

O fim do livre convencimento motivado?

Quais seriam as novidades trazidas pelo CPC/15 para a valoração da prova pelo juiz?

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes
Juiz de Direito da 23ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG.

1 Introdução

A ideia externada por alguns estudiosos era sepultar o nominado “livre convencimento motivado do juiz”, então identificado com arbitrariedade, através de inovações encartadas no Código de Processo Civil (CPC/2015), evidência que se percebe pelo cotejo do atual art. 371 com o revogado art. 131 do CPC de 1973.

Solipsismo judicial, socialismo processual e simplificação procedimental foram termos cunhados por advogados e acadêmicos de expressão para identificar o processo civil anterior ao atual CPC/15. Nesse universo delineado por muitos dos referidos estudiosos, os juízes agiam, de forma recorrente, com desprezo ao comando do art. 93, IX, da Constituição Brasileira, que consagra a motivação das decisões judiciais, primando pela não cooperação com os advogados das partes e pela produção de decisões abruptas e de fundamentação superficial, amparados por um sistema processual autoritário, desconforme com a natureza garantística do Estado Democrático de Direito. Assim, era importante retirar o protagonismo do onipotente e ensimesmado juiz no processo diante dos ventos argumentativos que sopravam os positivismos para o passado.

Será que o diagnóstico estava realmente correto ou se tomou, com uma certa dose de paixão, a parte pelo todo?

O CPC/2015 alterou a estrutura do nosso processo civil a ponto de decretar o fim da liberdade de valoração da prova como extensão do dever de fundamentação das decisões e cooperação com as partes, bem como inovou sobrelevando a ponderação como critério a ser utilizado na “colisão entre normas” (princípios, talvez?).

A mágica legiferante produziu os efeitos buscados pelo seu criador, ou, como sói acontecer em boas produções legislativas, a criatura ganhou autonomia ao tocar a realidade dentro dos limites constitucionais?

Em discussão tão multifacetada, parto da independência judicial e do diálogo que os juízes devem conduzir no processo.

2 Discussão

Em artigo seminal no que concerne ao atual Código de Processo Civil, Dierle Nunes e Nicola Picardi (2011) apresentaram uma viagem histórica sobre a codificação processual civil brasileira. Os autores citados descreveram a transição da regulação pelo livro terceiro das Ordenações Filipinas, caracterizado pelo formalismo na aquisição da prova, segredo e impulso das partes, para o Regulamento 737, estendido ao processo civil com o advento da República, até chegar ao Código de Processo Civil de 1939 durante o ministério estado-novista do controverso Francisco Campos.

Em referido ponto, é realizada a vinculação das concepções de Chiovenda que teriam inspirado Francisco Campos, historicamente simpatizante do regime fascista, sobre a restauração da autoridade no processo, com o advento do *Codice di Procedura Civile* do governo de Mussolini, em período quase pareado, que também previa a direção do processo pelo juiz, de forma ativa, proeminente e reguladora.

Pois bem. Apesar de não poucas infelizes ações — e omissões — do Poder Judiciário na era Vargas, eram todos os juízes de então estado-novistas?

Obviamente, o *Zeitgeist* pode ser um conceito cínico que jamais teria força para justificar ataques a direitos fundamentais, contudo é importante assinalar que, em 1938, surgiu também o código de processo civil estadunidense (*Federal Rules of Civil Procedure*), com os mesmos objetivos das leis citadas, ou seja, rapidez, diminuição dos custos e busca ativa das provas.

Pontes de Miranda, uma notável inteligência perdida nos positivismos e dogmatismos daquele mundo, ao comentar o CPC/1939, utilizou-se de conceitos ainda presentes na tradição do direito alemão para indicar o princípio da livre apreciação judicial da prova (*Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung*), apontando que o juiz seria livre para chegar às consequências que não foram tiradas pelas partes, mas ressaltava que não havia se dado arbítrio puro para o juiz, a quem tinha a obrigação de

dar os fundamentos que lhe assistiram, para a apreciação da prova: por que desprezou umas e acolheu outras, por que não atribuiu o valor, que fora de esperar-se, a alguma ou algumas, e por que chegou às conclusões que expende. Sobretudo, não há de deixar de considerar algum ponto do pedido ou da defesa, ou qualquer exceção de direito material que foi oposta (MIRANDA, 1958, p. 280).

Estariam os juízes dos anos 40 tão distantes assim do dever de fundamentação das decisões judiciais, garantido pelo art. 93, IX, da Constituição de 1988, ou, mesmo, de

forma especial, da fundamentação com caráter argumentativo indicado pelo art. 489 do CPC/2015?

Talvez seja necessário buscar raízes mais profundas da construção do Judiciário brasileiro, porquanto, como ensinava Stuart Schwartz (1979), ao estudar a burocracia e sociedade no Brasil colonial, o direito de soberania da Coroa portuguesa em relação às suas colônias de além-mar, com destaque para o Brasil, firmava-se sobre o seu papel de guardião da Justiça exteriorizado pela ação dos seus magistrados.

A questão, possivelmente, não era o protagonismo do juiz na pesquisa probatória, ainda que realizada em cooperação com os causídicos, ou mesmo a qualidade da fundamentação das decisões nem o diálogo interprocessual com os advogados, mas sim a ausência dos jurisdicionados na equação. Juízes e advogados participavam do mesmo sistema judicial excludente e formavam — e ainda formam — uma burocracia com linguagem própria.

Ao continuar a narrativa sobre a história da codificação processual brasileira, Nunes e Picardi trataram da influência de Enrico Tulio Liebman na construção da chamada Escola Paulista de Processo, que terá como um dos seus expoentes Alfredo Buzaid, artífice do Código de Processo Civil de 1973. Todavia, a controvérsia apresentada orbita o movimento pela socialização processual concretizado como “Projeto Firenze de Acesso à Justiça”, capitaneado por Mauro Cappelletti, que teria longa influência no direito brasileiro.997310960

As críticas sobre os efeitos no direito processual brasileiro do trabalho de Cappelletti e Bryant Garth — que foram influentes na construção da legislação consumerista (Lei nº 8.078/90), na defesa dos direitos coletivos e difusos (v.g.: Lei nº 7.347/85) e na própria formulação dos juizados especiais (v.g.: Lei nº 9.099/95) — tiveram ressonância na concepção do CPC/2015. Em verdade, houve forte movimentação para afastar da legislação processual civil qualquer indicação do conceito de instrumentabilidade do processo, correlato à centralidade em um juiz ativo e responsável pela tutela de interesses metajurídicos, uma vez que identificado como a quintessência da socialização processual e do protagonismo judicial.

Não é de se estranhar a constatação de Eduardo Oteiza (2018) de que o Brasil, diferentemente de tantos outros países democráticos, pouco levou em conta para a formulação do CPC/2015 as bem-sucedidas experiências sintetizadas no *Código Modelo Del Instituto Iberoamericano* — talvez apenas as questões sobre mediação e conciliação — e as regras da UNIDROIT — com exceção da novidade do *amicus curiae*.

Aliás, o aumento do poder do juiz na direção e impulso do processo, que parece que se tentou evitar durante a formulação do CPC/2015, é um dos alicerces do *Código Modelo Del Instituto Iberoamericano*, que produziu resultados interessantes em países de língua espanhola, como o Uruguai, segundo apontado por Oteiza (2018, p. 121).

Não muito diferente aconteceu na Espanha, onde a *Ley de Enjuiciamiento Civil* tem como um dos seus pilares o papel atribuído ao juiz no desenvolvimento do processo.

O conceito de *sana critica*, difundido na Espanha e em países de língua espanhola desde longa data, ressalta a valoração da prova pelo juiz através do convencimento motivado. O poder concedido aos juízes para apreciar as provas “*en conciencia*” não significa arbitrariedade, já que as decisões judiciais devem ser assentadas no argumento racional, que deve ser exteriorizado.

A linha a ser seguida se afasta de uma ação irracional, arbitrária e incontrolável do juiz. Em verdade, como cita Victoria Sesma (2003, p. 344-345), o juiz tem de ser livre para valorar discricionariamente a prova, mas terá para tanto de observar — e externar — uma metodologia racional na fixação dos fatos controvertidos, pois sua íntima convicção está bitolada pelo convencimento segundo o processo e a razão.

A referida autora reforça a ideia de que o “*libre convencimiento*” não se identifica com o arbítrio quando a avaliação livre da prova pelo juiz implicar o fornecimento de regras e critérios racionais para determinar a verdade dos fatos colocados em questão. Em reforço, Sesma (2003, p. 344) cita Tartufo ao contrapor o livre convencimento ao sistema de prova tarifada, elaborando a ideia dos critérios do juiz em avaliar a eficácia cognitiva e a credibilidade das provas singulares em torno do fato que constitui o objeto, bem como a necessidade de o juiz realizar uma avaliação conjunta e comparativa para determinar os fatos, diante da ausência de uma hierarquia apriorística entre as provas.

De forma semelhante, a UNIDROIT (Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado) apontou princípios de processo civil partilhados entre os seus membros, com o objetivo de reconciliar diferenças entre várias regras nacionais, bem como harmonizar a aplicação do direito privado em um mundo globalizado. A independência do juiz para decidir a questão de acordo com os fatos e com a lei, assim como a sua responsabilidade de considerar todos os fatos e evidências relevantes e determinar a base legal correta para as suas decisões são princípios basilares da UNIDROIT.

A importância de iniciativas como a UNIDROIT é sobrelevada diante da constatação de que os sistemas processuais predominantes, *adversarial system* e *inquisitorial system*, se entrelaçam no mundo real, não mais existindo na sua forma pura. A rigor, como expõe Neil Andrews (2012, p. 275), no sistema inglês de modelo

adversarial, já se busca o livre exame das provas seguindo a tendência mundial da UNIDROIT. Da mesma forma, no sistema escandinavo, o *Principle of Party Presentation* (*forhandlingsmaksimen* na Dinamarca) não significa que as partes controlem a produção e o exame das provas, pois é o juiz responsável pela condução do processo formal, não podendo ser maculada a garantia constitucional de sua independência.¹ Também o método discursivo e argumentativo, cada vez mais utilizado na Suécia, na prática, significa a apresentação pelo juiz das razões do seu decidir, incluindo fatos, normas e até juízos de valor, realizando então a ponderação.

De outro lado, a livre valoração da prova é princípio observado no *Zivilprozessordnung* alemão (§ 260 do ZPO), não se distanciando da prudente apreciação (*prudente apprezzamento* do art. 116 do *Codice di Procedura Civile*) do direito processual italiano, que não foge ao reconhecimento de que cabe o juiz avaliar e sopesar as provas, justificando os critérios de escolha ou valoração por ele utilizados.

Não é diferente no Japão ou na França, onde o dever do juiz de motivar a sentença, ainda que com uma breve declaração dos fatos, é uma demonstração de que os argumentos das partes foram analisados.

Por fim, ao se falar de democracia, a 14ª Emenda à Constituição estadunidense ampara o devido processo legal, consubstanciado na exigência de que os juízes decidam com base nas evidências registradas no processo. O direito a um processo justo (*fair judicial procedure*) não afasta, antes pelo contrário, que o juiz atue como investigador dos fatos (*factfinder*) e aprecie a questão probatória (*factual issues*), na linha do *equity*, e atue como filtro e garantidor das provas (*gatekeeper*) nos casos ainda levados a júri na tradição da *common law*.

Os modelos até então citados são de democracias sólidas, que reconhecem a independência do sistema judicial como um dos suportes do Estado Democrático de Direito. O juiz é obrigado a exercer seu julgamento e deve fazê-lo com base nos fatos e através da interpretação da norma. A motivação é parte indissociável da jurisdição, assim como daquela faz parte a argumentação racional derivada da condução do processo e da avaliação independente das provas pelo juiz.

Por outra abordagem, não é perceptível como efeito do então chamado giro argumentativo a estruturação do atual Código de Processo Civil como policêntrico, com o conseqüente afastamento da centralidade do juiz na apreciação livre da prova.

¹ A Constituição dinamarquesa (*Grundloven*) contém várias provisões para garantir a independência do sistema judicial. Como exemplo, consta da Seção 64, Subseção 1, que os juízes devem obedecer apenas à lei, além de ter em mente os direitos civis como fator de correção.

Faz-se mister observar que as estratégias de conquistas de espaços (políticos, jurídicos, econômicos, sociais, etc.) podem se revelar pela busca do consenso, mas também pelo dissenso; tanto pela ação como pela resistência, quando não pela sabotagem; na atuação como *game-changers* em complexos cálculos probabilísticos ou até na utilização massiva de algoritmos no mundo da inteligência artificial. Da mesma forma acontece no processo civil.

A percepção inspirada em Sesma (2003, p. 435) de que o objetivo das teorias da argumentação jurídica não é revelar as razões justificadoras que levam a uma decisão, pois teriam os jogos de linguagem dos juristas o escopo também de não revelar a dinâmica real que move a semântica dessa linguagem e ainda menos apresentar a sua pragmática. É possível discorrer sobre a comum assimetria das partes no processo, o uso predatório da justiça por alguns advogados e pelo próprio Estado, os focos de pressão econômica que movimentam a atuação das partes no processo, as causas de interesses coletivo e difuso, a defesa dos direitos fundamentais, entre outras situações que nem sempre levarão a uma ação cooperativa no processo.

Não se deve perder de memória que a jurisdição é mais do que um requisito da democracia, sendo também o reflexo da própria soberania do Estado. A expectativa de um árbitro reativo e mediador de questões afetas a direitos individuais disponíveis de característica contratual não pode ser confundida com a figura do juiz.

A legitimidade dos juízes está baseada, conforme Owen Fiss (2007), na sua idoneidade para cumprir sua especial missão de interpretar, dar aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados, em regra, na Constituição. A referida idoneidade, também balizada pelo processo, tem como características a independência judicial e o diálogo processual que deve ser conduzido pelos juízes. O diálogo processual, por sua vez, não significa a estruturação de um juiz passivo, ao contrário, reflete a necessidade de o juiz se engajar no processo. Aliás, lapidar é a frase do *Justice Hughes* citada por Fiss (2007, p. 184): “Aquele que decide deve acompanhar a produção da prova”.

A condução do processo e a ampla valoração da prova pelo juiz se coadunam com o fato de o poder de aplicação do direito só ser capaz de ser exercido, de forma legítima, em uma democracia, caso a sociedade tenha a faculdade de sindicá-la se a competência outorgada ao Judiciário está a ser exercida dentro do perímetro que separa a ação válida da conduta arbitrária. A concretização desse controle, por sua vez, está diretamente ligada à transparência das decisões judiciais — *accountability* —, que apenas será possível por meio da apresentação pelo juiz dos motivos de fato e de direito que lastreiam

o comando judicial — *answerability* — como há muito se nota pela disposição do art. 93, IX, da Constituição brasileira.

As modificações comparativas trazidas pelo art. 301 do CPC/2015, em relação aos arts. 131 do CPC/1973 e 118 do CPC/1939, refletem um longo caminho que vem sendo trilhado pelos sistemas judiciais desde o século passado, de convivência de estruturas dedutivas — tão presentes no direito continental europeu e ibero-americano — ou indutivas — que trazem a *common law* a lume — com um sistema discursivo e argumentativo. É possível que se trate de um reflexo da necessária coabitação, no exercício de argumentação judiciária, do raciocínio analítico com a lógica abductiva: a busca da melhor hipótese no processo decisório passa pela interferência e avaliação do juiz de todo contexto fático e normativo, com respeito às relações humanas e sociais subjacentes ao processo, mas sem estar impedido de olhar para a construção do futuro através de conclusões novas e criativas.

Novas já não são as advertências de Karl Popper (1987) no sentido de que a determinabilidade não se aplicaria a efeitos de massa, máxime em razão de depararmos com um universo aberto, de futuro, muitas vezes, imprevisível. Por consequência, se nem todos os fatos que o juiz diuturnamente decide podem ser previstos e classificados de antemão pelos tribunais ou pelas leis, mormente em uma sociedade de massas, onde o franco desenvolvimento tecnológico traz novas questões éticas a cada dia (ambientais, neurocientíficas, genéticas, comunicacionais, tecnológicas, etc.), a ênfase deveria ser dada na qualidade da motivação da decisão judicial, que deveria servir como parâmetro crítico para a constante sindicância a ser realizada pela sociedade democrática.

Em outro contexto, Elio Fazzalari (2006, p. 456) explicava que “a análise das normas que o juiz emprega — em razão do *iura novit curia* — pode revelar que eles não correspondem aos fatos acertados, e impor a formulação de uma nova hipótese, a qual coloca em movimento um novo *iter* juízo, de fato e de direito”.

Esse fluxo constante de informações que introduzem novidades no processo de formação argumentativa do juiz, com vistas a alcançar uma decisão racional, aproximando-se de uma percepção de fechamento autopoietico, na esteira de Niklas Luhmann (*input/output*), nada mais é que o resultado da ação cotidiana e coparticipativa — nem sempre cooperativa — em que os envolvidos no processo, em sistema cognitivamente aberto, participam da instrução do feito, auxiliando na produção das provas que vincularão a decisão do juiz a respeito da licitude ou ilicitude (*Recht/Unrecht*) do caso em discussão, em um sistema agora normativamente fechado.

A grande questão é que o juiz precisa participar ativamente desse fluxo, não só como condutor responsável pelo desenvolvimento pacífico do processo, mas principalmente em razão de a interferência na dinâmica probatória e a independência para a sua valoração serem partes da construção do seu próprio argumento.

Aliás, a pertinente crítica à industrialização das decisões judiciais, esta que é fruto de uma resposta precária do sistema judicial à anomalia do ajuizamento massivo, gerou a necessidade do desdobramento da motivação em fundamentação exauriente, como se nota, entre outros, pelo art. 489 do CPC/2015. Porém, na mesma toada, deve ser compreendido que a responsabilidade pessoal do juiz se acertará no decorrer do processo judicial como consequência da necessidade do contato do magistrado com o jurisdicionado e as provas individualizadas, e não apenas com as teses jurídicas, pois, como lembra Chaim Perelman (1999), um dos principais fatores da massificação é o racionalismo científico, que deita por terra os fundamentos e a dignidade da vida individual ao retirar do homem a sua individualidade, transformando-o em unidade social e em um número abstrato da estatística de uma organização.

3 Conclusão

A ampla valoração da prova pelo juiz, como corolário do que antes se conhecia como “livre convencimento motivado”, persistiu no CPC/2015, como não poderia deixar de ser, ao lado de tantas outras ferramentas que permitem buscar a melhor decisão através da pesquisa probatória, como se nota pelos seus arts. 77, 138, 139, 332, 355, 356, 370, 932.

Por outro lado, o dever de fundamentação externado pelo art. 489 do CPC/2015 apenas desdobrou o comando do art. 93, IX, da Constituição Brasileira, sendo a motivação estrutura da própria jurisdição.

As novidades de maior consequência para o desenvolvimento da argumentação judiciária talvez tenham vindo da inteligência dos arts. 1º, 8º, 13 e 489, § 2º, do CPC/2015. É certo que não restou autorizada a liberdade interpretativa axiológica desmedida, bem como são conhecidas as limitações da teoria procedimental de Robert Alexy, que parece ter influenciado os legisladores, mas o estímulo da interpretação do processo civil, tendo os valores encartados na Constituição como axioma, pode ser bem-vindo, assim como o é o desenvolvimento da aplicação prática da proporcionalidade em sentido estrito. Como fecho, a observância pelos juízes das decisões provenientes da Corte Internacional de Justiça (CIJ) e da Corte Interamericana (IDH), inclusive na

promoção do debate da possibilidade ou não do controle de convencionalidade, pode ser alvissareira, aproximando o nosso ordenamento processual do caminho dos demais países que observam o Estado Democrático de Direito.

Referências

ALEXY, Robert (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. A motivação das decisões judiciais nos tempos do processo eletrônico. *Amagis Jurídica*, Belo Horizonte, n. 4, ano II, 2010.

FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JAPAN. *Rules of Civil Procedure*. The Law Library, 2018. E-book.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting Precedents: a comparative study (applied legal philosophy)*. London: Routledge, 2016. E-book.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Tomo III.

NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio. *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

OTEIZA, Eduardo. *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PETERSEN, Lars Lindenchrone; WERLAUFF, Erik. *Civil procedure in Denmark*. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2017. E-book.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação legislativa*, v. 48, n. 190, t. 2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/190/ril_v48_n190_t2_p93.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.

SESMA, Victoria Iturralde. *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

UNIDROIT - THE INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *Principles of Transnational Procedure*. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>. Acesso em: 10 out. 2019.