

## A expulsão do *livre convencimento motivado* do Novo CPC: por que a razão está com os hermeneutas?

### Lúcio Delfino

Pós-doutor em Direito Pública pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual* (RBDPro). Advogado.

### Ziel Ferreira Lopes

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), sob a orientação do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Em sua coluna no Jota, Fernando da Fonseca Gajardoni procurou demonstrar que o *livre convencimento motivado* persevera no CPC-2015, não obstante a radical e adrede obliteração da aludida expressão do novo texto legal. Repelindo argumentos daqueles que intitula de “hermeneutas”, advoga que o “princípio secular” permanece porque jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei a permitir que o juiz julgue o processo como bem entenda, e sim como antídoto eficaz e necessário para o combate dos sistemas da prova legal e do livre convencimento puro.<sup>1</sup>

Sentimo-nos estimulados a rebater a tese desenvolvida pelo inteligente articulista, sobretudo por estarmos entre aqueles filiados ao entendimento antagônico. Em escritos mais recentes, a ênfase atribuída por nós a essa novidade é nada menos que notória – um dos pontos altos do novo CPC: representa passo fundamental para a superação de resquícios do velho positivismo fático (realismo jurídico) que ainda tem lugar de relevo na mente de muitos profissionais que militam no foro. Algo, aliás, sempre e desde há muito elucidado por Lenio Streck, o mentor da emenda supressiva do livre convencimento.<sup>2</sup>

2. É preciso mencionar, num primeiro momento, que o ensaio ora refutado está escorado em distintos paradigmas filosóficos. É o que a *Crítica Hermenêutica do Direito* denomina *mixagem paradigmática*. E isso tem importância porque o mundo é como é mormente porque existem (e existiram) paradigmas filosóficos. Para ficarmos em um plano puramente lógico: ninguém deve arriscar-se a

<sup>1</sup> Ler aqui: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>

<sup>2</sup> Especificamente sobre o tema: STRECK, Lenio Luiz. O novo CPC e o *hermeneutic turn* do direito brasileiro – condições e possibilidades. *Revista Brasileira de Direito Processual* (RBDPro), 90 (no prelo). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

esclarecer vantagens e/ou desvantagens de um fenômeno jurídico (ou outro qualquer) com esteio em paradigmas filosóficos diferentes. Por mais louvável que seja a intenção e o esforço retórico despendido, posturas assim mais confundem que aclaram.

Sendo específico, a conclusão que se lê no referido ensaio afasta-se da premissa que lhe serviu de sustentação: parte da *vontade do legislador*, como alicerce fundamental, e finaliza acusando os “hermeneutas” de pregarem espécie de coisificação ou robotização do julgador, mais especificamente alude que, para além da autonomia na valoração motivada da prova, mesmo em matéria de interpretação do direito, haveria espaço para liberdade de convicção e julgamento. O seu *background* está claramente atrelado à *metafísica objetivista aristotélico-tomista*, como se uma *essência* pudesse ser extraída da expressão *livre convencimento motivado*, mas ao fim e ao cabo o arremate colide frontalmente com o contexto geral desenvolvido, pois se arreda do cerne que lhe serviu de baseamento (*filosofia da consciência* ou congêneres). De um lado, a objetividade do texto; de outro, a subjetividade assujeitadora do intérprete. E ambos paradigmas conjugados e supostamente conectados, como se concebível fosse explicar fenômenos numa perspectiva atemporal, linear e sobreposta.

3. Ainda segundo uma perspectiva lógica, mencione-se que o argumento axial no qual se assenta o artigo é bastante versátil: serve para sustentar e ao mesmo tempo repudiar a conclusão ali atingida. Se o que importa são as motivações que levaram ao surgimento do livre convencimento, o mesmo deve valer também agora, em que a opção legislativa seguiu rumo ao seu *proposita* banimento do novel sistema processual.<sup>3</sup> Justificativas por justificativas, melhor é se acudir na versão mais contemporânea e sobranceira.

---

<sup>3</sup> Essa foi a justificativa da proposta de supressão do livre convencimento motivado, elaborada por Lenio Streck, e entregue ao Dep. Paulo Teixeira (relator do projeto de lei na Câmara dos Deputados) e lida por ele na presença de renomados processualistas que auxiliaram o trabalho dos Deputados: “(...) embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e livre apreciação judicial, **não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos, enfim, a interpretação e aplicação do direito, em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado “coparticipação”, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’.** O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito.” (Sem grifos no original).

4. Avancemos a fim de enfrentar o argumento em sua substância. Conforme se lê ao longo do ensaio, a suposta permanência do livre convencimento estaria fundada nas razões pelas quais foi concebido: como antídoto destinado ao combate dos sistemas da prova legal e do livre convencimento puro, jamais como método de aplicação da lei, espécie de alforria para que o juiz julgue como bem entender.

Mesmo que tenha sido essa a única alavanca motivacional do legislador à época (?), é indispensável perguntar: E daí? Quer dizer que é suficiente pensarmos no que mirava o legislador quando da elaboração do texto legal para que o sentido dele extraído se dê a contento? Basta que o livre convencimento motivado tenha sido concebido como antídoto aos superados sistemas de provas para que nos livremos de interpretações inautênticas e voluntaristas?

Nem é preciso ser hermeneuta para responder negativamente a essas questões. Afinal, entendimento contrário nos levaria de retorno à Escola da Exegese. Nos tempos atuais já deveria ser óbvio que as palavras têm força e seus sentidos obtêm-se pelo uso que se faz delas. Em linguagem semiótica: o problema dos sentidos reposicionou-se para o nível da pragmática, deslocando-se dos planos da sintaxe e da semântica.

Na prática do foro se constata tal realidade cotidianamente, pois é ali, situadas dentro de um contexto fático, que as palavras ganham vida e recebem sentido não raro desvirtuados daquilo que se ambicionou quando da sua utilização nos textos legais. Pior é quando a coisa degradingola e o intérprete crê estar autorizado a avançar aventureiro para além das possíveis respostas autênticas que o texto oferece, assujeitando-o segundo seus anseios, torcendo sua estrutura para atingir sentidos cujas fundações só se encontram em sua própria mente, algo que, infelizmente, é corriqueiro em uma justiça como a brasileira, na qual se mantém habitual o jargão “direito é aquilo que os tribunais dizem que é”.

5. Não nos parece, ademais, apropriado tratar o tema com a singeleza que se pretendeu no ensaio ao qual se está a redarguir. Como se costuma dizer, o *buraco é mais embaixo*.

Ora, a doutrina brasileira já despertou para a premente necessidade de visitar a temática segundo outros ângulos. Compreendeu que a tradicional maneira como é tratada – a partir dos três modelos históricos de valoração das provas: íntima convicção, prova legal e persuasão racional – desdenha aquilo que sobressai como mais relevante em uma democracia: a discussão sobre

mecanismos concretos de controle do convencimento judicial. A respeito disso, talvez a proposta acadêmica hoje mais enfatizada (concorde-se ou não com ela) siga rumo à defesa da adoção no Brasil de *standards* de prova cujo desígnio é, precisamente, assegurar *parâmetros racionais e objetivos de controle e acerto do juízo fático*, a reboque do que se verifica na processualística norte-americana.<sup>4</sup>

Não há novidade nisso, entretanto. Nem lá fora, tampouco por aqui. Comentadores notabilíssimos do CPC-1939, a exemplo de Pontes de Miranda, ainda que entusiastas do livre convencimento motivado, já àquela época assinalavam o inconveniente de se admiti-lo, sem limites claros, *já que isso aumentaria enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abriria a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube*.<sup>5</sup>

Nada menos, como se vê, que a preocupação alimentada décadas depois, e com mais requintes teóricos, por Lenio Streck ao trabalhar em prol da expulsão do livre convencimento motivado do sistema processual civil, agora concretamente fortalecida (e justificada) por dados empíricos oriundos da experiência jurídica, que chegou a gerar votos, como aquele já clássico, *embora produzido quase duas décadas depois da Constituição Federal de 1988*, elaborado pelo Ministro Humberto Barros:

**“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**

---

<sup>4</sup> Nessa linha, o profundo estudo de Guilherme Recena Costa, intitulado “Livre Convencimento e Standards de Prova”. Em uma de suas passagens, colhe-se a seguinte conclusão: “A livre apreciação da prova, por si só, tem apenas um conteúdo negativo: excluir a prova tarifada, em que a valoração das hipóteses fáticas se dava com base em operações de peso e conta fundadas em generalizações grosseiras. Ela não revela, por outro lado, como e dentro de quais limites se deve desenvolver o juízo fático, carecendo, portanto, de dimensão positiva.” (COSTA, Guilherme Recena. *Livre Convencimento e Standards de Prova. 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. Organizadores: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 356-381).

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1947. p. 427.

**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.”<sup>6</sup> (Sem grifos no original).

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. Um quadro triste e acinzentado 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”.

6. Sublinhe-se que a *Crítica Hermenêutica do Direito*<sup>7</sup> não reduz a questão do livre convencimento a um “vale-tudo” judicial ingênuo. A situação brasileira certamente fez com que o enfrentamento das vulgatas se sobressaísse. Contudo — a par da intervenção no debate público —, sempre se buscou ativamente o debate especializado. Vieram ao encontro, nesse ponto, os defensores de uma “discrecionabilidade racionalizada” pelas Teorias da Argumentação. A respeito disso, confira-se o clássico “*Verdade e Consenso*”<sup>8</sup>. Deste modo, é injusto fazer tábula rasa de todo esse chão já caminhado. Pior que isso: ao se falar em “robotização” do intérprete, desconsidera-se a história recente do pensamento: nos grandes quadros da filosofia da linguagem, a reivindicação hermenêutica é justamente *contra a* tecnificação da compreensão.

Insista-se: sob o Estado Democrático de Direito, a decisão pública não pode depender *em nada* da vontade pessoal do juiz. Juiz decide; não escolhe, por mais que a isto se acople um raciocínio adjudicador — justificação ornamental, não estruturante à decisão. “Autonomia na valoração da prova” e “necessidade de adequada motivação” *não* são “elementos distintos”, como afirma Gajardoni. A prevalecer o “decido-primeiro-e-fundamento-depois”, a tal “disciplina mais clara do método de trabalho do juiz” aparece como despistadora do subjetivismo, até para o próprio intérprete. Ao invés de fundamentar a partir da própria consciência

---

<sup>6</sup> STJ, AgReg em ERESP 279.889-AL.

<sup>7</sup> Construção de Lenio Streck, que pode ser vista em *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014, *passim*.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

(ou das essências), se trata de compreender, “re-conhecer” na tradição as determinantes da decisão. Por isso os princípios fecham a interpretação, talham o acontecer da norma no caso concreto. Sentidos são historicamente indisponíveis (ninguém sai por aí trocando o nome das coisas impunemente). Tanto mais em se tratando de sentidos normativos. Daí por que a emenda streckiana-dworkiniana do art. 926 do novo CPC traz uma grande inovação ao velar pela coerência e integridade da jurisprudência, dotando-a de consciência histórica — para além do mero reforço da hierarquia judiciária, que Gajardoni infere do art. 927.<sup>9</sup> Mesmo a quebra da cadeia decisória se dá em atenção a uma consistência principiológica mais ampla e profunda; *não porque o juiz assim o quer (ou o crê)*.

Enfim, se é para levar o novo CPC a sério, não se pode contentar com um mero “livre-convencimento-mais-motivado”. Tragamos Gadamer para o processo civil: o livre convencimento não deve ser combatido; deve ser *destruído*.

7. A verdade é 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.<sup>10</sup>

O que se quer do juiz não é que se torne *simples estátua na proa do navio* (ou um *robô*),<sup>11</sup> em recuo ao liberalismo processual, mas sim que assuma

---

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? In: *Consultor jurídico*. 18 dez 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>> Acesso em: 08/04/2015.

<sup>10</sup> JUNIOR, HUMBERTO THEODORO; NUNES, Dierle; FRANCO BAHIA, Alexandre Melo; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 60.

<sup>11</sup> Nesse sentido: “É preciso esclarecer que a afirmação de que o juiz é sujeito do contraditório não quer significar que ele seja, a semelhança das partes, um contraditor que defenda interesses parciais. Juízes por exemplo não levam para o processo fatos não aventados pelos litigantes. Não é papel deles operar designando oficiosamente provas até como forma de preservar sua imparcialidade. São sujeitos na medida em que constrangidos pelo contraditório. Sujeitam-se ao contraditório, têm deveres que decorrem desse direito fundamental processual. Mais que mera “alface”, o juiz de hoje assegura o contraditório substancial, vale dizer: i) é sua função provocar o debate para sanar dúvidas existentes, indicar e fomentar a exploração pelas partes de vias interpretativas não enfrentadas ou ainda não adequadamente aclaradas ou amadurecidas (terza via interpretativa); ii) compete-lhe prevenir as partes do perigo de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo; e iii) cabe-lhe consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, mesmo que de ordem pública, assegurando a influência das manifestações delas na formação das decisões judiciais. Se o contraditório se reduzisse às partes o juiz poderia surpreender no momento decisório, algo impensável na atualidade. NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. *Novo CPC: entre anarquia interpretativa,*

definitivamente sua *responsabilidade política*. Suas pré-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. A jurisdição tem por escopo resolver conflitos conforme o direito, a surgir da interpretação das leis, dos princípios constitucionais, dos regulamentos e dos precedentes com DNA constitucional.<sup>12</sup> E é nele, no direito construído intersubjetivamente no ambiente processual, que as atenções de todos os atores processuais devem se voltar.

8. Acertou o legislador ao proscrever do sistema processual esse rastro autoritário ainda sustentado pelo CPC-1973 e que mantém escancarada, em pleno século XXI, uma janela para emanações concretas da ideologia socialista no palco processual (Menger, Klein, Bulow),<sup>13</sup> confiando aos julgadores liberdade para decidirem conforme pensam e segundo a prova que melhor se amolde ao seu pensamento, *desde que depois se justifiquem*, como se o dever de fundamentação (por mais oneroso que se apresente) impermeabilizasse sozinho o livre atribuir de sentidos.

Ponto para Lenio Streck. E também para a Câmara dos Deputados. Sobretudo ponto para a democracia brasileira!

**Fonte:** <http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quaes-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>

---

coerência e precedentes. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/08/21/novo-cpc-entre-anarquia-interpretativa-coerencia-e-precedentes/>>. Acessado em 07/04/2015.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. O novo CPC e o *hermeneutic turn* do direito brasileiro – condições e possibilidades. *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 90 (no prelo). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

<sup>13</sup> Sobre o socialismo processual, consultar: FONSECA COSTA, Eduardo José. Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 82. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.