

AINDA SOBRE O LIVRE CONVENCIMENTO: resistência dos tribunais ao novo CPC

Still about “free conviction”: resistance from Courts against the new Civil Procedure Code

Lenio Luiz Streck¹

Lucio Delfino²

Ziel Ferreira Lopes³

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. O livre convencimento, a discricionariedade judicial e a mudança advinda a partir do CPC/2015. 3. A recepção doutrinária. 4. A recepção pelos tribunais; 5. Mais um pouco de Teoria do Direito (ou: os juristas e o “cisne negro”). 6. Notas programáticas: para seguir democratizando o processo judicial no Brasil. 7. Considerações finais.

RESUMO Com este trabalho, pretendemos analisar uma mudança representativa da democratização do processo civil brasileiro: a retirada do livre convencimento pelo art. 371 do CPC/2015. Discutimos a recepção da mudança pela doutrina e pelos tribunais a partir do referencial teórico da Crítica Hermenêutica do Direito. Na discussão sobre modelos de valoração da prova, há algo maior em jogo do que as categorias dogmáticas deixam ver: o problema da discricionariedade judicial. Muitos invocavam (e alguns seguem invocando) o livre convencimento, desde que “motivado”, como álibi para afastar o controle sobre a decisão judicial ou alguma parte dela. Contudo, verificam-se padrões normativos constringendo as decisões judiciais, para além da subsunção entre caso e lei idealizada pelos sistemas da prova tarifada.

Palavras-chave: livre convencimento; discricionariedade judicial; hermenêutica

¹ Doutor em Direito (UFSC). Pós-Doutor em Direito (FDUL). Ex-Procurador de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Advogado.

² Doutor em Direito Processual Civil (PUC-SP). Pós-doutor em Direito Público (UNISINOS). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Advogado.

³ Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Bolsista CNPQ. Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Membro do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos.

ABSTRACT In this paper we intend to analyze a representative change for democratization of brazilian civil procedure: the withdrawal of free conviction by the article 371 of CPC / 2015. We discuss the reception of this change in doctrine and in the courts based on the theoretical framework from Hermeneutical Critique of Law. In discussing “evidence evaluation models”, there is something greater at stake than the dogmatic categories show: the problem of judicial discretion. Many invoked (and some continue to invoke) the free convincing, as long as "motivated", as an alibi to dispel control over the judicial decision or some part of it. However, there are normative standards restricting judicial decisions, beyond the subsumption between case and law idealized by the systems of the taxed proof.

Keywords: “free conviction”; judicial discretion, hermeneutics

ABDPro

1. INTRODUÇÃO

Faz mais de 1 ano que o novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) entrou em vigor, umas das leis de maior repercussão na prática judicial do nosso País. É tempo de refletir sobre a sua recepção pela doutrina e pelos tribunais. Algo merece ser lembrado insistentemente: além de uma série de inovações técnicas específicas, o novo Código pautou-se por uma preocupação maior: o aprofundamento democrático do direito brasileiro.

O objetivo aqui, nas linhas que se seguem, é analisar uma transformação representativa (e paradigmática), umbilicalmente atrelada a esse mote democratizador da atividade jurisdicional e dos seus resultados: a *abolição* do livre convencimento pelo art. 371 do CPC/2015.

O itinerário que adotamos pode ser sintetizado da seguinte maneira: partimos de uma breve exposição dos sistemas de valoração da prova na intenção, sobretudo, de apontar os problemas decorrentes do “livre convencimento motivado” e a sua ligação com a discricionariedade judicial no direito brasileiro; em seguida, expusemos os motivos que levaram à mudança no art. 371 do CPC/2015 (*tópico 2*). Na sequência, analisamos a recepção doutrinária da mudança, reconstruindo os debates travados até então entre os juristas, sempre nos posicionando a partir do referencial da Crítica Hermenêutica do Direito (*tópico 3*). Examinamos, ainda, a recepção da mudança pelos tribunais, atendo-nos a exemplos emblemáticos a partir daquilo que se percebe pela leitura de ementas de julgados de órgãos de cúpula do Judiciário (*tópico 4*). Para *furar* um certo “bloqueio dogmático” em torno dos sistemas de valoração de prova, um aporte da Teoria do Direito foi elaborado com base no debate Hart-Dworkin (*tópico 5*). Ao fim e ao cabo, esboçamos notas programáticas, fruto da articulação de todos os elementos trabalhados ao longo do texto, a serem observadas para que o processo judicial no Brasil permaneça em seu caminho rumo à democratização (*tópico 6*).

2. O LIVRE CONVENCIMENTO, A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A MUDANÇA ADVINDA A PARTIR DO CPC/2015

A questão do “livre convencimento” do juiz surge no contexto dos *sistemas de valoração da prova*, daí se espalhando por toda a concepção de jurisdição, dos poderes e

deveres do juiz no processo. A doutrina costuma classificar tais sistemas segundo as seguintes designações: i) *íntima convicção*; ii) *prova tarifada*; iii) *livre convencimento motivado*.

O primeiro autoriza decisões com base num “livre conhecimento puro”, com o juiz decidindo sem qualquer restrição, tampouco lhe sendo exigido explicar seus motivos. Já no segundo há previsão legal pré-fixando o valor de cada tipo de prova, não se admitindo ao juiz atribuir valorações diversas daquelas já definidas pelo sistema normativo. Por fim, no último sistema inexistente a antecipação do valor probatório pelo legislador, de modo que o juiz tem livre convencimento, muito embora esteja obrigado a justificar os motivos da sua decisão. O direito processual brasileiro se apega desde antanho ao *livre convencimento motivado*, como se verifica no CPP/1941 (arts. 155 e 200) e no CPC/1939 (art. 118). O CPC/1973 manteve-se preso à tradição no emblemático 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 01/10/1973).

Sem alusão expressa no dever de motivação, também se referiam à liberdade do juiz os seguintes artigos do CPC/73: 353; 386; 439, parágrafo único (todos na área de valoração de provas); 145, §3º (livre escolha de peritos); e 1.107 (liberdade instrutória). Segundo o art. 165: “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

Na práxis jurídica, costumava se considerar o juiz *livre* para agir (ou se omitir) dentro do processo, não existindo um direito da parte com relação a isso, e sim uma sujeição dela ao poder estatal. Tal paradigma de processo judicial vem ligado a uma dogmática jurídica servil ao autoritarismo, como também a certos movimentos críticos que apostam no protagonismo do juiz para fazer justiça. Ambos ficam bastante aquém do que seria o paradigma democrático de processo.

Assim, são vários os julgados a dizer que “o juiz é o destinatário da prova”, que se deve ter “confiança no juiz da causa”, que “o juiz é o dono do processo”, que “o juiz decide conforme sua consciência”, que “não está obrigado a enfrentar todos os argumentos das partes”, ou que simplesmente “discorda” deles, que “nada há a esclarecer”, que “mantém a decisão por seus próprios fundamentos” e etc.

Alguns invocam até um “direito de julgar” que não pode ser cerceado. Confira-se o seguinte excerto de recente julgado do STJ:

(...) demais, vale lembrar que em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual o juiz pode julgar dispensável a produção de prova testemunhal, quando as provas carreadas são suficientes para julgamento do feito. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu *direito* de julgar. (STJ, AgRg no REsp 1504544/PB).

Nisso tudo surgem sólidas conexões entre a *liberdade na valoração da prova* e os *poderes instrutórios do juiz*, *as armadilhas da jurisprudência defensiva*, *o alcance do direito das partes ao contraditório* e o *dever judicial de fundamentação*. Por aí se nota, enfim, que há algo ainda maior em jogo do que as categorias dogmáticas deixam antever: a questão discricionariedade judicial. Seu enfrentamento certamente não se esgota nos três modelos de valoração de prova supracitados.

Falar em *livre convencimento motivado* é claramente articular sobre racionalidade, conhecimento, verdade, justificação, e nisso o discurso jurídico desliza sobre pressupostos filosóficos. A eliminação dos extremos é menos controversa, já que a íntima convicção e a prova tarifada flertam com concepções jusfilosóficas ultrapassadas (formas primitivas de realismo jurídico e positivismo jurídico). Só que entre um extremo e outro sobra muita coisa. Daí que remeter-se a um vago meio-termo ainda é dizer muito pouco sobre questão tão complexa.

No Estado Democrático de Direito, qualquer convencimento cabe? Qualquer motivação cabe? Primeiro o juiz “escolhe” e depois procura uma “capa formal” para aquilo que “quis” decidir? Como *livre convencimento* e *motivação* se conjugam? Na falta de respostas melhores, a jurisprudência brasileira foi consagrando noção bastante ampla de *liberdade* de convencimento e bastante restrita de *motivação*.

Denunciando tudo isto, um dos subscritores deste texto (Lenio Streck⁴) sugeriu a retirada da expressão “livremente” dos artigos correspondentes no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) à Comissão de Juristas da Câmara dos Deputados. Veja-se o resumo da justificativa que apresentou naquela ocasião ao Relator do Projeto, Dep. Paulo Teixeira, registre-se, com a concordância dos juristas Fredie Didier, Luiz Henrique Volpe e Dierle Nunes:

Embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. (...) O

⁴ STRECK, Lenio Luiz. Comentários aos art. 371. In: STRECK, Lenio Luiz et al (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 551-554.

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. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão.

A sugestão foi bem recebida, passando o art. 371 a ter a seguinte redação: “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”. Associada a isto vem a concretização do direito da parte ao contraditório (art. 10) e do dever judicial de fundamentação (sobretudo nos arts. 489, §1º, e 926, ecoados por vários outros artigos do novo Código).

A partir do CPC 2015, portanto, não poderá o juiz ou tribunal referir que a “decisão x foi exarada desse modo em face da livre apreciação da prova ou de seu livre convencimento”. Isso implica outra questão absolutamente relevante: por decorrência lógica, não poderá o juiz fundamentar a decisão alegando que “julgou segundo a sua consciência”, uma vez que isso seria repristinar a expressão derogada, conspurcando, assim, a vontade legislativa.

Isso também fará com que se altere, substancialmente, a jurisprudência sobre a “fundamentação nos embargos de declaração”. Vedadas, portanto, decisões do tipo: “O sistema normativo pátrio utiliza o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o que significa dizer que o magistrado não fica preso ao formalismo da lei (...) levando em conta sua livre convicção pessoal” (Recurso Cível 5001367-22.2011.404.7119). Do mesmo modo, inadmissíveis de agora em diante decisões como esta: “O juiz, na linha de precedentes do STF, não está obrigado a responder a todas as questões articuladas pelas partes. *As razões de meu convencimento são suficientemente claras.* Rejeito os embargos”.

O CPC/2015, ao retirar o poder de *livre convencimento* ou *livre apreciação*, assume um nítido sentido “não protagonista”, afastando o velho instrumentalismo e os fantasmas do antigo “socialismo processual” (Büllo, Menger, Klein)⁵. Não se pode mais invocar, igualmente, o princípio (*sic*) da presunção racional. O novo Código não compactua com

⁵ Para uma análise pormenorizada do socialismo processual: RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016. Consultar também: FONSECA COSTA, Eduardo José da. Los critérios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual* – RBDPro, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 21, n. 82, p. 205-216, abr./jun. 2013.

essas visões ultrapassadas, mesmo que venham com o epíteto “racional” ou coisas do gênero. Trata-se de uma opção paradigmática feita pelo legislador, perfeitamente afinada aos ditames democráticos e republicanos nos quais se assentam o Estado Democrático de Direito.

Exemplo interessante que pode servir de indicativo da diferenciação entre o velho e o novo CPC: antes, poder-se-ia aceitar um julgado dando conta de que “oposta como defesa pelo réu a prescrição aquisitiva de imóvel urbano instituída na CF, o silêncio do autor sobre tais fatos não impede o juiz de dar-se por insatisfeito com a prova e rejeitar a pretensão, pois o CPC acolhe o princípio do livre convencimento” (RSTJ 78/295; JSTJ 71/233). Ocorre que, com a nova redação, esse tipo de julgado afrontaria lei federal. Na verdade, é contra isso que o legislador resolveu mudar o papel do juiz.

Expungir a livre apreciação e/ou o livre convencimento é sepultar o que restou do socialismo processual do final do século XIX – e início do século XX. Em uma democracia, e com uma Constituição compromissória como a brasileira, não é possível pensar a figura do juiz como “acima das partes” ou como o “guardião-da-parte-que-falhou”.

Do mesmo modo, julgados (RT 500/180) atestando que o juiz estaria autorizado a conferir à prova o valor que entender adequado, podendo considerar a testemunha superior à escritura pública, deverão sofrer forte censura epistemológica por parte da doutrina. Isto é, poderá ocorrer hipótese na qual a escritura valha menos que um depoimento testemunhal, só que isso terá que ser demonstrado por uma fundamentação que, obviamente, não exsurge do livre convencimento do juiz. Portanto, inadequado dizer, diante do novo CPC, que “o juiz pode dar a prova o valor que entender adequado”.

Veja-se que não se trata de uma tentativa ingênua de acabar com a discricionariedade judicial “por decreto”, como alguns parecem crer. Trata-se, isto sim, de amplos esforços para a democratização do processo civil brasileiro, tanto no plano institucional quanto do imaginário jurídico – aliás, sem o qual nada pode ser mudado, bastando ver, como exemplo, o sistemático descumprimento do art. 212 do CPP.

A doutrina, como veremos, tem um papel fundamental nisso tudo.

3. A RECEPÇÃO DOUTRINÁRIA

Apesar da ampla aceitação da comunidade jurídica, a modificação não deixou de gerar divergências. Fonseca Gajardoni, por exemplo, defende que, no fim das contas, o

livre convencimento motivado no novo CPC não foi abolido, permanecendo como uma “disciplina mais clara do método de trabalho do juiz, não a extinção da autonomia de julgamento”⁶. Segundo pensa, os arts. 371 e 372 comprovam a sua tese, pois indicam que o “juiz apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado” – para Gajardoni, isso seria atuar com liberdade de valoração. Quanto ao art. 489, apenas traria requisitos à motivação, não atingindo a tal valoração. E não vê novidade no art. 927, que tão-somente reafirmaria a vinculação dos juízos inferiores à interpretação da lei dada pelas altas cortes.

Em resposta a este artigo, Guilherme Valle Brum escreveu um belo *Requiem para o livre convencimento motivado*⁷, por meio do qual censura a cisão pretendida por Gajardoni entre “valoração da prova” e “interpretação da lei”:

Não é possível essa espécie de cisão canônica entre a facticidade (prova) e o Direito (norma). A compreensão não ocorre assim, mesmo que um juiz eventualmente ponha em sua decisão que “agora estou apenas valorando a prova; a partir daí, passarei a interpretar o Direito”. Aliás, sejamos claros: valorar a prova nada mais pode significar do que interpretar.

Assim esperávamos que fosse compreendida a norma jurídica, sem cindir fatos e direitos. E assim esperávamos que se compreendesse o contraditório e a fundamentação, garantindo a influência das partes sobre a decisão como um todo, sem cindir “valoração da prova” e “interpretação da lei”. Eis o verdadeiro alcance do art. 10 do CPC/2015, que dispõe: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Alguns enunciados jurídicos aprovados pela ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados), contudo, conferem uma interpretação aos artigos do CPC/2015 que fazem justamente cindir facticidade e Direito, além do que restringem a garantia de influência das partes:

1) Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.

[...]

⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no Novo CPC. *Jota*, Brasília, 06 abr. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 29/11/2015.

⁷ VALLE BRUM, Guilherme. Requiem para o livre convencimento motivado. *Empório do Direito*. Florianópolis, 02 ago 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/requiem-para-o-livre-convencimento-motivado-por-guilherme-valle-brum/>. Acesso em: 24 mai 2017.

6) Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.
[...]⁸

Parece haver em parcela da doutrina processual certa confusão entre a independência funcional do magistrado (CRFB/1988, art. 95; LC nº 35/1979, arts. 35, 40 e 41) e uma espécie de “independência epistêmica”, como se a linguagem não fosse sempre pública, como se os sentidos não deitassem raízes num solo comum de compreensibilidade, a partir do qual *não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*. Ora, se nenhum sujeito é dono dos sentidos, se eles são públicos, e, mais ainda, se esses sentidos são normativos, revestidos de poder cogente pelo Estado, então o juiz precisa prestar contas do uso que faz deles perante os demais intérpretes.

A partir dessas premissas, insistimos no alcance paradigmático da mudança:

[...] 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 (ou das essências [dos fatos ou do texto legal]), se trata de compreender, “reconhecer” 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. Mesmo

⁸ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados. *O Poder Judiciário e o novo CPC: Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 27 mai. 2017. Uma crítica contundente desses enunciados pode ser lida em: NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Revista Conjur*. Acessado em: 30/05/2017. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>. Confira-se o seguinte trecho do aludido estudo: “Se a expressão ‘fundamento’ refere-se apenas ao substrato fático que ‘orienta o pedido’, o que fazer então com a parte final do artigo 10, que exige manifestação das partes inclusive sobre matérias apreciáveis de ofício? Desde quando prescrições, decadências, ausência de pressupostos processuais dizem respeito a ‘suportes fáticos que orientam o pedido’? Quer dizer que as matérias de ‘ordem pública’ continuam impermeabilizadas ao contraditório, a despeito do que instituem o artigo 10 do novo CPC e a própria Constituição? Poder-se-ia imaginar que o enunciado não está formulado com exatidão. Isso não deixa de ser verdade! Mas também não se pode desprezar o desejo de implodir o edifício legislativo, minando a doutrina que ergueu o contraditório a condição de garantia de influência e não surpresa. Basta verificar que há, entre os enunciados aprovados, outros que seguem linha semelhante de entendimento.”

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 cre)*⁹.

Não se ignora a existência de jusfilósofos que defendem não se poder almejar algo além de uma “discrecionabilidade racionalizada”¹⁰, ideia comum sobretudo nas vertentes ligadas à Teoria da Argumentação. Tentam apenas estabelecer procedimentos racionais para conformar a escolha (*v.g.* a ponderação de Robert Alexy¹¹), admitindo, contudo, um tanto de discrecionabilidade que não se poderia eliminar. Dessa perspectiva, seria suficiente falar num “livre convencimento mais motivado”, o que, afinal, não vai muito além das modalidades mais sofisticadas de positivismo jurídico.

Contudo, a perspectiva hermenêutica contribui para o aprofundamento dessa discussão jusfilosófica ao mostrar que a verdade não se busca apenas no nível lógico-explicativo; depende de um universo de sentidos que o antecede e que não está à sua disposição. Qualquer enunciação já se sustenta nesse universo prévio de sentidos que compartilhamos. Por isso a compreensão não se esgota na superfície do discurso; há uma dimensão de profundidade, o que efetivamente é “dito” naquilo que é “falado”. E por isso as chamadas Ciências do Espírito seguem estudando algo além do alcance metódico pelas Ciências da Natureza.

Na Teoria da Decisão Judicial isso permite ultrapassar um controle meramente formal da fundamentação, em direção a um controle substancial da “fundamentação da fundamentação”¹². A esse respeito, já se registrou¹³ que a democratização do processo judicial não se trata apenas de tornar a fundamentação mais detalhada, antecipando seus requisitos por lei. O detalhamento é importante, mas a questão é controlar o conteúdo que vem à fala na fundamentação, sem o que os requisitos do art. 489 se reduziriam a uma mera “*check-list*”. Aliás, não levar isso a sério traria sérias consequências práticas, como o comprometimento do parágrafo §1º, IV, do art. 489 por força do qual se considerará nula a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em

⁹ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC: por que a razão está com os hermenêutas?. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada*. 1ed.Salvador: JUSPODIVM, 2015, v. 3: Processo de conhecimento – Provas. p. 305-313.

¹⁰ Nesse sentido: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vicente de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p 48, 189 e 251.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.619.

¹³ TASSINARI, Clarissa; FERREIRA LOPES, Ziel. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, §1º, do NCCPC: julgamento analítico ou fundamentação da fundamentação? In: ALVIM, Thereza et al (Org.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos dirigidos: Sistematização e Procedimentos*. São Paulo: Forense, 2015, p. 83-103.

tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Ocorre que, sem essa pré-compreensão daquilo que é capaz de, “em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, seria impossível refutar uma petição abusiva, com inúmeros argumentos absurdos, tornando os juízes reféns de advogados mal-intencionados.

A lei nunca antecipará no seu enunciado tudo o que pode haver na realidade, citando expressamente todos os casos a que deverá ser aplicada. Mas isso não quer dizer que, por falta dessa previsão expressa, se esteja autorizado a fazer tudo. Qualquer cidadão sabe disso. Por que seria diferente quando a lei fala da valoração da prova pelos juízes? Veja-se, então, como há padrões normativos que não podem ser capturados por enunciados, embora não se possa dizer que sejam “inventados” pelos juízes, que não tenham nada a ver com o enunciado da lei.

Contudo, apesar de tudo isso, ainda há quem continue falando em “princípio da livre convicção” e que, apesar da supressão do advérbio “livremente” no art. 371 do novo Código, permaneceria incólume a mesma noção anterior “de que ao juiz cabe conformar a sua convicção a respeito da verdade dos fatos com base nas provas constantes dos autos e que ele indicar as razões que a determinam”¹⁴.

Outros autores, ao tratarem do art. 371 do CPC-2015, sequer fazem menção à supressão do advérbio “livremente”. Por todos, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sergio Arenhart:

[...] o juiz apreciará a prova das alegações de fato em conformidade com o modelo de constatação que deve ser empregado para análise do caso concreto levado ao seu conhecimento. Dentro do modelo, apreciará livremente, sem qualquer elemento que vincule o seu convencimento a priori. Ao valorar livremente a prova, tem, no entanto, de indicar na sua decisão os motivos que lhe formaram o convencimento. No direito brasileiro vige, pois, o sistema da livre valoração motivada (também conhecido como sistema da persuasão racional da prova)¹⁵.

Como já se lhes respondeu:

Ora, se não há nenhum elemento que vincule o juiz no momento de apreciar provas, então como ele – juiz – pode compreender o que significa “prova”? Como ele poderia compreender o que é um processo judicial? Ou até o próprio Direito processual? Na verdade, se o processualista levasse de fato a sério sua posição, os autores do enunciado nem sequer poderiam escrever sua própria obra, pois não estariam vinculados a nenhum elemento *a priori* que o faça compreender

¹⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 523.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 392.

o que é um livro, um tema jurídico, e o próprio modelo de apreciação judicial de provas [...]”¹⁶

A fundamentação da decisão só é possível porque há uma série de elementos vinculando-a. E isso não é assim só na hermenêutica. Várias outras matrizes filosóficas reconhecem condicionantes na tomada de decisão. Pois bem. No direito contemporâneo, queremos poder fiscalizar essas condicionantes, verificando se elas são consistentes com os princípios constitutivos sob os quais fundamos nossa comunidade. Queremos uma resposta adequada à Constituição. Daí se exigir que o agente público fundamente seus atos.

Em que pesem as vozes divergentes, é possível dizer, com entusiasmo, que parcela significativa da doutrina processual brasileira compreendeu adequadamente o quanto é importante a mudança do texto normativo realizada no art. 371 do novo Código, com a supressão da expressão “livre convencimento”. A respeito do tema, José Miguel Garcia Medina tem dito que “o fato de se ter extirpado tal expressão da lei processual é carregado de simbologia”, ficando claro, com isso, que o juiz não tem discricionariedade em relação à prova¹⁷.

Seguindo essa mesma linha, doutrinadores como Alexandre Freitas Câmara vêm ressaltando que a diferença do texto do novo Código em relação ao anterior parece pequena, mas não é, pois leva ao entendimento de que “a valoração da prova pelo juiz não pode se dar de forma discricionária como o sistema anterior estabelecia”¹⁸ e que, segundo Fredie Didier Jr., a mudança é uma das mais importantes do ponto de vista simbólico do novo CPC¹⁹

4. A RECEPÇÃO PELOS TRIBUNAIS

Mais difícil ainda tem sido a compreensão dos tribunais brasileiros a respeito do fim do livre convencimento. A jurisprudência formada após o novo Código e que trata do tema, mostra que, em muitos casos, juízes e tribunais seguem valendo-se do “livre convencimento” como alibi teórico para justificar a manipulação do material probatório, ainda que eventualmente façam remissão à exigência de fundamentação das decisões.

¹⁶ STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. 217-220.

¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 667.

¹⁸ FREITAS CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 229.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 106.

Nesse sentido, há julgado do STF, proferido à luz do novo Código, afirmando que “nada impede que o julgador tome por base o laudo elaborado pelo Perito Judicial, sendo *livre* para formar o seu convencimento por meio das várias provas constantes dos autos; importa, aí sim, é que a decisão que venha a ser proferida seja adequadamente fundamentada” (ARE 894338, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13-9-2016, public. 16-9-2016).

No âmbito do STJ, em que pese a nova redação do art. 371 do CPC, tem-se adotado a orientação no sentido de que “cabe ao magistrado verificar a existência de provas suficientes nos autos para ensejar o julgamento antecipado da lide ou indeferir a produção de provas consideradas desnecessárias, conforme o princípio do *livre* convencimento motivado ou da persuasão racional” (AgInt em Agravo em Recurso Especial n. 912.985-BA, Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 1-9-2016).

O mesmo STJ, também sob a égide do novo Código, equivocadamente segue dizendo que “os princípios da *livre* admissibilidade da prova e da persuasão racional autorizam o julgador a determinar as provas que entende necessárias à solução da controvérsia” (AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 871.129-SP, Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 23-6-2016). E há várias outras decisões no mesmo sentido, como: “Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de produção de prova quando o magistrado, entendendo substancialmente instruído o feito, motiva a sua decisão na existência de provas suficientes para formação do seu convencimento.” (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 684319/MG, julgado 07.06.2016). “Cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu *livre* convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.” (STJ, 2ª T., AgInt no AgRg no AREsp 833106/SC, julgado em 02/06/2016). “Em nosso sistema processual civil vigora o princípio do *livre* convencimento motivado ou da persuasão racional, pelo qual o juiz tem *liberdade* para valorar as provas produzidas, devendo expor, racionalmente, quais os motivos que o fizeram chegar àquela conclusão, na forma do disposto nos artigos 130 e 131 do CPC/73 e artigos 370 e 371 do NCPC.” (TJ/RJ, 20ª CC, 0008848-61.2002.8.19.0014 – Apelação julgada em 15.06.2016).

Para os modestos propósitos deste trabalho, basta aqui a reprodução desses exemplos emblemáticos, através das ementas de julgados de órgãos de cúpula do Judiciário, para constatar que a alteração que se pretendeu vem encontrando algumas resistências.

Claro, a efetiva “liberdade no convencimento” é tema para pesquisas muito mais complexas e a envolver uma série de fatores. E encorajamos isso²⁰. Contudo, seu critério de julgamento é, afinal, qualitativo e transcende à empiria: trata-se de um problema de sentido, para o qual tentamos direcionar nossa análise. Existem verdades na interpretação do direito. Existem padrões normativos além do enunciado de uma regra. Lembremos um pouco dos avanços do pensamento jurídico.

5. MAIS UM POUCO DE TEORIA DO DIREITO (OU: OS JURISTAS E O “CISNE NEGRO”)

Como vimos, a discussão sobre valoração da prova costuma ser forçada ao enquadramento em “íntima convicção”, “prova tarifada” ou “livre convencimento motivado”. Mesmo as posturas críticas são minimizadas e reconduzidas a algum desses sistemas estabelecidos. Isto nos lembra de um episódio clássico da Teoria do Direito, bastante relevador sobre o problema da discricionariedade judicial, tanto quanto sobre a maneira como a comunidade jurídica lida com inovações.

Em 1967 o jovem Ronald Dworkin resolve lançar seu *general attack* contra a teoria do direito então estabelecida, o positivismo jurídico de Herbert Hart. Identificava-a nas três seguintes teses:

- (a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.
- (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um

²⁰Vale referir aqui o trabalho da Iniciação Científica de Guilherme Augusto De Vargas Soares, membro do *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, sob a orientação do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. Vem desenvolvendo uma pesquisa sobre como os tribunais estão aplicando o Código de Processo Civil/2015. (SOARES, G. A. V.. Os entraves à efetividade do novo CPC: uma análise a partir da ótica da Crítica Hermenêutica do Direito. In: *XXIII Mostra Unisinos de Iniciação Científica e Tecnológica*. São Leopoldo: Casa Leiria, 2016. p. 966-967).

juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

(c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem). Na ausência de uma tal regra jurídica, segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua descrição, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria²¹.

Em sua crítica, Dworkin parte de uma categoria normativa que não teria sido levada em consideração pelo positivismo, e que contestaria suas teses centrais. Para tanto, lança mão de exemplos didáticos, como o caso *Riggs versus Palmer* (1889). Elmer Palmer matou o avô para receber a herança que este lhe deixara em testamento. Suas tias tentam impedi-lo judicialmente de receber a herança, mas não havia nenhuma regra no direito local prevendo expressamente que o assassino do testador não poderia herdar. Perderam em primeiro grau e apelaram. O Tribunal então decidiu contra Elmer, alegando, mesmo à falta de regra expressa, que havia um princípio consistente com todo o direito ocidental de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. Eis aí um padrão normativo que não vale por um mero “teste de *pedigree*”, mas pelas razões substantivas que introduz; que opera mesmo nos tais “casos difíceis”, constringendo a tomada de decisão do juiz onde antes se supunha haver discricionariedade; e que justifica obrigações onde não havia antes uma regra expressa e sem apelar para uma legislação *ex post facto*.

E o que isso tem a ver com nossa discussão sobre livre convencimento? Muita coisa. Tradicionalmente, costuma-se supor que o tal “livre convencimento motivado” seria a melhor alternativa possível, entre a íntima convicção e as provas tarifadas. Uma “discricionariedade racionalizada”. Mas, como vimos, a tipificação dogmática não deixa ver aqui um problema mais profundo, filosófico, de achar que até certo ponto o caso é fácil e se subsume à lei e, de repente, nas zonas de penumbra dos “casos difíceis”, temos que delegar a decisão à discricionariedade judicial.

Pior do que isto, pois muitas vezes o tal livre convencimento motivado é só um álibi invocado para total discricionariedade, que não conhece limites nem nos “casos fáceis” em que Hart se detinha. Ocorre que sempre há padrões normativos operando na

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 27-28.

decisão judicial, mesmo nos tais “casos difíceis”, como demonstrou Dworkin. Também aqui, no caso do livre convencimento, tudo que estamos tentando apontar é a existência de padrões normativos para além da subsunção entre caso e lei, toscamente implementada pelos sistemas da prova tarifada. Mas não aderir ao sistema da prova tarifada não significa aceitar a discricionariedade judicial – a não ser naquilo que Dworkin considera um *sentido fraco* e trivial, de que não há padrões da autoridade superior que possam ser aplicados mecanicamente pelo juiz²², muito longe de um *sentido forte* e problemático de discricionariedade, em que não haveria padrões da autoridade superior a ser seguidos.

Infelizmente, os novos positivismos tentaram negar a força normativa desses padrões, ou os reconheceram apenas como padrões extrajurídicos, dentre várias outras reformulações analíticas que contornaram o *point* dos argumentos de Dworkin (a insuficiência do “teste de *pedigree*”, a crítica à discricionariedade judicial e etc.). Para piorar, os princípios foram recepcionados no Brasil como o fundamento da discricionariedade judicial!

Afinal, lembramos uma historinha da filosofia da ciência para discutir sua falibilidade: observar milhares de cisnes brancos não permite um cientista dizer, com certeza conclusiva, que “todos os cisnes são brancos”, pois o aparecimento de um único cisne negro levará à revisão da teoria²³. Parece-nos que a Ciência Jurídica tem feito o contrário: *ela mata o cisne negro e esconde o corpo para preservar sua teoria*. Ou então o chama de pato. Nada mais que o velho problema de remodelar a realidade para que caiba dentro de esquemas teóricos abstratos...

6. NOTAS PROGRAMÁTICAS: PARA SEGUIR DEMOCRATIZANDO O PROCESSO JUDICIAL NO BRASIL

Ainda que ocorram desvios subjetivos numa decisão, falar em decisão não soa como falar em escolha. Quando perguntamos algo a um juiz no processo, não queremos saber qual a opinião pessoal dele, que poderia ser substituída por qualquer outra opinião; o que a comunidade espera dele é uma fundamentação que atenda aos princípios sob os quais ela se constitui em verdadeira comunidade, isto é, algo mais do que um ajuntamento

²² Menciona ainda outro sentido fraco que não vem ao caso, sobre a autoridade para tomar decisões de que não cabem revisão. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51)

²³ Adaptado de POPPER, Karl R. *A lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

arbitrário de pessoas²⁴. Quer-se saber por que aquela (e não outra) seria a resposta necessária, adequada à Constituição. Não se trata de uma crença ingênua, mas daquilo que dá sentido à própria existência do direito contemporâneo. Mesmo com todos os desvios, o sistema não se dissolveu numa atitude cínica de seus participantes. Eles ainda tomam parte no empreendimento coletivo da Jurisprudência, cultivando princípios. Do contrário, melhor seria substituí-la por instituições puramente políticas e trocar o Direito por jogos de poder.

Veja-se, assim, a importância de se diferenciar decisão de escolha:

Nesse sentido, Heinrich Rombach deixa claro que a análise autêntica do fenômeno da decisão exige um desprendimento com relação às representações e modelos habituais do fenômeno. Afirma que tanto o decisionismo irracional quanto o racionalismo – e as correspondentes teorias da decisão que se formam a partir deles – acabam por entulhar o problema na medida em que tornam indiferentes o fenômeno da decisão e o fenômeno da escolha. Segundo o autor, decidir é diferente de escolher. E essa diferença não se apresenta em um nível valorativo (ou seja, não se trata de afirmar que a decisão é melhor ou pior que a escolha), mas, sim, estrutural. “Respostas de escolha são respostas parciais; respostas de decisão são respostas totais, nas quais entra em jogo a existência inteira”²⁵. No caso da decisão jurídica (sentença), é possível adaptar a fórmula proposta por Rombach para dizer que ela pressupõe um comprometimento por parte do agente judicante com a moralidade da comunidade política. Isso significa, em termos dworkinianos, que a decisão é um ato de responsabilidade política. É por isso que a jurisdição, em um quadro como esse, não efetua um ato de escolha entre diversas possibilidades interpretativas quando oferece a solução para um caso concreto. Ela efetua “a” interpretação, uma vez que decide – e não escolhe – quais os critérios de ajuste e substância (moralidade) estão subjacentes ao caso concreto analisado. Portanto, há uma diferença entre o decidir, que é um ato de responsabilidade política, e o escolher, que é um ato de razão prática. O primeiro é um ato estatal; o segundo, da esfera do cotidiano, de agir estratégico²⁶.

Se levamos isso a sério, a decisão democrática pede por um processo democrático. E isso só pode ser feito se entendermos que o direito ao contraditório não se restringe a uma perspectiva formal. Ele precisa repercutir materialmente na fundamentação da decisão.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁵ ROMBACH, Heinrich. Decisión. In: *Conceptos Fundamentales de Filosofía*. Hermann Krings, Hans Michael Baumgartner, Christoph Wild (orgs.). Barcelona: Editorial Herder, 1977, v. I, p. 476-490.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Resposta adequada à constituição (resposta correta). In: *Dicionário de Hermenêutica*. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017. p. 253.

Afinal, o processo jurisdicional democrático que Dierle Nunes²⁷ bem propõe seria marcado pelo contraditório como garantia de influência às partes nas decisões, descentrando o Estado-juiz de sua solitária onipotência; uma estrutura “comparticipativa e policêntrica”, justificando uma distribuição equilibrada de poderes entre os atores processuais.

Na dogmática processual contemporânea, isso encontra correspondência com o próprio conceito de processo cunhado por Elio Fazzalari: “processo é procedimento em contraditório”²⁸. O contraditório vinha rondando as culturas e os ordenamentos jurídicos há milênios como elemento importante num processo, desde o julgamento de Sócrates, passando pela reestruturação do direito canônico, o *due process of law* e etc. Contudo, atravessa longos períodos esquecido, suplantado por sistemas místicos ou inquisitoriais avessos ao controle público nos moldes da democracia contemporânea. Quando não, muitas vezes era misturado a eles como capa de legitimidade, embora sem grande eficácia normativa. Até há pouco, o contraditório vigorava no estado da arte da processualística como direito à “bilateralidade de audiência”, isto é, mero direito de falar no processo, sem garantias concretas às partes de que teriam suas razões consideradas. Só recentemente é que logrou se estabilizar o contraditório como centro da Processualística.

À reboque da expansão do Constitucionalismo, determinante nas democracias do segundo pós-guerra, vem se falando numa verdadeira refundação do direito processual a partir do chamado Modelo Constitucional de Processo. Segundo Andolina:

*I connotati essenziali di detto **modello** [costituzionale del processo civile italiano] si colgono:*
— *nella posizione riconosciuta (e costituzionalmente, appunto garantita) al Giudice ed alle Parti, all'interno del processo giurisdizionale;*
— *nella organizzazione di detto processo su base **partecipativa**, in coerenza con i principi della eguaglianza delle parti (c. d. “parità delle armi”) e del contraddittorio;*
— *nella previsione (consacrata, appunto, in norme di rango costituzionale) e dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e del controllo di legittimità (ad opera della Suprema Corte di Cassazione) delle sentenze (e dei provvedimenti decisori, in genere). [Grifos no original]*²⁹

²⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

²⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 118-121.

²⁹ ANDOLINA, Italo. Il modello costituzionale del processo civile. *Revista de Direito Processual Civil*. n°. 04, jan/abr, p. 143, 1997.

Especifica esse contraditório, enquanto “*compartecipazione paritaria*”, e ao princípio da igualdade “*in una sorta di direttiva generale (per il legislatore) di uniformità normativa*”³⁰.

Vista a importância da participação no processo democrático, impõe-se a pergunta: como garantir que a participação se converta em influência? Destaca-se aqui o dever de fundamentação judicial, correlato do direito das partes ao contraditório. Mais do que serem informadas sobre o que acontece no processo, e de manifestarem-se no processo, passou-se a se falar num direito das partes a verem seus argumentos considerados na decisão³¹.

Este controle público sobre a decisão certamente não se esgota numa formalidade. Num sistema de justiça democrático, não bastaria uma retórica judicial vazia para legitimar as decisões; seria necessária uma troca de argumentos substanciais. Ou seja: garantir efetiva influência às partes implica ampliar sua participação no processo e estabelecer controles públicos sobre o próprio conteúdo da jurisdição.

Então, o processo não pode ser visto de maneira isolada, mas na medida em que operacionaliza uma tomada de decisão. E sua democratização não poderia se tratar apenas de ampliar a participação, sem considerar que essa decisão será tomada por um terceiro imparcial: o juiz. Veja-se que processo e decisão não são fenômenos justapostos. Um processo efetivamente democrático se conecta intimamente com a resposta correta, constitucionalmente adequada³². Ele deve ser visto como parte de um sistema de justiça democrático, que não se esgota numa *estrutura institucional*, mas compreende, numa *estrutura de pensamento*, a Constituição, as leis, os precedentes, a doutrina e o que tudo isso significa. Tem que dar conta de uma série de determinantes formais e substanciais que “talham” a decisão, acabando com a discricionariedade judicial³³.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos que na discussão sobre livre convencimento motivado há algo maior em jogo do que as categorias dogmáticas deixam ver: o problema da discricionariedade judicial. Seu enfrentamento certamente não se esgota nos três modelos de valoração de

³⁰ ANDOLINA, Italo. Il modello costituzionale del processo civile. *Revista de Direito Processual Civil*. n.º. 04, jan/abr, p. 143-151, 1997.

³¹ MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922.

³² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

prova supracitados. Muitos ainda o invocam como álibi para afastar o controle sobre a decisão judicial ou alguma parte dela. Isto motivou a “emenda streckiana” no art. 371 do CPC/2015.

Apesar disso, alguns doutrinadores insistem que o livre convencimento motivado persiste com o CPC/2015. Com respeito às vozes divergentes, e a partir de uma reconstrução dos debates sobre o artigo, argumentamos que tais posicionamentos parecem desconsiderar a imbricação entre fatos e leis na norma jurídica, além da imbricação entre a decisão e sua fundamentação. Tais fenômenos são especialmente iluminados a partir do referencial da Crítica Hermenêutica do Direito, mas não se restringem a ele.

Ainda, para os modestos propósitos deste trabalho, algumas ementas de julgados de órgãos de cúpula do Judiciário já sinalizam que a mudança vem encontrando algumas resistências.

Constatando que a discussão sobre valoração da prova costuma ser forçada ao enquadramento em “íntima convicção”, “prova tarifada” ou “livre convencimento motivado”, recuperamos um episódio clássico da Teoria do Direito, bastante relevador sobre o problema da discricionariedade judicial, tanto quanto sobre a maneira como a comunidade jurídica lida com inovações: o debate Hart-Dworkin. Nessa ocasião, Dworkin apontou para um padrão normativo desconsiderado pela teoria do direito então estabelecida, que contestava suas teses centrais. À sua maneira, tudo que estamos tentando apontar é a existência de padrões normativos para além da subsunção entre caso e lei (toscamente implementada pelos sistemas da prova tarifada). Contudo, tanto nas respostas a Dworkin quanto nas defesas do livre convencimento motivado, os fenômenos desviantes parecem ser sacrificados ou analiticamente contornados para a preservação dos modelos teóricos estabelecidos.

Afinal, para seguir democratizando o nosso processo judicial, verificamos como seus institutos precisam ser repensados para garantir controles formais e substanciais sobre a tomada de decisão, acabando com aquilo que os hermeneutas chamam de solipsismo judicial e os habermasianos chamam de privilégio cognitivo do juiz. E o tal livre convencimento vem servindo há anos de álibi legal-dogmático-jurisprudencial para esses problemas. Mas a lei mudou. Parte da doutrina também vem mudando. E as ideias que levaram a essas mudanças já circulam no cotidiano forense. Torcemos para que formem outra jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDOLINA, Italo. Il modelo costituzionale del processo civile. *Revista de Direito Processual Civil*. nº. 04, jan/abr, p. 143, 1997.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados. *O Poder Judiciário e o novo CPC: Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC: por que a razão está com os hermenutas?. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada*. 1ed.Salvador: JUSPODIVM, 2015, v. 3: Processo de conhecimento – Provas. p. 305-313.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. Los critérios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 21, n. 82, p. 205-216, abr./jun. 2013.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no Novo CPC. *Jota*, Brasília, 06 abr. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 29/11/2015.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Revista Conjur*. Acessado em: 30/05/2017. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>.

POPPER, Karl R. *A lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROMBACH, Heinrich. Decisión. In: *Conceptos Fundamentales de Filosofía*. Hermann Krings, Hans Michael Baumgartner, Christoph Wild (orgs.). Barcelona: Editorial Herder, 1977, v. I.

SOARES, G. A. V.. Os entraves à efetividade do novo CPC: uma análise a partir da ótica da Crítica Hermenêutica do Direito. In: *XXIII Mostra Unisinos de Iniciação Científica e Tecnológica*. São Leopoldo: Casa Leiria, 2016. p. 966-967

STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. Comentários aos art. 371. In: STRECK, Lenio Luiz et al (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Resposta adequada à constituição (resposta correta). In: *Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vicente de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TASSINARI, Clarissa; FERREIRA LOPES, Ziel. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, §1º, do NCPC: julgamento analítico ou fundamentação da fundamentação? In: ALVIM, Thereza et al (Org.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos dirigidos: Sistematização e Procedimentos*. São Paulo: Forense, 2015, p. 83-103.

VALLE BRUM, Guilherme. Requiem para o livre convencimento motivado. *Empório do Direito*. Florianópolis, 02 ago. 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/requiem-para-o-livre-convencimento-motivado-por-guilherme-valle-brum/>, Acesso em: 24 mai 2017.