ou incompletude da fundamentação. Pelo enfoque da verticalidade é preciso que o magistrado enfrente cada uma dessas questões, expondo o porquê de decidir dessa ou daquela forma, de acordo com o material probatório, afastando os argumentos e fundamentos contrários que serviriam para informar sua conclusão. Verifique, portanto, que não é suficiente dizer, por exemplo, que resolveu a questão de fato desta forma porque as alegações do réu não se comprovaram. Não há nada mais errático e vago do que essa ausência de fundamentação. Enfim, é preciso enfrentar a questão de fato de acordo com as provas produzidas e aprofundando-se nos resultados que por elas foram demonstrados. (ABELHA, 2016, p. 615)

Para TARUFFO (2015, p. 365), a justificação do juízo de fato pode ser dividida em três categorias, sendo “a motivação do juízo de admissibilidade das provas, a valoração com que o juiz exclui determinados meios de prova e, por fim, a valoração relativa aos resultados probatórios, da qual decorre a verificação dos fatos”.

Portanto, a justificação acerca do juízo de fato tem estreita relação com a atividade probatória das partes e da valoração da prova pelo juiz, reforçando MEDINA (2017) que isso se dá diante da complexidade com que os problemas sociais se apresentam.

Para o presente trabalho nos importa o último aspecto apresentado por TARUFFO (2015), a valoração das provas produzidas no processo, uma vez que essa atividade possui estrita relação com a fase de julgamento. Esse tema está diretamente ligado aos fatos objeto de prova e ao livre convencimento motivado do juiz.

MEDINA bem esclarece que os fatos objeto de prova são aqueles cujas partes pretendem extrair uma consequência jurídica:

Aqui, ocupa-se a lei processual com a fundamentação racional da decisão no que diz respeito aos fatos; bem identificados esses fatos, segue-se a definição de suas consequências jurídicas. Embora seja possível distinguir, *in abstracto*, essas duas operações mentais, é certo que elas se misturam. Ora, os fatos a serem provados são, desde logo, aqueles dos quais se deseja extrair consequências jurídicas. (MEDINA, 2017, p. 452)

Já a valoração da prova esbarra no nebuloso livre convencimento motivado do juiz. Nebuloso porque, como entende TARUFFO (2015), a questão problemática repousa numa contrariedade, por um lado, a motivação é necessária para o controle da racionalidade do juiz, mas do outro, o juiz possui seu livre convencimento motivado, havendo problemas em relação a valoração discricionária das provas.

TARUFFO conclui:

Trata-se, no entanto, uma vez mais, de um princípio que, nada obstante sua aparente razoabilidade (sendo absurdo requerer uma motivação particularizada sobre provas que se revelaram irrelevantes, supérfluas ou ineficazes), contém margens de ambiguidade notavelmente graves. Basta observar que desde modo se permite ao juiz excluir da motivação a apreciação de provas relevantes, particularmente se o respectivo resultado não coincide ou mesmo contrate com os resultados sobre os quais o juiz funda a própria reconstrução dos fatos. (TARUFFO, 2015, p. 371)

O livre convencimento motivado não pode dar margem a discricionariedade por parte do juiz quando da análise das provas, deve, no entanto, como bem entende CARDOSO (2016, p. 399) “justificar suas escolhas por determinadas provas, em detrimento de outras, com fundamento nas normas constitucionais e infraconstitucionais.”

Vale observar que a própria razão de ser do chamado livre convencimento motivado implica na ideia de esclarecer, justificar, motivar, isso porque veio ao contraponto das chamadas provas tarifadas.

ESTRECK (2016, p. 372) lembra que “o livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada”.

No sistema de prova tarifada a própria lei dispunha quais meios de prova são aptos a provar determinados fatos. CARDOSO (2016, p. 392) exemplifica casos de prova tarifada ainda existentes na legislação:

No Brasil, a doutrina aponta várias situações como hipóteses dessa tarifação da prova testemunhal. Recorda-se, por exemplo, a exigência do número mínimo de três testemunhas para conferir validade ao testamento particular (art. 1.876, § 1, do Código Civil), ou de duas testemunhas para a entrega do testamento cerrado ao tabelião (art. 1.868 do Código Civil), ou de seis testemunhas para a realização do casamento nuncupativo ou *in extremis*, de pessoa em iminente risco de vida (art. 1.540 do Código Civil). O Código Civil brasileiro possui outras limitações similares, relacionadas aos documentos que podem ser utilizados para comprovar determinados fatos. De forma genérica, a prova exclusivamente testemunhal para a demonstração de negócio jurídico só é admitida se o valor deste for inferior a 10 vezes o salário mínimo vigente na data de sua conclusão (art. 227). No direito empresarial, o art. 987 prevê que os sócios só podem comprovar a existência da sociedade em comum por escrito, enquanto terceiros podem prová-la por qualquer meio. No direito de família, o art. 1.543 determina que o casamento é provado por meio da certidão de registro; na falta ou perda deste, admite-se qualquer outro meio de prova. (CARDOSO, 2016, p. 392)

Nesses casos, o Poder Legislativo já previamente estabelece quais provas se relacionam com determinados fatos, não havendo qualquer valoração por parte do Juiz. No livre convencimento motivado, cabe ao Poder Judiciário estabelecer quais provas são bastante para determinados fatos, por essa razão, a motivação se faz necessária, até mesmo, como já visto, por uma questão de legitimação da decisão.

Livre convencimento motivado, portanto, se opõe a ideia de prova tarifada, e não significa dizer, que o magistrado pode agir com discricionariedade. Pelo contrário, justamente por não haver provas previamente estabelecidas, o juiz deve motivar o seu convencimento em relação a determinada prova em detrimento das demais.

Cabe às inteiras a observação de MEDINA:

Um sistema marcado por provas legais afasta-se da ideia de fundamentação racional, o mesmo se podendo dizer de um modelo que se subordina à convicção íntima do juiz. Convém que não se dependa de provas legais, mas isso não permite subordinar-se ao subjetivismo do magistrado. (MEDINA, 2017, p.452)

CARDOSO adverte ainda que:

Assim, o livre convencimento motivado significa que: (a) o juiz não está vinculado a uma valoração previamente fixada por lei (livre convencimento); (b) mas deve justificar suas escolhas por determinadas provas, em detrimento de outras, com fundamento nas normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes. (CARDOSO, 2016, p. 399)

Bueno (2018) ainda ressalta que a palavra “livre” constante no artigo 131 do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 foi suprimida no artigo 371 do atual Código de Processo Civil de 2015. Para ele a alteração é bem vinda, uma vez que “não há, propriamente, *liberdade* para o magistrado do Estado Constitucional. O exercício de sua função – sua ‘vontade *funcional*’ – é todo o regrado a partir dos elementos componentes do ‘modelo constitucional do direito processual civil’ (...)” (BUENO, 2018, p. 567).

Afinal “à luz do Código de Processo Civil de 2015, fica claro que não se admite qualquer carga de irracionalidade, na motivação da decisão judicial, em relação às provas” (MEDINA, 2017, p. 452).

Portanto, aquela odiosa prática em que juízes se reportam apenas as provas que sustentaram sua convicção não é mais aceita, mesmo que atualmente ainda seja usual. “Para que possa realmente justificar a sua decisão, o magistrado não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram.” (MARINONI, 2017, p.315).

THEODORO JÚNIOR igualmente faz severa crítica a essa prática:

A fundamentação incompleta, para o NCPC, não é admissível. É o que se passa quando o juiz se limita a mencionar as provas que confirmam sua conclusão, desprezando as demais, como se fosse possível uma espécie de seleção artificial e caprichosa em matéria probatória. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1045)

A essa prática TARUFFO chama de motivação implícita, a qual adverte que:

Aqui, basta sublinhar que, na melhor das hipóteses, no fato de que o juiz tenha tomado como convincentes determinadas provas pode estar implícita a valoração negativa das provas contrárias, mas não as razões dessa valoração, nem a valoração de outras provas eventualmente vocacionadas para demonstrar uma reconstrução *diferente* – não contraposta – dos fatos. (TARUFFO, 2015, p. 372)

O acatamento da motivação implícita, na visão de TARUFFO (2015), acabaria por legitimar a omissão da motivação.

Novamente se faz necessário ressaltar a função endoprocessual da motivação das decisões, pois é a parte vencida quem tem a intenção de recorrer do pronunciamento judicial, sendo que a ela interessa saber as razões pelas quais as provas por ela produzidas não lograram o êxito esperado. Nas palavras de Marinoni, “é o perdedor que pode não se conformar com a decisão e assim ter a necessidade de buscar conforto e explicação na justificação judicial” (MARINONI, 2017, p.315).

Ainda, acrescenta que “o direito a provar não se resume à possibilidade de produzir prova, mas também ao direito de ter essa prova valorada, pouco importando qual venha a ser o sentido da decisão judicial” (MARINONI, 2017, p.315).

Até mesmo sobre as provas consideradas como supérfluas MARINONI faz a sua consideração:

Se isso fosse viável, isto é, se bastasse ao juiz se calar diante de uma prova que reputa supérflua, seria impossível saber quando a sentença se omitiu por entender a prova supérflua ou quando a esqueceu ou mesmo quando a encobriu para melhor justificar a hipótese do vencedor. (MARINONI, 2017, p.316)

Em relação, ainda, as práticas nefastas decorrente do errôneo entendimento do livre convencimento motivado, TARUFFO (2015) se refere a motivação “global” ou “sintética”, sendo aquela que se limita a indicação das provas. A principal crítica de TARUFFO, é que essa prática “não impõe ao juiz o tornar controlável o próprio raciocínio em torno dos fatos” (TARUFFO, 2015, p. 372), sendo portanto, inaceitáveis.

Analisando com mais profundidade o princípio do livre convencimento motivado, PORTANOVA (2005) separa: o princípio do livre convencimento; princípio da motivação; e princípio da persuasão racional.

Para PORTANOVA (2005), o princípio do livre convencimento corresponde a livre apreciação da prova, a liberdade que o juiz possui de formar o seu convencimento, de crer, ou não, em determinada prova. Mas esclarece, “a maior e mais importante limitação ao livre convencimento é a necessidade de motivação das decisões” (PORTANOVA, 2005, p. 246).

Daí decorre o princípio da motivação, significa dizer, “o juiz deve motivar as suas decisões” (PORTANOVA, 2005, p.247). Fazendo referência a Calamandrei, ensina que:

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de Justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o Juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se está é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos em que altura do caminho o Magistrado se desorientou. (CALAMANDREI apud PORTANOVA, 2005, p.248)

Na análise dos fatos “a motivação judicial é importante, pois viabiliza aferir a vinculação do juiz à prova” (PORTANOVA, 2005, p. 249). É na aplicação do princípio da motivação que ganha espaço o artigo 489 do Novo Código de Processo Civil.

NEVES discorrendo sobre o princípio da motivação faz as seguintes observações acerca do artigo 489, NCPC:

É em regra essa a interpretação a ser dada ao art. 489, § 1º, IV, do Novo CPC, mas essa exigência envolve apenas as alegações que podem em tese influenciar a formação do convencimento do juiz. Dessa forma, alegações prejudicadas, irrelevantes e impertinentes não precisam ser enfrentadas pelo juiz em sua fundamentação. O Novo Código de Processo Civil adotou a teoria da fundamentação exauriente, diferente do diploma revogado, que seguia a teoria da fundamentação suficiente, de forma que todas as alegações devem ser enfrentadas, e não somente as causas de pedir e os fundamentos de defesa. Afinal, cada causa de pedir e cada fundamento de defesa podem estar embasados em vários argumentos, devendo cada um deles ser enfrentado pelo juiz, desde que abstratamente aptos a convencê-lo e a determinar o resultado do processo. (NEVES, 2018, p.81)

Por fim, pelo princípio da persuasão racional “o juiz deve convencer quanto à justiça da decisão que ele deu à lide” (PORTANOVA, 2005, p. 252).

Cabe ressaltar que parte da doutrina não faz esta distinção, como exemplo:

Atualmente o sistema de valoração adotado pelo sistema processual brasileiro é o da persuasão racional, também conhecido pelo princípio do livre convencimento motivado, no qual o juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. Isso, claramente, não significa que o juiz possa decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que dará aos fatos alegados a devida consideração diante das provas produzidas. (NEVES, 2016, p.1241)

É certo que, o fato do convencimento do juiz na análise e valoração da prova ser livre, não significa dizer que pode ser feito de qualquer forma. Além de

fundamentar a sua conclusão, demonstrando a extensão da sua análise sobre as provas, há caminhos que o magistrado deve seguir na análise e valoração da prova.

5.1 ALGUMAS TEORIAS SOBRE MOTIVAÇÃO E ANÁLISE DAS PROVAS

Importante ressaltar, que a atividade de análise das provas não pode se traduzir em meras reflexões, ao contrário, o juiz deve se valer de um método.

A prova se destina a produzir a certeza ou convicção do julgador a respeito dos fatos litigiosos. Porém, ao manipular os meios de prova para formar seu convencimento, o juiz não pode agir arbitrariamente; deve, ao contrário, observar um método ou sistema. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 867)

Ganham espaço, neste ponto, as teorias que visam analisar o raciocínio do juiz acerca da motivação e da análise da valoração da prova, ou seja, sobre a cognição.

FERRAZ fazendo referência a Kazuo Watanabe esclarecer sobre cognição:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo. (WATANABE apud FERRAZ, 2016, p.37)

TARUFFO (2015) aborda a teoria do silogismo, a teoria tópica do raciocínio jurídico, e a teoria retórica da argumentação jurídica para explicar as teorias da motivação. Quanto ao silogismo, explica que “exprime a orientação sistemático-dedutivo de matriz juspositivista” (TARUFFO, 2015, p. 148).

A estrutura desse raciocínio consiste em uma “premissa maior é dada pela norma aplicável ao caso, enquanto a premissa menor é dada pelos fatos relevantes provados e a conclusão é dada pela decisão do caso concreto” (TARUFFO, 2015, p. 148).

O problema do silogismo, segundo TARUFFO (2015), é que não reflete a complexidade da atividade criativa do juiz, sendo um raciocínio incompleto.

SCHMITZ também faz crítica ao silogismo:

O mito da completude (assim como outras ficções positivistas) legou ao direito uma série de métodos e técnicas inadequadas que ainda hoje são utilizadas pelos juristas; a superação completa dos problemas das teorias do passado parece evoluir a passos lentos. Um ponto relacionado a isso, que precisa ser bem compreendido, é a necessidade de se abandonar a ideia de que a sentença é um ato de subsunção entre uma suposta premissa maior (a lei) e uma premissa menor (os fatos do caso) (SCHMITZ, 2016, p. 442)

É que “essa subsunção é uma atividade algorítmica, que transforma em mecânico o ato de julgar, e esvazia o momento hermenêutico do direito” (SCHMITZ, 2016, p. 443).

Conclui SCHMITZ (2016) que o silogismo não expõe o real caminho feito pelo raciocínio do juiz, muitas vezes, ocultando opções ideológicas e valorativas.

O silogismo é na verdade uma forma de raciocínio dedutivo. TRENTO (2015) explica que, embora o raciocínio jurídico é em boa parte dedutivo, no que tange ao juízo probatório, o raciocínio dedutivo é de pouca utilidade. Explica:

A utilização de um tal silogismo, contudo, envolve resolver questões problemáticas que podem colocar em vários pontos dele: se os fatos apresentados pelo caso concreto efetivamente são aqueles para os quais se aplica a norma posta ao início do silogismo; se aqueles fatos do caso concreto não seria outra norma aplicável (à qual fosse aplicável outra consequência normativa) e, com isso, eventualmente outros os fatos relevantes a deverem estar presentes; se, ademais, a consequência normativa abstratamente prevista é *in totum* aplicável ao caso concreto ou se eventualmente há de se sujeitar a um processo de concretização em que elementos nem sempre expressamente previstos na norma em abstrato devam ser considerados. (TENTRO, 2015, p.90)

Ou seja, o silogismo é apenas uma moldura, pois é uma parte do processo de decidir e de fundamentar as decisões, uma vez que esse processo envolve questões problemáticas, como se os fatos apresentados são realmente os fatos para os quais se aplica a norma proposta, ou se para esses fatos não haveria outra norma. Há que se observar também, que a própria escolha dos fatos relevantes é problemática, porquanto depende de valoração.

O silogismo é um método típico do positivismo, e no período pós-positivismo outras teorias ganharam relevância.

A teoria tópica do raciocínio jurídico, outra teoria abordada por TARUFFO (2015), consiste em estruturar o pensamento jurídico por tópicos, onde se problematiza as questões sob vários pontos de vista.

O problema dessa teoria é que não há uma estruturação do raciocínio e não serve para motivação, é mais um método de discussão do que de motivação (TARUFFO, 2015).

Já a teoria retórica da argumentação jurídica, nas palavras de TARUFFO:

A tese de Perelman, segundo a qual o raciocínio do juiz não tem natureza lógica-demonstrativa, mas retórico-argumentativa, de modo que a teoria da argumentação retórica está em condições de fornecer uma descrição completa e 'essencial' desse raciocínio, funda-se em uma série de assunções gerais que não podem ser aqui examinadas de forma extensa – e que vão desde particulares tomadas de posição sobre as relações entre lógica e direito à identificação de características especiais do raciocínio jurídico em contraposição ao raciocínio científico, à definição da racionalidade dos juízos de valor como persuasividade da argumentação retórica que os justificam e à individualização de semelhante argumentação como modelo do raciocínio racional típico dos campos em que não opera a lógica formal dedutiva. (TARUFFO, 2015, p. 180)

O problema desta teoria, segundo TARUFFO (2015), que não atende as necessidades da justificação do juízo de fato, pois não é o suficiente colocar em evidência apenas os elementos retóricos-persuasivos, que são argumentativo, e não lógico.

Para TARUFFO, o conteúdo mínimo necessário para da motivação consiste:

1) A afirmação das escolhas realizadas pelo juiz a respeito da: individualização das normas aplicáveis, verificação dos fatos, qualificação jurídica do caso concreto, consequências jurídicas daí derivadas; 2) o contexto dos nexos de implicação e de coerência entre os enunciados, segundo o esquema $(F \rightarrow \leftarrow N) \rightarrow Q \rightarrow C$; 3) a justificação de cada um dos enunciados a partir dos critérios de juízo segundo os quais as escolhas do juiz parecem racionalmente corretas. (TARUFFO, 2015, p. 387).

Alexy (2001) por sua vez, trabalha com a teoria da argumentação judicial, uma teoria analítica e descritiva, que analisa dois aspectos da justificação, a justificação interna e a justificação externa.

A justificação interna trata dos critérios de escolha das premissas analisadas para a decisão judicial, e a Justificação externa é onde a argumentação jurídica ganha espaço, pois aqui, Alexy dividiu em seis grupos: regras e formas de interpretação, argumentação empírica, argumentação dogmática, precedentes,

formar especiais de argumentação jurídica, argumentação geral prática. É que, “partindo da premissa segundo a qual a aplicação jurídica conduz a uma pluralidade de soluções, tal teoria trata de analisar as razões pelas quais uma ou outra solução é adotada, e busca formular o procedimento para tal” (CARVALHO, 2012, p. 57).

Mais específico sobre o juízo de fato e análise das provas, MARINONI (2017) destaca a importância de distinguir o raciocínio probatório, decisório e justificatório. Esclarece:

A análise da credibilidade da prova, da relação entre as provas e os fatos e das presunções constitui um *raciocínio que antecede a decisão*, enquanto que, através do raciocínio decisório, o juiz analisa o conjunto probatório ou outros critérios que lhe permitam decidir. Embora os raciocínios probatório e decisório pareçam se identificar, é bem mais fácil separá-los do raciocínio justificativo, uma vez que, após o juiz ter raciocinado sobre as provas e chegado à sua decisão, resta-lhe *apenas justificar*. (MARINONI, 2017, p.316)

E conclui afirmando que “antes de se tentar ligar a prova ao fato é preciso analisar a sua credibilidade, pois a prova somente pode provar depois de ter sido aprovada” (MARINONI, 2017, p. 318) e depois, “uma vez estabelecida a idoneidade da prova, o juiz deve ligá-la ao fato que se propõe a demonstrar. Ou seja, após o juiz ter conferido credibilidade à prova, o seu raciocínio deve estabelecer a ligação entre essa e o fato” (MARINONI, 2017, p. 319).

Adverte ainda, que essa análise tem que se dar sobre todas as provas produzidas pelas partes, afinal:

Aliás, a prova requerida e produzida pela parte vencedora pode favorecer à perdedora, *ainda que em parte*. Nesse caso, fica ainda mais claro que o juiz não pode tomar em conta apenas parte da prova, uma vez que a função da motivação não é de demonstrar *uma escolha*, mas sim a de justificar *porque foi feita uma determinada escolha*. (MARINONI, 2017, p. 319)

Num pensamento similar, para TRENTO (2015) as informações de fato são as premissas menores do raciocínio probatório, e as regras de experiência (comum ou técnica) e as regras jurídicas são as premissas maiores. Cita como exemplo a realização do exame de DNA, onde o resultado que atesta a probabilidade da paternidade ou a exclui (premissa menor) é conjugada com a regra de experiência (premissa maior) que confere confiabilidade aos exames periciais realizados dentro

das normas técnicas, permitindo a conclusão, positiva ou negativa, sobre a paternidade.

5.2 ANÁLISE E JUSTIFICAÇÃO DA PROVA

Acerca de todas essas teorias, no que se refere ao juízo de fato, cabe analisar no que consiste a justificação da valoração da prova.

Identificado os fatos relevantes, os quais as partes pretendem extrair uma consequência jurídica, e produzida a prova a respeito de tais fatos, o magistrado deve se ater a alguns princípios que servirão de norte para a correta análise das provas.

O primeiro princípio a ser observado é o princípio da licitude da prova, segundo o qual “só são admitidas no processo civil as provas lícitas ou moralmente legítimas” (PORTANOVA, 2005, p. 201).

Corresponde a previsão constitucional do artigo 5º, inciso LVI. Contudo, não convém ao magistrado se ater apenas a licitude da prova nesta fase, deve analisar também a credibilidade da prova com base nas regras de experiência, comum ou técnica (TRENTO, 2015).

Entendendo o magistrado que a prova é lícita e confiável, o passo seguinte é a aplicação do princípio da avaliação da prova, positivado no artigo 371 do CPC/15. Cabe ao juiz avaliar a prova, e aqui deve fazer, numa primeira análise, examinar o conteúdo da prova, e num momento posterior, analisar a prova em conjunto e em confronto com as demais provas produzidas.

Essa atividade, de análise das provas, o juiz não faz somente na sentença, mas também do caminhar do processo, por essa razão a atuação pessoal do juiz na colheita da prova (PORTANOVA, 2015).

Analisada a prova individualmente, e após, em conjunto e em confronto com as demais provas, deve ser observado o(s) princípio(s) do livre convencimento, motivação e persuasão racional, afinal, cabe agora ao juiz motivar por qual razão escolheu a melhor prova e afastou as demais, demonstrando o raciocínio realizado para chegar a conclusão adotada.

Assim, em relação específica ao juízo de fato, a respeito da estruturação do raciocínio do juiz na valoração da prova e consequente aplicação do Direito, extrai-se que o juiz deve (1) identificar os fatos relevantes, (2) analisar licitude e confiabilidade da prova produzida, (3) analisar o conteúdo da prova em si correspondente ao fato, (4) analisar a prova em conjunto com as demais provas produzidas e, (5) por fim, justificar porque a escolha de determinada prova para determinado fato, assim como, esclarecer a razão do afastamento da demais provas produzidas.

Desta forma, está o juiz atendendo as funções endoprocessual e extraprocessual, pois as partes possuem os elementos necessários para compreensão da decisão e para, caso queiram, interpor recurso, assim como, a sociedade pode exercer o controle democrático da atividade jurisdicional.

Embora o entendimento jurisprudencial que vigorava até então não exigia do magistrado a análise de todas as teses e de todas as provas produzidas nos autos, os Tribunais estão modificando esse entendimento e adequando a jurisprudência de acordo com a nova ordem processual.

Como exemplo, Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já decidiu:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA - APELAÇÃO CÍVEL. GRATUIDADE DA JUSTIÇA - BENEFÍCIO DEFERIDO NO INÍCIO DO PROCESSO - REVOGAÇÃO PELA SENTENÇA COM BASE EM DOCUMENTOS JUNTADOS COM A INICIAL - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO FÁTICA QUANTO À CONDIÇÃO FINANCEIRA DO BENEFICIÁRIO - BENESSE RESTABELECIDO. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO - **PROVAS PRODUZIDAS PELA PARTE - NÃO UTILIZAÇÃO - AFASTAMENTO COM BASE EM ARGUMENTOS GENÉRICOS - DEFEITO DE FUNDAMENTAÇÃO VERIFICADO - NULIDADE DECRETADA** - [...]. (TJPR - 11ª C.Cível - AC - 1338338-7 - São Mateus do Sul - Rel.: Francisco Cardozo Oliveira - Unânime - J. 25.11.2016) (sem grifo no original)

Na mesma linha, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu:

CONTRATO – Prestação de serviço de tecnologia da informação – Prova – Hipótese em que o acervo documental trazido pelas partes é insuficiente para desfecho da controvérsia – Magistrado que analisou somente os documentos da ré – Violação ao princípio do contraditório – Produção de prova de ofício e 'poder instrutório do magistrado' aplicado pelo Tribunal – Nulidade da sentença com determinação de produção de prova pericial – Recursos prejudicados. (TJSP; Apelação 1050605-02.2015.8.26.0100; Relator (a): J. B. Franco de Godói; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito

Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/10/2016; Data de Registro: 01/11/2016)

O juízo de fato está ganhando relevante e merecida atenção, já era hora, afinal, para que o direito seja bem aplicado, é necessário antes enfrentar as questões de fato, das provas produzidas e da sua valoração.

6 CONCLUSÃO

Os fatos ocorreram no mundo empírico e, para que integre o mundo subjetivo do juiz é necessário um método de análise da prova que garanta a correta compreensão dos fatos ocorridos.

Viu-se que, o ponto de partida, portanto, é a identificação dos fatos objeto de prova, dos fatos relevantes, aqueles fatos que as partes pretendem extrair uma consequência jurídica.

Identificado tais fatos e produzido as provas, cabe ao juiz analisar a licitude e confiabilidade da prova, o conteúdo da prova em si e sua correspondência com o fato, e por fim, examinar a prova em conjunto e em confronto com as demais provas produzidas.

A construção desse caminho no resultado da atividade probatória permitirá ao juiz conhecer com mais segurança de fatos que até então eram por ele desconhecidos, viabilizando correta aplicação do direito.

Essa análise acerca da atividade probatória, por sua vez, não pode ser feita apenas no íntimo do magistrado, deve ser feita na sentença, por meio da justificação da decisão, permitindo que as partes possam conhecer a forma com que o julgador valorou as provas produzidas, permitindo a compreensão das razões de decidir, assim como, viabilizando a interposição de recurso pela parte interessada.

Por essa razão, não cabe ao magistrado se limitar a fundamentar apenas sobre a prova produzida pela parte vencedora, deve igualmente se manifestar sobre as provas produzidas pela parte vencida, afinal, é ela quem tem interesse em recorrer.

E não só, pois é certo também que o contato com cada prova produzida pode interferir na conclusão do magistrado, por essa razão, a fundamentação acerca do juízo de fato deve abranger até mesmo as provas tidas como supérfluas.

Este dever decorre do Estado Democrático de Direito estruturado pela Constituição Federal de 1988, que bem compreende que na fundamentação das decisões repousa o contraditório, o devido processo legal e a legitimidade do poder judiciário.

Vale ressaltar ainda, que o Novo Código de Processo Civil foi elaborado por uma diversificada comissão de juristas, após várias audiências públicas. Pode-se

concluir então, que o Novo Código de Processo Civil teve relevante contribuição da sociedade e da comunidade jurídica para a sua elaboração.

Portanto, as disposições do artigo 489, que estabelece requisitos para a elaboração da sentença e indica casos em que a sentença não esteja adequadamente fundamentada, demonstra a vontade da sociedade em obter do Poder Judiciário decisões que não só demonstre o que o juiz pensa, mas que enfrente com profundidade as questões trazidas pelas partes.

REFERÊNCIAS

ABELHA, M. **Manual de direito processual civil** – 6.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora, 2001.

ALVES, F. G. P. Fundamentação judicial exauriente, argumentação jurídica exauriente e concisão: um diálogo necessário. **Revista de Processo**, vol. 274, p. 47-77, dezembro, 2017.

BORGES, G. R. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, F. A.; ALBERTO, T. G. P. (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análise em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 5-23

BUENO, C. S. **Manual de direito processual civil : volume único**. 4. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARDOSO, O. V. A valoração judicial das provas no novo código de processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, F. **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. Salvador: juspodivm, 2016. p. 385-411.

CUNHA, R. de V. O dever de fundamentação no NCPC: há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, § 1º, IV, NCPC. In: VASCONCELLOS, F. A.; ALBERTO, T. G. P. (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análise em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 283-308

ESTRECK, L. L . Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. In: DIDIER JÚNIOR, F. **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. Salvador: juspodivm, 2016. p. 369-374.

FERRAZ, E. C. M. Teoria geral das provas e o redimensionamento da cognição. **Revista de Processo Comparado**. Vol. 4, p. 15-41, Julho-dezembro, 2016.

GIOTTI, D. O dever de fundamentação em questões de fato e de direito como garantia do jurisdicionado no Novo CPC: breves notas sobre os aspectos da teoria do direito para a constitucionalização do processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, F. **Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: procedimento comum**. Salvador: Juspodivm, 2016. p.463-476.

GRAMSTRUP, E. F.; THAMAY, R, F. K. Motivação das decisões judiciais. **Revista de Processo**, vol. 267, p. 89-127, maio, 2017.

HESPANHA, A. M. Os sentidos da motivação das sentenças na literatura jurídica pré-moderna. In: VASCONCELLOS, F. A.; ALBERTO, T. G. P. (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análise em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 27-38

HOFFMANN JÚNIOR, L.; JOBIM, M. F. A justificação como elemento da sentença. **Revista de Processo**, vol. 247, p. 99-157, dezembro, 2017.

JORGE NETO, N. de M. **Sentença cível : teoria e prática**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador : JusPODIVM, 2015

LISBÔA, D. Teoria da argumentação jurídica: o art. 489 do novo Cpc e sua aplicabilidade ao processo do trabalho. In: VASCONCELLOS, F. A.; ALBERTO, T. G. P. (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análise em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 119-136.

MARINONI, L. G. **Novo curso de processo civil: tutela dos direito mediante procedimento comum**, vol. 2, 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, J. M. G. **Direito processual civil moderno**. 3. Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NEVES, D. A. **Novo CPC para Advogados: perguntas e respostas para a prática profissional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PANZA, L. O. M. O dever de fundamentação no novo Cpc. A justificação/fundamentação no âmbito administrativo. In: VASCONCELLOS, F. A.; ALBERTO, T. G. P. (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análise em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.137-174.

PINHO, H. D. B. **Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, procedimentos especiais, processo de execução, processo nos tribunais e disposições finais e transitórias**. Vol. 2, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMITZ, L. Z. Quem não chora no enterro da própria mãe corre o risco de ser condenado à morte – o (ab) uso de máximas de experiência na valoração e interpretação probatória. In: DIDIER JÚNIOR, F. **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. Salvador: juspodivm, 2016. p. 439-457.

SILVA, B. O. Contornos da fundamentação no Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, F. **Novo CPC doutrina selecionada, v. 2: procedimento comum**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 447-461.

TARUFFO, M. **A motivação da sentença civil**. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. vol. I, 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRENTO, S. O dever de fundamentação e a matéria probatória. In: VASCONCELLOS, F. A.; ALBERTO, T. G. P. (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análise em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 85-117