

GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E O SISTEMA DE PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SERIA MESMO NECESSÁRIO AO SISTEMA O ART. 489, §1º?

Ticiany Gedeon Maciel Palácio*

RESUMO

O presente artigo versa sobre a garantia da fundamentação das decisões emanadas pelo Estado – Juiz, ressaltando as alterações introduzidas com a vigência do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/2015), avaliando-se a real necessidade das disposições do §1º, do artigo 489 dessa legislação. Para a verificação da proposta abordou-se a dinâmica estabelecida no Código de Processo Civil anterior (Lei nº 5.869/73), o qual previa no artigo 131 o princípio do “livre” convencimento do Juiz. Em continuidade, analisou-se a aplicação do princípio constitucional da motivação das decisões estabelecido na Constituição Federal de 1988. Neste aspecto, o trabalho abordou alguns princípios, tais como o do dispositivo, da oficiosidade e da cooperação, sendo que discorreu sobre a previsão do §1º do artigo 489, e seu reflexo no âmbito probatório.

Palavras-chave: Constitucional. Processo Civil. Garantia da Fundamentação - Decisões Judiciais. Produção de Prova - Processo Civil. Livre Convencimento.

1 INTRODUÇÃO

O Estado é o legitimador da produção de atos de autoridade e, como tal, o responsável por legislar de forma a buscar um ordenamento jurídico mais coerente. Nesse contexto, passou a vigorar, no Brasil, a partir de 18 de março de 2016, um novo Código de Processo Civil, causando certo alvoroço entre juízes e advogados. Há quem diga que o NCPC brasileiro foi idealizado quase exclusivamente por advogados e, desse modo, buscou atender aos interesses da referida classe, tendo em vista o entendimento de que haveria um desrespeito contumaz, por parte dos julgadores, aos princípios constitucionais do processo civil.

De acordo com Canotilho (CANOTILHO, 2003, p. 125), o Estado Demo-

*Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós Graduada em Direito Notarial e Registral Público pela Universidade Anhanguera - FLG. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa - Portugal. Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária - Coordenação do Professor Ives Gandra Silva Martins. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui MBA em Gestão do Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Atualmente é Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, no qual atua em unidade jurisdicional de competência Cível na Comarca de São José de Ribamar, com mais de 3.000 (três mil processos). Desenvolve projeto de Regularização Fundiária no município de atuação em virtude do grave problema com registros imobiliários. Tem mantido o acervo processual da vara cível em bons níveis, tentando preservar a duração razoável do processo. Membro do IRIB - Instituto de Registros Imobiliários do Brasil, tendo participado de cursos nessa área de fundamental importância para o desenvolvimento de seu trabalho. Ganhadora do 3º lugar no Prêmio AMMA em 2012, com projeto de preservação do Rio Una localizado no município de Morros - MA, onde foi magistrada até outubro de 2012 - Projeto Una-se à Vida. E-mail: ticymaciel@hotmail.com

crático de Direito está pautado em alguns pressupostos indissociáveis, tais como a autorização para que o Poder Legislativo adote medidas com o escopo de alcançar os princípios ditados pela Constituição, a proibição de retrocesso social e a imposição aos órgãos estatais, no sentido de que interpretem e produzam o direito a partir do texto constitucional.

Com o advento da CF de 1988, o texto do CPC 1973 passou a guardar muitas incoerências com o texto constitucional, tendo as modificações efetivadas ao longo do tempo aumentado, ainda mais, a sua falta de coesão. Nessa perspectiva, parece que o CPC de 2015 vem exatamente conferir coerência legislativa no que diz respeito à motivação das decisões judiciais, vez que evidenciou a necessidade de fundamentação exauriente, em atenção ao disposto no art. 93, IX, da CF de 1988.

Com isso, faz-se necessário que o magistrado adote uma nova postura, principalmente, no que se refere ao sistema de provas. Esse novo olhar deve dirigir a um redirecionamento do entendimento de que o juiz não é o único destinatário da prova, tal como já reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça, a inaugurar o princípio da cooperação, previsto no art. 6º do NCPC.

Tal contexto conduz à necessidade de que sejam respondidos os seguintes questionamentos acerca do livre convencimento do juiz: seria o magistrado, de fato, “livre” ou estaria ele vinculado a uma necessária motivação? A positivação de normas no ordenamento acerca da motivação constitui prova cabal de que o convencimento, em verdade, nunca foi livre?

É nesse contexto que se discute o poder instrutório do juiz no processo civil brasileiro, relativamente à sua aplicabilidade e extensão, bem como sua influência no art. 489, §1º, da Lei n. 13.105/2015.

2 HISTÓRICO DA CODIFICAÇÃO PROCESSUAL CIVIL NO BRASIL E A CRISE DO JUDICIÁRIO COMO ELEMENTOS QUE LEVARAM A ELABORAÇÃO DA LEI 13.105/2015

Não é demais lembrar que os dois diplomas processuais civis anteriores à Lei 13.105/2015 surgiram em momentos de regimes ditatoriais. O Código de 1939, fruto de projeto concebido pelo então ministro da Justiça Francisco Campos, entrou em vigor durante o Estado Novo de Getúlio Vargas, imposto pelo Poder Executivo por meio do Decreto-Lei n. 1.608 de 18 de setembro de 1939, validado pelo art. 180 da Constituição de 1937. Vale ressaltar que a matéria sequer foi posta para apreciação do Legislativo (PIRES, 2015, p. 14).

Posteriormente, com o Golpe Militar de 1964, instaurou-se no Brasil um regime de exceção com ampla suspensão dos direitos constitucionais. À época, estava em vigor a Constituição de 1967, esta que, por sua vez, sofreu várias interferências de atos institucionais altamente restritivos de direitos do cidadão, tendo como ápice, o AI nº 1/1969, que implementou uma verdadeira ordem constitucional nova.

Foi nesse ambiente que surgiu o Código de 1973, cujo projeto foi de Alfredo Buzaid, então ministro da Justiça do Presidente Garrastazu Médice. Interessante notar que, mesmo antes da finalização do prazo da *vacatio legis*, o citado Código de 1973 sofreu reforma. Na verdade, várias foram as alterações ao longo do tempo em que esteve em vigência, as quais continuaram a ocorrer, e ainda em maior número, após a promulgação da Constituição de 1988. Merecem ênfase as modificações implementadas por duas importantes emendas à Constituição, quais sejam: a de nº. 03/93, que tratou do controle concentrado de constitucionalidade, bem assim a de nº. 45/2004, que cuidou da reforma do Judiciário.

Esse breve enfoque histórico foi trazido com a finalidade de demonstrar as raízes que antecedem o código de processo civil e a forma prevista para a busca pela “verdade”. Pois bem, o juízes, no Código de Processo Civil de 1939 e o no de 1973, eram nascidos de regimes de exceção, figuras autoritárias, portanto, hierarquicamente superiores às partes, a quem as provas se destinavam e a quem se devia convencer.

Para Calamandrei (2016, p. 211-212), a compreensão da crise do judiciário italiano provém da presunção de má-fé da classe dirigente e o acordo subjetivo e velado dos poderes institucionalizados de conservação da lei e de um procedimento formal, com excesso de normas jurídicas, dificuldade de interpretação e um rigor formal que agride a celeridade.

Mauro Cappelletti, por sua vez, sustenta a existência de três ondas de acesso à justiça, sendo, a terceira, denominada de ‘enfoque do acesso à justiça por sua abrangência’. Seu sentido consiste no resgate e fortalecimento de instituições, mecanismos e procedimentos que levem ao agigantamento do Poder Judiciário e reestruturação de práticas de solução de conflitos pela desjuridicização e deslegalização. (PIRES, 2016, p. 213-214).

Dentro do contexto da crise do Judiciário, tem-se que, apesar do advento da Constituição Federal de 1988, principiológica e garantista, o Código de Processo Civil de 1973 não coadunava com os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões, da duração razoável do processo. Extremamente formalista, os interpretes do CPC de 1973, compreendiam o “livre convencimento” do juiz, como a possibilidade deste de escolher argumentos e de não pronunciar-se acerca de todas as questões postas nos autos pelas partes em seus articulados, colocando, assim, em xeque a segurança jurídica do sistema constitucional e processual civil, já que permitiam decisões totalmente dispare a respeito da mesma matéria.

Tal descompasso, entre a Constituição de 1988 e o Código de Processo de 1973, esteve presente no ordenamento ao longo de mais de vinte e três anos, tentando-se, por meio de reformas, criar minissistemas dentro do código de 1973 que estabelecessem um vínculo de coerência, até que se deparou com a óbvia impossibilidade de compatibilização dos dois sistemas e teve início o movimento de elaboração de um novo CPC, desta vez, processado dentro de um ambiente

democrático.

Por isso, os princípios do novo CPC apresentam valores democráticos, advindo do espírito da Constituição de 1988. Naturalmente, a postura do juiz deverá ser outra, diferente do preconizado no Código nascido após Ato Institucional de 1969. Traça-se o perfil de um juiz cooperativo, não se fala mais em hierarquia entre este e as partes, sendo suas decisões pautadas na fundamentação técnica e exaustiva das matérias tratadas e discutidas em um processo respeitador do contraditório.

Com efeito, a característica marcante do NCPC consiste em ser ele o primeiro código de processo civil nascido em um regime constitucional democrático, com participação da sociedade por meio de audiências públicas e passando por amplas discussões dentro das Casas Legislativas, buscando sua integração com a Constituição Federal de 1988. Na exposição de Motivos da Comissão de Juristas denota-se o ambiente e a intenção da nova Legislação (PIRES, 2016, p. 19):

A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluísse no código, expressamente, princípios constitucionais na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou às avessas.

A necessidade de instaurar-se um novo código de processo decorreu também da crise do Poder Judiciário Brasileiro, assoberbado pelo volume de processos instaurados diariamente. Em verdade, abriu-se um novo paradigma de compreensão do exercício da jurisdição, com o incentivo à criação de instrumentos inovadores pelos juristas, exercício que foi ampliado no Brasil por meio do Prêmio Inovare e os outros prêmios a nível Estadual.

3 O PRINCÍPIO DO “LIVRE” CONVENCIMENTO DO JUIZ PREVISTO NO CPC DE 1973 e o PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

A decisão judicial constitui o fim do processo, quer seja ele civil ou penal. É a sua razão de ser. Faz-se necessário, entretanto, que sejam estabelecidas regras e garantias, a fim de que as partes conflituosas apresentem seus argumentos.

Destaca-se que, na atividade instrutória, dependendo da postura do juiz, em determinar ou não as provas de ofício, pode-se chegar a uma decisão que efetivamente consiga trazer uma resposta ao jurisdicionado, posto que, não raras vezes, os pedidos são julgados improcedentes em decorrência de falhas na fase instrutória. Por muito tempo, a figura do juiz já foi tomada como superior às partes no processo, posto que a ele se atribuía o poder-dever de decidir de acordo com o seu “livre” convencimento ou sua “livre” apreciação das provas.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73) previa, em seu artigo 131, exatamente a locução “livre” convencimento, a qual gerou a postura judicial brasileira de decidir segundo seu “sentir”, muitas vezes deixando a desejar na explicitação de suas motivações e, quando questionados por meio de embargos de declaração ou mesmo de pedidos de reconsideração, resumiam-se a afirmar sobre a clareza da decisão prolatada, sem esclarecer o que, de fato, os levava a tomar a decisão.

Essa posição, inclusive, era confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do julgamento do AgRg no AREsp 814.285/DF (BRASIL, 2016). Tal fato garantiu que as decisões judiciais fossem pautadas nas leis, nas resoluções, nos precedentes com vocação constitucional, estabelecendo, portanto, o princípio constitucional da motivação das decisões. Por este aspecto, o dever de motivação das decisões judiciais não constitui apenas garantia às partes, mas também instrumento de controle da atuação do judiciário, da legalidade e da justiça por todos.

Assim, com a motivação temos a possibilidade de verificar a imparcialidade do juiz, a legitimidade da decisão e a real aplicação do contraditório substancial, ou seja, o contraditório que se define não somente como dar oportunidade de falar ou dar ciência de um fato, mas sim de efetivamente verificar se as provas aportadas aos autos por ambas às partes foram apreciadas, de forma a se denotar o efetivo respeito com princípio do contraditório.

Desse modo, o legislador constituinte de 1988 já tinha preocupação com a “liberdade” dada ao julgador quando de seu convencimento expresso no art. 131 do CPC de 1973, tanto que em um comando normativo inédito determinou que nula seria a decisão que não viesse com fundamentação (BRASIL, 1988). Entretanto, nem sempre o CPC de 1973 foi interpretado à luz da Constituição Federal.

Não é demais lembrar que a histórica crise da litigância brasileira também é culpada pela existência de decisões não fundamentadas, posto que juízes asserberbados pela quantidade de processos e demasiadamente cobrados por produção acabam deixando a desejar na qualidade de suas decisões.

Portanto, os juízes acabaram por adotar modelos de decisões já feitas para produção em série de outras semelhantes para “ganhar tempo” e poder julgar mais. E se essa sistemática não for melhorada, com a criação de mecanismos e instrumentos capazes de reduzir a litigância judicial, nenhuma norma nova será capaz de melhorar a atuação judicial em suas decisões.

Contudo, a compreensão de que uma decisão bem fundamentada e ação julgada segundo critérios objetivos estabelecidos em lei, deixando a arbitrariedade de lado, pode acarretar a diminuição de recursos, bem como dar maior certeza quanto aos caminhos tomados pelo Judiciário, o que, por certo, diminuirá as aventuras processuais.

De fato, vários são os exemplos de decisões nulas encontradas nos tribunais, provenientes da utilização de expressões genéricas, como, por exemplo: “diante do acervo probatório presente nos autos, julgo procedente a ação”.

Nesse sentido, destaco duas situações ocorridas na jurisprudência pátria, sendo a primeira referente ao Habeas Corpus nº 232.653-SP, que concedeu a ordem reconhecendo a nulidade do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a alegação de que o órgão colegiado não fundamentou a sua decisão, limitando-se a “manter a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos e a adotar o parecer ministerial”, o que desrespeitou o regramento constitucional do artigo 93, inciso IX (BRASIL, 2012).

A segunda, diz respeito a um julgado do Tribunal de Justiça do Maranhão, no qual o desembargador Marcelo Carvalho Silva, relator da AC nº 0268702015, na Segunda Câmara Cível, reconheceu a nulidade da sentença por ausência de fundamentação (BRASIL, 2015).

Além disso, vale destacar que, em face de entendimentos como o de Arruda ALVIM (2012, p. 1121) e de CARNEIRO (2009, p. 199), muito utilizados pelos Tribunais Superiores e, posteriormente, repetidas no país todo, entendia-se que o juiz não estaria adstrito a responder todas as questões postas pelas partes, podendo analisar somente a essencial, criando-se uma doutrina de que seria desnecessária a manifestação do julgador sobre todas as questões postas pelas partes, ainda que fossem capazes de influir decisivamente no resultado do julgamento.

Desse modo, várias foram as decisões judiciais sem fundamentação, legitimadas ao longo dos anos, mesmo após a Constituição de 1988 e seu art. 93, IX, bem como desconsiderando o princípio do contraditório também erigido a direito fundamental pela Carta Constitucional. Nesse sentido, Ferreira (2014, p. 52) explicita esse dever de fundamentação de forma didática, mormente dos motivos que levaram o julgador a escolher, desconsiderar, dar menor valor a outra do que a outra prova.

Assim sendo, apesar da Constituição Federal de 1988 ter estabelecido o princípio da motivação das decisões, no qual as decisões emanadas dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade, o próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a decisão estaria fundamentada sem que o juiz tenha enfrentado todas as questões suscitadas, no bojo do MS 26.163, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 4.9.2008 e no AI-AgR 529.105, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

Não obstante a existência de muitas as decisões nesse sentido, isto só demonstra o quanto arraigada está a ideia de que é permitido ao magistrado não se manifestar sobre todos os argumentos levantados pelas partes, o que necessariamente afastava o contraditório substancial e impedia a análise da matéria nos Tribunais. O NCPC vem exatamente deixar expresso sobre o dever do magistrado em manifestar o caminho que tomou a decidir, referindo-se a todos os argumentos levantados pelas partes.

4 A SISTEMÁTICA INAUGURADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (Lei nº 13.105/2015) E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DISPOSITIVO E DA OFICIOSIDADE

O NCPC deixou evidente que o juiz não é mais a figura central do processo civil, a quem se acreditava que as provas se dirigiam, uma vez que, com a nova sistemática, todas as partes passam a ser protagonistas. Deve o juiz declinar expressa e exaustivamente em quais provas baseou sua decisão, bem como esclarecer porque tal e qual prova não serviram para formação do convencimento, buscando, desse modo, convencer as partes da racionalidade de sua decisão.

Nesse sentido, a nova legislação suprimiu a palavra “livre” descrita no artigo 131 do CPC, passando a adotar, agora no artigo 371, que 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”.

Juntamente com a leitura do art. 371, do NCPC tem-se que compreender o comando do art. 489, §1º do CPC, fruto notório da preocupação com a continuidade da forma de decidir do juiz autoritário desenhado pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973.

De certo, não pode mais o juiz se utilizar de locuções como: “julgou segundo sua consciência” ou o “o juiz não está adstrito ao formalismo da lei, podendo julgar segundo seu livre convencimento”, pois essa atitude judicial poderia estar atrelada ao espírito do CPC de 1973, totalmente modificado com a adoção do princípio da cooperação pelo NCPC de 2015, previsto em seu artigo 6º, o qual determina que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Com base nisso, extrai-se que a postura que se espera do juiz, dentro da sistemática constitucional e do NCPC constitui naquela ação reflexiva em relação às suas próprias compreensões, garantindo a co-participação das partes no processo decisório. À vista disso, o surgimento de parâmetros claros para definir o que seria considerada uma decisão não fundamentada, dizendo o que ela não deve conter, é reflexo da necessidade de efetivar-se a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais e, assim, afastar entendimentos firmados nos próprios Tribunais, conforme já destacado, que permitiam a motivação que deixava de apreciar provas colhidas durante a instrução, mesmo que fosse para explicar porque estas não deviam ser valoradas.

Vale ressaltar que o fato do CPC/2015 ter mantido, agora em seu artigo 370, a possibilidade do juiz determinar de ofício as provas necessárias, não induz ao entendimento de que “as provas destinam-se ao juiz”, até porque a dinâmica da nova seara processual civil está fundamentada no princípio da cooperação entre as partes e todas as etapas do processo, inclusive na produção de provas, o que implica no estudo dos princípios do dispositivo e da oficiosidade.

Embora já existisse o dever de motivação plena e exaustiva das decisões

judiciais pelas correlações feitas acima, bem como pela jurisprudência na área de processo penal e no processo civil, apesar de, neste último ramo do direito, ainda existir muita divergência sobre o tema, havendo inúmeros julgados recentíssimos que ainda afirmam que o juiz pode aquilatar sua decisão sem ter que se manifestar acerca de todos os pontos levantados pelas partes, a inovação do art. 489, §1º do CPC é, no meu pensar, muito positiva.

As diversas interpretações que foram sendo elaboradas sobre o significado da garantia Constitucional de fundamentar decisões judiciais tornou necessário o art. 489, §1º do NCPC. Agora, mediante diretrizes concretas e objetivas, tem-se uma lista do que não deve ser feito em uma decisão, apresentando elementos que virão a tornar nulas decisões judiciais que não cumprirem expressamente as determinações da norma processual civil, afastando a possibilidade de se confirmar decisões que use expressões genéricas, por exemplo.

Como já sustentado, o dever de motivação exaustiva das decisões não se encerra em si mesmo, mas está umbilicalmente ligado às questões de direito e de fato que compõem sua fundamentação, ou seja, ao próprio direito probatório. Neste ponto, mister destacar que falar sobre a necessidade de fundamentação exaustiva das decisões está a se falar necessariamente da elucidação das questões de fato levantadas e relevantes para atingir-se a “verdade possível”. E isso remete a prova.

Desse modo, inevitável a conclusão de que o art. 489, §1º do NCPC foi concebido com a finalidade de evitar decisões mal fundamentadas ou sem fundamentação e, para atingir tal desiderato, provocará transformações na seara probatória, principalmente a necessidade de mudança de paradigma da posição e atuação do magistrado no processo e perante o sistema probatório.

5 REFLEXOS DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO PROBATÓRIO E ANÁLISE DO ART. 489 DO NCPC

Parece claro que a dicção da norma prevista no art. 489, §1º, do NCPC brasileiro advém da necessidade de se evitar a ideia de que o “juiz é o destinatário da prova”, possuindo o magistrado “liberdade” para valorar as provas colhidas na instrução, a tal ponto que sequer fundamente a decisão de forma legítima, clara e baseada nas provas colhidas, permitindo-se certo grau de subjetivismo na decisão.

MATTOS (2012, p. 446) aduz que “se o juiz é o destinatário da prova” então poderá indeferir uma prova quando já estiver convencido da verdade dos fatos. Nesse passo, o entendimento de prova necessária e útil seria aquela que servisse para o convencimento do magistrado. Contudo, deve esta decisão ser devidamente fundamentada, explicitando-se o porquê do indeferimento da prova requerida, a fim de que se torne conhecido e passível de discussão.

O art. 370 do NCPC permite que o juiz julgue segundo seu convencimento motivado, permitindo-lhe o poder-dever de determinar provas de ofício, já que se entende que um juiz negligente, que permite o caminhar de um processo sem

interferir de forma supletiva na atividade probatória, atua de forma tão parcial quanto aquele que é tão ativo a ponto de beneficiar uma das partes.

A forma como se interpretou o art. 131 do CPC de 1973, no qual se dizia que o juiz julgava segundo seu “livre” convencimento, deu azo à paráfrase de que “ao juiz pertencem as provas”, entendimento que vem sendo fortemente combatido por juristas como WAMBIER (2013, p. 620) que afirma que nada há de mais chocante que certo tipo de decisão é pessoal, de alguma autoridade pública, de alguém que age em nome do Estado, no caso do juiz, em nome do próprio direito.

Ora, como se pode destinar a prova ao juiz, quando temos o duplo grau de jurisdição e, desse modo, caso determinado argumento não seja apreciado por liberalidade do juiz de primeiro grau, isso impossibilitará a apreciação do mesmo argumento em instância de segundo grau? Isso demonstra que as provas não pertencem ao juiz, mas sim a todos os atores do processo, partes e juiz, e, por conseguinte, que o direito fundamental à prova, ou seja, direito de pôr meio das provas reconstruir os fatos, é direito consecutório ao direito da ação da defesa.

Sabe-se que todo dever vem acompanhado de um direito e o direito da parte de produzir provas dos fatos alegados no processo vem junto com o dever desta de colaborar com o descobrimento da verdade, ainda que seja a “verdade processual, verdade possível” e aí entra o art. 6º do NCPC, também existente no sistema Português, no art. 7º, n.1. Na verdade, denota-se que tanto o CPC de 2016 quanto o CPC português de 2013 tentam adentrar ao sistema processual baseado na cooperação entre as partes pela busca da verdade possível e pelo aumento dos poderes-deveres do juiz (princípio da oficiosidade).

Por tudo isso é que o CPC brasileiro de 2016 permite às partes contribuir e participar ativamente na reconstrução dos fatos, em conjunto e em igualdade de condições, inclusive com o juiz que não pode indeferir uma prova, simplesmente por que as “as provas pertencem ao juiz”, sem dar uma explicação sobre sua desnecessidade que seja coerente, a permitir uma argumentação a ser travada no âmbito dos tribunais.

Comoglio, Ferri e Taruffo (2011, 356-357) defendem que o direito fundamental à prova, como consecutório do direito de ação e de defesa, somente é possível se também for garantido às partes o direito de deduzir suas alegações por todos por meios aptos, bem como o direito de provar contrariamente ao sustentado pela contestação.

Assim, como já se sabe que não se impõe a uma pessoa dever jurídico, sem lhe reconhecer um direito a ele correlato, as mesmas partes que possuem o direito fundamental à prova têm também o dever de cooperação para o descobrimento da verdade acerca dos fatos.

Por certo, o sistema inaugurado somente vem confirmar que provas em abundância é melhor que falta de provas e que a qualidade dos instrumentos de prova deve ser buscada dentro da perspectiva da eficiência máxima das provas. Nesse sentido disse William Santos (2014, p. 184): “um reconhecimento de que há

um mandado de otimização, provocador de atitudes tanto legislativas, como dos intérpretes e dos operadores do direito, voltadas a maximizar os resultados quando da utilização do ferramental instrutório”.

Desse modo, o dever de motivação insculpido no art. 489, §1º do CPC não só atinge a forma de motivação das decisões judiciais como também na atividade instrutória, exigindo do Poder Judiciário, das partes e advogados uma mudança de postura em relação à temática. Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro conclui:

Com efeito, há que se reconhecer que há uma marca indelével de colegialidade na atividade instrutória, pois a prova destina-se ao processo e a todos os seus atores e, demais disso, porque cada um desses atores exerce um papel relevante nesse universo. Daqui em diante, ao juiz de primeiro grau caberá, como condutor do processo, empreender todos os esforços para a elucidação de todas as questões controvertidas e de todos os fatos relevantes relacionados a controvérsia, o que somente ocorrerá mediante a compreensão da prova como ferramenta de conhecimento que conduz a reconstrução dos fatos e a construção de uma decisão judicial completamente justificada, assentada em critérios racionais e, por isso mesmo, controlável de modo intersubjetivo (PINHEIRO, 2015).

Assim, o juízo de primeiro grau deve ter em mente, ao deferir ou indeferir a produção de determinada prova, que isso poderá vir a interferir no resultado final da lide, já que a prova produzida no primeiro grau também serve para fundamentar decisões do colegiado de segundo grau, devendo o processo conter todos os elementos possíveis para subsidiar todas as decisões proferidas no processo.

Isso tudo serve para justificar que a prova não deve ser vista sob uma perspectiva unilateral, com vistas unicamente a convicção do juiz, mas sim sob o ponto de vista multilateral, ou seja, com o intuito de convencer todas as partes. A fundamentação exaustiva vem também para dar maior amplitude ao princípio do contraditório, conduzindo a aplicação genuína do contraditório substancial.

Imagine-se que antes do atual código, o juiz tinha a compreensão de que não precisava motivar a recusa de uma testemunha ou do depoimento pessoal das partes. Agora, o magistrado passa tem o dever de fundamentar e justificar o valor que foi dado a cada prova, para convencer a todos sobre o caminho que tomou durante o processo decisório. Diante disso, vê-se claramente que o art. 489, §1º apresentava-se necessário para a mudança de postura dos atores do processo civil no Brasil.

Assim é que o art. 489 do NCPC e seus incisos têm gerado forte discussão no meio jurídico, uns a afirmar que ele seria desnecessário, já que diz o óbvio, outros a afirmar que afrontaria o princípio da simplicidade do juizado, não podendo ser aplicado naquele sistema. Há, ainda, os que afirmam que tornaria o ato de decidir algo muito mais complexo, retardando o andamento dos feitos. Por outro lado, existe a afirmação de sua necessidade para explicitar, claramente, o que seria uma fundamentação inútil ou deficiente.

Na verdade, o art. 489 apenas almeja a melhoria da qualidade da pres-

tação jurisdicional. O §1º, art. 489 traz em si um rol exemplificativo, com a finalidade de tornar expressa a necessidade de se concretizar o direito fundamental da motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da CF, demonstrando as possibilidades em que uma decisão, apesar de aparentemente motivada no aspecto formal, seja considerada não fundamentada.

Note-se que este é o caso em que a decisão deixa de esclarecer sobre todos os pontos discutidos no processo ou no caso previsto nos incisos I e II, em que a fundamentação limita-se à “indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”, ou naquelas em que se aplica um “conceito jurídico indeterminado, sem explicar o motivo de sua incidência”. Em resumo, o que pretende a norma, ao fim e ao cabo, é que o raciocínio jurídico desenvolvido pelo magistrado seja devidamente explicitado em sua decisão.

6 CONCLUSÃO

O juiz deve valorar as provas e apresentar o resultado desta valoração por meio da motivação da decisão, que pode ser sucinta, mas deve ser exauriente, ou seja, uma decisão adequadamente fundamentada deve analisar os fatos relevantes da controvérsia deduzida, o que somente será possível se o processo for instruído de forma adequada e igualmente exauriente.

A valoração desse acervo e o dever de motivação exaustiva e concreta passa de ato unipessoal e unilateral do juiz para um ato compartilhado entre todos os partícipes do processo, assim como passa a ser de todos os direitos de produção de provas dos fatos alegados no processo e o dever de colaboração como descobrimento da verdade possível.

A colaboração entre as partes para produção de provas, em princípio, não era a adotada pelo CPC/73, pois a presença da expressão “livremente” no comando normativo do artigo 131 atribuía uma grande poder ao estado Julgador, levando à compreensão que a prova era destinado ao julgador, o qual poderia apreciar livremente as provas produzidas.

Entretanto, com o objetivo de mitigar este aspecto da dinâmica processual até então instaurada, a Constituição Federal de 1988, no inciso IX, do artigo 93, estabeleceu a garantia de fundamentação de todos os julgamentos emanados dos órgãos do Poder Judiciário. Porém, apesar da garantia constitucional, decisões continuaram a ser prolatadas sem a observância da norma prevista na Constituição, o que mostrava a necessidade de se explicitar melhor sobre a fundamentação exaustiva, daí adveio o art. 489, §1º do CPC.

Assim sendo, pelo arcabouço doutrinário e jurisprudencial apresentados, conclui-se que se faz necessária uma mudança na postura de todos os atores do processo, partes, advogados, juízes e seus colaboradores, o que está sendo estimulado pelo comando normativo previsto no art. 489, §1º do NCPC (Lei 13.105/2015),

do qual se extrai tudo o que não deve estar em uma sentença, sob pena de nulidade.

Do mesmo modo, reputo necessário o bem vindo comando ao novo Código de Processo Civil, sem o qual ainda se estaria a tentar adequar o autoritário código de 1973 com a Constituição Federal Brasileira e, do mesmo modo, espera-se que surta o efeito almejado e não se torne letra morta, como por muito tempo aconteceu como art. 93, IX, da Constituição Federal.

Desta feita, o novo CPC aposta na intersubjetividade e na cooperação entre as partes e expurga o autoritarismo presente no CPC de 1973, fundamentado na consciência individual do intérprete, buscando compreender a prova como ferramenta de conhecimento dos fatos narrados nos articulados, em busca da verdade possível, a fim de se construir uma decisão plenamente justificável e fundamentada como previsto no art. 93, IX da Constituição Federal.

ABSTRACT

The present article runs upon the guarantee of decision founding emanated from Judge-State pointing out the changes that came with the validity of the new Brazilian code of civil procedure (law nº 13.105/2015), evaluating the real necessity of §1º, article 489 of this code. To the proposal verification it was approached the dynamic established in the previous code of civil procedure (law nº 5.869/1973), which was written in the article 131 the principle of “free” convincement of the judge. Continuing it was analyzed the applicability of the Constitutional principle of decision motivation established in the Federal Constitution of 1988. In this regard, it was approached some principles such as dispositive, officiousness, and the cooperation and it was discussed what is written in §1º article 489 and its reflexes in the probational ambit.

Keywords: Constitutional. Civil process. Founding judicial decisions surety. Evidence production in Civil Process. Free convincing.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do juiz*. 4.ed. São Paulo: RT. 2009.
- BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao-Compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105/2015, DOU de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARRUFO, Michele. *Lezione sul processo civile: processo ordinario dicognizione*. 5. ed. Bologna: II Mulino, 2011, p. 356-357.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. v.2.
- DIDIER Jr, Fredie. *Novo Código de Processo civil: comparativo com o código de 1973*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- FERREIRA, William Santos Ferreira. *Princípios Fundamentais da prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio a razão reflexões sobre a motivação das sentenças. *Revista de Processo – REPRO*, ano 8, n. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar, 1983.

MATTOS, Sergio. O Juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? In: MITIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil, estudos em homenagem ao professor Doutor Carlos Alberto Lavarode Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, Rui. Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova Reforma do Processo Civil. In: O NOVO Processo Civil Contributos da Doutrina para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil. 2. ed. Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 60-85. Caderno I. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Texto_comunicacao_Paulo_Pimenta.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

OVÍDIO, A. Baptista da Silva; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIMENTA, PAULO. *Os Temas da Prova. Centro de Estudos Judiciários*. Disponível em:<www.cej.mj.pt/cej/recursos/.../ProcessoCivil/Texto_comunicacao_Paulo_Pimenta.pdf>. Acesso em: 5 maio 2016.

PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça. Novas feições da atividade probatória a partir do dever de motivação exaustiva e concreta previsto no artigo 489, §1º, CPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Grandes Temas do Novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.5.

PIRES, Alex Sander Xavier. *Súmulas Vinculante e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro, 2016.

PIRES, Alex Sander Xavier; OLIVEIRA, Francisco de Assis; CARVALHO, Luis Gustavo Coelho. *CPC/2015: comentários e anotações: parte geral (Art. 1º ao art.317)*. Rio de Janeiro, 2016.

PIRES, Alex Sander Xavier. *Direito Sumular: construindo uma teoria*. Rio de Janeiro, 2009.

PORTUGAL. *Código de Processo Civil de 2013*. Lei n.º41/2013, de 26 de junho. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. STJ. Dje de 02 de junho de 2016. Disponível em: < <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/627963eb32586aac80257f-c700392a00?OpenDocument&Highlight=0,781%2F11>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

_____. STJ. Dje de 14 de junho de 2007. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=25329&stringbusca=&exacta= , >. Acesso em: 12 ago. 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 12. ed., 1989.

STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder do livre convencimento. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 109-110. v.5.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Dever de Veracidade das partes no novo código de processo civil*. São Paulo: Vellenich Editor, 1975.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recorribilidade das decisões do juízo de 1º grau sobre provas. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de et al. *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013.