

PORQUE ERA NECESSÁRIO ACABAR COM O LIVRE CONVENCIMENTO NO NOVO CPC?

WHY IT WAS NECESSARY TO FINISH WITH FREE CONVICTION IN NEW CPC?

KARINA MARIA MEHL DAMICO FONSECA

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

Doutor, Mestre em Direito do Estado e Bacharel pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). É Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Foi Professor da Universidade Federal do Paraná, Coordenador do Escritório de Prática Jurídica do Curso de Direito e Vice-Procurador-Geral da mesma Universidade. É Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Catarinense de Estudos Jurídicos, do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral e do Instituto dos Advogados do Paraná. É Professor Benemérito da Faculdade de Direito UNIFOZ e Patrono Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Político.

RESUMO

O sistema adotado até a vigência do novo CPC era o do livre convencimento motivado, em que o juiz podia escolher, livremente, dentro do conjunto probatório a prova que melhor lhe servisse para formar a sua convicção, fazendo com que as decisões fossem formuladas através do subjetivismo do julgador. A distorção do livre convencimento motivado ao longo dos anos bem como do aumento do poder discricionário do julgador, fizeram com que, após muita discussão, o legislador acabasse com o sistema. Assim, o

presente artigo tem por objetivo analisar porque era necessário acabar com o livre convencimento no novo CPC.

PALAVRAS CHAVE: princípio, livre convencimento, valoração da prova, fundamentação, limites.

ABSTRACT

The system adopted by the duration of the new CPC was the free motivated conviction, in which the judge could choose freely within the evidence together to prove that best serve him to form his conviction, making the decisions were made by subjectivism of the judge. The distortion of free conviction motivated over the years as well as increasing the discretionary power of the judge, made after much discussion, the legislature ended with the system. Thus, this article aims to analyze why it was necessary to end the free conviction in the new CPC.

KEYWORDS: principle, free conviction, assessment of the evidence, reasoning, limits.

1 INTRODUÇÃO

Até a entrada em vigor do CPC de 2015, o juiz poderia apreciar livremente as provas produzidas, porém, deveria justificar como chegou à sua convicção. Ou seja, deveria mencionar em que se baseou a sua decisão (art. 131 do CPC/73).

O sistema da valoração das provas teve interessante evolução histórica, ante às mudanças do pensamento jurídico.

No Código de Processo Civil de 1973 o sistema adotado era o do livre convencimento motivado, também conhecido como da persuasão racional. Nele o juiz era livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o valor que entendesse pertinente. Não significa dizer que o juiz pudesse decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que fosse dado aos fatos alegados a devida consideração em cotejo com as provas produzidas.

No entanto, com o passar do tempo, o sistema do livre convencimento motivado foi sendo distorcido, vindo o Código de Processo Civil de 2015 alterar essa sistemática, com a supressão do livre convencimento do juiz. Assim,

grandes mudanças foram instauradas ao ordenamento processual, já que foram estabelecidos limites ao julgador, que não mais poderá julgar como queira – de acordo com a sua consciência -, bem como preconizada a valoração democrática da prova.

Este artigo está dividido em quatro capítulos. O capítulo 1 estabelece o tema e a delimitação da pesquisa. O capítulo 2 apresenta um retrospecto histórico do princípio do livre convencimento, trazendo um subcapítulo que trata sobre a contextualização histórica do princípio do livre convencimento no direito brasileiro. O capítulo 3 aborda o tema principal discorrendo sobre o Princípio do Livre Convencimento e o Novo CPC, analisando porque era necessário acabar com o livre convencimento. Por fim, o capítulo 4 apresenta as conclusões da pesquisa. O método de pesquisa é o teórico bibliográfico.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO

O primeiro sistema de provas historicamente conhecido foi o “positivo” ou “sistema da prova legal”, em que as provas tinham um valor fixo estabelecido previamente em lei.

É certo que esse sistema foi sendo transformado por meio de costumes, crenças, convicções e conveniências, que variavam de acordo com a região e a época de sua aplicação.

Nele, o legislador atribuía um determinado valor às provas e mesmo que essas contrariassem a verdade dos fatos, deveria o juiz julgar com base nelas desconsiderando os fatores racionais que pudessem formar o seu convencimento (PETRY, 2003, p.8).

Inicialmente, as regras de análise das provas do sistema legal tinham por base o método das Ordálias, também chamadas de Juízos de Deus. As ordálias consistiam em submeter o acusado a um desafio - normalmente doloroso ou perigoso -, para que ele provasse a sua inocência, pois acreditava-se na intervenção divina durante a provação proposta, ou seja, se o acusado fosse inocente, Deus intercederia como em um milagre e a pessoa não sofreria as consequências do desafio imposto pela ordália.

Assim, todas as provas tinham conteúdo irracional e reconhecia-se que a razão não julgava, apenas limitava-se a emitir o juízo de Deus. (MANOEL, 2014)

A fama das ordálias deu-se no período da Idade Média (talvez pela romantização na literatura ou como crítica ao catolicismo), porém suas práticas são bem mais antigas que o Código de Hamurabi, mas é nele que se tem o primeiro registro oficial, escrito e datado de uma ordália¹.

Como exemplo de uma ordália, cita-se a provação pelo fogo. Nela o acusado deveria andar de três a nove passos segurando um ferro em brasa. Suas mãos eram enfaixadas e aguardavam-se três dias. Ao retirar as ataduras, se a ferida estivesse sarando, o acusado era considerado inocente. Se a ferida apresentasse inflamação ou pouco avanço na recuperação dos ferimentos, o acusado era considerado culpado. Outros exemplos são a provação pela água quente, a provação pela água gelada, a provação pela cruz e a provação pelo duelo.

Tal prática caiu em desuso com a chegada da época conhecida como Baixa Idade Média, por volta do ano 1.100. Gradativamente as regiões que tinham este costume deixaram de lado as ordálias, substituindo por outros métodos de julgamento um pouco mais racionais e menos desumanos.

Com a evolução do sistema positivo, as provas humanas passaram a substituir as de ordem divina.

Por este método, a lei fixava regras sobre quais eram as provas admissíveis e sobre o valor probante, pré-determinado, de cada meio probatório. A exemplo, estabelecia-se quantas testemunhas seriam necessárias para ser confirmada a veracidade de um fato específico ou avaliava-se o testemunho de acordo com a classe social do depoente, tudo com base em determinação legal. Assim, neste período, cujas origens remontam ao direito canônico², o juiz tinha pouca ou nenhuma liberdade ao analisá-las, cabendo-lhe tão somente aplicar a tabela de valores estabelecida pelo legislador, num movimento chamado “sistema regular de provas”, já que o juiz não valorava a prova, apenas a

¹ As Ordálias da Idade Média, ou “o Juízo de Deus”. Fonte: Historia Zine. Disponível em: <https://historiazine.com/as-ordalias-da-idade-media-d090cbac4831#4rwdikait>

² Apogeu do Direito Canônico nos séculos XII e XIII e decadência a partir do século XIV ao século XVI.

apreciava, conforme os ditames inalteráveis fixados pelo legislador. (MANOEL, 2014)

Com a transformação do pensamento processualista, a valoração numérica das testemunhas deixou de ser utilizada, dando espaço a outros meios de apreciação da prova.

Assim, surge o sistema da “íntima convicção”, pelo qual a verdade dos fatos estava na consciência do juiz. Nesse modelo o magistrado decidia *secundum conscientiam* e podia formar sua convicção a partir de quaisquer fatos, mesmo daqueles dos quais teve conhecimento extrajudicialmente, ou de suas impressões pessoais, inclusive contra as provas produzidas. Tudo era conduzido à percepção íntima do juiz, segundo a fórmula romana “*si paret – si non paret*”, ou seja, cabia ao julgador condenar “se lhe parecesse” e absolver “se não lhe parecesse”. Logo, ele não se vinculava aos elementos produzidos nos autos e suas decisões prescindiam de fundamentação (MANOEL, 2014)

Foi a fase do total liberalismo do processo, em posição diametralmente oposta ao sistema regular de provas. Era a negação do direito em prol do arbítrio, chegando a tal ponto que o juiz poderia deixar a lide sem solução em caso de provas demasiadamente conflitantes que inviabilizassem a formação de sua convicção (ARONNE, 1996, p.14-15).

O método da íntima convicção durou até meados do século XVI. Quando a opressão superou o limite do tolerável pelas injustiças e arbitrariedades cometidas - já que os julgadores não tinham quase nenhum limitador quanto à sua forma de decidir, estourou a Revolução Francesa. (MANOEL, 2014)

Com a Revolução Francesa de 1789, surge o Princípio do Livre Convencimento do Juiz.

Diante da influência das ideias deste movimento, os responsáveis pretenderam normatizar tudo, fato que ensejou aos julgadores a tarefa de apenas aplicar a lei.

Consequentemente, as leis se multiplicaram em razão da casuística legislativa, já que os julgadores não podiam interpretá-las. A hermenêutica vigente neste momento consistia na lógica formal aristotélica, e era tido como democrático o intérprete que inflexivelmente aplicava a lei (MACEDO, 2016), na

forma do brocardo “*optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis*” (tanto mais perfeita é a lei quanto menor arbítrio deixa ao juiz).

Em reação ao literalismo do século XIX, a doutrina reagiu ao sistema, apoiada pelos pretórios. Na nova posição, afirmava-se que cabia à jurisprudência fazer evoluir o direito, adaptando a legislação à evolução do mundo dos fatos. (ARONNE, 1996, p. 19)

Surgia um novo sistema de valoração das provas, com limites racionais ao julgador. No século XX, a lógica racional pôde ser vista como método de hermenêutica, através do modelo da persuasão racional, posteriormente vindo a integrar-se ao Direito Processual (PESSOA, 2007, p.05).

2.1 Contextualização histórica do princípio do livre convencimento no direito brasileiro

Tendo em vista a aplicação da lei pelo Judiciário sob critérios valorativos os quais priorizavam a justiça e o bem-estar social, o pensamento jurídico evoluiu. Nesse sentido, os poderes do juiz foram ampliados no que tange ao entendimento de que cabe ao julgador dar a solução mais justa possível ao litígio. A partir daí, surge um sistema novo de valoração da prova, tendo limites mais racionais para o julgador e implicações no Direito Processual Civil. Trata-se do sistema da convicção racional, que motivou o aparecimento do Princípio do Livre Convencimento do Juiz. (ARONNE, 1996. p. 19-21).

Assim, numa contextualização histórica luso-brasileira, Nelson Nery Junior (2013, p. 299) observa que as Ordenações Filipinas já previam ser dever do juiz motivar suas decisões (Livro III, Título LXVI, n. 7º.), vindo a ter sua continuidade no Regulamento 737 de 1850 (artigo 232).

De igual sorte, o Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 118, estabelecia que

Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não admitirá a prova por outro meio.

E seu parágrafo único ainda estabelecia que o juiz tinha o dever de, na sentença ou despacho, indicar os fatos e as circunstâncias que motivaram o seu entendimento.

No CPC de 1973, a palavra “livremente” também aparecia, tendo o artigo 131 a seguinte redação:

Art. 131. O juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento.

Isso pode ser confirmado também no Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Este princípio também está expresso na Constituição Federal, no artigo 93, inciso IX, primeira parte, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, prevendo que toda decisão, deverá ser motivada sob pena de nulidade:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Observa-se que o dispositivo constitucional tem por objetivo conferir racionalidade às decisões, preservando a legalidade dos pronunciamentos judiciais. Mas, embora a Constituição Federal conceda a livre apreciação das provas pelo juiz, veda que assim proceda sem a apresentação das respectivas justificativas, a fim de evitar que se retorne ao arbítrio das decisões.

Nesse sentido, Nelson NERY JÚNIOR (2004, p. 519), aduz que no livre convencimento motivado,

O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno jure* (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto.

Eis, assim, a livre convicção motivada dos juízes, isto é, a técnica mediante a qual as provas são examinadas de acordo com a consciência judicial, à luz das impressões colhidas do processo e pela análise imparcial e independente dos fatos e circunstâncias constantes nos autos. (BULOS, 2000, p. 185)

Vale observar que, na doutrina são três sistemas principais de valoração da prova: - o sistema da prova legal ou tarifada, em que a lei pré-concebe o valor da prova, não deixando qualquer valoração por critério intrínseco para o julgador. O sistema do livre convencimento puro, em que o julgador tem total liberdade para apreciar e valorar a prova, não havendo sequer necessidade de expor os motivos que lhe formaram convencimento. E o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, no qual se reconhece liberdade do julgador para apreciar e valorar a prova, com a condição de que, na decisão, exponha as razões de seu convencimento.

No entanto, no CPC de 2015 não há a palavra “livremente”, anteriormente estabelecida - como visto, no artigo 118 do CPC/39, no artigo 131 do CPC/73 e no artigo 155 do CPP e inc. IX, art. 93 da CF, levando muitos intérpretes da Lei 13.105/2015 a sustentar que não existe mais no Direito Processual Civil Contemporâneo o Princípio do Livre Convencimento Motivado, muito embora haja opiniões defendendo o contrário.

Prevê o artigo 371 do CPC/15:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Diante de tal supressão que os operadores do Direito estão se dividindo, como será analisado.

3 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO E O CPC DE 2015

Na abertura da defesa de sua dissertação de mestrado, que deu origem ao livro *Teoria da Decisão Judicial – Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada a Constituição de Lenio Streck* (Livraria do Advogado, 2010), o juiz de direito Fernando Vieira Luiz, impressionou a todos com a seguinte confissão³:

Sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores, com os quais convivo, são todos honestos, probos e justos. Interessante é que, quando nos reunimos para falar sobre os casos que decidimos, chegamos à conclusão que, embora a nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares”. Por isso, continuou, “cheguei à conclusão de que havia algo errado. Não basta ser honesto, probo e ter sentimento do justo. Todos, eu, minha mãe, meus amigos, decidimos conforme nossas consciências. Só que as decisões são tão discrepantes... Por isso, fui estudar ‘teoria da decisão’.⁴

Por aí já se constata que a “livre convicção” no direito brasileiro exige uma séria análise.

Sob esta ótica, Lúcio Delfino e Ziel Lopes (2015) defendem que o “princípio” do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC, que aposta suas fichas no contraditório como garantia de influência e não surpresa e, por isso, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é encarado como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais. Complementando, sustentam que

“que se quer do juiz não é que se torne *simples estátua na proa do navio* (ou um *robô*), em recuo ao liberalismo processual, mas sim que assuma definitivamente sua *responsabilidade política*. Suas pré-

³ Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC (STRECK, 2015).

⁴ Sendo esse “o juiz que sabe que um conjunto de (boas) “consciências” (ou boas intenções) dá o caos. Ou, no mínimo, gera discrepâncias, porque os valores de cada um são contingenciais (aqui Habermas entra rachando!). Por isso, uma criteriologia vem bem... Ou seja: mesmo um conjunto de “boas pessoas” não garante decisões adequadas à Constituição. (STRECK, 2015)

compreensões, seu pensar individual ou sua consciência não interessam aos jurisdicionados. Pertencem a ele e interessam a si próprio e àqueles com quem convive ou que com ele pretendam coexistir.”

No entanto, Fernando da Fonseca Gajardoni (2015), pensa de forma diametralmente oposta, afirmando que o livre convencimento motivado não acabou no novo CPC, pois, para ele, “esse princípio jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite”. Foi concebido, sim, como antídoto eficaz e necessário para combater os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro, suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, desde os tempos coloniais. Ademais, explana que os artigos 371 e 372 comprovam a afirmação de que subsiste a liberdade de valoração da prova, ao indicar que o juiz “apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado (isso não é livremente?), devendo, contudo, indicar as razões da formação do seu convencimento”.

Dito isso, tem-se que é inconteste que até a entrada em vigor do CPC de 2015, o sistema de valoração adotado era 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 significava que o juiz pudesse decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que fosse dado aos fatos alegados a devida consideração diante das provas produzidas. (PENTEADO, 2016)

Para valer-se dessa técnica, Uadi Lammêgo Bulos (2000, p. 186) diz que

a autoridade jurisdicional deveria desarmar o seu espírito, pois com sentimento de antipatia ou de simpatia não se interpreta, simplesmente ataca-se. E, para ele, interpretar é eliminar ideias preconcebidas e rivalidades de toda monta; é pôr-se ao lado do que se interpreta, numa intimidade muito maior do que qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático que seja. A própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esponta das normas jurídicas, penetrando-se nelas, dando-lhes a expansão doutrinária e prática. Só assim se executa o programa do juiz, ainda que, de quando em vez, “se lhe juntem conceitos e correções de *lege ferenda*”⁵.

⁵ MIRANDA, 1987 apud BULOS, 2000, p. 186.

Sobre a mencionada interpretação, o filósofo alemão Hans-George Gadamer (1999, p. 416), ensina que o intérprete põe em jogo os seus próprios preconceitos na tentativa de fazer justiça à proclamação da verdade do texto, ultrapassando, deste modo, o seu ponto de vista inicial e isolado e a sua preocupação com a individualidade do autor. O intérprete integra-se em um contexto de tradição, que pode ser divulgado e considerado na estrutura comum dos *preconceitos* falsos e verdadeiros.

Assim era de se esperar que a magistratura guardasse a sociedade contra o arbítrio estatal, garantindo o respeito às liberdades públicas e preservando a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, sobreleva o princípio que o juiz pode apreciar livremente as provas, atribuindo-lhes a força e o valor que entender, guiado apenas pela prudência objetiva e pelo bom senso, de modo a indicar, na decisão, os motivos que formaram o seu convencimento. (BULOS, 2000, p. 184)

Entretanto, o sistema do livre convencimento motivado foi sendo distorcido ao longo dos anos e, ao contrário do que deveria ser, ao juiz foi sendo atribuído um poder discricionário cada vez maior de, conforme seus critérios pessoais, dizer quais as provas que seriam ou não capazes de formar o seu convencimento - muitas vezes em contrariedade às partes, e na sequência analisá-las e, exercendo seu livre convencimento, valorá-las num trabalho meticuloso e delicado de interpretação e de exposição dos motivos que entendeu daquela forma.

Note-se, assim, que o que se exigia é que depois de formado o convencimento do juiz, ele deveria fundamentar racionalmente a sua decisão, mas esse convencimento poderia se dar livremente, de “*forma consciente*, desprovido de caprichos, achismos ou arbítrios?” (COUTINHO, 2015)

Para Sheyla Coutinho, no seu artigo “O novo CPC e a superação do empoderamento judicial?” (2015), o grande problema dessa forma de valoração da prova, é o grau de subjetivismo que impregna a decisão judicial. Não é nada mais do que a “manutenção do solipsismo clássico”. Assim, “só existe” o que está na consciência do julgador. O processo é retrato da consciência do Juiz, a partir de seus critérios próprios de racionalidade.

Para ilustrar tal questão, traz-se à colação o polêmico voto elaborado pelo Ministro do STJ, Humberto Gomes de Barros, no Agravo Regimental em

Embargos de Divergência de Recurso Especial nº. 279.889-AL, julgado em 14/08/2002, sustentando que o magistrado é totalmente livre para decidir, pois o faz de acordo com a sua consciência:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que **os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim.** E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. **Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele.** É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.** Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (Sem grifos no original).

Para Lúcio Delfino e Ziel Ferreira Lopes (2015), está aí a prova pujante da força das palavras, centrada em decisão prolatada pela Corte que tem a incumbência de zelar pela unidade do direito federal infraconstitucional, cujo eco, só por isso, inspira (e inspirou) a todos os que militam na praxe forense, além de alcançar os próprios jurisdicionados, que inescapavelmente se encontram à mercê da consciência dos (bons e maus) julgadores que pretendam seguir o exemplo. No sentir dos referidos autores, seria um quadro triste de uma justiça ainda “emaranhada em resquícios positivistas, enlameada no paradigma da filosofia da consciência” no qual o livre convencimento motivado encontra “*porto seguro*”, e onde julgadores valoram a prova a seu bel-prazer, ainda que motivadamente, e “*decidem assim porque pensam assim*”.

Por isso, que muitos já defendiam que a adjetivação “livre”, seja do convencimento ou da apreciação das provas, deveria ser extirpada do ordenamento. Com tal supressão estabelece-se que a valoração da prova não pode ser feita pelo juiz de forma discricionária, como o sistema anterior estabelecia, mas ao proferir uma decisão, cabe ao juiz, apresentar uma valoração discursiva da prova, justificando seu convencimento acerca das

alegações e indicando os motivos pelos quais acolheu ou rejeitou cada elemento do conjunto probatório.

Desse modo, um dos principais desafios do Direito Processual Civil, a partir da “hermenêutica contemporânea”, à luz de Hans-Georg GADAMER, é evitar a prevalência de uma prova processual sobre a outra, com base em uma “decisão maquiavélica”, que empodera a figura do Juiz para julgar segundo *seus critérios*, sem qualquer liame de objetividade/universalidade, “propiciando interpretações *ad-hoc* (quando não voluntaristas)”⁶. (COUTINHO, 2015)

É a “evitação” do que Paulo Bonavides (2008, p. 646) chama de “governo de juízes” ou de “ditadura constitucional da toga”.

A partir disso, a questão nevrálgica é tentar impedir que o intérprete judicial tome decisões de modo alheio e indiferente ao sentido da norma constitucional, exagerando em seu poder discricionário, e passando a decidir para além dos limites da moldura constitucional (COUTINHO, 2015). Afinal, “não se pode confundir, (...) a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismo por parte de juízes e tribunais” (STRECK, 2007, p.141), pois

o Estado Constitucional não mais comporta atividades públicas que sejam despidas de justificação, que não guardem qualquer relação com o prestígio à concreta participação dos jurisdicionados na formação das decisões judiciais que afetem suas esferas de interesse. (FILARDI, 2012)

Neste contexto, o jurista Lenio Streck - mentor da emenda supressiva do livre convencimento no Novo CPC -, no seu artigo intitulado “Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCCPC” (2015), relata que na versão original do NCCPC ainda “estava encravado o LCM (livre convencimento motivado)” e, considerando que há muito alertava a comunidade jurídica para o problema do protagonismo judicial⁷, que deita raízes em uma questão paradigmática e não meramente “técnica”, criticou o projeto defendendo que “de nada adianta exigir do juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação (artigo 389) se, por exemplo, ele tiver a liberdade de invocar a “jurisprudência do

⁶ STRECK, 2005, p. 308

⁷ Eis um “modelo de decisão” que simboliza a “coisa” (quem já não sofreu com uma dessas?): *O sistema normativo pátrio utiliza o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o que significa dizer que o magistrado não fica preso ao formalismo da lei....(...) levando em conta sua livre convicção pessoal.* (STRECK, 2015)

Supremo” que afirma que *o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes. Dar-se-ia com uma mão e se tiraria com a outra...*”

Continuando, o jurista diz que depois de muita discussão, o relator do projeto, deputado Paulo Teixeira, aceitou sua sugestão de retirada do livre convencimento⁸, o que considera “uma conquista hermenêutica sem precedentes no campo da teoria do direito de *terrae brasilis*” e, acrescenta:

o Projeto, até então, adotava um modelo solipsista *stricto sensu*: veja-se que o artigo 378 falava que “O juiz *apreciará livremente* a prova...”. Já o artigo 401 dizia que “A *confissão extrajudicial será livremente apreciada...*”. E no artigo 490 lia-se que “A *segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra*”.

Portanto, *todas* as expressões que tratavam do LC foram expungidas do NCPC. O LC passou a ser um apátrida gnosiológico. Assim, se alguém quiser invocar a tese de que “mesmo sem constar no NCPC, o juiz tem, sim, LC”, invoco eu uma coisa prosaica, que se aprende no primeiro ano até mesmo na Faculdade do Balão Mágico: *a da interpretação histórica* (aliás, sobre isso falamos no Parlamento, longamente, Paulo Teixeira, Fredie e eu no dia da emenda). Mormente se algo é expungido da lei. (...) (STRECK, 2015)

A partir disso, Lenio Streck (2015) revela que a pergunta pelo processo jurisdicional democrático começa a ser respondida da seguinte forma: “o *processo deve ser pautado por direitos e suas disposições têm o sentido de limite, de controle*. Assim, o processo deve servir como mecanismo de *controle* da produção das decisões judiciais”. E por quê? Por pelo menos duas razões:

a uma, porque, como cidadão, tenho direitos, e, se eu os tenho, eles me devem ser garantidos pelo tribunal, por meio de um processo; *a duas*, porque, sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente.

Some-se a isso a outra emenda de minha autoria: a da exigência de que todas as decisões estejam revestidas de coerência e integridade. (STRECK, 2015)

Ante a tais questões, importantes doutrinadores consideraram que o novo CPC abandonou a referência ao livre convencimento motivado, embora há quem

⁸ Justificativa sugerida por Lenio Streck e acatada, em termos gerais, pelo deputado Paulo Teixeira (em resumo): “embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. (...) *O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada.* (...)”. (STRECK, 2015)

defenda o contrário⁹. Fredie Didier (2015, p. 103) aduz que o silêncio do novo CPC é eloquente, ao retirar o advérbio “livremente” da expressão “o Juiz apreciará a prova”, contido no art. 371. Para ele, essa foi uma das mais importantes mudanças do ponto de vista simbólico do novo Código de Processo Civil, que foi “claramente inspirada nas provocações de Lenio Streck”.

Contudo, vale observar que o objetivo do legislador ao formular o Novo CPC foi de demonstrar, a partir do artigo 1º., que o processo civil deverá estar sempre em consonância com os valores e fundamentos constitucionais, reproduzindo, inclusive, no artigo 11 o conceito previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, assinalando que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”. Destaca-se, ainda, que o legislador faz uma série de regras e exceções¹⁰, lembrando ao julgador que as decisões a serem proferidas deverão, sempre, ser fundamentadas.

Ainda, quanto ao texto da lei, especial atenção merece o disposto nos artigos 489 e 927, § 1º., do Novo CPC, seja pelo ineditismo, seja pela polêmica criada.

O § 1º. do artigo 489 apresenta um extenso rol de hipóteses em que não serão consideradas como fundamentadas as decisões que (I) apenas indiquem, reproduze ou parafraseie ato normativo sem correlacioná-lo com a causa ou a questão decidida; (II) utilizem conceitos jurídicos indeterminados sem explicitar o motivo concreto de sua incidência; (III) invoquem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (IV) não enfrentem todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, em tese; (V e VI) se valham, ou não, de invocação de precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos nem demonstrar a subsunção do caso à hipótese invocada. Por sua vez, § 1º.¹¹ do artigo 927 traz expressa remissão ao § 1º. do artigo 489, apontando que os juízes e Tribunais observarão as hipóteses elencadas naquele, quando decidirem com fundamento neste.

⁹ Fernando da Fonseca Gajardoni, no artigo “O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC”. (2015)

¹⁰ Por exemplo, as hipóteses dos artigos 11, § 2º., IX (exceção à regra da ordem cronológica de conclusão quando a causa exigir urgência no julgamento); 370, parágrafo único (indeferimento de diligências tidas por inúteis ou protelatórias); 373, § 1º. (atribuição de ônus da prova de modo diverso da regra geral – teoria da carga dinâmica do ônus da prova); 647, parágrafo único (direitos de usar e fruir de bens antecipadamente por qualquer dos herdeiros em partilha), dentre outros.

¹¹ Art. 927, § 1º. Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º., quando decidirem com fundamento neste artigo.

Assim, pretendeu o legislador trazer o mais profundo enfrentamento às questões apresentadas no curso dos processos, aptos a ensejar a completa compreensão pelas partes dos fatos e fundamentos que levaram o julgador a proferir a decisão no caso concreto. (KORENBLUM, 2015)

Ademais, incumbe trazer a ponderação de Lenio Streck (2015), quanto à resposta que daria caso indagado do motivo de tanta luta para o fim do livre convencimento no Novo CPC:

Se me perguntarem, respondo com as vozes de milhares de advogados, que são surpreendidos diariamente com os “livres convencimentos”, “livres apreciações” e “julgamentos conforme as consciências”. (...) Não quero nada mais do que os juízes julguem de acordo com o direito (...).

Tenho pânico quando abro livros ou vejo em acórdãos coisas como: entre a lei e minha consciência, fico com a minha consciência. Ora, uma democracia se faz aplicando o direito e não a convicção pessoal de um conjunto de juízes ou tribunais. Lamento informar isso para quem entender o contrário. Não vejam isso como implicância minha.

Compreendem, agora, porque era necessário mandar para o exílio epistêmico o LC? Compreendem o porquê de minha luta? Compreendem o porquê de meu pânico em face ao protagonismo?

Se ainda têm dúvidas de minha intenção, perguntem aos advogados. Eles sofrem na carne tudo isso cotidianamente. Numa palavra: não há uma fórmula mágica para construir um Judiciário democrático. Não há, repito, pensamento mágico. Há, sim, muita luta. Que está só iniciando.”

Constata-se, dessa forma, que o fim do “livre convencimento” do juiz, visa a rejeição do individualismo exacerbado e da figura do “juiz empoderado, que julga motivando as próprias razões, previamente eleitas, buscando-se a cura da forma de poder [discricionário?], resultado da discursividade egocêntrica, que nega a alteridade, superando-se a figura do juiz “maquiavélico”, que promove suas decisões segundo seus fins (unilateralidade), com base nos seus próprios meios (motivação pessoal), e que se funda em um discurso de irracionalidade, ao contrário do que se propõe. (COUTINHO, 2015)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, com a entrada em vigor do CPC de 2015 surgiram discussões acerca da existência ou não no Direito Processual Civil

Contemporâneo do livre convencimento motivado, em razão da supressão da adjetivação “livre” no que se refere à valoração das provas pelo juiz.

Com base nisso, constatou-se a necessidade de acabar com o livre convencimento pelas distorções ocorridas nesse sistema, em que o juiz conferia, de acordo com sua consciência, o peso que bem entendesse, proferindo decisões com alto grau de subjetividade.

Assim, pelos fundamentos doutrinários que foram trazidos a esta pesquisa, tem-se que no novo processo civil não há mais lugar para o sistema do livre convencimento motivado. No entanto, cabe destacar que apenas a alteração da letra da lei, não tem força para produzir as mudanças processuais que devem ser implementadas pelos operadores do Direito – devendo os magistrados observarem nos seus julgamentos essa alteração e aos advogados fiscalizar as decisões para que possa se efetivar a mudança e evitar que se torne letra morta e proporcionar uma grande evolução ao Processo Civil.

Conclui-se, dessa forma, que se a inovação legislativa for devidamente considerada e implementada, extirpando-se definitivamente o “livre” convencimento, a valoração democrática da prova tomará espaço para que o direito dos cidadãos seja garantido por meio de pronunciamentos judiciais coerentes e escorreitos com as provas produzidas, acabando, definitivamente, com o subjetivismo das decisões.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº. 13.105/2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em set 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº. 5.869/73**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em set 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Decreto-Lei nº. 1608/1939**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em set 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei n.º. 3689/1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em set 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em set 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** 1ª Seção. AgReg em EREsp 279.889/AL, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ ac. Min. Humberto Gomes de Barros. julg. 14.08.2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=366847&num_registro=200101540593&data=20030407&formato=P DF. Acesso em set. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal.** Revista da EMERJ, v.3, n.12, 2000.

COUTINHO, Sheyla Yvette Cavalcanti Ribeiro. **O novo CPC e a superação do empoderamento judicial?** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago 2015. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15309&revista_caderno=21>. Acesso em out 2016.

DELFINO, Lúcio. LOPES, Ziel Ferreira **A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas.** Fonte: Justificando: mentes inquietas pensam Direito. Publicação em 13 de abril de 2015. <http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>. Acesso em set. 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** Salvador: Jus Podivm, 2015.

FILARDI, Hugo. **Motivação das decisões judiciais e o estado constitucional.** Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC.** Publicação: 6 de Abril de 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Acesso em set. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

KORENBLUM, Fábio. **A polêmica acerca da efetiva motivação das decisões judiciais sob a perspectiva no novo Código de Processo Civil.** 13 de março de 2015. Disponível em

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217116,91041-A+polemica+acerca+da+efetiva+motivacao+das+decisoes+judiciais+sob+a>. Acesso em set. 2016.

MACEDO, Fernanda dos Santos. **O convencimento do juiz e a motivação das decisões judiciais**. Publicação do Grupo de Pesquisas “Processos Coletivos”, da Faculdade de Direito da PUC, coordenado pelo Professor José Maria Tesheiner (editor). Maurício Matte – coeditor. Processos Coletivos. Revista Eletrônica Porto Alegre, ano 2016, v. 7, n. 3, julho a setembro. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/ponto-e-contraponto/667-o-convencimento-do-juiz-e-a-motivacao-das-decisoes-judiciais>. Acesso em set. 2016.

MANOEL, Márcia dos Anjos. **O Princípio do livre convencimento motivado como consectário do devido processo legal no Estado democrático de direito**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50389&seo=1>>. Acesso em: 30 set. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)**. 11ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PENTEADO, Luisa Vieira. **O livre convencimento motivado à luz do NCPC/15**. Direito Net. Pub. em 22.07.2016. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9859/O-livre-convencimento-motivado-a-luz-do-NCPC-15>. Acesso em set. 2016.

PETRY, Vinícius Daniel. **A Prova Ilícita**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 146, 29 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4534>>. Acessado em set. 2016.

Revista Consultor Jurídico. **Lenio Streck e Dierle Nunes analisam mudanças trazidas pelo novo CPC**. Ed. 25 de março de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-25/lenio-streck-dierle-nunes-analisam-mudancas-trazidas-cpc>. Acesso em set 2016.

SOUZA, Daniel Adensohn. **Reflexões sobre o princípio da motivação das decisões judiciais no processo civil brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo, n. 167, jan/2009

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

_____. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

_____. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC.** Revista Consultor Jurídico, 19 de março de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em out 2016

_____. **Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente?** Revista Consultor Jurídico, 5 de maio de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mai-05/senso-incomum-livre-convencimento-ncpp-nao-apanharam-suficiente>. Acesso em out 2016.