

## DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA, COGNIÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM: para onde caminhamos?

### *FUNDAMENTAL RIGHT TO PROOF, COGNITION AND REASONING PER RELATIONEM: where do we go?*

Maurício Ferreira Cunha\*

#### RESUMO

A nova ordem que se busca, no processo jurisdicional, é aquela que se assenta, fundamentalmente, no estrito respeito à principiologia constitucional democrática. A proposta aqui apresentada consiste em demonstrar, mediante adoção do modelo constitucional de processo civil, que o direito fundamental à prova somente se revela, plenamente, quando se proporciona a efetiva participação dos sujeitos processuais, na atividade cognitiva processual, dentro de um contraditório efetivo e equilibrado, apartando, assim, o protagonismo judicial e alcançando a almejada legitimidade dos provimentos. Em síntese, a contribuição desta pesquisa reside na demonstração de que a consolidação do exercício da função jurisdicional, no contexto de um Estado Democrático de Direito, apenas se dá quando há o respeito incontestado ao direito fundamental de produção probatória, possibilitando a participação em simétrica paridade (compartilhamento), legitimando o provimento final na sua inteireza. Não há, portanto, como dissociar o direito fundamental à prova do direito fundamental à ampla defesa e do contraditório, resultado do equilíbrio técnico-jurídico das partes, pois, quando da fundamentação do provimento que se quer ver legitimado, devem ser levados em consideração todos os argumentos produzidos durante o *iter* procedimental. Buscando aprimorar o estudo da prova,

---

\* Juiz de Direito (TJMG). Estágio de pesquisa pós-doutoral (UdG – Universidade de Girona/ESP). Doutor (PUC/Minas) em Direito Processual. Mestre em Direito Processual Civil (PUC/Campinas). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação (PUC/Minas). Membro da ABDPRO (Associação Brasileira de Direito Processual). Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual).

incluindo suas características e espécies, o legislador pátrio elaborou texto processual que se apresenta permeado de bons propósitos e, também, de bons argumentos, notadamente no que se refere ao destaque conferido à questão principiológica, além da concretização do dever de consulta, manifestação do contraditório substancial, que impõe ao órgão jurisdicional não sejam proferidos provimentos com lastro em questão sobre a qual as partes não tiveram a oportunidade de manifestação.

**Palavras-chave:** Direito fundamental à prova. Estado Democrático de Direito. Legitimidade dos provimentos. Fundamentação *per relationem*. Processo civil.

### ABSTRACT

The new order that is sought in legal proceedings is the one that mainly rely on the strict adherence to the democratic constitutional principles. The proposal presented here is to demonstrate, through the adoption of the constitutional model of civil procedure, that the fundamental right to evidence only fully reveals when it is provided the effective participation of the parties in the procedural cognitive activity, within an effective and balanced contradictory, departing, this way, the judicial prominence and reaching the desired legitimacy of the decisions. In summary, the contribution of this research states in the demonstration that the consolidation of the exercise of the jurisdictional function, in the context of a democratic state, only occurs when there is an unquestionable respect to the fundamental right of producing evidence, permitting the participation in symmetric parity (sharing), legitimizing the decision in its entirety. It is not possible, therefore, to dissociate the fundamental right to evidence and the fundamental right to defense and contradictory, result of the technical-legal balance of the parties, because when it has to motivate the decision which is willing to be legitimated, there must be taken into consideration all arguments produced during the procedural iter. Seeking to enhance the study of the evidence, including its features and species, members of the legislature prepared a civil procedural code riddled with good intentions, and also with good arguments, especially with regard to the attention given to the principles besides the duty of consultation, demonstration of the substantial contradictory, that demands the Court

to not decide based in a question on which the parties did not have the opportunity to manifest.

**Keywords:** Fundamental right to evidence. Democratic State of Law. Legitimacy of decisions. Justification *per relationem*. Civil process.

## 1 INTRODUÇÃO

Não obstante decorridos mais de 6 (seis) anos de vigência do nosso Código de Processo Civil de 2015 e a visível transmutação de um sistema de fundamentação (decisória) “suficiente” para um sistema de fundamentação “exauriente”, fato é que tivemos tempo razoável para compreender que, somente obteremos a efetiva consolidação do Estado Democrático de Direito quando do exercício da função jurisdicional, caso se confira amplo e geral respeito ao direito fundamental à prova (de importância crucial) e à possibilidade plena de participação (compartilhamento), a fim de que o desiderato do provimento final que se quer legitimar, em idêntico caráter, possa ser obtido de forma plena.

Diante de tal contexto, reforça-se o pensamento de que o trabalho cognitivo, para que se realize de forma absoluta, demanda a imprescindível colaboração dos sujeitos processuais nela envolvidos, é dizer, a participação concreta das partes no exercício do contraditório, bem como a participação do responsável pela prolação do provimento, ao proporcionar que a postura argumentativa seja implementada, evidenciando a relevância do papel desempenhado pelo órgão jurisdicional.<sup>1</sup>

Por outro lado, é certo que o advento da Constituição Federal vigente contribuiu sobremaneira para que se alcançasse uma visão interpretativa do Direito, totalmente apartada daquela prevalente, quando da vigência do Estado Liberal e do Estado Social, não sendo possível concordar com a ideia de aplicação do Direito sem a participação e a fiscalização incessantes, intersubjetivas, consequência de um incontestável retrocesso temporal e à própria ideia de democracia.

---

<sup>1</sup> Lúcio Antônio Chamon Júnior (*Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia e uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 176) expõe que o juiz não pode ser considerado autoridade que não participa da construção do processo, motivo pelo qual, dentro da postura argumentativa que se quer, seu papel jamais pode ser taxado como “esvaziado”.

Como estruturadora do procedimento, portanto, a oportunidade probatória, conferida quando da fixação dos fatos alegados pelas partes – ou, sob outra perspectiva, a apuração da “verdade material” ou fática –, repercute, de forma incisiva, no momento processual de prolação do provimento, legitimando-o, desde que o órgão judicial guarde estrita obediência, insista-se, à linha principiológica constitucional (julgar a partir de princípios, e não a partir de políticas, pois as decisões não são fruto da consciência individual) e à legislação infraconstitucional estruturadora do procedimento, enfrentando todas as argumentações trazidas à baila pelas partes (sob pena de ausência de fundamentação, vide art. 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil), mesmo porque não se concebe o pensamento de que o papel do julgador estaria atrelado a uma hercúlea missão de buscar os valores, compartilhados em sociedade, que estariam insculpidos no texto constitucional.

O protótipo jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito deve ser moldado e entendido como a possibilidade (concreta) de que os jurisdicionados se reconheçam como coautores do provimento, dele participando e fiscalizando a construção. Se assim se procedeu, inquestionável que o direito à prova restou assegurado em bases constitucionais, reflexo democrático do devido processo constitucional. Porém, se as garantias constitucionais não foram observadas, no que se inclui a devida e necessária justificação racional dos atos decisórios (contexto que não comporta a aceitação de motivações por referência), evidente que ainda não se solidificou a mudança de paradigma instaurada a partir da Constituição Federal de 1988.

O presente texto, pois, tem o escopo de trazer uma singela contribuição, no sentido de demonstrar a fruição do direito fundamental (constitucional) à prova como verdadeira forma de participação das partes, dentro de um contraditório efetivo e equilibrado, realizando-se, plenamente, a cognição processual (e afastando o protagonismo judicial), além de fazer alcançar a almejada legitimidade dos provimentos, situação que, em nenhum momento, corrobora a (ainda infeliz) adoção, pelos tribunais superiores, da chamada fundamentação *per relationem*.

## 2 COGNIÇÃO E (LIVRE) CONVENCIMENTO MOTIVADO

A acepção tradicional, sabemos, entendia a atividade de cognição como exclusiva do juiz, prevalentemente lógica, mas, também, com componentes de

caráter não intelectual. Cabia a quem julgasse, então, diante da demanda que lhe fosse submetida, e valendo-se de sua intuição, convicção, vivência e *inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural e outros mais* (WATANABE, 2012, p. 69), analisar e avaliar as provas apresentadas pelas partes para, ao final, proferir a decisão concreta.<sup>2</sup>

Concentrava-se nas mãos do juiz, de forma até mesmo soberana (o que, evidentemente, colide frontalmente com o raciocínio que ora se expõe), a atividade cognitiva voltada ao provimento final. É aquilo que se chamou, doutrinariamente, de *aplicação jurídica solitária e sensível pelo julgador* (NUNES, 2008, p. 98), consoante raciocínio de Oskar Von Büllow, estruturador da autonomia do Direito Processual, cujo entendimento apontava que a relação jurídica processual estaria lastreada exclusivamente na figura de quem julgava, considerando-se as partes como meros colaboradores.

Seria o juiz, então, um verdadeiro mensageiro do sentimento jurídico de um povo, a autoridade (mito criado) que acalentaria os desígnios da coletividade, o que retratava uma visão privilegiadamente solipsista que o considerava como o único protagonista do processo.<sup>3</sup>

Ocorre que o pensamento idealizador do protagonismo judicial, solitário responsável pela solução dos problemas e mazelas do sistema, sucumbiu à evolução da ciência jurídica, ao longo dos anos, impondo-se, portanto, reconhecer a necessidade de sua revisitação.

A questão é simples. A partir do momento em que o ideal democrático deve possibilitar a ampla participação do cidadão na formação do provimento, aceitar o pensamento de que o exercício da função jurisdicional pacifica as relações sociais,

---

<sup>2</sup> Ao tratar da teoria geral da prova no processo penal, Aury Lopes Júnior, em posicionamento doutrinário de destaque, mesmo porque em conformidade constitucional como o próprio autor denomina seus estudos, opta por chamar de “atividade recognitiva” aquela desenvolvida quando do exame das provas, responsável por fazer com que o órgão judicial cumpra a “reconstrução (aproximativa) de um fato passado”, destacando, também, que “o processo penal e a prova nele admitida, integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença” (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 490).

<sup>3</sup> Vem bem a calhar o pensamento de Flaviane de Magalhães Barros, ao analisar a base reformista na instrumentalidade do processo, que traria embutida o “garantismo” que se pretendeu introduzir com a reforma processual penal lastreada pelas Leis nº 11.690/08 e 11.719/08, alteradoras, respectivamente, do capítulo referente às provas, às partes, aos atos de comunicação, à sentença e ao procedimento comum: “O problema é que se pretende uma legislação processual penal garantista, mas fundada em um juiz penal garantidor, nos termos do paradigma social, e não em um processo que se funda na participação dos afetados (partes) com iguais possibilidades de influência, argumentação e construção participada da decisão, adequado, portanto, ao Estado Democrático de Direito (BARROS, 2009, p. 8).

de que o processo é meio de realização da justiça e de que o juiz é, literalmente, o “salvador” exclusivo das relações conflituosas, respeitosamente, equivale a um retrocesso sem igual.

O conceito de cognição passa, inquestionavelmente, pela necessidade de efetiva participação das partes, na formação e na legitimidade do provimento final (argumentação racional vinculando a atividade cognitiva), como se infere, aliás, ao longo da redação de alguns dispositivos do texto de 2015.

Não se questiona que a ideologia que embasava os modelos passados se assentava no pensamento vigente naquela respectiva época, ostentando vícios e dificuldades de aplicação prática para o que hoje se almeja. Nem se deve desprezar tudo que for aproveitável daquela temporalidade, dentro, é certo, do exercício de uma racionalidade crítica, de uma racionalidade que compreenda o aprendizado com os próprios erros pretéritos (POPPER, 1994, p. 72).

Todavia, os desafios a serem enfrentados no Direito Contemporâneo passam pela necessidade de reflexão sobre essas bases históricas, políticas e teóricas do Processo Civil, conformando-as com o novo paradigma que se quer, que se busca para uma prestação jurisdicional que reflita a participação isonômica de todos, não mais o raciocínio antiquado e ultrapassado de uma separação de papéis na estrutura processual que tinha o juiz, de um lado, com maestria de comando, e as partes, do outro lado, verdadeiramente apartadas da dialética processual.

Dessarte, a importância do conhecimento da técnica cognitiva implica, via reflexa, enorme interesse que o estudo do procedimento comum desperta nos doutrinadores,<sup>4</sup> modelo que, por sua amplitude, possibilita que as partes discutam qualquer questão envolvida no conflito levado ao conhecimento do órgão jurisdicional, ao mesmo tempo em que autoriza que se proceda à realização de uma cognição aprofundada sobre as mesmas questões.

A cognição deve ser considerada como instituto jurídico umbilicalmente ligado ao exercício da função jurisdicional, mais diretamente aos sujeitos do processo, obediente aos princípios que regem o devido processo.

De outra sorte, ao se permitir o controle efetivo da motivação dos provimentos, natural que sejam examinados os critérios que pautam a formação do convencimento daquele órgão judicial, seja sob a ótica da racionalidade que inclui

---

<sup>4</sup> Por coerência mencionar DINAMARCO, 2004, p. 34; WATANABE, 2012, p. 44-45; DIDIER JÚNIOR, 2004, p. 85.

uma maior ou menor probabilidade dos fatos juridicamente relevantes alegados pelas partes, seja sob a ótica das atividades de valoração e de valorização da prova.<sup>5</sup>

O sistema da persuasão racional (ou do livre convencimento motivado), presente em nosso texto processual civil, autoriza que o juiz aprecie a prova livremente, mas não de acordo com suas convicções pessoais, e, sim, conforme a convicção das provas produzidas nos autos, sempre em obediência aos fatos consignados e às regras jurídicas.

A propósito, embora o art. 371 do Código de Processo Civil em vigência tenha mantido o referido sistema (mitigado ao longo do tempo, é bom que se diga, e, agora, sem a utilização da expressão “livremente”), tal qual já ostentavam os arts. 131 do Código de Processo Civil de 1973 e 118 do Código de Processo Civil de 1939, e tal qual ocorre, apenas a título de comparação, com o Direito Português e a redação do art. 158 do Código de Processo Civil,<sup>6</sup> há regras legais de apreciação da prova elencadas tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil.

A implantação do livre convencimento motivado decorre, na verdade, da evolução historicamente constatada ao longo do tempo, desde a época do direito romano, mantendo-se sua prevalência, até hoje, na grande maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

---

<sup>5</sup> Interessante posicionamento sobre a “teoria da convicção”, baseado em estudos acerca do Processo Penal brasileiro, é dado por Rui Cunha Martins. Ensina o jurista português: “Estar convicto não é etapa final de um trajecto epistemológico sem mácula. Aliás, permito-me sugerir que nem sequer é, em bom rigor, uma etapa. É este o argumento de que parto. Parece-me, com efeito, que, em sede de teoria da convicção, não está ainda suficientemente dita a dimensão de circularidade que estrutura todo o mecanismo e que obriga a considerar níveis de sobreposição e de complementaridade entre os vários elementos participantes do dispositivo decisório. É assim meu entendimento que, ao invés de um processo linear estendendo-se ao longo de dois polos, a convicção corresponde a um processo de sucessivas tangências e sobreposições, complexo e denso, no âmbito do qual os diferentes componentes do percurso se inter-relacionam e se convocam mutuamente, contaminando a respectiva posição, o respectivo sentido e os respectivos efeitos. À imagem de um trajecto operando em sucessivas etapas, cada uma delas correspondendo a um estágio epistémico que, partindo da crença e passando pela dúvida, alcançaria sucessivamente o assentimento, a confiança, a aceitação e a própria convicção, para depois se prolongar na decisão e, por fim, na justificação, ambas situadas, nesta perspectiva, nos antípodos da crença originária, convirá contrapor a imagem de um circuito em que cada um desses estádios se disponibiliza a interagir e a contaminar os restantes – curto-circuitando, justamente, a demarcação ideal entre eles”. E complementa: “Encarada nesta perspectiva, a convicção não equivale, como está bom de ver, a um processo de depuração; convirá mesmo ter em conta que ela é, pelo menos em potência, palco de insinuações de toda a ordem por parte do que atrás chamei as expressões dos regimes epistémicos da evidência – como se, na convicção, a permanente activação dos circuitos crentes seja o preço a pagar pelo seu potencial de absorção e pela sua circularidade constitutiva.” (MARTINS, 2011, p. 21-22).

<sup>6</sup> Discorrendo sobre a nomenclatura adotada em outros ordenamentos jurídicos, Francisco Rosito fala em “sana crítica” e relaciona-a aos diplomas legislativos do Direito espanhol, argentino e uruguaio, bem como em “livre convicção” nos ordenamentos alemão, francês e italiano (ROSITO, 2007, p. 44).

O objetivo primeiro foi o de possibilitar que o juiz procedesse a uma livre apreciação da prova, numa clara demonstração de retorno à racionalidade, porém com a intenção de fazer com que não mais prevalecesse a formalidade na apreciação do conjunto probatório, com a intenção de que não se retornasse ao sistema da prova legal.

Não se quer aqui dizer, consigne-se, que a apreciação da prova deva se realizar de forma meramente subjetiva, pois é sabido que cabe ao juiz empreender a valorização que entender adequada, num exercício de racionalidade lógica, relativamente aos elementos adquiridos consoante critérios devidamente determinados.

A partir do momento em que se sabe que a verdade absoluta não pode ser obtida no procedimento, os fundamentos decisórios acabam por representar o resultado de uma probabilidade dos fatos contrapostos pelas partes (probabilidade aqui entendida como critério para que se afira a verossimilhança das alegações sobre fatos que se considerem juridicamente relevantes). É através do encontro com tais fundamentos, perfilhado na identificação do elemento de prova constante dos autos e no reconhecimento da importância do elemento preponderante para aquilo que buscam as partes, que se consegue alicerçar o provimento em motivação que, definitivamente, contribua, de forma efetiva, na construção do Estado Democrático de Direito, que tanto se espera no que diz respeito à obediência e respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Por óbvio, via de consequência, que não há que se falar em liberdade plena de se “decidir como quiser”, sem parâmetros e ao bel prazer do Estado, uma vez que o órgão judicial encontrará limitações para a formação do convencimento, até para que não reste evidenciada qualquer tipo de arbitrariedade insuperável. E dentro das restrições imagináveis, situam-se, exemplificativamente: aquela referente ao fato de estar jungido ao exame do que é, efetivamente, sustentado pelas partes acerca dos fatos controvertidos e dos demais elementos constantes dos autos; aquela que impõe a impossibilidade de se utilizar de conhecimento obtido fora dos autos, para sustentar suas convicções; aquela que consigna a atipicidade dos meios de prova, desde que sejam moralmente legítimas as não consagradas expressamente no texto legal; aquela que impõe que os elementos de prova sejam considerados e analisados através de método lógico e racional dos fatos e provas produzidas; os



limites decorrentes da utilização das regras máximas de experiência; e, por fim, a obrigatoriedade de motivação dos provimentos.

### **3 FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM* E OS TRIBUNAIS SUPERIORES: AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO?**

É visível, por todos os ângulos que se queira examinar os itens anteriormente mencionados, o desconforto generalizado, causado por decisões judiciais que são proferidas sem qualquer tipo de fundamentação, sem qualquer justificativa racional das funções decorrentes deste ato (endoprocessual e extraprocessual). Dito desconforto é reflexo, acima de tudo, de uma imensa falta de compromisso profissional daqueles que são responsáveis pela elaboração dos referidos atos processuais, mais ainda, é consequência de um desrespeito para com os jurisdicionados, insista-se, seja sob qualquer ótica que queiramos administrar este indispensável requisito do ato decisório.

Abre-se mão, diante de tal comportamento, da necessária compreensão de que só se pode falar de “processo” em nível constitucional; de que toda linguagem sobre o “processo” deve ser, por razões óbvias, constitucional; de que “processo” é, acima de tudo, instituição de garantia que serve, justamente, aos jurisdicionados. Opta-se, via reversa, por um modelo impregnado de verdadeiros compilados decisórios, tudo em razão de uma simulada operatividade que não satisfaz a nada e a ninguém.

A propósito, já foi escrito, com imenso acerto, que “processo” tem natureza pública (não em decorrência da ideia disseminada – incorretamente – de que estamos diante de efetivo “instrumento” do Estado-juiz, mas para que, quando da utilização do “processo”, o mister estatal seja exercido de forma legitimada) e é uma garantia contrajurisdicional do cidadão com a finalidade de protegê-lo dos abusos, dos desacertos tão comuns que decorrem do exercício do poder. Mesmo assim, o Estado-juiz, por vezes, faz ouvidos moucos quando instado a se manifestar, de forma correta, em suas decisões. Eduardo José da Fonseca Costa, há tempos, e com imensa propriedade, consignou que:

O instituto é de direito público não porque sirva ao Estado-juiz, mas justamente porque o desserve quando age com arbítrio. É público não porque atenda ao interesse público, mas porque instaura uma relação

jurídica garantística entre os cidadãos-jurisdicionados e o Estado-jurisdicção. Mete-se entre o juiz e as partes para eliminar, neutralizar ou mitigar eventuais erros, excessos e desvios judiciais. Antepara os cidadãos do Estado. Protege-os dele. Impede que se rebaixem a súditos. Por isso, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é impreciso quando chama o garantismo processual de ‘neoprivatismo’ (v. O neoprivatismo no processo civil. *RePro*, v. 30, n. 122, p. 9-21, abr. 2005). O termo obscurece, porquanto indevidamente associa o garantismo ao *ordo iudiciorum privatorum* romano e, em consequência, a algo ruínico e *démodé*; por exclusão, associa o instrumentalismo processual – apelidado de ‘publicismo’ – a *la dernière mode à Paris*, à coqueluche do momento. Tudo como se o mundo ‘evoluisse’ do privado ao público. Como se o Estado fosse a *causa finalis* da história. É o próprio HEGEL proclamando que ‘*Der Staat ist göttlicher Wille als gegenwärtiger, sich zur wirklichen Gestalt und Organisation einer Welt entfaltender Geist*’ (Grundlinien der Philosophie des Rechts. § 270) (tradução livre: ‘O Estado é a vontade divina como espírito presente ou atual que se desenvolve na formação e organização de um mundo’). (Breves meditações sobre o devido processo legal. *Revista eletrônica Empório do Direito*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal>. Acesso em: 13 mar. 2020).

Ora, se é através do “processo” que se conferem limites e racionalidade ao exercício do poder estatal, como conceber a ideia de que o fundamento de determinadas decisões possa recair, por exemplo, na simplória reprodução de uma eventual manifestação ministerial anteriormente inserida naquele feito que se apresenta para julgamento?

A fundamentação *per relationem* (ou *ad relationem*, na expressão do saudoso professor Antônio Magalhães Gomes Filho, (GOMES FILHO, 2001, p. 199), por mais que se tente interpretar de forma diversa, constitui-se em técnica comumente utilizada para reduzir o “empenho justificativo” que se espera do órgão jurisdicional, tal qual uma tentativa de resposta para apaziguar o que não deve ser apaziguado, mas, sim, devida e corretamente justificado. Não pactua, portanto, com os ideais democráticos e apresenta-se como verdadeiro desserviço.

É possível afirmar, assim, que estamos diante de arremedos decisórios, de artifícios de fundamentação (quicá válvulas de escape) que pululam aos nossos olhos e que, sem qualquer cerimônia, viram as costas para o dever constitucional de motivação das decisões judiciais. A propósito, exemplos diários, que alimentam o que aqui se discorre, não faltam, tanto na esfera cível quanto na esfera penal, seja no Supremo Tribunal Federal, seja no Superior Tribunal de Justiça, notadamente, evidenciando uma ausência de preocupação para com as consequências (nefastas) que advêm de cada um dos respectivos julgados. Apenas a título de confirmação,

seguem trechos de ementas de julgados oriundos do Superior Tribunal de Justiça e que respaldam, sem qualquer restrição, a motivação *per relationem*:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, mesmo após o advento do novo Código de Processo Civil, admite o emprego de motivação *per relationem*, a fim de evitar tautologia, reconhecendo que tal técnica se coaduna com o art. 93, IX, da Constituição Federal (STJ, AgInt no REsp 2.004.969/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 26/9/2022, p. em 30/9/2022).

O Superior Tribunal de Justiça possui firme entendimento de ser válida a utilização da técnica da fundamentação *per relationem*, em que o magistrado emprega trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, desde que a matéria tenha sido abordada pelo órgão julgador, com a menção a argumentos próprios, como ocorreu no caso em análise (STJ, AgInt no AREsp 1.420.569/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. em 11/2/2020, p. em 14/2/2020).

A fundamentação *per relationem* é válida, inexistindo óbice à utilização de elementos contidos em manifestações ministeriais ou em sentença, não havendo que se falar em violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal pelo emprego da técnica. Precedentes. (STJ, AgRg no REsp 1.848.688/PR, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Quinta Turma, j. em 11/2/2020, p. em 18/2/2020).

Não fossem somente os inúmeros acórdãos de ambos os tribunais superiores, o tema, no Superior Tribunal de Justiça, ainda foi fixado, na esfera penal, na tese sob nº 18, cuja redação é a seguinte: “A utilização da técnica de motivação *per relationem* não enseja a nulidade do ato decisório, desde que o julgador se reporte a outra decisão ou manifestação dos autos e as adote como razão de decidir”.

A fundamentação de todos os provimentos é garantia constitucional estabelecida, de forma expressa, no art. 93, IX, sendo, também, imprescindível para uma adequada avaliação do raciocínio que é desenvolvido com lastro no exame de todo o conjunto probatório. É somente através da fundamentação que podemos aferir, avaliar, se fora observado o devido processo legal, pois estamos em contato, é certo, com um elemento essencial cuja eficácia e cuja observância ratificam o poder contido no ato decisório.

Justificar não é busca que se faz, em torno de uma eventual erudição do órgão jurisdicional, mas, sim, é busca que se faz em torno da explicação dos reais motivos que levaram à conclusão então firmada. Aliás, jurisprudência clássica existe, há tempos, no sentido de que a “Constituição não exige que a decisão seja

extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento,” (2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, AI 162.089-8-DF, DJU de 15/3/1996, p. 7.209). O que não se deve, portanto, e sob hipótese alguma, é querer cancelar a fundamentação *per relationem* como se fosse a solução para todas as panaceias.

Por outro lado, o que estabelece o nosso Código de Processo Civil de 2015, ao se preocupar, de maneira clara, com o déficit de qualidade na fundamentação das decisões judiciais? É possível observar, diante das alterações propostas pelo legislador, a implementação da chamada fundamentação “exauriente”, anteriormente mencionada?

A resposta a esta última indagação é afirmativa. A propósito, prova concreta e efetiva de que há uma verdadeira mutação no sistema de fundamentação advém do fato de o legislador, em termos infraconstitucionais, ter optado por repetir, em seu art. 11, basicamente, o teor do comando constitucional, ao passo que, no § 1º do art. 489, na mesma linha de entendimento, disciplina, em 6 (seis) incisos, situações em que não considera como “motivada” qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, o que revela uma patente intenção de se exigir um conteúdo decisório mais elaborado e que tenha a capacidade de revelar um serviço judicial eficiente e de qualidade.

Mas não é só. O mesmo texto infraconstitucional, ainda, considera omissa a decisão que “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”, sendo cabível a oposição do recurso de embargos de declaração (inciso I do parágrafo único do art. 1.022), apontando, também, que, caso o juiz incorra em qualquer das situações descritas no referido § 1º do art. 489, a decisão será igualmente considerada omissa e caberá, da mesma forma, o recurso de embargos de declaração (inciso II do parágrafo único do art. 1.022).

Como se percebe, e em razão do até aqui apresentado, resta nítido que o sistema de fundamentação decisória se aperfeiçoou. E se assim o é, a incompatibilidade com as decisões *per relationem* fica clarificada. Neste sentido, aliás, é o próprio Código de Processo Civil, que, em seu art. 1.021, § 3º, dispõe ser vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada, para julgar improcedente o agravo interno, numa clara corroboração do que aqui se expõe.

Sim, a fundamentação discricionária, solipsista, subjetiva, que se apropria de razões constatadas em ato jurídico diverso, sem qualquer respeito ao comando constitucional e assentada em posições preconcebidas, revela-se absolutamente incoerente com a essência do Estado Democrático de Direito e com o devido “processo”, bem como com os princípios do contraditório substancial, da boa-fé objetiva e da cooperação, todos expressamente consagrados pelo texto de 2015.

“Mantenho a decisão pelos seus próprios fundamentos” ou “As alegações do autor merecem prosperar, e, amparado no parecer do Ministério Público retratado a fls. x, julgo procedente o pedido inicial para [...]” são, com a devida vênia, alguns exemplos de fundamentação por remissão, por referência, inquestionavelmente inaplicáveis quando nos deparamos com a alteração legislativa proposta pelo legislador de 2015.

Júlio César Rossi, escrevendo a respeito da presente temática, muito bem pondera que:

Em um Estado Democrático de Direito, onde o monopólio da produção e aplicação do Direito cabem às instituições constitucionalmente criadas, ao Poder Judiciário é insito, em última análise, o dever não só de prestar tutela jurisdicional, sob pena de descambar para a proibição do *non liquet*, mas também prestá-la de forma adequada, ou seja, oferecê-la por meio da irrenunciável, arreligiada, imaleável, motivação de inconfundível conteúdo eminentemente jurídico. Isso é um dever fundamental ao jurisdicionado (ROSSI, 2020).

O que se quer deixar claro é que não é sequer razoável aos órgãos jurisdicionais, simplesmente, a transcrição da decisão recorrida, situação a refletir uma completa dissociação do sistema. Se a opção do julgador for pelo aproveitamento de trechos que considere relevantes, e que estejam devidamente justificados, que sejam demonstrados os motivos pelos quais a decisão é considerada válida e correta, a fim de abonar a manutenção do seu conteúdo. A mera, simplória transcrição de um determinado conteúdo, por si, faz com que a dialeticidade recursal se perca, faz com que a insurgência então apresentada não tenha qualquer finalidade, seja inútil. Não é isso que se quer, não é isso que busca o jurisdicionado.

Se vivemos num país que, ao menos em sede constitucional, é considerado como Estado de Direito, é fato que, desde a sua origem, repudia-se, de um lado, todo e qualquer despotismo, havendo que se privilegiar, por outro lado, e acima de

tudo, a razão. É neste sentido que o “processo” judicial deve criar condições para que sejam perfectibilizadas todas as garantias constitucionais, inclusive a da fundamentação das decisões judiciais.

Alfredo Araújo Lopes da Costa, de forma singular, escreveu, na primeira metade do século passado, que

não é motivação, mas desta simples aparência, dizer o tribunal que confirma a decisão de primeira instância ‘por ser conforme ao direito e à prova dos autos’. É um círculo vicioso, um *idem per idem*. É implícito que a confirmação de uma sentença a declara certa e justa, de acordo com a lei e a prova. Então não carecia o tribunal vir dizê-lo. O que é necessário é externar porque ela não está errada (LOPES DA COSTA, 1959, p. 296).

Ora, seja qual for o argumento que se queira adotar para justificar a fundamentação *per relationem*, privilegiando-se, dentre outros, a economia processual e a razoável duração do processo (não olvidando que a Lei dos Juizados Especiais Cíveis, 9.099/95, a incorpora em seu art. 46, parte final), tem-se que o maior equívoco é a não legitimação do exercício da função jurisdicional, comprometendo-se, sobremaneira, o resultado final e a expectativa dos demais sujeitos processuais, diria, da própria sociedade. Se, em diversos momentos da história, a fundamentação foi erigida ao papel de garantidora de uma maior racionalidade e transparência das atividades estatais, ter sua previsão em textos constitucionais, logo após a queda de sistemas ditatoriais que então imperavam, é um manifesto sinal de desenvolvimento das sociedades democráticas como um todo.

O dever jurídico de motivação das decisões é decorrência do mencionado desenvolvimento histórico-social, é imposição que, naturalmente, objetiva o afastamento do arbítrio judicial (situação, como já destacada, totalmente afrontadora dos princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito) e que já prevalecia, até mesmo, em períodos anteriores à própria configuração política do Brasil, como Estado independente – as Ordenações Filipinas (promulgadas por Felipe II da Espanha e I de Portugal, em 1603), em seu Livro III, Título LXVI, parágrafo 7º, primeira parte, assentavam:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór 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 sejam Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças 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 revogar.

O provimento emanado por intermédio do exercício processual da função jurisdicional tem o condão de findar a controvérsia litigiosa de forma imperativa (no sentido de acatamento à decisão porque construída discursiva e democraticamente pelas partes). Esta é uma situação que poderá gerar, junto aos afetados pela decisão, e como corolário da democracia, insatisfações que serão (ou não) inarredavelmente questionadas em sede recursal.

A observância do devido processo, no tramitar da demanda, revela-se, pois, como imprescindível quando da suscitação de tal inconformismo, afastando, por completo, as inferências que amparam, que dão suporte à fundamentação *per relationem*.

Mais ainda, é somente a partir da fundamentação (racional) dos atos decisórios que a atividade jurisdicional, como um todo, restará autenticada no Estado Democrático de Direito, possibilitando transparência, publicidade e a devida fiscalização que poderá ser exercida pelo povo numa verdadeira “prestação de contas” da atividade estatal. José Carlos Barbosa Moreira resume o caráter justificador de que as decisões judiciais sejam fundamentadas:

No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como *rechtsfertiger Staat*, como ‘Estado que se justifica’. Distingue a doutrina dois aspectos complementares dessa ‘justificação’: o material e o formal. A intromissão é materialmente justificada, quando para ela existe fundamento; é formalmente justificada, quando se expõe, se declara, se demonstra o fundamento (MOREIRA, 1980, p. 89).

O controle dos atos decisórios funda-se, então, em comportamento ínsito à existência democrática, razão pela qual se justifica que a pertinente motivação seja destacada como garantia constitucional.

O formato ideal de construção de uma decisão judicial há que se moldar ao que reza o ordenamento através da sua base principiológica, pois sua legitimidade será aperfeiçoada, também, a partir do instante em que a motivação a ela inerente não esteja calcada em critérios subjetivos, pessoais, de sentimentos vagos de

justiça, em critérios de referência, mas, sim, quando resultar de atividade procedimental que tenha sido desenvolvida mediante a apreciação de todas as questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelos sujeitos processuais, até porque é sabido que estes últimos é que serão os afetados pelos respectivos efeitos oriundos do provimento.

É preciso que se elimine, definitivamente, a ideia de provimento como ato de inteligência, de superposição, de volição, que advenha da sensibilidade magnânima de quem julga, sob pena de manutenção do *status quo* do sistema jurídico e de conformação com o raciocínio de que não se faz necessário restaurar ou reconstruir o conceito de provimento em si, deslegitimando a própria essência do ato de decidir.

Em resumo, é preciso sempre recordar que o alcance que deve ser conferido à motivação dos provimentos se assenta, necessariamente, no exercício da jurisdição, através do devido processo constitucional, e, também, na exata compreensão de que o procedimento deve se desenvolver de forma compartilhada entre os sujeitos processuais, tudo a justificar a atuação do órgão jurisdicional.

A fundamentação *per relationem*, com a devida vênua, passa muito longe do ambiente democrático, nem sequer legitima a atuação estatal.

#### 4 CONCLUSÃO

É notória a existência de escassa referência bibliográfica, específica, que aborde, no contexto democrático, o tema da prova como direito fundamental (e a necessidade de obediência irrestrita à possibilidade de sua ampla produção, sem limitações a serem impostas pelo órgão judicial) e elemento indissociável da legitimação do (racional) provimento final.

Conquanto considerável parte da doutrina ainda opte pelo mais do que falível discurso que contempla o direito fundamental à prova nas ideias preconizadas pelo Estado Social (e que colocam o juiz como protagonista máximo e inatingível), visualizando esse mesmo direito com a possibilidade de que possa sofrer limitação incondicional por parte do órgão julgador (verdadeiro cerceamento de defesa), indiscutível se mostra que outros são os tempos que vivemos e que não se pode apartá-lo da adequada motivação do provimento (sua justificação racional e desvinculada de qualquer convicção pessoal e/ou política) e, conseqüentemente, da sua legitimidade.



Nesse contexto, a teoria geral da prova, com os olhos voltados para o Processo Civil contemporâneo, (há algum tempo) necessita de uma (re)construção que tenha suporte numa melhor estruturação da técnica cognitiva (mesmo porque se encontra diretamente relacionada à atividade probatória e seus institutos correlatos), que compreenda a necessidade de participação das partes, como afirmado, na formação do provimento final (argumentação racional vinculando a atividade cognitiva).

A pavimentação do caminho cognitivo, tecnicamente falando, deve se dar de forma a permitir que todos os envolvidos atuem isonomicamente e em obediência aos princípios inerentes, num constante exercício dialético a afastar, definitivamente, a ainda persistente ideia de autoritarismo e de protagonismo judicial.

Diante da necessidade de resgate do papel da técnica processual, até mesmo como lastro da democratização processual, não se concebe que o órgão judicial traga consigo aspectos de convencimento meramente subjetivos e baseados em ideologias próprias. Deve, em exercício de racionalidade lógica, como visto e revisto, perfilar a valoração e a valorização do elemento de prova nos autos, a fim de sustentar o ato decisório em motivação legitimada, jamais em motivação referenciada.

Eventuais benefícios/prejuízos somente poderão ser melhor aquilatados após a efetiva aplicabilidade prática do ordenamento processual civil vigente, pois não pode ser desconsiderado que seu conteúdo se apresenta permeado de alguns bons argumentos e propósitos compatíveis com a ideia do “processo na construção do Estado Democrático de Direito” (como a questão principiológica de início inserida no texto e a concretização do “dever de consulta”, manifestação do contraditório substancial, imposto ao órgão jurisdicional para que não profira qualquer provimento com base em questão a respeito da qual as partes não tiveram oportunidade de manifestação).

É na incidência das mesmas garantias principiológicas constitucionais que o processo se define e se estrutura, atuando como mecanismo legal de controle da atividade do órgão jurisdicional. Não há lugar para o entendimento de que esse mesmo processo seria um instrumento de controle, pelo juiz, a fim de que sejam atingidos escopos metajurídicos de pacificação social.

As funções jurisdicionais somente são democraticamente exercidas com estrita vinculação aos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório, isonomia

de partes, acesso ao direito e fundamentação das decisões estatais, tudo de forma compartilhada e, novamente, em simétrica paridade.

Pensa-se que não há argumento maior a sustentar a ideia de democracia dentro de um Estado Constitucional do que a legitimação, em si, do próprio poder exercido, o que, via de consequência, implica a legitimidade dos direitos fundamentais então reconhecidos. A propósito, é o direito fundamental à prova, encartado no contexto do processo devido, que concretiza a participação e a fiscalização incessantes de todos os sujeitos do processo da vivência democrática, qualificando, assim, os atos decisórios, não encontrando qualquer eco ou ressonância, como visto, em provimentos que se baseiam, tão somente, em referências ou remissões, como, infelizmente, nossos tribunais superiores ainda insistem cancelar.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. Temas de Direito Processual (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1980.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia e uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Breves meditações sobre o devido processo legal*. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-88-a-des-motivacao-per-relationem-uma-especie-non-liquet-na-era-do-processo-tecnocratico>. Acesso em: 26 jun. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Objeto da cognição judicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 373, p. 85, maio/jun. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil brasileiro*. 2. ed., Tomo III, nº 240. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. v. 1

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. 2. ed. Brasília: UnB, 1994.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSSI, Júlio César. *A (des)motivação per relationem: uma espécie non liquet na era do processo tecnocrático*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-88-a-des-motivacao-per-relationem-uma-especie-non-liquet-na-era-do-processo-tecnocratico>. Acesso em: 26 jun. 2020.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.