

A LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

Ronaldo João Roth²
Sylvia Helena Ono³

Resumo: *O presente trabalho visa enfrentar a discussão sobre a adoção, ou não, no novo Código de Processo Civil (CPC), do instituto do livre convencimento do juiz no processo civil. Desta maneira, registra-se a evolução histórica daquele instituto em confronto com a posição que sustenta ter sido aquele abolido. Tentamos demonstrar, assim, numa análise sistemática, que o novo CPC contempla o sistema do livre convencimento ou da persuasão racional do juiz, permitindo finalizar a abordagem do tema no sentido da manutenção do “status quo” daquele postulado do revogado CPC, ainda que por uma outra roupagem, onde a decisão sobre a adequada aplicação da lei depende da essencial valoração do juiz, de forma motivada.*

Palavras-chave: *Novo Código de Processo Civil. Livre convencimento. Persuasão racional. Aplicação da lei. Interpretação da lei. Motivação.*

Abstract: *This paper aims to address the discussion on the adoption, or not, the new Civil Procedure Code (CPC), the free conviction of the judge Institute on civil procedure. Thus, it registers the historical evolution of that institute at odds with the position it claims to have been the one abolished. We try to demonstrate thus a systematic analysis, the new CPC includes the system of free conviction or rational persuasion of the judge, allowing finalize the approach to the subject in order to maintain the "status quo" that the repealed CPC postulate, albeit by another guise, where the decision on the appropriate application of the law depends on the critical evaluation of the judge's motivated way.*

Keywords: *New Code of Civil Procedure. Free conviction. Rational persuasion. Law enforcement. Interpretation of the law. Motivation.*

¹ Artigo originariamente publicado na **Revista da Unifio**, sob o título: **Direitos e Garantias do novo CPC**. Osasco/SP: Edifio, 2016, pp. 58/73.

² Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo. Coordenador e Professor da Pós-Graduação de Direito Militar na Escola Paulista de Direito (EPD). Professor na Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB). Especialista em Processo Penal pela UNIFIG. Mestrando em Direitos Humanos pela UNIFIO. **Email:** ronaldoroth@uol.com.br

³ Advogada atuante na Justiça Militar do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Militar pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP). Professora da pós-graduação em Direito Militar na Escola Paulista de Direito (EPD). Mestranda em Direitos Humanos pela UNIFIO. **Email:** sylviaono@uol.com.br



Sumário: 1. Aspectos Gerais. 1.1 Problematização. 1.2 Significado do livre convencimento. 1.3 Antecedentes históricos do livre convencimento. 2. Desenvolvimento. 2.1 Aspecto lógico. 2.2 Aspecto teleológico. 2.3 Aspectos legal e constitucional. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1. ASPECTOS GERAIS

A entrada em vigor do **novo Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, revogando o Código anterior (de 1973), traz, de um lado, a esperança da solução ou de uma melhor otimização do Direito, da Justiça, fazendo frente a um colossal número de processos em andamento no Brasil (105 milhões em 2015), todavia, de outro lado, traz o receio às mudanças e aos institutos adotados no novel *Codex*.

É nesse quadro que nos propomos a enfrentar o desafiador artigo cujo título, por si só, já deixa a todos perplexos.

Assim, diante da vigência do novo CPC, incursionaremos no tema para deixar ao leitor reflexões sobre a questão e o nosso posicionamento acerca do assunto, tão caro ao Direito Processual Civil brasileiro.

1.1 Problematização

Com a entrada em vigor do Novo CPC, em 17/03/16, e diante de tantas inovações e institutos que foram abolidos, há de se perguntar se a livre convicção motivada do Juiz também desapareceu.

A questão ora problematizada tem em conta que o novo CPC não reproduz a norma do artigo 131 do revogado CPC que rezava:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º. 10.1973)

A matéria é de **alta relevância**, pois se trata da liberdade do Juiz de extrair as suas convicções pelo exame das provas para poder bem decidir.

Dentre as várias inovações trazidas, ao cuidar da matéria aqui discutida, o novo CPC adotou os institutos da **preponderância dos precedentes** e do **incidente de resolução de demandas repetitivas** (art. 927), causando a impressão de que fora abolido o sedimentado instituto do livre convencimento motivado do juiz.

Entendendo que houve **abolição do livre convencimento do Juiz** no novo CPC, LENIO LUIZ STRECK⁴ assim se posiciona:

Por emenda supressiva do relator Paulo Teixeira, atendendo à minha sugestão e contando com a aquiescência de Freddie Didier, Dierle Nunes e Luis Henrique Volpe, todas as referências de que o juiz-teria o poder-de-livre-convencimento foram colocadas em um exílio epistêmico. Isto é: foram retiradas do ordenamento processual. Neste ponto, viva o Novo Código de Processo Civil! (...)

Falando do exílio epistêmico do LC

Todos sabem de minha luta cotidiana contra o poder discricionário e seus genéricos, como o livre convencimento (motivado ou não) e a livre apreciação da prova (os processualistas penais da cepa já há tempo me dão razão — certo, Jacinto? Certo, Aury?). Denuncio isso há décadas. Na versão original do Novo Código de Processo Civil lá estava encravado o LCM (livre convencimento motivado). Dizia eu, então, 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 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... Pois bem. Depois de muita discussão, o relator do Projeto,

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do Novo Código de Processo Civil*, capturado em 24.12.15 no endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>



deputado Paulo Teixeira, aceitou minha sugestão de retirada do livre convencimento motivado. Considero isso uma conquista hermenêutica sem precedentes no campo da teoria do direito de *terrae brasilis*. Portanto, todas as expressões que tratavam do livre convencimento foram expungidas do Novo Código de Processo Civil. O livre convencimento passou a ser um apátrida gnosiológico. O relator Paulo Teixeira entendeu muito bem o problema. A nossa 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. O processo deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais. E por quê? Pelo menos por 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. Ao fazermos uma análise mais detida do Novo Código de Processo Civil, é possível perceber que as bases fundantes do Projeto, antes alicerçadas no vetusto — e autoritário — modelo social protagonista podem estar se alterando. Tenho convicção de que um dos pontos centrais a favor do Novo Código de Processo Civil é o abandono do livre convencimento. Simbolicamente isso representa o desejo de mudar. Da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção para se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja; ele deve explicitar com base em que razões, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira, conforme bem diz Marcelo Cattoni.

Numa palavra: o que clamam os advogados de todo o Brasil?

Alvíssaras, portanto. Se alguém me perguntar por que lutei tanto contra o livre convencimento, respondo com as vozes de milhares de advogados, que são surpreendidos diariamente com os “livres convencimentos”, “livres apreciações” e “julgamentos conforme as consciências”. Peço que a comunidade jurídica me apoie e me acompanhe nessa cruzada. Não quero nada mais do que os juízes julguem de acordo com o direito (em várias colunas expliquei o conceito). 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 livre convencimento motivado? 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.

A discussão envolve a **sedimentação na decisão judicial** pela **uniformidade**, da **estabilidade** e da **previsibilidade**, vez que, como sabido, o que se busca é um padrão de decisão judicial, sem a oscilação tão visível e concreta que existe hoje dentre os Juízes, pois se uma mesma causa, hipoteticamente, for submetida a Juízes diferentes, ter-se-á a possibilidade de decisões distintas.

Sobreleva-se no plano constitucional **duas** normas imprescindíveis a serem inicialmente aqui colacionadas para a compreensão de maior dimensão da questão problematizada: a) a **independência judicial** consubstanciada com a norma do artigo 2º c.c. art. 95 da CF; b) **dever de fundamentação na decisão judicial** (art. 93, IX, da CF). Pela primeira norma, **o juiz, livre de qualquer imposição externa ou interna ao Judiciário, deve decidir pelas suas próprias convicções**. Pela segunda norma, **o juiz, ao decidir, deve explicitar as razões, o raciocínio do porque decidiu de tal forma**.

Novamente, a ponderação crítica de LENIO LUIZ STRECK insurge-se contra o que chama de **juízo “conforme a consciência”**. Ao se referir ao **sistema de precedentes** no Brasil, **critica a ampla independência do juiz no momento do julgamento**. Nessa esteira, diferencia **decisão de escolha**, explicando que a decisão jurídica “não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. **Decidir não é sinônimo de escolher**”. A escolha é um ato de opção que se desenvolve sempre que se está diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância.⁵

⁵STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?*. 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 107.

A posição do mencionado autor inclina-se, inequivocamente, contra o livre convencimento do juiz, todavia, dessa posição discordamos como discorreremos no presente trabalho.

1.2 Significado do livre convencimento

O princípio do **livre convencimento** (ou da **livre convicção**), como leciona JOSÉ FREDERICO MARQUES, “situa-se entre o sistema da certeza legal e o sistema do julgamento *secundum conscientiam*. Neste último pode o juiz decidir com a prova dos autos, sem a prova dos autos e contra a prova dos autos: é a chamada *convicção íntima* em que ‘a verdade jurídica reside por inteiro na consciência do juiz’, que julga os fatos segundo sua impressão pessoal, sem necessidade de motivar sua convicção. Pelo princípio da certeza legal, ao contrário, os elementos probatórios têm valor inalterado e prefixado, que o juiz aplica quase que mecanicamente. Já o livre convencimento leva o juiz a pesar o valor das provas segundo o que lhe pareça mais acertado, dentro, porém, de motivação lógica que ele deve expor na decisão.”⁶

No sistema da livre convicção, também chamado de persuasão racional, o Juiz está vinculado à prova (*quod non est in actis non est in mundo*), todavia, a apreciação da prova não é pré-fixada, mas aquelas devem ser avaliadas segundo o critério da crítica sã e racional.⁷

Nessa linha, aliás, o **Supremo Tribunal Federal (STF)** já decidiu: “3. *Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova*

⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, Vol. II, p. 275.

⁷ MARQUES, José Frederico. Op. cit. *ib idem*.



constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova.” (STF – 1ª T. – RHC 91691/SP – Rel. Min. Menezes Direito – J. 19.02.08).

Consoante leciona ALÍPIO SILVEIRA, citado por JOSÉ FREDERICO MARQUES⁸, “as regras da *sã crítica* ‘são antes de tudo, as regras do correto entendimento humano. Nelas intervêm as regras de lógica, com as regras de experiência do juiz’. E ainda esclarece: ‘O juiz que deve decidir com relação à *sã crítica*, não tem a liberdade de raciocinar discricionariamente, arbitrariamente’. O livre convencimento deve conjugar a lógica e a experiência, sem excessivas ‘abstrações de ordem intelectual’, mas observando sempre os preceitos e métodos que tendem ‘a assegurar o mais acertado e eficaz raciocínio’. É que, como assinala agudamente FLORIAN, o ‘método do livre convencimento não pode importar em anarquia na apreciação das provas”.

O livre convencimento é hoje o sistema consagrado pela doutrina processual, tanto no Direito Processual Penal como no Processo Civil, todavia, como adverte GIOVANNI LEONE, “**se o livre convencimento constitui uma conquista da ciência processual, por outro lado se apresenta como perigoso porque pode transformar-se em arbítrio.**”⁹

Entende-se, pois, como livre convencimento **a influência da verdade tirada pelo Juiz da prova dos autos**, a qual alcança o espírito do julgador por meio de seus próprios sentidos. É o que REGIS DE OLIVEIRA sustenta como a atividade, a partir da qual o julgador forma sua convicção, ‘se exaure sob o pano íntimo e imperscrutável da mera subjetividade’ (Nobili, Massimo *Apud* Mata-Mouros, Maria de Fátima, ‘A Fundamentação da

⁸ MARQUES, José Frederico. Op. cit. pp. 275/276.

⁹ *Apud* MARQUES, José Frederico. Op. cit. p. 277.

Decisão como Discurso Legitimador do Poder Judicial’, Comunicação ao Congresso da Justiça em Dezembro de 2003).¹⁰

O **Supremo Tribunal Federal** (STF) já assentou: “1. A preferência do julgador por esta ou por aquela prova inserida no âmbito do seu livre convencimento motivado, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, se pela análise das provas em comunhão estiver convencido da verdade dos fatos.” (STF – 1ª T. – RE 656820 ED/RJ – Rel. Min. **Luiz Fux** – J. 06.12.11). E interessante é a orientação da **Exposição de Motivos** do Código de Processo Penal sobre o **livre convencimento do Juiz**:

“Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.”

Ipsa facto, a questão tratada no **Código de Processo Penal Comum** (CPP Comum)¹¹ e no **Código de Processo Penal Militar** (art. 297)¹² tem, assim, inteira aplicação no **Código de Processo Civil**, pois o Juiz, além de liberdade de apreciação das provas, tem poderes instrutórios para a produção de provas. Nessa linha, já decidiu o STF: “1. A preclusão é

¹⁰ OLIVEIRA, Regis de. *Voto na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados*, 1.705/07, de 06.05.08.

¹¹ **CPP, 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.” (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

¹² **CPPM, art. 297**: “O juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância.”



instituto processual que importa em sanção à parte, **não alcançando o magistrado que, em qualquer estágio do procedimento, de ofício, pode ordenar a realização das provas que entender imprescindíveis à formação de sua convicção.** 2. Código de Processo Civil, artigo 130. Aplicação do princípio do livre convencimento do juiz, a quem cabe a direção do processo, determinando, inclusive, as diligências necessárias à solução da lide. Instrução probatória. Preclusão *pro judicato*. Inexistência. Agravo regimental não provido.” (STF – Pleno – AR 1538 AgRg/MG – Rel. Min. **Maurício Corrêa** – J. 04.10.01)

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica nesse sentido:

STF: “Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da **persuasão racional**, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova”. (STF, 1ª T., RH 91691/SP, Rel.Min. **Menezes Direito**, J.19/02/2008).

STJ: “A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual”. (STJ, 1ª T., REsp 908239/MT, Rel. Min. **Denise Arruda**, J. 21/08/2007).

STJ: “O princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, a teor do que dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil, revela que ao magistrado cabe apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos”. (STJ, 1ª T., AgRg no REsp 910568/DF, relator Ministro **Luiz Fux**, J. 12/02/2008).

De relevância se registrar que o **livre convencimento**, como se disse, **está vinculado à prova dos autos e deve ser motivado na sentença**, o que permite um rigoroso controle do julgador porque o ordenamento jurídico não deixa, pois, um *cheque em branco* para o juiz na sua liberdade de decidir. Assim, também entende o STF: “6. O artigo 93 da CF não resta

violado porquanto o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, podendo fazê-lo conforme o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso (*iura novit curia*)” (STF – 1ª T. – AI 794759 AgR/SC – Rel. Min. **Luiz Fux** – J. 13.04.11) e “IV – Ao juiz, na qualidade de destinatário da prova, compete analisá-la livremente, motivando seu convencimento, não havendo falar-se em má-apreciação se a fundamentação expendida na sentença encontra-se harmonizada do conjunto probatório coligido aos autos.” (STF – 1ª T. – RE 665333 AgR/DF – Rel. Min. **Luiz Fux** – J. 20.03.12).

O dever do Juiz de motivar sua decisão advém expressamente da Constituição Federal (art. 93, IX) como do próprio novo CPC, sob pena de nulidade (arts. 11 e 489).

E, em relação ao **artigo 489 do novo CPC**, o seu § 1º estabelece, *de forma inovadora*, quando a decisão judicial não estará fundamentada:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.



Não há, assim, qualquer dúvida, que **o ofício do Juiz no livre convencimento está umbilicalmente ligado ao dever de motivação**. Nesse sentido, a lição de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO¹³ ao comentar o artigo 131 do revogado CPC:

É a consagração do princípio do livre convencimento ou persuasão racional (que se contrapõe radicalmente aos sistemas da prova legal e do juízo pela consciência). Decorre do princípio um grande poder e um grande dever. O poder concernente à liberdade de que dispõe o juiz para valorar a prova já que não existe valoração legal prévia nem hierárquica entre elas, o que é próprio do sistema da prova legal; o dever diz respeito à inafastável necessidade de o magistrado fundamentar sua decisão, ou seja, expressar claramente o porquê do seu convencimento (no sistema do juízo pela consciência nada se exige nesse sentido do julgador).

1.3 Antecedentes históricos do livre convencimento

O princípio do livre convencimento do Juiz, como leciona REGIS DE OLIVEIRA, surgiu no Século XVI e consolidou-se na Revolução Francesa, no entanto somente a partir do Século XVIII é que o sistema da prova legal foi substituído pelo sistema da livre convicção, onde o juiz é livre para apreciar as provas produzidas. No campo das ideias pode-se dizer que a livre convicção refletia o empirismo de *Locke* pela necessidade de produção de provas, contrapondo-se, assim, ao racionalismo cartesiano da prova legal. O Código Napoleônico de processo civil acolheu implicitamente este princípio, mas é sobretudo com os estatutos processuais da Alemanha e Áustria que o juiz se libertou completamente das fórmulas numéricas.¹⁴

¹³ COSTA MACHADO. Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil – Interpretado e Anotado*, Barueri/SP: Manole, 2011, p. 434.

¹⁴ OLIVEIRA. Regis de. Op. Cit., *ibidem*.



Até a Revolução Francesa, predominava o sistema da íntima convicção do julgador e este não estava atrelado à lei e nem às provas, como leciona RICARDO ARRONE¹⁵ sobre a figura do juiz à época, por meio do pensamento de Montesquieu:

[...] chegou a denominar o juiz de um ente inanimado, mero repetidor da lei, pois o povo temia a possibilidade de um magistrado não atrelado à lei, como no sistema anterior, devido às marcas que ficaram na sociedade, com as atitudes protecionistas destes julgadores que, inconsequentemente, sentenciavam em prol dos interesses que lhes favoreciam ou a que eram ligados.

Desde a Antiguidade, marcaram evolução na história do Direito pelo menos três grandes sistemas de avaliação da prova pelo juiz: **a)** o sistema da prova legal (tarifada); **b)** o sistema da livre convicção (íntima convicção) e **c)** o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, este último vigente no Brasil. Nesse sentido, é a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁶:

Em tempos remotos, essas regras gerais de valoração da prova tiveram muito peso no processo civil, sendo fruto da superstição dos povos e, em alguma medida, da experiência do legislador. Foram de fundo supersticioso ou místico as ordálias ou juízos de Deus, vigorantes especialmente entre os antigos germânicos. Contava-se com a resposta divina, realizavam-se provas de destreza ou de força (duelos, prova per pugnam) e praticava-se o juramento, na crença, sincera ou não, de que esses fossem caminhos legítimos e confiáveis para a descoberta da verdade. A prova do fogo, a leitura do vôo dos pássaros ou o exame das vísceras de animais eram expedientes que revelariam os desígnios da divindade em favor de uma ou de outra parte do litígio. Segundo jocosamente se relata, a mulher acusada de bruxaria pelos Tribunais da Inquisição seria lançada a um poço com uma pesada pedra atada ao pescoço. Se se salvasse, isso seria prova de suas relações com o Demônio e ela iria para a fogueira. Se fosse ao fundo e morresse por afogamento, é porque seria inocente.

¹⁵ARRONE, Ricardo. *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1ª ed., 1996, p. 20.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 75.



2. DESENVOLVIMENTO

A análise da questão problematizada, a nosso sentir, deve ocorrer de uma maneira sistemática, de forma que o simples fato de não se renovar a norma do antigo CPC (art. 131), anteriormente explicitado, não nos permite concluir que o livre convencimento do juiz foi abolido do novo CPC.

Essa assertiva é de ordem **lógica, teleológica, legal e constitucional**.

2.1 Aspecto lógico

De ordem **lógica**, pois os **conflitos** entre as pessoas levados ao Judiciário, no âmbito cível serão equacionados, após o *due process of law*, após **superação do processo** onde neste **serão produzidas as provas** pelas partes e que darão suporte para a **solução da lide**, com o **juízo**. Assim, existe todo um *iter* procedimental para ser vencido entre o **fato discutido** levado ao Judiciário, e a decisão pondo fim àquela discussão. Nada mudou no atual CPC em relação a essa realidade. Daí, extrairmos uma primeira conclusão no sentido de que, não obstante a supressão da redação legal no CPC anterior, o instituto do livre convencimento do juiz permanece hospedado no novo CPC, pois, o juiz, como se viu, irá decidir de forma vinculada à prova que – sendo controversa – o levará a, de forma lógica, escolher a melhor prova, calcada na verdade, para sua decisão.

Nesses termos, a dicção do art. 369 do novo CPC que estabelece que a prova irá determinar a convicção do juiz, *in verbis*:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a



verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Aqui, há de se fazer uma reflexão: ora, se o autor buscando uma decisão constitutiva alega uma assertiva, produzindo prova nesse sentido, e o réu, discordando do direito pleiteado, produz prova em contrário, ambos tentando influenciar o Juiz na busca da verdade objetiva e, o Juiz, se convence da alegação e das razões de uma das partes, esse exercício já evidencia a inequívoca existência do sistema do livre convencimento do Juiz para decidir perante o novo CPC.

2.2 Aspecto teleológico

No plano **teleológico**, durante toda a instrução cível, o Juiz irá determinar de ofício, ou deferir a produção de prova requerida, que ele entenda útil ao deslinde da causa (art. 370 do novo CPC) e irá indeferir a prova que, ao contrário, não seja necessária para equacionar a discussão jurídica (parágrafo único do art. 370 do novo CPC), o que inegavelmente traduz, de forma pragmática, que o Juiz não perdeu a sua livre convicção para bem decidir a causa.

Assim, o **deferimento** ou o **indeferimento da prova** é um exercício que implica na provocação da convicção do juiz, selecionando a prova útil da prova inútil. Logo, esse é outro exemplo que demonstra que continua em vigor o princípio do livre convencimento. Aliás, nessa linha, já assentou o STF: “1. **É lícito ao juiz indeferir as provas consideradas desnecessárias ou inconvenientes.** Todavia, uma vez adstrito ao **princípio do livre convencimento motivado**, o julgador deve fundamentar, de maneira objetiva, a decisão que indeferiu a produção da prova requerida. Foi o que ocorreu no caso sob exame. 2. *Writ denegado.*” (STF – HC – 102759/SR – Rel. Min. **Ellen Gracie** – J. 29.03.11).

Verdade é que no atual CPC banuiu-se, do texto legal, a expressão “**livremente**” na apreciação da prova: “*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” (art. 371), o que, se de um lado serve de argumento para sustentar a tese de que o novo *Codex* aboliu o livre convencimento, por outro lado, deixa inequívoco que **o convencimento do Juiz ocorrerá diante de uma escolha, livre**, para decidir, diante das provas dos autos, independentemente do sujeito que as produziu, sem prejuízo, todavia, da devida motivação e fundamentação de sua decisão.

E a escolha da prova dos autos – de forma livre – pelo Juiz, inequivocamente é expressão de sua liberdade na apreciação da causa como já assentou o STF: “1. A **preferência do julgador** por esta ou por aquela prova inserida no âmbito do seu **livre convencimento motivado**, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, se pela análise das provas em comunhão estiver convencido da **verdade dos fatos**.” (STF – 1ª T. – RE 656820 ED/RJ – Rel. Min. **Luiz Fux** – J. 06.12.11).

E o postulado do livre convencimento do Juiz não o vincula numa eventual necessidade de reavaliação do conjunto probatório, se, por exemplo, a causa é anulada, permitindo, até, que o julgador mude o seu voto, com liberdade motivada. É o que decidiu o STF: “5. **O sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional permite ao magistrado revelar o seu convencimento sobre as provas dos autos livremente, desde que demonstre o raciocínio desenvolvido.** 6. Verificada a anulação do primeiro julgamento, nada impede que o mesmo magistrado, participando de nova apreciação do recurso, revele convencimento diverso, desde que devidamente motivado, até porque o primeiro, ante a anulação, não surte qualquer efeito – muito menos o de condicionar a manifestação do Órgão Julgador.” (STF – 1ª T. – HC 101698/RJ – Rel. Min. **Luiz Fux** – J. 18.10.11).

Outro exemplo que nos revela a existência do livre convencimento no novo CPC é a hipótese de verificação pelo Juiz de uso indevido do processo para prática de ato simulado ou



fim vedado por lei, **caracterizando a má-fé** e sujeitando a parte às penalidades correspondentes, situação essa que caracteriza um poder-dever do Juiz (art. 142 do novo CPC) **em decorrência de seu livre convencimento**.

As medidas de tutela provisória, calcada em **medidas de urgência ou evidência** (art. 294 do novo CPC), também implicam num provimento jurisdicional com base na livre convicção do Magistrado.

Logo, como se vê, ao longo de todo o processo e, em especial, no julgamento, pondo fim à discussão judicial, surgirão várias situações que exigirão a decisão do Magistrado, decisão esta que não é aleatória, arbitrária, sem qualquer vínculo com o que existe nos autos, mas, pelo contrário, a decisão do Magistrado sempre estará calcada na prova dos autos, cabendo ao julgador extrair dali a sua convicção e decidir. Mas não é só. O Magistrado ainda deverá fundamentar a sua decisão, explicitando qual (ais) prova (s) se apegou, qual foi o raciocínio expendido, demonstrando de forma fática e jurídica, como chegou ao resultado decidido.

Essa **motivação**, como demonstrado anteriormente, **é uma exigência expressa** não só no âmbito do processo cível previsto no próprio **novo Código de Processo Civil (CPC: arts. 11 e 489)** –no âmbito criminal no **Código de Processo Penal Comum (CPP Comum)** e no **Código de Processo Penal Militar (CPPM)** -, mas, também, da **Constituição Federal** (artigo 93, IX).

2.3 Aspectos legal e constitucional

Não se pode deixar de reconhecer que a **obrigatoriedade da motivação das decisões**, aliada à independência do juiz brasileiro, forma o binômio necessário à aplicação adequada da



lei e a consecução da justiça no caso concreto - e é a garantia de que as decisões judiciais serão livres de qualquer pressão -, **cabendo nesse passo se trazer o destaque da independência do Poder Judiciário brasileiro** nas palavras de CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, citado por ALEXANDRE DE MORAES¹⁷, “talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira.”

Pois bem, o ofício do Juiz, no **Estado Democrático de Direito** adotado no Brasil (art. 1º, CF) - agente político do Estado, **qualificado e investido no cargo por concurso público** (art. 93, inciso I, CF) -, em nosso ordenamento jurídico, de forma **imparcial**, ao **julgar** uma questão no processo, **extraí suas convicções** após interpretar **fatos** e a **legislação**, revolve as provas existentes nos autos e contextualiza a discussão jurídica que lhe é provocada com a realidade, **agindo, portanto, de forma cognitiva, racionada e axiológica** dentre os valores sociais envolvidos, sopesando as alegações do autor e do réu, para sua **decisão**, procedimentos estes que ocorrem no **devido processo legal** (art. 5º, LIV, CF) e assim o faz sem que se possa obviamente afastar o **caráter subjetivo e humano** do peso de atuação, **tudo de modo fundamentado** (art. 93, IX, CF c.c. art. 11 e 489, CPC), explicitando o raciocínio expandido e as razões fáticas e de direito de como chegou ao resultado obtido para aplicação do direito ao caso concreto.

Dessa forma, quando uma lide é submetida à análise do Judiciário, o Magistrado aplica o direito ao caso concreto à luz **do princípio da dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, CF), questão valorada, essencialmente, **de forma humana**, porquanto os conflitos levados ao Judiciário envolvem **pessoas**, logo, envolvem os **direitos humanos**.

¹⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 464.



Assim, é de se ver que a atuação do juiz se faz de forma técnica, em obediência ao ordenamento jurídico, de forma pública e intensamente controlada e fiscalizada pelas partes (autor e réu), de forma que suas decisões, legais ou não, serão revistas pela superior instância, no mínimo, por recurso da parte interessada que demonstrar seu inconformismo.

Nessa linha, é inegável que o juiz, na prestação jurisdicional, atue escorado no **princípio da persuasão racional** (como era previsto no art. 131 do antigo CPC e atualmente no art. 371 do novo CPC), atuação essa de **caráter subjetivo**, porém **extremamente técnico**. O Magistrado externa, por meio das provas existentes nos autos, o seu convencimento ao analisar, contextualizar e refletir, decidindo o que lhe é dever, diante da discussão provocada, tudo, como se disse, de forma fundamentada.

O Magistrado ao assim agir, o faz amparado por **garantias constitucionais** (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos – art. 95, CF) e **processuais** (independência, imparcialidade etc.), com **deveres** e **proibições expressos no ordenamento jurídico** (parágrafo único do art. 95, CF e arts. 139/143, CPC), sendo certo que a violação de quaisquer dessas **garantias atentam contra a própria Constituição Federal**, como se extrai da lição de ALEXANDRE DE MORAES¹⁸, citando a visão de Carlos S. Fayat, demonstrando que a **segurança do Judiciário** é um termo de importância cosmopolita:

Tão importante são as garantias do poder judiciário que a própria Constituição considera crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra seu livre exercício, conforme art. 85, pois, como afirma Carlos S. Fayat, as imunidades da magistratura não constituem privilégios pessoais, mas relacionam-se com a própria função exercida e seu objeto de proteção contra os avanços, excessos e abusos dos outros poderes em benefício da justiça e de toda a nação. A magistratura se desempenha no interesse geral e suas garantias têm fundamento no princípio da soberania do povo e na forma republicana de governo, de modo que todo avanço sobre a independência do Poder Judiciário importa em um avanço contra a própria Constituição.

¹⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 467.

Desse modo, **a atuação do juiz não é só Direito**, mas envolve naturalmente questões humanas, praticadas por seres humanos, e o ato de julgar, que se faz por meio de sentença, implica **sentimento e vontade – com cognição e razão**, e já carrega todos esses valores nela contidos, como leciona EUGÊNIO FACCHINI NETO¹⁹:

(...) a palavra sentença origina-se do latim *sententia*, cuja raiz é *sentire*, sentir. Daí a associação com sentimento. Ou seja, até do ponto de vista etimológico, sentença está mais relacionada com sentimento e vontade, do que com cognição e razão. Na realidade, ambos os momentos estão presentes, pois a atividade decisória envolve não só cognição e razão, mas também implica necessidade de fazer escolhas – e aí o papel do sentimento e da vontade está presente, quer disso se tenha consciência ou não.

Como visto, é inegável o **caráter pessoal, subjetivo, técnico e axiológico** do Juiz na prestação jurisdicional, portanto, esses aspectos se contrapõem àqueles que perseguem que as decisões judiciais tenham que ser padrão ou objetivamente iguais. Essa é a lição de LÍDIA REIS DE ALMEIDA PRADO²⁰: (2008, p. 23 e 26)

Nos parâmetros da corrente jusfilosófica de que é adepto, Frank elucida que não existe certeza, segurança ou uniformidade do Direito, no momento de sua aplicação. Segundo ele, nas sociedades complexas, as decisões jurídicas teriam um caráter prático e mutável, com o objetivo de adaptarem-se às sempre novas situações da vida social. Assim, entende ser essa dimensão de incerteza a responsável pelo progresso do Direito. Cita muitos exemplos em que a variação da composição pessoal de uma Corte, em razão de falecimento ou de nomeação de algum de seus membros, provoca uma mudança de decisão.

(...) Acrescenta Reale que o juiz não pode deixar de ser partícipe da vida comum. No ato de sentenciar, quer queira quer não, ele sofre uma tensão ético-psicológica que vem de seu íntimo, do que ele sente e sabe por experiência própria e dos *valores sociais que incidem sobre sua personalidade*. A seguir, lembra Adam

¹⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. *‘E o Juiz não é só de Direito...’* (ou *‘A Função Jurisdicional e a Subjetividade’*). In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org.: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª ed., Campinas/ SP: Millenium Editora, 2002, p. 406.

²⁰ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 4ª ed., Campinas/SP: Millenium, 2008, pp. 23 e 26.

Smith, um dos fundadores da Ciência Econômica, para quem o ato de julgar é muito difícil, porque pressupõe a capacidade de colocar-se na posição do outro. O juiz deve ser imparcial, mas o acerto de sua decisão depende, segundo Reale, dessa capacidade psicológica. Por isso, conclui que o segredo da justiça está no fato de o juiz saber que a neutralidade não significa fugir das pessoas em litígio, mas em se colocar na posição delas.

Note-se, que nesse mister, a interpretação dos atores envolvidos na busca da decisão judicial irão coparticipar do resultado ali obtido judicialmente. Logo, é inegável que, caso a caso, se tenha decisões não uniformes. Cabível aqui a lição de EDUARDO C. B. BITTAR²¹: *“Nesse sentido, na passagem da textualidade normativa à textualidade processual, há dupla atividade semiótica, onde se destacam as interpretações dos sujeitos envolvidos na complexa relação de ônus, direitos, faculdades, deveres e obrigações, e a interpretação decisória, interpretação autêntica na concepção kelsiana.”*

Na mesma linha JOSÉ RENATO NALINI, citado por LÍDIA DE ALMEIDA²², não deixa de destacar a importância do sentimento do Juiz na decisão judicial:

Pondera Nalini que o juiz deve proferir a sentença com *sentimento* e não se reduzir a um mero burocrata repetidor de decisões alheias, com a finalidade de aderir à maioria. Ele acrescenta que, embora não haja no Brasil estudos científicos sobre o perfil psicológico do magistrado, a origem social, as contingências familiares, a situação econômica, raça, crença religiosa, refletirão na decisão a ser proferida, ao lado das *influências psicológicas* (traços de personalidade e preconceitos).”

A discussão jurídica perante o Judiciário, no bojo do processo, indiscutivelmente ressalta a acuidade que os magistrados e os advogados têm em tornar a *lei viva*, já que a letra

²¹ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303.

²² PRADO, Lucida Lídia Reis de Almeida. Op. cit., p. 27.

fria da lei, que o legislador apenas criou, é insuficiente para a solução dos conflitos sociais. Assim, vale trazer a colação a lição de MARIA GARCIA²³:

Observa Otto Bachof ter sido quase um credo jurídico que o juiz deve limitar-se à aplicação da lei mediante processos mentais estritamente lógicos e que deve abster-se de decisões arbitrárias próprias; que está vinculado somente ao poder secular da justiça refletido na lei, sem ter de representar nem praticar um poder social próprio. ‘Não obstante, resultaria ocioso conformar-se hoje, ainda, com tais idéias: (...) o juiz sempre teve, inclusive sob o império de um positivismo jurídico rígido, uma parte importante na criação do Direito.’

O advogado e o juiz têm, assim, um papel exponencial na criação do Direito, tanto quanto o legislador que faz as leis a serem aplicadas.

Nessa aplicação, diante do caso concreto (o que não acontece com o legislador genericamente), o advogado e o juiz participam de um fenômeno extraordinário, que é tornar a lei viva, que é trazer a lei existente em abstrato ao mundo da realidade presente. O objetivo desse evento formidável é a realização da justiça.

(...) Para que possa existir um comprometimento pessoal na realização da justiça – quase que como uma condicionante de que esta se realize efetivamente – envolvendo participação e criatividade, é necessário, de um lado, que o sistema jurídico passe a absorver essas colocações e, de outro lado, é preciso que o advogado e o juiz tenham a *conscientização dessa possibilidade*.

Essa possibilidade exige, além das garantias de inamovibilidade, de vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos (no caso do juiz) e das garantias constitucionais de liberdade de pensamento e de expressão (geralmente consagradas ao advogado), dois pressupostos essenciais, que são: a confiança, ‘a imensa confiança em juízes bem remunerados e independentes’ e ‘as amplas atribuições’ que lhes sejam reconhecidas, conforme enfatiza Linares.

A busca incansável e intermitente do Juiz na aplicação correta da lei ao caso concreto, buscando a justiça, não pode prescindir, conforme demonstrado, da contribuição subjetiva daquele qualificado agente político, concursado e que ocupa de maneira vitalícia o cargo público inerente à decisão e solução dos litígios sociais. Cabe aqui trazer a lição de LUÍS

²³ GARCIA, Maria. *A análise transaccional e o Direito*. São Paulo: Revista Brasileira de Análise Transaccional. Ano I, nº 1, jun. 1988, p. 130.

CARLOS BALBINO GAM BOGI²⁴, valendo-se dos ensinamentos do filósofo Kant e sua “razão prática” para elucidar a inerência entre as decisões e o socialmente aceito:

Há – explica Kant – além do mundo dos fenômenos, dos objetos que conhecemos com o manejo da “razão pura”, com a qual construímos o conhecimento teórico, um outro mundo, claramente supra-sensível, puramente inteligível, ao qual chegamos sem que possamos afirmar que se trata de conhecimento, que, no máximo, podemos apelidar sabedoria, cuja via de acesso é uma intuição, uma valoração. São juízos, diferentes dos juízos lógicos, mas que contêm princípios e natureza tão claros, tão evidente, tão reais que nos é até difícil negar-lhes a *dignidade* de conhecimento.

Este outro mundo – diz Kant – é uma outra dimensão do espírito humano, dimensão não cognitiva, fora do espaço, fora do tempo, no qual as suas dele categorias são inúteis. Kant chama a este talento “razão prática”. Para nós, é essa aptidão, é esse talento que nos faz humanos, que nos faz distinguir o bem do mal, o verdadeiro do falso, o justo do injusto, o belo do feio, enfim, que nos faz julgar. É essa qualidade que incita o humano a pensar e a produzir o socialmente novo e o socialmente aceitável. *O exercício dessa capacidade, desse talento, acaba como que por injetar ‘sangue’ nos vasos da nossa ‘razão pura’, lógico-teórica, estimulando-nos a pensar o Direito sob os ângulos histórico, teórico, ético, institucional, cultural, etc.* é também o exercício desta aptidão o que bloqueia o engessamento esterilizante das idéias jurídicas e o que permite, ao intérprete, manter-se distante dos modismos emburrecedores e permanecer numa posição auto-reflexiva e crítica. Quer no plano da ação quer no do conhecimento, é da essência do homem valorar, criticar, julgar.

Verificamos, pois, que o **livre convencimento** ou a **persuasão racional do Juiz** que é inerente ao seu ofício, na prestação jurisdicional, **é o que marca indelevelmente a justiça no caso concreto na solução de cada litígio** levado ao Judiciário, aspecto esse cujo significado vem reconhecido na lição de ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER, CANDIDO RANGEL DINAMARCO²⁵ (2006, p. 58):

²⁴ GAMBOGI, Luis Carlos Balbino. *Direito: Razão e Sensibilidade – Instituições na Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 129.

²⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 58.



“O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que se possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser *subjetivamente capaz*.”

A **matéria prima** que leva à **prestação jurisdicional** é a **interpretação de fatos** e da **legislação**, na **contextualização da realidade social**, daí que **a vida à lei** é fruto da aplicação no cotidiano das discussões que se travam no bojo do processo **cível**, tendo como partícipes, essencialmente, o **Juiz e os Advogados** – do autor e do réu -, todos humanos. Daí válida, mais uma vez, a lição de JOSÉ RENATO NALINI, ministrada no prefácio do Livro “O Juiz e a emoção”, de LÍDIA REIS DE ALMEIDA PRADO: *“Para julgar um ser humano, o Juiz precisa ser cada vez mais humano. O excesso de técnica pode ajudar a distanciá-lo desse ideal. É uma armadura a mais para afastá-lo do drama de que o processo está impregnado.”* (Campinas/SP: Millennium Editora, 2010).

O atual **Presidente do Supremo Tribunal Federal** (STF), Ministro **Ricardo Lewandowski**, em recente solenidade de recebimento da Comenda do Mérito Judiciário outorgada pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR), assim asseverou em seu discurso: “a Justiça brasileira é plural, heterogênea, mas os mais de 16 mil juízes em atividade no país trabalham unidos em torno de um mesmo propósito, a garantia dos direitos fundamentais e a consolidação do Estado Democrático de Direito. A magistratura brasileira tem metas, projetos, programas, visão de futuro e trabalha anonimamente, mas com muita firmeza, proficiência e dedicação pela paz social, pela garantia dos direitos fundamentais, pela estabilidade das instituições republicanas e pela consolidação do Estado Democrático de Direito.” **O Ministro destacou, ainda, que** “...o trabalho dos juízes, mesmo quando não é tornado público, é reconhecido pela população como eficaz. [...] Os juízes trabalham para cumprir a Constituição Federal e a promessa dos constituintes de construir uma sociedade



mais justa, fraterna e solidária [...] A missão da magistratura é especialmente importante no momento em que há, em todo mundo, uma situação de extrema intranquilidade política, econômica e social [...] Sem sombra de dúvidas, o Poder Judiciário, os juízes brasileiros, anônimos, distribuídos por todos os rincões, são responsáveis por esta paz social, por esta harmonia que, felizmente, ainda desfrutamos.”²⁶

E essa realidade, no Brasil, não pode deixar de ser apreciada diante dos **dados brutais e volumosos dos processos que abarrotam o Judiciário nos dias atuais, o qual é procurado incessantemente para todo e qualquer assunto**, todos os dias, para a solução dos conflitos sociais, deixados, pois, à mercê da **prudência judicial**, em face do princípio da proteção judiciária e da garantia de acesso do cidadão ao juiz, para apreciação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF).

Não há de se olvidar que a decisão judicial final – a sentença que põe fim à lide – só ocorre ao final do processo, o qual tem um tempo razoável (artigo 5º, LXXVIII, CF), e na lição de AURY LOPES e GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ²⁷:

o processo, em seu desenvolvimento, requer um tempo para que seja transcorrido todo o *iter* necessário até o provimento final. Assim como a vida, o processo tem diferentes momentos, que podem ser descritos como nascimento, desenvolvimento e extinção do processo. Não se pode imaginar um processo no qual o provimento fosse imediato.

Nesse contexto, em 2015, com base em dados extraídos do **Conselho Nacional de Justiça**, verificamos a existência de cerca de **100 milhões de processos em curso, a nível nacional**, sendo que **25 milhões deles tramitam no Estado de São Paulo**, e, nas palavras de JOSÉ RENATO NALINI, o Brasil é o **país da hermenêutica**, pois a Constituição de 1988,

²⁶ NOTÍCIAS DO STF: Extraído na internet: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=308086>

²⁷ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 5.



como resposta aos anseios a liberdades tolhidas durante os anos de regime militar, procurou acolher todo tipo de pretensão. “Isso resultou em uma Carta que não quis fechar questão em quase nada. Ela traz algumas sinalizações e acolhe valores antípodas e antagônicos” e “Tudo isso, na prática, faz com que nós sejamos a república da hermenêutica. **Vale a interpretação de cada um, podendo dar a explicação que quiser, desde que haja uma fundamentação.**” Para Nalini, esse cenário “**evidencia a inviabilidade do pleito de segurança jurídica na forma de previsibilidade das decisões**”.²⁸

Estamos, pois, num país de **litigiosidade desenfreada**, cujo ambiente foi criado pela Constituição Federal de 1988, a Constituição “Cidadã”, repleta de direitos em flagrante desproporcionalidade aos deveres, ensejando o asseguramento do cidadão ir discutir tudo o que bem entender perante o Judiciário (até as questões mais mezinhas), calcado na garantia de acesso ao judiciário. Apenas para registro, hoje somam nacionalmente cerca de 945.000 advogados na composição dos quadros da OAB (sendo quase 300.000 só em SP)²⁹, sendo certo que se formam anualmente 100.000 bacharéis em Direito, face à banalização dos Cursos de Direito que se proliferaram no Brasil, contando hoje com mais de 1.200 faculdades, o que supera a soma dos cursos de Direito de todo o planeta.³⁰ Enfim, toda essa avalanche de discussões jurídicas e conflitos sociais se avolumam ano a ano no Judiciário exigindo cada vez mais dos Juízes que, mesmo sobrecarregados de trabalho, não podem deixar de julgar as causas e ainda sofrem a pressão de um acentuado número de metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre o trabalho de cada Magistrado.

²⁸ NALINI, José Renato. *O futuro do Poder Judiciário*, palestra realizada em 22.01.15, no Secovi-SP, como primeira reunião do NAT em 2015, e capturada em 25.12.15, no endereço eletrônico: <http://www.thewinners.com.br/pt/component/k2/item/54-o-futuro-do-poder-judici%C3%A1rio.html>

²⁹ Extraído da internet em 16.01.2016: <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>

³⁰ Extraído da internet em 16.01.2016: <http://www.oabdf.org.br/artigos/nao-existe-advogado-sem-oab/#.VprSd1KvjHA>



Dados mais atualizados, de **setembro de 2015**, dão conta de que o Brasil possui **105 milhões de processos**, para uma **população de 200 milhões**, o que implica que, para cada dois brasileiros há um processo na Justiça, a cada cinco segundos um novo processo chega ao Judiciário e, segundo a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) cada Juiz julga, por dia, cinco ações.³¹

Nesse quadro de alta crescente de serviço, da existência de incontrolável número de processos que diariamente surgem, cada vez mais, **para o juiz resolver os conflitos sociais e as infundáveis discussões e interpretações jurídicas decorrentes da lei**, calha a realidade descrita por RENÉ ARIEL DOTTI³²:

Atualmente, as salas de trabalho dos magistrados nos fóruns das grandes cidades ou em tribunais estaduais ou federais de Justiça, exibem as *cargas oceânicas* de processos que invadem as mesas e deságuam nas estantes, nos armários e em outros espaços físicos, para manter os litígios concentrados em papéis costurados com milhares de metros de fios de esperança. No STJ e no STF os depósitos são muito maiores. Nos gabinetes dos ministros os feitos disputam espaços com livros, cadeiras, mesas e outros móveis que se alteram para receber - dia mais dia! - novos autos a imitar a lenda trágica de Sísifo, condenado no inferno a rodar continuamente uma grande pedra roliça da raiz de um monte até o alto dele, de onde logo tornava a cair.

Se, por um lado a garantia constitucional do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CF), levou a essa situação indescritível do volume de trabalho do juiz no Brasil, por outro lado, evidenciou uma delonga processual dramática, pois nas palavras de JOSÉ RENATO NALINI³³:

³¹Congresso em foco, capturado em 25.12.15 no endereço eletrônico: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/brasil-tem-mais-de-105-milhoes-de-processos-na-justica/>

³² DOTTI, René Ariel. *A missão criadora da jurisprudência: A Revolução Copérnica da Súmula de Efeito Vinculante*. Artigo publicado no “O Estado do Paraná”, caderno “Direito e Justiça”, Curitiba, ano XVI, nº 788, 11.05.2008.

³³ NALINI, José Renato. *Constituição Federal – 20 anos: Do Poder Judiciário*, Coordenada por Ives Gandra Martins e Francisco Rezek, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 402.



O fato é que a facilidade com que se chega ao Judiciário no Brasil só encontra paralelo na dificuldade com que se consegue sair dele com uma resposta definitiva. São quatro instâncias, são múltiplos recursos, há uma prolífica rede de criação de óbices processuais e procedimentais impedientes de se alcançar o ideal da *coisa julgada*. Na imagem sugestiva da Ministra do STJ Eliana Calmon, é fácil entrar na justiça. O difícil é sair dela.

Nota-se que a embora a **produtividade dos Juízes no Brasil seja altíssima** e a evolução da litigiosidade levada ao Judiciário seja **alarmante, há comprometimento na celeridade dos processos e na duração razoável dos processos**, que é um direito fundamental (artigo 5º, LXXXVIII, CF), fato este que levou o CNJ a adotar Metas de produtividade e de controle da atuação dos Juízes, **exigindo ainda mais na atuação de cada Magistrado**.

O Ministro DIAS TOFOLLI, do **Supremo Tribunal Federal** e atual **Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)**, em evento na **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados**, em 14.12.15, considerou “**a magistratura do Brasil uma das melhores do mundo**. Ele destacou que o juiz brasileiro é independente, com garantias constitucionais, e entende que é importante que os magistrados busquem constantemente o aperfeiçoamento, uma vez o Brasil tem um Congresso que legisla continuamente, o que impõe ainda mais um estudo aprofundado e uma aplicação mais uniforme do direito. ‘Quanto mais os juízes nas suas áreas estiverem discutindo conjuntamente, melhor será para o cidadão, para o jurisdicionado, a quem a decisão final se destina.’”³⁴

³⁴ Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), texto capturado, em 26.12.15, no endereço eletrônico: <http://www.enfam.jus.br/2015/12/ministro-dias-toffoli-reconhece-papel-das-escolas-na-formacao-juiz-moderno/>



Só para se ter uma ideia, em 1988 (ano da promulgação da atual Constituição Federal) o Brasil possuía **800 mil processos** em andamento, hoje (2016) **há mais que 100 milhões**³⁵, o que evidencia que as garantias e os direitos alçados à Lei Maior tornaram um país, nas já mencionadas palavras de JOSÉ RENATO NALINI, na **república da hermenêutica**, com infindáveis discussões judiciais, variadíssimas sustentações de interpretações perante o Juiz, por parte dos Advogados, cabendo-lhe, no cotejo da realidade dos autos, julgar, interpretando fatos e provas e, de tudo isso, fundamentando as suas decisões para um controle interno e externo do Judiciário. E, diante de toda essa realidade, do Juiz vem se exigindo cada vez mais, todavia, paradoxalmente, ele também é humano e, dessa forma, resolve os conflitos sociais, aplicando o Direito e, indubitavelmente, protegendo os Direitos Humanos.

Tal situação nos traz à reflexão de um velho *provérbio chinês*: ***“Ao morrer, evite o inferno. Em vida, evite os tribunais.”***³⁶

A realidade brasileira está a desdizer, na prática, a inteligência do mencionado e velho provérbio chinês, pois o cidadão lesado só encontra hoje uma esperança, talvez a última, do Estado para socorrê-lo por meio do Judiciário, daí a justificativa para a existência de 105 milhões de processos em andamento no Brasil, para uma população de 200 milhões de habitantes.

O que se busca, por parte de alguns, **com o suposto fim da livre convicção do juiz é se acabar com a liberdade do julgador decidir as causas** como ocorre hoje – a nosso ver

³⁵ **Consultor Jurídico:** *Estrutura do sistema judicial necessita de revisão e ampliação*, localizado no endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-05/estrutura-sistema-judicial-necessita-revisao-ampliacao>.

³⁶ **JurisWay:** *A Crise do Processo e do Poder Judiciário no Brasil e no Mundo e a Adoção de Formas Alternativas para Solução das Controvérsias (ADR)*, capturado no endereço eletrônico: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=595

igualmente prestigiado no novo CPC – , sob a argumentação de se evitar uma *ditadura da Toga* ou do *Juiz maquiavélico* (que promove suas decisões segundo seus fins e com seus próprios meios de motivação), e que PAULO BONAVIDES³⁷ chama de “governo de juízes” ou de “ditadura constitucional da toga”.

O **perigo** de o Juiz se utilizar do livre convencimento para desvirtuar a boa aplicação do Direito – que, ao que parece, é o que move a crítica daquele sistema – , acaba, na prática, coibido e controlado, afastando a possibilidade de um caos de arbitrariedade (distorção argumentada pelos críticos), em face da adoção constitucional do dever do juiz fundamentar as suas decisões (art. 93, IX, da CF), dever este refletido também no texto legal do novo CPC (art. 11 c.c. art. 489). Ademais, o próprio novel diploma processual promoveu uma ferramenta assecuratória contra arbitrariedades dos magistrados ao explicar e definir expressamente em seu bojo (§ 1º do art. 489, CPC) quais as hipóteses uma decisão judicial será considerada não fundamentada.

Nesse pensar, AURY LOPES JR³⁸, ao comentar sobre o **livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz**, leciona que:

A fundamentação das decisões, a partir dos fatos provados (cognoscitivismo), refutáveis e de argumentos jurídicos válidos é um limitador (ainda não imunizador) dos juízos morais. Esse é um espaço impróprio da subjetividade que sempre estará presente (não existe juiz neutro), mas que o sistema de garantias deve buscar, constantemente, desvelar e limitar. Mas não nos iludimos. Não há como fechar os olhos para o fato que basta uma boa retórica para mascarar a sentença e disfarçar o que realmente ocorreu: o primado do juízo moralista sobre as provas e fatos do processo. Eis aqui mais um argumento em prol da necessária preocupação com a máxima eficácia do sistema de garantias, pois somente através dele poderemos alcançar um grau mínimo de controle desses espaços impróprios da subjetividade do julgador.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 646.

³⁸ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, Vol. I, pp. 550/551.



Como vimos, o fato de não existir hoje no novo CPC regra explícita como havia no CPC revogado (art. 131) e o fato da retirada da palavra “livremente” na apreciação da prova pelo Juiz (artigo 371), não nos convence de que houve a expressa abolição do livre convencimento do Juiz.

Comunga do nosso entendimento o Juiz Federal do Trabalho, JOÃO HUMBERTO CESÁRIO, o qual ministrou palestra de atualização de magistrados e servidores do TRT-6 sob o tema “*produção probatória sob a ótica do novo CPC*”, e, ao enfrentar o instituto do **livre convencimento do juiz**, o especialista mato-grossense fez uma comparação entre o art. 131 do CPC de 1973 com o art. 371 no novo *Codex*, afirmando que o referido sistema da persuasão racional **persiste no novo CPC**, porquanto, malgrado não terem os dois dispositivos exata correspondência entre si, **tratam de mesmo conteúdo**.³⁹

Ademais, a hermenêutica nos permite distinguir a *voluntas legis* (vontade da lei) da *voluntas legislatoris ou mens legislatoris* (vontade do legislador), questão esta que leva existência de duas correntes sobre a interpretação da lei, a primeira (*voluntas legis*) que é **objetiva**, e a segunda (*voluntas legislatoris ou mens legislatoris*) que é **subjéitiva**. A primeira corrente (*voluntas legis*) sustenta que a força da lei ocorre com a sua edição, independentemente da vontade do seu autor (legislador), pois no momento em que a lei encontra-se vigente, ela desprende-se da vontade do legislador e seus efeitos são *ex-nunc*. Por outro lado, a segunda corrente, subjéitiva (*voluntas legislatoris ou mens legislatoris*) a força da lei é *ex-tunc*, retroagindo à vontade do legislador.

A corrente subjéitiva (*voluntas legislatoris ou mens legislatoris*) foi perdendo espaço para a corrente objetiva, robustecendo, por exemplo, as posições de FRANCESCO

³⁹ Palestra de atualização - TRT – 6ª Região/PE, realizado em 06.11.2015, extraído da internet em 16.01.2016: <http://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2015/11/06/juiz-joao-humberto-cesario-do-trt23-atualiza-magistrados-e-servidores-do-trt6>

CARRARA⁴⁰, que defendia que o “juiz há de ter sempre diante dos olhos o escopo da lei, o resultado prático que ela se propõe conseguir. A lei é um ordenamento de relações que mira a satisfazer certas necessidades e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a essa finalidade, e, portanto, em toda a plenitude que assegure tal tutela.” E a posição de CARLOS MAXIMILIANO⁴¹, para o qual, “com a sua promulgação da lei, a norma adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele com um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras.” Portanto, cabe ao jurista determinar o *sentido objetivo da norma* e não esclarecer o sentido desejado pelo seu autor.

Na mesma linha, EDUARDO C. B. BITTAR⁴², afastando a *voluntas legislatoris*, ao lecionar que: “Em verdade, o sentido (único) fundado pelo legislador, ou por ele pretendido, quando plasmado em texto normativo, ganha vida própria. (...) Os intérpretes valem-se, portanto, das novas perspectivas e das novas experiências derivadas do convívio social para se servir da textualidade jurídica, observando-se a necessidade de metamorfosear-se o construído jurídico-cultural, uma vez que a juridicidade pode ser vista como capítulo da ampla enciclopédia cultural humana.”

Com a norma do **artigo 5º da LINDB**, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴³ e com a norma do **artigo 8º do novo CPC**⁴⁴, parece-nos que há força inequívoca na *voluntas legis* em face da *voluntas legislatoris*, pois cabe ao Juiz, ao aplicar a lei, atender aos fins sociais e ao bem comum, resguardando a **dignidade da pessoa humana** e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

⁴⁰ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*, Coimbra: Arménio Amado, 1987 (1921), p. 137.

⁴¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 30/31.

⁴² BITTAR, Eduardo C. B. Op. cit. pp. 142/145.

⁴³ **LINDB**, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, **art. 5º**: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁴⁴ **Novo CPC**, **art. 8º**: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”



Partindo dessa premissa, objetivamente é de se concluir que **o novo CPC não aboliu a livre convicção do juiz.**

Aliás, **a ampla dimensão do Juiz na aplicação da lei**, de acordo com o mencionado artigo 8º no novo CPC, **já lhe impõe um exercício de interpretação – livre –, para se alcançar a adequada aplicação do Direito**, respeitando e concretizando os Direitos Humanos, tudo de forma fundamentada, e é o que dirige a decisão daquele qualificado agente – político, concursado e imparcial – para a obtenção da justiça no caso concreto.

Como se disse, anteriormente, de forma **teleológica e sistemática**, a análise do novo CPC nos induz a afirmar que o **livre convencimento motivado do Juiz**, ou a sua persuasão racional, **não foi abolido**, se excluída de um ou outro artigo o expresso sentido do texto, pois como leciona EROS ROBERTO GRAU⁴⁵, **“Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”**:

“A interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso, insisto em que o direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico não expressa significado normativo algum.”

De relevo na questão discutida, **ao comentar o novo CPC**, o posicionamento de ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO⁴⁶ ao se referir ao artigo 371, sintetizando-o em uma única linha, como **princípio do livre convencimento**, que corrobora o que foi até aqui dispendido.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes?*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 84.

⁴⁶ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Novo CPC – sintetizado e resumido*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 36.

Sobreleva-se, outrossim, a **correlação, sem ressalvas**, realizada por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e LUIZ RODRIGUES WAMBIER⁴⁷, entre os artigos do novo CPC (2015) com o revogado CPC (1973): art. 11 do novo CPC com os arts. 131, 155 e 165 do antigo CPC; art. 370 do novo CPC com o art. 130 do antigo CPC; e art. 371 do novo CPC com o artigo 131 do antigo CPC, o que, igualmente, **robustece o raciocínio que ora sustentamos no sentido de que a liberdade do julgador para decidir continua existindo, de maneira motivada, como sempre foi.**

É certo que a **previsibilidade da decisão judicial** deve englobar os valores da **segurança jurídica** e da **legalidade**, de forma a se buscar uma uniformidade das decisões judiciais, todavia, há de ser respeitado, no caso concreto, as peculiaridades e a prova dos autos, as quais irão determinar a solução do caso diante do **livre convencimento motivado do juiz.**

Ainda que se procure **mitigar o trabalho do Juiz na decisão judicial**, é certo se constatar que **sua atuação, livre é imprescindível para aplicação do direito e da justiça.** Nessa linha, vale trazer à colação a lição de um dos maiores filósofos do século XX, CHAIM PERELMAN:

Com efeito, o juiz não é um autômato: concede-se-lhe um poder de apreciação, condição de seu poder de decisão. A qualidade que se exige dele é ter discernimento, ou seja, ser capaz de apreciar os diferentes aspectos de um problema, de pensar o pró e o contra.

Se a justiça pudesse dispensar o julgamento, se se pudesse mecanizá-la, as máquinas poderiam dizer o direito de uma forma muito mais rápida e muito menos onerosa do que o homem. Mas as máquinas não tem discernimento, sendo por isso que, em todas as situações delicadas, o recurso ao juiz é indispensável.⁴⁸

Observe-se que não basta ao juiz fiar em seu senso de equidade: ele deve, na medida do possível, amoldar-se à legislação e levar em conta os precedentes

⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Novo Código de Processo Civil comparado, artigo por artigo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 35 e 196.

⁴⁸ PERELMAN, Chaim, *Ética e Direito*, traduzida por Maria Ermantina Almeida Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 513.

judiciários. Isso porque a administração da justiça exige que o juiz seja guiado por regras suficientemente precisas, sem o que suas decisões seriam influenciadas por concepções políticas, e a insegurança que resultaria disso daria à ordem jurídica todas as aparências da arbitrariedade. Com efeito, ao lado da *equidade*, inseparável da administração da justiça, o direito apresenta outra exigência, que é a da *segurança jurídica*. (...)

O papel do juiz é tomar uma decisão, resolver, escolher, em nome do que considera o direito e a justiça, sabendo que suas decisões vão integrar-se no sistema de direito de que ele constitui um elemento central.

É dentro desse espírito que as técnicas de interpretação, justificadas pelo recurso à lógica jurídica, que não é uma lógica formal, mas uma lógica do razoável, ser-lhe-ão um auxílio essencial na medida em que lhe permitem conceituar, por uma argumentação apropriada, o que lhe dita o seu senso de equidade e seu senso do direito.⁴⁹

Inegável, a nosso ver, que **a importância maior aos precedentes e ao incidente de causas repetitivas** (art. 927 do novo CPC) é uma evidência que o novo *Codex* busca reduzir o livre convencimento do Magistrado ao julgar as causas, todavia, não foi taxativo em abolir a persuasão racional ou livre convencimento motivado.

3. CONCLUSÃO

O **livre convencimento motivado do juiz** é o sistema de apreciação de provas que **superou vários outros sistemas** na história do Direito, desde a Antiguidade, tais quais: **a) o sistema ordálio**, próprio das civilizações antigas e também chamado de juízos de Deus, o qual vigorou até a época das inquisições; **b) o sistema da certeza moral do juiz** (também denominado de íntima convicção) onde a lei não dispunha sobre o valor da prova e deixava o julgador livre de qualquer critério para decidir a causa. Esse sistema ainda vigora no Tribunal Popular onde os jurados decidem segundo sua íntima convicção e não precisam fundamentar o seu voto; **c) o sistema da certeza moral do legislador** (também denominado sistema da

⁴⁹ PERELMAN, Chaim, *Op. Cit.*, p. 632.



verdade legal ou formal), o qual impõe ao juiz uma vinculação ao valor da prova, que é instituído pelo legislador.

Assim, no **sistema vigente no ordenamento brasileiro** – tanto no âmbito criminal como cível – **o sistema do livre convencimento motivado** (também denominado persuasão racional do juiz), **o juiz forma sua convicção diante da prova dos autos, pois o que não está nos autos não está no mundo** (*quod non este in actis non este in mundo*) e explicita suas razões de assim decidir, da escolha vinculada realizada para calcar sua decisão, fundamentando-a, **sistema aquele que encontra perfeita harmonia com a Constituição Federal de 1988.**

A fundamentação é uma garantia constitucional e processual, no Estado Democrático de Direito, de que o juiz julgou de acordo com a prova dos autos, valorando-a livremente e permitindo que as partes do processo (autor e réu) possam recorrer para reforma da decisão se aquela decisão não foi justa, e igualmente permitindo ao julgador da instância superior examinar os motivos da decisão e reavaliar a prova, julgando-a.

Dessa forma, **ainda que exista subjetividade na decisão do juiz**, a qual é própria à adequada aplicação da lei e obtenção da justiça no caso concreto, estará aquela decisão devidamente controlada, **afastando-se o perigo de prevalecer o juízo moral na mesma.**

Se cabe ao juiz encontrar e aplicar a justiça, buscando-a no caso concreto com base na melhor aplicação da lei, é inafastável que exista o grau de subjetivismo no conflito social apreciado que exige a interpretação de fatos e da legislação vigente, pois o que se espera do juiz é que ele tenha discernimento e prudência para compreender bem a questão discutida e solucioná-la à luz dos Direitos Humanos.



Creemos, assim, que o nosso sistema constitucional que **obriga o juiz fundamentar suas decisões**, exigência esta igualmente encampada pelo novo CPC, **traz-nos, implícito, que no ordenamento jurídico brasileiro a liberdade do julgador ao decidir é limitada** e, assim, controlada diante daquela garantia constitucional. Ademais, no novel diploma processual o legislador foi mais contundente prevendo expressamente **quando uma decisão não estará fundamentada, sob pena de nulidade** (§ 1º do artigo 489 do novo CPC).

Nessa linha, o novo CPC (assim como qualquer lei infraconstitucional) deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, tal como a lição de Kelsen, pela qual o ordenamento jurídico é interpretado com base na Lei Maior que ocupa o ápice da pirâmide, e não o contrário (a Constituição Federal ser interpretada em face da Lei infraconstitucional, que os alemães denominam *gesetzeskonformen verfassungsverinterpretation*).⁵⁰⁻⁵¹

Seria uma **involução do Direito** pensar o contrário, ou seja, o de **que o novo CPC aboliu a livre convicção motivada do juiz**, pois, se a solução da lide nas mãos do juiz não é a ideal, porquanto humana, por outro lado, o **sistema de garantias existente, o prestígio do Poder Judiciário** no Estado Democrático de Direito e a tripartição dos Poderes da República historicamente têm demonstrado que **o sistema do livre convencimento motivado do juiz é o mais evoluído que se alcançou no Direito Processual** até hoje e - como o juiz não é um autômato, não é uma máquina que não possui discernimento -, melhor se contar com a esmerada e qualificada decisão desse agente político, com certo grau de subjetivismo, do que a ausência de pacificação dos conflitos pelo Estado-Juiz, sem embargo de outros mecanismos alternativos como é o caso da **arbitragem**.

⁵⁰ **STF**: 2ª T., RE 348827/RJ – Rel. Min. *Carlos Velloso*, J. 01.06.04.

⁵¹ **STJ**: 6ª T. RHC, nº 2.472-4, Rel. Min. *Adhemar Maciel*, v.u., DJU 10.05.93, p. 8648. RT 703/354



Parafrazeando as ponderadas palavras do Juiz Federal do Trabalho, JOÃO HUMBERTO CESÁRIO, “O juiz, quando julga, não tem 100% de certeza que está trabalhando ou não com a realidade. Mas na relação do contraditório, que foi exaurido, ele tem condições de problematizar as ideias e alcançar o juízo. A **verdade**, a rigor, **não deve ser adjetivada, não pode ser ficta nem real, mas buscada.**”⁵² (g.n.)

O prestígio e a qualificação dos Juízes no Brasil tem levado a um quadro alarmante de litígios sociais, alcançando hoje o patamar de 105 milhões de processos em andamento, para uma população de 200 milhões, o que nos permite dizer que a sociedade vê, e assim o é, o Judiciário como a última trincheira de sua esperança de encontrar a justiça devida no caso discutido, muito embora, com a multiplicidade de interesses e peculiaridades existentes no caso concreto, possa não existir uma uniformidade de decisões judiciais.

Foi demonstrado, no entanto, que **a sistemática do novo CPC, manteve o sistema da livre convicção motivada do juiz** nos vários dispositivos legais analisados, de forma que a tentativa de se abolir o referido sistema - não se renovando a regra explícita do artigo 131 do revogado CPC e suprimindo a palavra “livremente” nos atuais dispositivos processuais que tratam da apreciação das provas pelo juiz (artigo 371 do *novo* CPC que corresponde ao artigo 131 do *antigo* CPC) - não é suficiente, a nosso sentir, para se chegar à conclusão da sua extinção.

Devemos sim buscar o aprimoramento do sistema de apreciação de provas vigente, pois foi nesse sentido que caminhou a evolução da história do Direito Processual. Todavia, **a liberdade do juiz na apreciação, contextualização e interpretação – dos fatos e do direito**

⁵² Palestra de atualização - TRT – 6ª Região/PE, realizado em 06.11.2015, extraído da internet em 16.01.2016: <http://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2015/11/06/juiz-joao-humberto-cesario-do-trt23-atualiza-magistrados-e-servidores-do-trt6>



– ainda é a matéria-prima mais valiosa no Estado Democrático de Direito e na garantia e aplicação dos Direitos Humanos.

A nosso ver, portanto, **persiste no novo CPC a liberdade do juiz na prestação jurisdicional, por meio do livre convencimento motivado.**

4. BIBLIOGRAFIA

ARRONE, Ricardo. *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1ª ed., 1996.

BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

CONGRESSO EM FOCO, endereço eletrônico: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/brasil-tem-mais-de-105-milhoes-de-processos-na-justica/>

CONSULTOR JURÍDICO, *Estrutura do sistema judicial necessita de revisão e ampliação*, endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-05/estrutura-sistema-judicial-necessita-revisao-ampliacao>.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Novo CPC – sintetizado e resumido*, São Paulo: Atlas, 2015.

_____, *Código de Processo Civil – Interpretado e Anotado*, Barueri/SP: Manole, 2001.

CPP, *Código de Processo Penal*, Decreto-Lei nº 3.689 de 03.10.1941.

CPPM, *Código de Processo Penal Militar*, Decreto-Lei nº 1.002 de 21.10.1969.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3.

DOTTI, Renê Ariel. *A missão criadora da jurisprudência. O Estado do Paraná – Direito e Justiça*, Curitiba, ano XVI, nº 788, 11.05.2008.

ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, endereço eletrônico: <http://www.enfam.jus.br/2015/12/ministro-dias-toffoli-reconhece-papel-das-escolas-na-formacao-juiz-moderno/>

FACCHINI NETO, Eugênio. *'E o Juiz não é só de Direito...'* (ou *'A Função Jurisdicional e a Subjetividade'*). In: *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas/SP: Millenium Editora, 2002.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*, Coimbra: Arménio Amado, 1987 (1921).

FOLHA DE SÃO PAULO, *Salário dos Juízes no Brasil é um dos melhores do mundo*, endereço eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u63332.shtml>

GARCIA, Maria. *A análise transaccional e o Direito*. São Paulo: Revista Brasileira de Análise Transaccional. Ano I, nº 1, jun. 1988.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. *Direito: Razão e Sensibilidade – Instituições na Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes?*, São Paulo: Malheiros, 2014.

JURISWAY, *A Crise do Processo e do Poder Judiciário no Brasil e no Mundo e a Adoção de Formas Alternativas para Solução das Controvérsias (ADR)*, endereço eletrônico: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=595

LINDB, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, Vol. I.

LOPES JR., Aury; **BADARÓ**, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas/SP: Bookseller, 1997, Vol. II.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2004.



NALINI, José Renato. *O futuro do Poder Judiciário*, palestra realizada em 22.01.15, no Secovi-SP, como primeira reunião do NAT em 2015, endereço eletrônico: <http://www.thewinners.com.br/pt/component/k2/item/54-o-futuro-do-poder-judici%C3%A1rio.html>
_____, *A Constituição Brasileira – 20 anos: Do Poder Judiciário*. Coordenada por Ives Gandra Martins e Francisco Rezek, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOVO CPC, *Novo Código de Processo Civil Brasileiro*, Lei 13.105 de 16.03.2011.

OLIVEIRA. Regis de. *Voto na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados*, 1.705/07, de 06.05.08.

PERELMAN, Chaim, *Ética e Direito*, traduzida por Maria Ermantina Almeida Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 4ª ed., Campinas/SP: Millenium, 2008.

STRECK. Lenio Luiz. *Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do Novo Código de Processo Civil*, endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-npc>
_____. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?*. 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **WAMBIER**, Luiz Rodrigues. *Novo Código de Processo Civil comparado, artigo por artigo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.