

Juízos discricionários, subjetivismo, solipsismo e o (livre) convencimento no CPC/15.

Haroldo Lourenço

Doutorando e Mestre em Direito Processual (UNESA).

Mestre em Educação (Universidade de Jaén - Espanha).

Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ) e Processo Civil (UFF).

Advogado, consultor jurídico e parecerista.

Professor de Direito Processual Civil na FGV, CURSO FORUM/RJ, EMERJ (Escola da Magistratura do RJ), FESUDEPERJ (Fundação Superior da Defensoria) e ENFAM

(Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados).

Autor das obras: Manual de Direito Processual Civil (Ed. Forense) e Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Ed. Método).

Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e Discurso/PPGD-UNESA.

Membro do IBDP, ICPC e ABDPC.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sobre o sistema de valoração da prova pelo juiz. 3. O problema dos juízos discricionários, do subjetivismo e do solipsismo. 4. Limites à valoração da prova pelo juiz. 5. A jurisprudência após o CPC/15. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

Resumo: O presente artigo se propõe analisar a alteração realizada pelo CPC/15 no sistema de apreciação das provas. Sob a égide do CPC/73 a jurisprudência se difundiu na linha de que haveria ampla liberdade para o magistrado apreciar as provas, ao contrário do sustentado pela doutrina especializada. A mudança é simbólica e encerra um ciclo, pois reflete um posicionamento legislativo em convergência com a doutrina e em divergência com a jurisprudência. Há que se ressaltar que o tema não se mostra meramente acadêmico ou ideológico, pelo contrário, o entendimento jurisprudencial sempre permitiu juízos puramente subjetivos, solipsismos e discricionariedades judiciais. Por fim, se demonstrará que o posicionamento jurisprudencial é algo arraigado que a mudança legislativa, por enquanto, se mostrou insuficiente, eis que os tribunais estão se mantendo inertes diante da mudança.

Palavras-chave: Livre convencimento. Solipsismo. Discricionariedade Judicial.

1. Introdução.

No Novo CPC (Lei nº 13.105/15) gerou uma mudança significativa em nosso Direito, rompendo-se com o paradigmas criados sob à égide do CPC/73.

O sistema de valoração da prova, em especial, passou por uma releitura que pode ser notada, principalmente, pelo cotejo do art. 131 do código revogado com o art. 371 do novo código, de onde foi suprimido o advérbio “livremente” a qual, diga-se de passagem, nunca constou no art. 93, IX da CR/88.

Pode parecer uma mudança singela, ou até mesmo insignificante para um leitor mais afoito, todavia, não se restringe a uma alteração redacional, desprovida de significado jurídico. Essa mudança foi precedida de intenso debate, do qual, sem dúvidas, o grande fomentador foi o Prof. Lênio Streck, o qual já criticava, incessantemente, o livre convencimento há anos.

Como consequência de tal alteração, para dar maior sistematicidade, outras foram realizadas.

Houve a supressão em alguns outros dispositivos do CPC/73, os quais permitiam uma apreciação “livre”, como na confissão extrajudicial feita à terceiro (art. 353), na fé de um documento (art. 386), no valor de uma primeira perícia (art. 439, parágrafo único) ou, ainda, na investigação de um fato nos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 1107). Perceba-se que nos correspondentes artigos do CPC/15 aos do CPC/73 acima listados não há, sequer, a utilização da expressão “livre” ou, a título de reforço, afirmam que a apreciação deverá ser motivada e observado o contraditório.

Respectivamente, no art. 394 do CPC/15 não há, sequer, a previsão da valoração da confissão realizada à terceiro; no art. 426 afirma-se que o juiz apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer o documento; no art. 480 §3º expõe que a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra e, por fim, o art. 1107 do CPC/73 nem possui correspondente legal no CPC/15.

Destarte, percebe-se que, em plena democracia e vigência da Constituição de 1988 não é possível ao magistrado solucionar os casos concretos e complexos por juízos discricionários, subjetivismo e por fundamentações solipsistas. O magistrado deve decidir, não escolher, decisão essa fundamentada (art. 489 §1º), além da jurisprudência ser íntegra e coerente (art. 926), não sendo mais possível julgar conforme sua consciência, como amplamente prolatado, além de não ser possível se proferir decisões surpresas (art. 10), todos os dispositivos do CPC/15.

Por mais óbvio que isso possa parecer, até mesmo clichê nos tempos atuais, nada mais é do que aplicar o devido processo legal.

Pode-se afirmar que a alteração é simbólica mas, certamente, busca encerrar um ciclo, onde o magistrado, na prática, era o protagonista do processo, dotado de um convencimento livre, onde decidia e, posteriormente, justificava sua opinião.

O “livre convencimento”, a rigor, se justificou para a superar da prova tarifada, onde simplesmente se fazia um “somatório” do valor das provas, sem espaço para valorações, havendo um juiz “boca” ou “escravo” da lei.

Por outro lado, com a atual supressão da apreciação livre, não se quer retornar a tal época, eis que, expungir o livre convencimento do código não equivale à proibição de interpretar, porém, deixa claro que haverá apreciação e valoração, porém, não tão livre assim.

Valorar uma prova nada mais é do que interpretá-la, eis que sendo seu objeto as alegações fáticas, haverá valoração e interpretação sobre tais fatos. Permitir um convencimento livre, pautado na consciência do julgador nada mais seria que um julgamento realizado no tribunal do júri, onde se condena pela íntima convicção, com a diferença que no livre convencimento o magistrado expõe, *a posteriori*, as suas razões de ter escolhido nesse ou naquele sentido¹.

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente?*. Fonte: www.conjur.com.br, acessado em 06.05.2016.

Busca-se um magistrado com responsabilidade política, não obstante todos terem suas compreensões prévias, mas isso não significa que somos reféns delas. Devem ser proferidas decisões judiciais conforme o Direito, não conforme o pensar dos julgadores, e que os precedentes tenham “DNA constitucional”, não da vontade individual do aplicador, ainda que esse seja o STF².

Assim, não é mais dogmaticamente aceitável valer-se do jargão do “livre convencimento motivado” para fundamentar as decisões judiciais³, o que acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão⁴.

2. Sobre o sistema de valoração da prova pelo juiz.

Segundo a tradição jurisprudencial brasileira, a legislação processual consagraria uma autorização para que o julgador atribuisse as provas produzidas o valor que entendesse que elas merecessem, conforme as circunstâncias do caso concreto, eis que não possuem, *a priori*, um valor determinado pela lei.

O convencimento do magistrado não pode ser íntimo, tem que ser motivado, apresentando as razões pelas quais entendeu que a prova merece o determinado valor que lhe foi atribuído, por isso que alguns sempre preferiram o emprego de uma persuasão racional. O propósito é se evitar “juízos discricionários”, “puramente subjetivos”, “solipsismos” do órgão julgador, além de permitir e facilitar o controle da decisão⁵.

É um fato que o adjetivo “livre” era mal compreendido, como se o magistrado pudesse valorar a prova como bem entendesse, por conseguinte, com a mudanças realizadas pelo CPC/2015 se pretendeu deixar tal circunstâncias mais nítida,

² STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.), *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 554.

³ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 103.

⁴ *Ibidem*, p. 552, onde o articulista expõe um trecho do resumo apresentado ao relator do Projeto para o Novo CPC, Dep. Paulo Teixeira, onde traz tais conclusões.

⁵ *Ibidem*, p. 102.

permitindo-se ao magistrado apreciar a prova, mas não tão livre ou discricionariamente com outrora se poderia cogitar⁶.

Há, contudo, quem ainda afirme que o CPC/15 manteve o sistema de valoração do livre convencimento contudo, afirma, categoricamente, que o sistema sempre deixou o magistrado parcialmente livre na apreciação da prova, bem como afirma que nunca pôde existir discricionariedade quanto à prova, legitimando o exame irracional, isso já no CPC/73⁷.

Há que se ressaltar que o sistema de valoração da prova incide na parte fática da decisão, por ser esse o objeto da prova, porém, as novas exigências de fundamentação da decisão atingem a parte jurídica da decisão, dificultando a mudança do sistema de valoração da prova, o que se nota do art. 489 §1º do CPC/15, o que não atinge a parte fática da decisão. Há, inclusive, quem sustente que o legislador perdeu uma ótima oportunidade de fazê-lo⁸.

Creemos que, realmente, a alteração poderia ter sido mais veemente, pois a apreciação livre está arraigada em nosso sistema e seria melhor uma alteração mais completa.

Há, também, quem afirme que a mudança se deu somente no plano legal, não no plano normativo, pois o sistema de valoração da prova já era o da persuasão racional e já estava construído no plano normativo desde o CPC/73⁹.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228. TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. *Primeiras lições sobre o novo direito processual brasileiro*. Coord. Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norata de Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 276. LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova do Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 37. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 103.

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 668 e 669.

⁸ *Ibidem*, p. 669.

⁹ MACEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e a sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 66.

3. O problema dos juízos discricionários, subjetivismo e do solipsismo¹⁰.

Darcy Ribeiro¹¹ já afirmava que uma das grandes dificuldades do ser humano é desvelar as obviedades do óbvio e, de fato, só conseguimos desmascarar uma obviedade para descobrir outras, mais óbvias ainda. O óbvio seria que o individualismo do sujeito constrói o seu próprio objeto de conhecimento, pois acredita que o conhecimento deve ser fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles.

Isso transparece nos julgados que afirmam estar decidindo de “acordo com a sua consciência”, “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”, “a decisão atende a razoabilidade” ou ao “interesse público”, onde haveria um poder discricionário dos juízes¹². Aposta-se no protagonismo judicial como uma forma de concretizar direitos, em uma “jurisprudência dos valores”, deslocando o problema da concretização de direitos dos demais poderes e da sociedade em direção do Judiciário.

O ativismo judicial praticado pelos tribunais, através de sua ação no tecido social, obriga os demais poderes a agirem também. O Judiciário agir, desde que devidamente provocado, no sentido de fazer cumprir a Constituição, não é ativismo, pois esse surge exatamente no momento em que se extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o “bem”, seja para o “mal”¹³.

O Direito não é, e não pode ser, aquilo que o intérprete quer que ele seja, tampouco aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é¹⁴, do contrário, para que serviria a Lei ou a Constituição?

¹⁰ Sobre esse tópico vale a consulta a: STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5ª ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

¹¹ RIBEIRO, Darcy. *Sobre o óbvio/Ensaio insólitos*. Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1986.

¹² A título de ilustração: “É cediço que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento motivado, que possibilita ao juiz a apreciação livre das provas colacionadas aos autos.” (STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 486.549/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Dje 17/11/2014).

¹³ *Ibidem*, p. 22, nota 9.

¹⁴ Cabe aqui lembrar o julgado do STJ, onde afirmou que “*não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do STJ assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. (...) Esse é o pensamento do STJ, e a doutrina que se amolde a ele. (...) Ninguém nos*

A interpretação do Direito é evitada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista e o único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do seu sentido somente pode ser realizada a partir de uma ordem do *a priori*, que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso¹⁵.

O Direito que surge do paradigma do Estado Democrático deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. Se aumenta o espaço da jurisdição, por meio da função contra majoritária, parece evidente que, para a preservação dessa autonomização, torna-se necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais.

O magistrado não pode estar compromissado apenas com a sua consciência, pois, do contrário se estará criando, como designa Oscar Vilhena, uma “supremocracia”, que seria uma espécie de ditadura do Judiciário¹⁶.

O processo não pode, em *ultima ratio*, em plena Constituição de 1988, ser o resultado do que a consciência do juiz indicar, sendo a gestão da prova valorada por critérios subjetivos e inquisitivos do julgador. Consciência, subjetividade, sistema inquisitivo e poder discricionário passam a ser variações do mesmo tema, não podendo ao julgador sustentar que pode realizar uma avaliação subjetiva conforme sua consciência, pois, assim, se estará criando um solipsismo judicial, onde se crê que além do julgador só há as suas próprias experiências, como se não houvesse outros serem pensantes e envolvidos no debate democrático.

Muito já se discutiu o papel do Judiciário na interpretação do Direito, pois ao exercer em sua plenitude a criatividade judiciária, estão adentrando na área específica do poder Legislativo, cuja função principal, segundo a teoria montesquiniana

dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.” (STJ, AgReg em REsp 279.889/AL, julgado em 03.04.2001).

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?*. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15, n. 1, jan-abr 2010, p. 158-173.

¹⁶ VILHENA, Oscar. *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez 2008, p. 441-464.

da separação dos poderes, seria a de elaborar a lei, comprometendo a teoria basilar dos modernos regimes democráticos.

Por outro lado, há quem considere que esse exercício representa o fortalecimento de um dos poderes do Estado, permitindo o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, os *checks and balances* norte-americanos.

A produção do Direito por obra dos juízes é chamada por Mauro Cappelletti de “criatividade da função jurisdicional”, no estudo em que procura justamente desvendar a questão: saber se o juiz é mero intérprete-aplicador do Direito ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, da criação do Direito. Para o autor, o verdadeiro problema está no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do Direito pelos tribunais¹⁷.

Direito é integridade e coerência, como afirmado pelo art. 926 do CPC/15¹⁸, os quais são elementos da igualdade.

Há coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para casos idênticos, assegurando a integridade do Direito, a partir da força normativa da Constituição. A integridade, segundo o “Império do Direito” de Dworkin¹⁹, exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada com conjunto do Direito, evitando o estabelecimento de “dois pesos e duas medidas” nas decisões judiciais, arbitrariedades interpretativas, atitudes solipsistas e voluntaristas.

A integridade relaciona-se com a unidade do Direito. O tribunal deve decidir conforme o Direito (normas constitucionais, legais, administrativas, negociais, precedentes etc.), não sendo possível, por exemplo, se utilizar um “Direito Alternativo”, impedindo voluntarismo judicial e argumentações arbitrárias, onde um caso somente

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

¹⁸ Tal artigo foi fruto, novamente, da iniciativa do professor Lênio Streck.

¹⁹ O enunciado normativo nos leva a concepção teórica sobre o termo integridade, ligado às ideias de: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Jeferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213-332.

pode se resolver pela totalidade do ordenamento jurídico, não por uma só de duas partes, pois o Direito é um sistema de normas, não um amontoado²⁰.

Além disso, a Constituição deve ser o fundamento jurídico para todas as demais normas jurídicas e, a partir de tal premissa, deve o julgador analisar todos os argumentos favoráveis e contrários ao acolhimento da tese discutida, por força do princípio do contraditório.

O STF, por exemplo, ao julgar a ADI 2.549 decidiu que o CDC é aplicável às instituições financeiras. Haveria coerência se a jurisprudência continuasse a decidir pela não aplicação do CDC aos contratos bancários, mas não haveria integralidade²¹, donde percebe-se que não há compromisso ou coerência com o erro.

De igual modo, quando o STJ decidiu, na vigência do CPC/73, que entre os núcleos de prática jurídica de instituições federais e de instituições particulares, somente àquelas se aplicaria prazo em dobro²² não houve coerência.

Não haveria integridade, a título de ilustração, na decisão que não considerasse obrigatória a intimação das Fazendas Públicas em ação de usucapião de procedimento comum, porque o CPC/15 silencia a respeito, não obstante se exigir intimação no procedimento administrativo da usucapião (art. 1071 do CPC/15).

De igual modo não há integridade na jurisprudência²³ que não admite oferecimento de bem de família a penhora, sendo que o CC/02 autoriza sua alienação onerosa ou gratuita pelo próprio executado.

²⁰ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 480.

²¹ *Ibidem*.

²² STJ, 3ª T., REsp 1.106.213/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado 25.10.2011, superado pelo art. 186 §3º do CPC/15.

²³ Durante alguns anos esse foi o entendimento na jurisprudência, contudo, se encontra superado com fundamento no *venire contra factum proprium*: STJ, REsp 1.601.577, rel. Min. Ricardo Villas Bôas, julgado 20.06.2016.

Nesse sentido, a integridade é antagônica ao livre convencimento, evitando-se um drible hermenêutico, do tipo “segundo minha consciência, decido de outro modo”²⁴.

Pode se haver coerência na jurisprudência, como realmente há na adoção do “livre convencimento”, mas de forma inconsistente, pois a argumentação é frágil e lacunosa, apesar de não haver contradição, ou seja, há coerência com as decisões anteriores.

Atualmente se reconhece a união homoafetiva dentro do conceito de família, portanto, por coerência, deve ser reconhecida para fins de sucessórios, previdenciários etc. De igual modo, muito se fala, e se reconhece a poliafetividade, pela coerência, deve ser aplicada para todos os fins, como acima exposto. Resta saber se está sendo coerente com o erro ou com o acerto. Enfim, na coerência, há de haver um dever de autorreferência²⁵.

De igual modo, uma jurisprudência pode ser íntegra, mas inconsistente, decidindo com atenção a unidade do Direito, mas o faz a partir de distinções inconsistentes ou teorias obsoletas²⁶. Já dizia Dworkin²⁷ que a “*construção judicial do Direito é um romance em cadeia: cada julgador constrói um capítulo, mas não pode deixar de dialogar com o capítulo anterior*”.

Cada decisão não pode estabelecer um grau zero de sentido, a discricionariedade é a porta de entrada dos decisionismos e voluntarismos. Construiu-se, assim, um imaginário na comunidade jurídica brasileira onde o juiz decidir de modo solipsista encontra fundamentação no Estado Democrático de Direito, apostando na “boa escolha”, discricionária, do magistrado.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.), *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1187.

²⁵ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 480.

²⁶ *Ibidem*, p. 478.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Jeferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275.

Ocorreu e, ainda, está ocorrendo (como se demonstrará adiante) uma naturalização. O Judiciário descumpra o seu papel devagar, os advogados se acostumam, nem sentem o açoite. É o problema do óbvio. A naturalização é um fenômeno que faz com que, mais tarde, alguém diga: mas isso sempre foi assim²⁸.

4. Limites à valoração da prova pelo juiz.

Um primeiro limite à valoração da prova pelo juiz é a utilização da prova constante dos autos, o que é uma consequência do contraditório.

O CPC/15 inovou ao deixar claro a necessidade da prova valorada ter sido produzida e constar dos autos do processo (art. 371). Não por outro motivo que o art. 372, ineditamente, regulamenta a denominada prova emprestada, ou seja, a transladada de um processo para o outro. O juiz pode admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, desde que observado o contraditório.

Considerar o não constante no processo é o mesmo que surpreender as partes. A possibilidade de se conhecer um assunto ou produzir uma prova de ofício, é diferente de decidir sem ouvir as partes, pois o processo não é inquisitivo, mas fruto da participação das partes em contraditório.

Não é por outro motivo que o art. 10 do CPC/15 exige manifestação das partes sobre questões que o magistrado possa conhecê-las de ofício, para se evitar a surpresa.

Um segundo limite é a necessidade de uma motivação racional e controlável. Não se pode admitir qualquer motivação para atender o comando do art. 371 do CPC/15, devendo ser racional, partindo de premissas que também possam ser aceitas racionalmente, justificando a decisão, para que possa ser controlada.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *As notícias não são boas. Judiciário não cumpre o CPC: Is it the law?* Fonte: www.conjur.com.br, acessado em 12.05.2016.

Não se pode admitir discursos meramente retóricos ou superficiais, vazios de conteúdo, gerando um consenso irracional, como fundamentada em concepções religiosas, místicas, por exemplo. Há, inclusive, autores que afirmam que a juntada de carta psicografada é uma prova ilícita²⁹ e com razão.

De igual modo, a utilização de expressões vazias, como “conforme a prova dos autos”, “diante do robusto conjunto probatório”, “as provas produzidas pela não deixam margem à dúvida”, além de nada terem a ver com a técnica de valoração das provas, já eram nulas no CPC/73, bem como o são no CPC/15³⁰.

No mesmo sentido, sendo a produção probatória sobre fatos controversos, não se pode cogitar, na espécie, em discricionariedade, como, por exemplo, se houver matéria médica ou contábil, terá o juiz que nomear perito.

Além de se exigir uma motivação racional, deve a mesma ser controlável, clara e pública, eis que não se dirige apenas as partes, mas a toda a comunidade de jurisdicionados, além de não poder ser secreta, salvo na hipótese do art. 145 §1º do CPC, quando se declara suspeito.

Observe-se que o fato de existir um sistema de valoração da prova, isso não impede que haja alguns exemplos de prova legal, como os que exigem a prova exclusiva por documento público, como no art. 5º, parágrafo único, I do CC ou nos arts. 1438 e 1448 do CC, contudo, tais dispositivos não impedem a apreciação do material probatório pelo julgador, apenas o direciona, como forma de evitar decisões arbitrárias, baseadas em interpretações pessoais, resguardando a segurança jurídica.

Há, ainda, um terceiro limite que é a obrigatoriedade de observância das regras de experiência, visto que o julgador não pode abandoná-las, como não aceitar a lei da gravidade ou aceitar que o motorista dirigia em alta velocidade em localidades em que há engarrafamentos diários nos horários de pico.

²⁹ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 104.

³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 668 e 669.

5. A jurisprudência após o CPC/15.

Quer se concorde ou não com a mudança, há que se reconhecer que houve uma mudança no âmbito legislativo, a qual deve ser observada e cumprida pelo Judiciário. A modernidade somente surgiu com a interdição proporcionada pela lei, pois entre civilização e barbárie, optamos pela primeira e o custo disso é obedecermos à lei, que passa a ser um princípio e sociedade sem princípio é anarquia³¹.

Destarte, as cortes jurisdicionais que deveriam uniformizar e interpretar as leis federais seguem aplicando o “livre convencimento”, como se nada tivesse sido alterado. Há, por exemplo, seis decisões do STJ³², somente de 01 a 23 de Junho de 2016 se utilizando do “livre convencimento”³³.

Compulsando a jurisprudência do TJ/RJ³⁴, os dados são mais significativos, havendo 39 julgados se utilizando do “livre convencimento”, somente de 01 a 23 de junho de 2016.

Percebe-se, portanto, que continua arraigado em nosso ordenamento a cultura do não cumprimento da lei, gerando uma naturalização do descumprimento, o problema do óbvio, como já mencionado, que é nefasto à mudança.

6. Conclusão.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. *As notícias não são boas. Judiciário não cumpre o CPC: Is it the law?* Fonte: www.conjur.com.br, acessado em 12.05.2016.

³² “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, rel. Min. Moura Ribeiro, 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, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 02/06/2016).

³³ Perceba-se que são decisões prolatada totalmente na vigência do CPC/15, onde nem se pode pretender aplicar o art. 1047.

³⁴ “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, Des. Wilson do Nascimento Reis, 0008848-61.2002.8.19.0014 – APELACAO, julgada em 15.06.2016) “Ademais, o juiz é o destinatário da prova, em decorrência do princípio do livre convencimento. Inteligência do art. 130 do CPC.” (TJ/RJ, 9ª CC, 0015106-38.2012.8.19.0208 – Apelação, Des. Luiz Felipe Francisco, julgado em 14.06.2016)

Como se pôde demonstrar, o sistema de valoração da prova foi alterado, apesar de ser uma mudança pequena no âmbito literal, mas forte impacto simbólico e cultural.

Busca-se um processo civil democrático, construído para o cidadão, com observância do contraditório prévio e efetivo, pautado na boa-fé, visando a solução de mérito, com decisões verdadeiramente fundamentadas, ou seja, que se observe o devido processo legal.

Há de existir um CPC/15 do equilíbrio entre os magistrados, advogados e jurisdicionados.

O Judiciário não pode repretinar a expressão derogada, conspurcando, a vontade legislativa, pois se trata de uma opção paradigmática feita pelo legislador, não podendo o juiz dar o valor que entender adequado a prova.

A doutrina já estava consolidada no sentido da alteração legislativa, contudo, tal circunstância não foi suficiente. A lei mudou, o que mais se precisa mudar? Se precisa de uma mudança cultural e de postura.

O Judiciário, bem como os demais operadores do Direito não podem ignorar a lei e a doutrina. O CPC/15 não pode ser lido e interpretado aos olhos do CPC/73, redigido antes da Constituição de 1988.

O processo é um espaço de construção de soluções democráticas, em que se abre um espaço de discussão intersubjetivo a respeito da melhor interpretação do Direito para um caso específico. É por isso que as partes têm direito de falar e de serem ouvidas, no fiel cumprimento do princípio do contraditório e não por outro motivo o magistrado tem a obrigação de dialogar e de levar em consideração todos os argumentos.

O "livre" convencimento é, frequentemente, utilizado para afastar a produção probatória, pois, sendo o juiz o destinatário da prova, ele próprio que decide sobre o que é necessário para a formação do seu convencimento e, estando satisfeito com

o que já está nos autos, pode impedir a produção probatória, não necessitando de mais elementos.

A lei não pode ser ignorada ou subutilizada, o magistrado não pode querer dizer o que não disse o legislador, a mudança visa estimular o raciocínio institucional, gerando um afastamento de subjetivismos.

7. Bibliografia.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Jeferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova do Novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.), *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente?*.

Fonte: www.conjur.com.br, acessado em 06.05.2016.

_____. *As notícias não são boas. Judiciário não cumpre o CPC: Is it the law?* Fonte: www.conjur.com.br, acessado em 12.05.2016.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5ª ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15, n. 1, jan-abr 2010, p. 158-173.

RIBEIRO, Darcy. *Sobre o óbvio/Ensaio insólitos*. Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1986.

TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. *Primeiras lições sobre o novo direito processual brasileiro*. Coord. Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norata de Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MACEDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e a sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

VILHENA, Oscar. *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez 2008.