



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OS NOVOS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO
DO JUIZ NA APRECIÇÃO DA PROVA APÓS A RETIRADA DO TERMO “
LIVREMENTE” DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Vanessa Corrêa Braga De Abreu

Rio de Janeiro

2017

VANESSA CORRÊA BRAGA DE ABREU

OS NOVOS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO
DO JUIZ NA APRECIÇÃO DA PROVA APÓS A RETIRADA DO TERMO “
LIVREMENTE “ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Artigo apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro. Professores
Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2017

OS NOVOS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO
DO JUIZ NA APRECIÇÃO DA PROVA APÓS A RETIRADA DO TERMO “
LIVREMENTE “ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Vanessa Corrêa Braga de Abreu

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade do Federal do Rio de
Janeiro. Advogada.

Resumo – este artigo busca, a partir de uma análise histórica e contemporânea, estabelecer os novos contornos do princípio do livre convencimento motivado do juiz na apreciação da prova após a retirada do termo “ livremente “ do novo Código de Processo Civil de 2015. Defendeu-se que não há falar em desaparecimento do princípio do livre convencimento motivado, mas sim a introdução de um novo paradigma no cenário do Processo Civil Contemporâneo Brasileiro. Tal mudança pode ser facilmente observada com o surgimento do ativismo judicial, fenômeno muito criticado, porém que visa a conferir efetividade aos direitos constitucionalmente consagrados, principalmente, em caso de omissão dos poderes que detém a função primeira de regulamentá-los. Analisou-se, por fim, a extensão, a profundidade e a aplicação do princípio do livre convencimento do juiz com o advento do novo código de processo civil de 2015. Toda a pesquisa fora direcionada pela ideia da necessidade de priorizar a democratização do processo jurisdicional, buscando concretizar garantias constitucionais a fim de aprimorar e aperfeiçoar a decisão judicial à luz das diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave – Direito processual civil. Princípio do livre convencimento motivado no Novo Código de Processo Civil de 2015. Ativismo Judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por escopo analisar o novo texto referente à apreciação da prova realizada pelo juiz de acordo com o texto contido no Código de Processo Civil de 2015. Procura-se entender os novos contornos do princípio do livre convencimento motivado no Processo Civil Brasileiro.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir que em que pese a ausência do termo “ livremente” no artigo 131 do Código de Processo Civil de 2015, isso não significa que o princípio do livre convencimento motivado deixou de existir, mas sim a introdução de um novo paradigma no cenário do Processo Civil Contemporâneo Brasileiro.

O tema merece atenção uma vez que o sistema do livre convencimento motivado foi, ao longo dos anos, sendo aplicado de maneira equivocada, ficando o juiz livre na apreciação

da prova. Diversamente do que deveria ser, esse sistema atribuiu ao juiz um poder discricionário balizando seu convencimento conforme seus critérios pessoais, o que gerou muitas vezes indignação das partes envolvidas no processo.

Com um pensamento diverso e um novo modelo processual, o Código de Processo Civil de 2015 altera essa sistemática e a expressão que tratava do livre convencimento foi retirada.

No novo modelo processual, baseado no princípio da cooperação, expresso no art. 6º Código de Processo Civil de 2015, o juiz e as partes atuam juntos, de forma co-participativa, na construção em contraditório do resultado do processo. Todos atuam para um mesmo fim comum, qual seja, a solução do conflito por meio de um processo justo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando se é possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, um novo paradigma a respeito da atuação do magistrado durante a apreciação da prova diante da retirada o termo “livremente” do artigo 371 trazido pela Lei 13.105/2015.

Já no segundo capítulo, discute-se até que ponto o livre convencimento e ativismo judicial nas decisões dos magistrados caracterizam abuso de direito.

O terceiro capítulo, por sua vez, destina-se a examinar, tendo em vista a extensão, a profundidade e a aplicação do princípio do livre convencimento do juiz, como será após o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015.

A pesquisa será desenvolvida pelo método exploratório quanto ao objetivo, e bibliográfico quanto ao procedimento, uma vez que o pesquisador pretende analisar os entendimentos divergentes a respeito dos contornos do princípio do livre convencimento motivado do juiz após o advento da Lei 13.105/2015.

1. A APRECIÇÃO DA PROVA DIANTE DA RETIRADA DO TERMO “LIVREMENTE” DO ARTIGO 371 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O direito processual brasileiro, no que tange aos princípios norteadores dos poderes instrutórios do juiz, passou por uma evolução, demonstrando uma maior ou menor atuação do magistrado durante o desenvolvimento do processo e conseqüentemente na sociedade.

No início, apenas as partes detinham o ônus da produção de todo material probatório. Ao magistrado era reservado se manifestar somente no momento de prolação da sentença. Prevalencia, portanto, o princípio da imparcialidade do juiz, evidenciando uma fase mais tradicional e conservadora.

O Código Processual Civil de 1973¹, além do princípio da imparcialidade do juiz, prevê o princípio do livre convencimento motivado do juiz. E o artigo 131 do CPC/73² tinha a seguinte redação: “o juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento”. Estabelecia ainda, em seu artigo 366 uma exceção a regra geral, informando que quando a lei exigir que o ato seja realizado por instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que fosse, poderia suprir a falta deste instrumento.

Todavia, com o advento da Lei 13.105/2015³, a qual regula o Código de Processo Civil de 2015, o seu artigo 371 estabelece que “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”.

Verifica-se que no Novo Código de Processo Civil de 2015⁴ não se encontra a palavra “livremente” expressa no artigo 131 do CPC/1973⁵, o que tem levado alguns intérpretes da Lei 13.105/2015 a afirmar não mais existir no Direito Processual Civil Contemporâneo Brasileiro o princípio do livre convencimento motivado.

Contudo, tal entendimento não deve prevalecer, pois diante das transformações sociais, o modelo tradicional já não era mais aceito, cedendo espaço para um processo instrumentalista baseado no princípio da cooperação das partes previsto no artigo 6 CPC/15⁶, cujo objetivo é de garantir o acesso efetivo e isonômico à tutela jurisdicional.

¹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

² Ibid.

³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

⁴ Ibid.

⁵ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

O legislador no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973⁷ ao prever expressamente que o juiz apreciará “livremente” a prova, quis afastar do ordenamento jurídico brasileiro o sistema da prova tarifada. Tal sistema se traduz na valoração pré fixada da prova, em que cada tipo de prova possui uma hierarquia legal.

Contudo, a redação do artigo 371 do Novo Código de Processo Civil⁸ não reproduziu o termo “ livremente”, o que fez surgir discussões acerca da possibilidade de sustentar com fundamentos jurídicos sólidos, um novo paradigma a respeito da atuação do magistrado durante a apreciação da prova.

Com efeito, a exclusão do termo “livremente” no texto normativo não deve ser interpretada como um sinal indicativo da adoção do sistema da prova tarifada. Tampouco, do sistema da livre convicção ou do juízo pela consciência, segundo o qual o órgão julgador decide de acordo com a própria vontade, sem o dever de fundamentar as razões adotadas, o que prevalece é a íntima convicção do magistrado. Isso porque ambos os sistemas são flagrantemente inconstitucionais.

Nesse sentido, o juiz ainda possui a liberdade para valorar as provas e com o dever de indicar as razões da formação do seu convencimento, considerando efetivamente os elementos demonstrados nos autos.

Portanto, de acordo com a nova redação do artigo 371 introduzida pela Lei 13.105/2015⁹, o ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito a apreciação das provas pelo magistrado, continua entendendo pela aplicação do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. E segundo esse princípio o magistrado fica habilitado a valorar as provas apresentadas e sua suficiência ao deslinde da causa, desde que o faça de modo fundamentado.

Ressalta-se que diante da ausência de hierarquia entre as provas, cabe ao juiz apreciar o acervo probatório existente no processo e motivar o posicionamento adotado, conforme o que estabelece o artigo 93, IX da Constituição¹⁰. Isso porque a motivação dos

⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Site da Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de Março de 2016.

pronunciamentos judiciais, além de embasar eventual recurso, também serve de controle das atividades jurisdicionais pelas partes e pelos órgãos superiores.

Nesse sentido, é interessante notar, que o Código de Processo Civil não definiu o que seria uma decisão fundamentada. Isso se deve, principalmente, ao fato de que a teoria da decisão judicial diz respeito a questões hermenêuticas e filosóficas extremamente complexas, de modo que se torna inviável tentar definir detalhadamente no texto legal o que seria uma decisão judicial fundamentada, sendo tarefa direcionada aos doutrinadores.

Dessa forma, o legislador infraconstitucional, andou bem ao optar por essa forma de controle das decisões, pois se agisse em sentido contrário, certamente criaria uma enorme insegurança jurídica e decisões conflitantes.

É o que explica José Rogério Cruz e Tucci¹¹:

Na verdade, os aludidos novos dispositivos legais acerca do dever de motivação, inseridos no Projeto do CPC, reforçam a ideia de que a moderna concepção de “processo justo” não compadece qualquer resquício de discricionariedade judicial, até porque, longe de ser simplesmente *la bouche de la loi*, o juiz proativo de época moderna deve estar comprometido e zelar, tanto quanto possível, pela observância, assegurada aos litigantes, da garantia do devido processo legal!

Além disso, o referido artigo 371 do Novo Código de Processo Civil¹² prevê a aplicação do princípio da unidade probatória, segundo o qual o juiz deve apreciar a prova trazida aos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido. Assim, pode-se afirmar que a prova não pertence ao juiz ou às partes, mas sim ao processo.

Nesse sentido, o legislador preocupado com a legitimidade democrática do Poder Judiciário Brasileiro, que se consubstancia na fundamentação das decisões, traz mudanças significativas, mas sempre norteadas pela correta aplicação dos dispositivos constitucionais e pela garantia dos direitos fundamentais.

Não é possível, portanto, entender pelo fim do princípio do livre convencimento motivado do juiz diante da retirada do termo “livrimente” do texto legal vigente.

¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC (análise e proposta). In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. V. 6. ed. RT, 2011. p. 412.

¹² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

2. LIVRE CONVENCIMENTO, ATIVISMO JUDICIAL E ABUSO DO DIRIETO

O Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na atualidade na medida que soluciona e regula conflitos, servindo de condição para a existência do Estado.

Alguns estudiosos¹³ apontam que as origens da postura ativista remontam à jurisprudência da Suprema Corte norte-americana quando essa criou o controle judicial de constitucionalidade das leis federais.

No Brasil, o ativismo judicial começou a ser visto quando os magistrados passaram a decidir, seja na primeira instância ou em casos de repercussão geral nos tribunais, questões controversas apaziguando diversos setores da sociedade brasileira.

Nesse contexto de complexidade das relações sociais contemporâneas, surge o ativismo judicial, o qual é um fenômeno recente no sistema judicial brasileiro e que se faz sentir mais significativamente no Supremo Tribunal Federal. E em que pese o não consenso na doutrina brasileira, pode ser definido como uma atuação proativa do Poder Judiciário, em que os magistrados buscam produzir suas decisões com o intuito de conferir efetividade aos direitos constitucionalmente consagrados, principalmente, em caso de omissão dos poderes que detém a função primeira de regulamentá-los.

Porém, diante da relevante função social na efetivação das normas constitucionais e principalmente dos direitos e garantias fundamentais, mister se faz conceituar tal fenômeno. Nesse sentido, Mayra Marinho Miarelli e Rogério Montai de Lima¹⁴ observam que:

Por “ativismo judicial” entende-se o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do interprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.

Há, assim, tanto a judicialização das relações sociais, como também uma judicialização da política. Argumenta-se que o judiciário estaria contribuindo para a democracia, na medida que assegura a efetividade e a proteção de direitos fundamentais. E que ocuparia um lugar simbólico de guardião das promessas constitucionais, sendo a última

¹³ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 132.

¹⁴ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 34

instância moral da sociedade. Esse fortalecimento se dá em razão da deterioração dos espaços republicanos tradicionais, e de uma debilidade do poder executivo e legislativo.

Os atributos que permitem que mesmo sem o sufrágio, o ativismo judiciário seja compatível com o regime democrático são: não estar submetido aos demais poderes; prestígio público no que tange a atuação do poder judiciário; não há subordinação dos magistrados, apesar da existência de diferentes instâncias, vigora o princípio da autonomia; independência funcional por força da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁵; perfil ético e preparação técnica dos magistrados; fundamentação das decisões judiciais e fiscalização interna pelas partes e externa pelo Conselho Nacional de Justiça e pela sociedade.

Por outro lado, a crítica ao ativismo seria a indevida ingerência do judiciário em matérias de competências de outros poderes, o que enfraqueceria a legitimidade democrática do judiciário. Esse não aplicaria o direito positivado, mas sim o direito que entende que deveria ser aplicado. Há, portanto, uma hipertrofia do judiciário, sendo para alguns uma manifestação do abuso de direito.

Diante dessa nova dinâmica entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo e os particulares surgem discussões acerca da formação do convencimento e fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido, passou-se a indagar se o ativismo judicial significava uma ofensa ao processo democrático. E para tal questão, no entanto, não há uma resposta concreta e pontual, pois é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁶ que traz essa possibilidade ao judiciário e prevê tais direitos assegurados pelo judiciário.

Todavia, para Luis Roberto Barroso¹⁷, o termo “ativismo judicial” não se relaciona com o uso indevido do poder e sim em uma dimensão participativa e de busca mais profunda dos comandos constitucionais visando a solução efetiva dos conflitos sociais, diante dos espaços deixados, principalmente, pelo Poder Legislativo.

A Constituição Brasileira vigente possui claramente uma carga axiológica que não de implementar seus ditames ou simplesmente desrespeitar direitos individuais significa atingir frontalmente um dos maiores direitos consagrados, qual seja, a dignidade da pessoa humana. E

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Site da Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de Março de 2016.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo*. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

a já citada omissão legislativa acarreta o desrespeito dos princípios constitucionais, violando o próprio Estado Democrático de Direito.

A altivez judiciária nada mais representa do que a concretização dos valores contidos no Texto Constitucional brasileiro. É por meio de uma atuação mais presente e com o intuito de suportar as bases do Estado Democrático de Direito ao ponto de fazer valer a vontade do constituinte originário que as normas constitucionais se concretizam. Preleciona Luis Roberto Barroso que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] a ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades construindo regras específicas da conduta de enunciados vagos [...].¹⁸

O ativismo judicial, portanto, não representa abuso de direito do poder judiciário, na medida em que não prejudicará o princípio do contraditório e da ampla defesa, ao contrário, garante a sua efetividade, pois quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado. Um juiz ativo na formação do conjunto probatório confere efetividade às garantias constitucionais do processo.

Sobre a importância do juiz no mundo atual, preconiza Juvêncio Gomes Garcia que:

O juiz é, realmente, na aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, a figura dominante no universo jurídico, uma vez que o verdadeiro direito é aquele que emana de suas decisões, de suas sentenças, ao entregar a prestação jurisdicional. É aí que o direito se faz concreto na produção de seus efeitos, traduzindo sua eficácia na norma individual, suscetível de execução. É ele, portanto, quem outorga o justo, personificando a justiça animada e vivente; é o mediador que restaura a igualdade e corrige a injustiça, no uso de seu poder criador,. É ele que, duplamente inserido no social, como pessoa e como profissional, haure diretamente no ambiente que o envolve, todos os pressupostos ideológicos que, ao depois, deverá transportar ao nível de suas emissões decisivas, visando à diluição dos conflitos à sua órbita de resolução. Isto, principalmente no que tange ao juiz de primeiro grau, que é, sem dúvida, o verdadeiro criador do direito, uma vez que se compõe a primeira linha de contato com a realidade social.¹⁹

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89

¹⁹ GARCIA, J. G. *Função criadora do juiz*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 154/155.

Para que ocorra a efetividade do processo²⁰ como meio de acesso à justiça²¹ é necessário uma postura dos operadores do direito e a consciência de que o processo, acima de tudo, é um instrumento ético destinado a servir a sociedade e ao Estado.

Para Dinamarco:

[...] a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade. Sempre, como se vê, é a visão dos objetivos que vem a iluminar os conceitos e oferecer condições para o aperfeiçoamento do sistema.²²

Dessa forma, o princípio do livre convencimento do juiz na apreciação das provas não deixou de existir com o advento da Lei 13.105/2015²³. Nesse sentido, o que se verifica é um novo contorno da atividade dos julgadores tanto dentro do processo com a aplicação do princípio da cooperação das partes, quanto fora do processo. Isso porque, no ativismo judicial o juiz, com os seus poderes instrutórios, não é mais um mero espectador do processo, passando a ser um protagonista deste processo, atuando como um grande agente de transformação social.

3. A EXTENSÃO, A PROFUNDIDADE E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5, XXXV²⁴ consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

²⁰ No Dicionário Jurídico consta que o processo é a formalização da pretensão (ação) por meio da qual o interessado provoca a prestação jurisdicional, alegando violação de direito subjetivo protegido por norma de direito objetivo. (SIDOU, 1999, p.666).

²¹ “O acesso à justiça se faz segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado. O devido processo legal tem conteúdo ético que se não esgota na participação do juiz, mas envolve a atuação de partes, advogados, funcionários e auxiliares da Justiça, todos identicamente submetidos a uma conduta processual que imune a desvios morais”. (NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8 ed. São Paulo: Ed RT, 2011, p 95).

²² DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000, p 271.

²³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Site da Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília 5 out. 1988. Disponível em:

Assim, a apreciação dos fatos e provas trazidas pelas parte ao judiciário, bem como a devida fundamentação das decisões são direitos fundamentais, pois intrínsecas a dignidade da pessoa humana, sendo oponível ao Estado e aos particulares nas relações intersubjetivas.

Nesse sentido, o artigo 371 do Novo Código de Processo Civil²⁵, ao estabelecer que o juiz deve indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento, quis impor a valorização das provas com base em parâmetros objetivos.

Outrossim, a intenção do legislador e a correta interpretação acerca da extensão do princípio do livre convencimento do juiz é, portanto, de acabar com o álbi textual sobre o qual se erigiu um sistema de valoração da prova pautado no total subjetivismo do julgador.

É certo que a supressão do advérbio “livremente”, de acordo com o entendimento de Lenio Streck, acompanhado de uma exposição de motivos, na qual se ressalta a incompatibilidade do sistema democrático com juízos intimistas na apreciação das provas, revela uma tímida, porém importante reação do Legislativo contra os excessos cometidos pelo Poder Judiciário, nos últimos tempos.

Essa mudança, sepultará a antiga nomenclatura “livre convencimento motivado”, a qual era atribuída pela generalidade dos estudiosos e pela unanimidade dos tribunais ao sistema de valoração probatório brasileiro. Com o advento do Novo Código de processo Civil, nascerá no lugar, provavelmente, a expressão “persuasão racional”, já empregada por alguns autores.

Além disso, no que tange à profundidade do princípio do livre convencimento do juiz, explica Celso Antônio Bandeira de Mello sobre os limites da discricionariedade, que embora concebida com vistas à função administrativa, tem plena aplicabilidade no âmbito jurisdicional:

[...] A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação concreta que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas in abstracto na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade. [...] Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de Março de 2016.

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada.²⁶

Importante ressaltar que embora a norma processual não estabeleça, antecipadamente, o peso que terá cada prova apresentada, caberá ao juiz adotar o critério que se mostre adequado para aquele caso específico, e justificar racional e objetivamente essa adequação, para que se possa aferir a razoabilidade de seu ato.

Nesse sentido aduz Fredie Didier:

A motivação deve ser racional: deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que atua o órgão julgador. Não se confunde com uma ciência exata ou com uma lógica absoluta da matemática pura. O que se espera se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico.²⁷

Dessa forma, os artigos 371 e 372 do Novo Código de Processo Civil²⁸ comprovam a que subsiste a liberdade de valoração da prova ao indicar que o juiz apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado, devendo, contudo, indicar as razões da formação do seu convencimento.

Com efeito, diante da ausência de fundamentação adequada caberá recurso, notadamente, a apelação prevista no artigo 1009; o agravo de instrumento, estabelecido no artigo 1015; e recurso especial e recurso extraordinário, conforme os artigos 1029 a 1041, todos do Novo Código de Processo Civil²⁹.

Contudo, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a análise das conclusões do magistrado sobre a instrução exige o reexame de fatos e provas, o que seria incompatível com a natureza excepcional do recurso, conforme dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do STJ³⁰.

Ressalta-se, porém, que se o recurso se basear no desrespeito ao artigo 371 do Novo Código de Processo Civil, visando à anulação do julgado por *error in procedendo*, não há que se refazer a análise sobre as provas, bastando que se analise a própria decisão, para aferir se as razões declinadas na fundamentação do juiz lastrearam-se em critérios objetivos,

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 953 e 954.

²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. et al. *Curso de direito processual civil*. V.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 103

²⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

²⁹ Ibid

³⁰ Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf Acessado em: 17 abr 2017

e se não desrespeitou as máximas da experiência e/ou a razoabilidade, tarefa que é da alçada do Superior Tribunal de Justiça, sendo, destarte, possível o pleito.

Dessa forma, o princípio do livre convencimento do juiz deve ser aplicado após o advento da Lei nº 13.105/2015³¹, bem como devem ser respeitadas a extensão e profundidade do mesmo, sob pena, de ensejar o ataque à decisão por meio de recursos previstos em lei.

CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho, analisou-se que com o advento da Lei nº 13.105/2015 e a ausência do termo “livremente” no artigo 131 do Código de Processo Civil de 2015, surgiu uma controvérsia na interpretação quanto a aplicação e a subsistência do princípio do livre convencimento motivado durante a apreciação da prova pelo magistrado.

Ficou comprovado que não é possível sustentar que tal princípio deixou de existir. Isso porque, além do o artigo 5, XXXV da Constituição Federal consagrar a inafastabilidade da jurisdição, a apreciação dos fatos e provas trazidas pelas parte ao judiciário, bem como a devida fundamentação das decisões são direitos fundamentais, pois intrínsecas a dignidade da pessoa humana, sendo oponível ao Estado e aos particulares nas relações intersubjetivas.

De fato, a fundamentação - também entendida como motivação - das decisões se mostra como instrumento democrático legitimante dos atos decisórios, na medida em que possibilita o controle endoprocessual das razões do juiz pelas partes, como também o controle extraprocessual pela sociedade civil.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, traça os contornos normativos referentes ao dever de fundamentação das decisões judiciais, cominando a pena de nulidade para todo ato judicial feito à revelia do referido dispositivo.

Além disso, diante das transformações e complexidades das relações sociais contemporâneas, foi possível concluir que há uma crise dogmática instalada no seio do Judiciário brasileiro, externado pelo ativismo judicial, fruto de um protagonismo judicial e de uma postura omissiva dos poderes legislativo e executivo nocivos às instituições republicanas.

A crise política atinge fortemente os parlamentares e os chefes do Poder Executivo, ela também se volta em face da magistratura. E o Poder Judiciário não escapa à atual demanda popular por ética e transparência na prestação de um serviço público, mormente a atividade

³¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

jurisdicional, pela importância de que se reveste em uma República na proteção de direitos. Passa-se, então, a exigir-se coerência e efetividade da prestação jurisdicional.

Portanto, a apreciação da prova diante da retirada do termo “ livremente ” do artigo 371 do Novo Código de Processo Civil continua sendo regida pelo princípio o livre convencimento motivado. E o ativismo judicial, quando usado para efetivar direitos fundamentais diante da omissão dos outros poderes, se torna uma arma para a concretização da democracia e não representa abuso de direito do poder judiciário, na medida em que não prejudicará o princípio do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

- ASSUMPCÃO, Daniel. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo : Método, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acessado em: 17 abr 2016.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Site da Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de Março de 2016.
- CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Atlas, 2016.
- DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Et al. *Curso de direito processual civil*. 10 ed. V.2. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 34.
- NALINI , José Renato. *Ética geral e profissional*. 8 ed. São Paulo: RT, 2011.
- PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 132.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V1. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.