

Dilema de dois juizes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC



Lenio Streck
Jurista e Professor

Dois modos de olhar o direito — modelo de juiz A

Por emenda supressiva do relator Paulo Teixeira, atendendo à minha sugestão e contando com a aquiescência de Freddie Didier, Dierle Nunes e Luis Henrique Volpe, todas as referências de *que-o-juiz-teria-o-poder-de-livre-convencimento* foram colocadas em um *exílio epistêmico*. Isto é: foram retiradas do ordenamento processual. Neste ponto, viva o novo CPC!

Na **ConJur**, quando falei disso no final de 2014, um dos comentários que mais me impressionou foi o do juiz Mauricio Botelho ([ler aqui](#)). Disse ele, querendo ser sarcástico e/ou irônico:

1 – Acabou o princípio do livre convencimento do Juiz????? Como tenho tempo para me aposentar vou pendurar as chuteiras e vou morar nos Estados Unidos. *Não quero viver num país em que Juizes não sejam livres para aplicar a lei segundo sua consciência;*

2 – Se o "brilhante" articulista se dignar a explicar o raciocínio melhor e caso me convença a não me aposentar, vai ter de convencer a não aplicar litigância de má fé em todos os Embargos de Declaração francamente protelatórios opostos pelos seus coleguinhas.

Vejamos se me honra com uma resposta. Pelo que li até agora tenho quase certeza de que não fará isso. (grifos meus) – *Obs: as aspas na palavra 'brilhante' não são minhas; são do juiz subscritor do comentário!*

O Juiz Mauricio perguntou se o honraria com uma resposta... Honro, meu caro. Claro que honro! Estou acostumado ao debate. E jamais chamaria o Dr. Mauricio de "juiz brilhante" com o sentido de diminuí-lo. Procurando, com certeza acharemos muitas virtudes em você. Posso mais do que isso! Uma coisa é certa: É gente como você, Dr. Mauricio, que obriga o legislador a fazer um novo CPC; é por causa de juizes como você que temos de retirar o poder de livre convencimento! A democracia é incompatível com consciências pessoais.

Modelo de juiz B



Na abertura da defesa de sua dissertação de mestrado, que deu origem ao livro *Teoria da Decisão Judicial – Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada a Constituição de Lenio Streck* (Livraria do Advogado, 2010), o juiz de direito Fernando Vieira Luiz impressionou a todos com uma confissão:

“sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores, com os quais convivo, são todos honestos, probos e jutos. Interessante é que, quando nos reunimos para falar sobre os casos que decidimos, chegamos a conclusão que, embora a nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares”. Por isso, continuou, “cheguei a conclusão de que havia algo errado. Não basta ser honesto, probo e ter sentimento do justo. Todos, eu, minha mãe, meus amigos, decidimos conforme nossas consciências. Só que as decisões são tão discrepantes... Por isso, fui estudar ‘teoria da decisão’”.

Discussão dos modos de ver o direito

Eis dois modos de ver o direito. Eis dois modelos de juiz. No *primeiro caso*, um modo dogmático, voluntarista, autoritário, do tipo “sou juiz e não devo satisfação a ninguém”; “aonde já se viu me dizerem como devo julgar”; “nada está acima do meu livre convencimento”. Resultado: quer se mudar de Pindorama. Não aconselho: se ele for para os Isteitis, será um problema; como ele é juiz de primeiro grau, provavelmente terá que buscar eleitores e se eleger; se for para a Alemanha...bem, lá é mais complicado ainda (leiam a [coluna do Otavio](#)), mormente se for julgar conforme seu livre convencimento. Não me parece que faria carreira longa em Deutschland. Para a França, bem... seu poder irá definhar... E, pior, perderá uma série de vantagens, como o auxílio moradia. Por isso, meu conselho: Fique por aqui, Dr. Mauricio. Fique com a sua gente. Conosco. Mesmo com os problemas da Petrobras, Eike Batista, etc, isso ainda pode dar certo. Fique conosco e obedeça a legislação. Que, as vezes, não é como você gostaria, mas... o que fazer? Você não é legislador.

Já no *segundo caso*, temos o juiz que sabe que um conjunto de (boas) “consciências” (ou boas intenções) dá o caos. Ou, no mínimo, gera discrepâncias, porque os valores de cada um são contingenciais (aqui Habermas entra rachando!). Por isso, uma criteriologia vem bem... Ou seja: mesmo um conjunto de “boas pessoas” não garante decisões adequadas a Constituição.

Falando do exílio epistêmico do LC

Todos sabem de minha luta cotidiana contra o poder discricionário e seus genéricos, como o livre convencimento (motivado ou não) e a livre apreciação da prova (os processualistas penais da cepa já há tempo me dão razão — certo, Jacinto? Certo, Aury?). Denuncio isso há décadas. Na versão original do NCPC lá estava engravado o LCM (livre convencimento motivado). Dizia eu, então, que de nada adianta exigir do juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação (artigo 389) se, por exemplo, ele tiver a liberdade de invocar a “jurisprudência do Supremo” que afirma que *o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes*. Dar-se-ia com uma mão e se tiraria com a outra...

De há muito venho alertando a comunidade jurídica para esse problema do protagonismo judicial, que deita raízes em uma questão paradigmática e não meramente “técnica”. Eis um “modelo de decisão” que simboliza a “coisa” (quem já não sofreu com uma dessas?):

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

Pois bem. Depois de muita discussão, o relator do Projeto, deputado Paulo Teixeira, aceitou minha sugestão de retirada do LC. Considero isso uma conquista hermenêutica^[1] sem precedentes no campo da teoria do direito de *terrae brasilis*. O Projeto, até então, adotava um modelo solipsista *stricto sensu*: veja-se que o artigo 378 falava que “O juiz *apreciará livremente* a prova...”. Já o artigo 401 dizia que “*A confissão extrajudicial será livremente apreciada...*”. E no artigo 490 lia-se que “*A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra*”.

Portanto, *todas* as expressões que tratavam do LC foram expungidas do NCPC. O LC passou a ser um apátrida gnosiológico. Assim, se alguém quiser invocar a tese de que “mesmo sem constar no NCPC, o juiz tem, sim, LC”, invoco eu uma coisa prosaica, que se aprende no primeiro ano até mesmo na Faculdade do Balão Mágico: *a da interpretação histórica* (aliás, sobre isso falamos no Parlamento, longamente, Paulo Teixeira, Fredie e eu no dia da emenda). Mormente se algo é expungido da lei. Mas, mais importante ainda nesse contexto é a justificativa sugerida por mim e acatada, em termos gerais, pelo deputado Paulo Teixeira (aqui está resumida):

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 livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. (...)*”.

O relator Paulo Teixeira entendeu muito bem o problema. A nossa pergunta pelo processo jurisdicional democrático começa a ser respondida da seguinte forma: *o processo deve ser pautado por direitos e suas disposições têm o sentido de limite, de controle*. O processo deve servir como mecanismo de *controle* da produção das decisões judiciais. E por quê? Pelo menos por duas razões:

a uma, porque, como cidadão, tenho direitos, e, se eu os tenho, eles me devem ser garantidos pelo tribunal, por meio de um processo;

a duas, porque, sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar *da construção das decisões que me atingirão diretamente*.

Some-se a isso a outra emenda de minha autoria: a da exigência de que todas as decisões estejam revestidas de coerência e integridade ([ler aqui](#)).

Rumo à superação do velho modelo social-protagonista? Esperamos que sim!

Ao fazermos uma análise mais detida do NCPC, é possível perceber que as bases fundantes do Projeto, antes alicerçadas no vetusto — e autoritário — modelo social protagonista podem estar se alterando. No livro *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?*, relato uma série de decisões que simbolizam esse socialismo processual tardio e do solipsismo ínsito a esse imaginário. Agora mesmo no Rio de Janeiro um juiz convocado disse na AC 99.02.30246-7, tendo decidido da mesma forma na AC 606.345, que “*o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado o motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Nego os embargos!*” Já

em São Paulo, um desembargador disse, recentemente: “tenho convicção e assim decidi. Nada necessito mais dizer”.

E digo eu: *Isso tem de ter fim*. Essa é minha batalha. Era isso que eu queria com a retirada do LC (motivado ou não, tanto faz, porque o LCM é um engodo a-paradigmático; *de que adianta motivar o consequente se deixo livre o antecedente?* Qualquer aluno de filosofia sabe (d)isso e destrói o LCM em 5 segundos).

Não mais pode(re)mos tolerar decisões como: *Não estou obrigado a responder a todas as questões articuladas pelas partes. As razões de meu convencimento são suficientemente claras.*”. Decisão desse jaez deverá receber a pecha de nulidade. Simples, pois. Sob pena de o NCPC fracassar!

Habemus CPC, mas temos de romper com o velho modelo

Tenho convicção de que um dos pontos centrais a favor do novo CPC é o abandono do LC. Simbolicamente isso representa o desejo de mudar. Da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, *o juiz não tem a opção* para se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja; ele deve explicitar com base em que *razões*, que devem ser *intersubjetivamente sustentáveis*, ele decidiu desta e não daquela maneira, conforme bem diz Marcelo Cattoni.

Realmente, ser correto e decidir de forma imparcial não é uma tarefa fácil. Reconhecer esse fenômeno como fez o juiz Fernando Luiz exige coragem. Exige exercício prático, senso de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias pré-compreensões,^[2] *garantia de participação dos destinatários da decisão no processo deliberativo*, aprendizado institucional e debate público. O resto é *desculpa* para se fugir de responsabilidades.

Fácil é dizer, ironicamente, que “vai se mudar do Brasil”. Eis o dilema de *terrae brasilis*: o modelo de “Juiz Mauricio” e o modelo de “Juiz Fernando Luis”. Ainda bem que o NCPC escolheu o segundo! Há um conjunto de magistrados brasileiros que comunga do que aqui digo (no sentido de que o juiz não deve decidir solipsisticamente). Por todos — e em homenagem a estes — refiro Alexandre Moraes da Rosa, Mauricio Ramires, Adalberto Hommerding, João Luis Rocha do Nascimento, Néviton Guedes. Vejo inclusive aqui na **ConJur** juízes apoiando as teses anti-solipsistas, o que é alvissareiro. Será uma grande batalha implementarmos o NCPC.

Numa palavra: o que clamam os advogados de todo o Brasil?

Alvíssaras, portanto. Se alguém me perguntar por que lutei tanto contra o livre convencimento, *respondo com as vozes de milhares de advogados*, que são surpreendidos diariamente com os “livres convencimentos”, “livres apreciações” e “julgamentos conforme as consciências”. *Peço que a comunidade jurídica me apoie e me acompanhe nessa cruzada*. Não quero nada mais do que os juízes julguem de acordo *com o direito* (em várias colunas expliquei o conceito).

Tenho pânico quando abro livros ou vejo em acórdãos coisas como: *entre a lei e minha consciência, fico com a minha consciência*. Ora, uma democracia se faz *aplicando o direito e não a convicção pessoal de um conjunto de juízes ou tribunais*. Lamento informar isso para quem entender o contrário. Não vejam isso como implicância minha.

Compreendem, agora, porque era necessário mandar para o exílio epistêmico o LC? Compreendem o porquê de minha luta? Compreendem o porquê de meu pânico em face ao protagonismo?

Se ainda têm dúvidas de minha intenção, perguntem aos advogados. *Eles sofrem na carne tudo isso cotidianamente*. Numa palavra: não há uma fórmula mágica para construir um Judiciário democrático. Não há, repito, pensamento mágico. Há, sim, muita luta. Que está só iniciando.

Uma advertência para os desavisados e os que se recusam em ler o que escrevi: já escrevi no mínimo 1,5 mil páginas explicando que a minha crítica ao protagonismo, ao ativismo e ao solipsismo *não tem absolutamente nada a ver com uma “volta ao juiz-boca-da-lei”*. Portanto, se alguém disser uma estultice dessas, deverá ser multado ou chicoteado epistemicamente. Destarte, não vou explicar isso de novo aqui. Só aqui na **ConJur** há mais de uma dezena de colunas explicando minha tese. E também está nos livros *Verdade e Consenso* e *Jurisdição Constiucional e Decisão Juridica*.

Post scriptum: quando eu era pequeno, minha mãe dizia, toda vez que me deparava com um pequeno “níquel” (centavos) no chão: *Wer das Kleine nicht ehrt, ist des Grossen nicht wert* (algo como “quem não honra o pequeno — ou não dá bola — não é digno do grande). Pois bem. Até hoje nunca deixo de apanhar uma moeda, sempre com isso me martelando a cabeça. *Tenho que pegar as coisas pequenas para merecer as grandes*. Uma espécie de pensamento mágico que tenho.

Pois pode parecer pequena a conquista de ter tirado o livre convencimento do NCPC, porque qualquer um poderá dizer “*e daí? Eu continuo a julgar como quero*”. Pois eu quero juntar essa moedinha e adicionar no meu *farnel epistêmico* que carrego como uma mala de garupa (como se diz aqui nos pampas). Isso pode dar frutos mais adiante. Não para mim, mas para a democracia!

Saludos juiz Mauricio! Saludos, juiz Fernando Luis! Eu apoio o segundo! E você, caro leitor?

[1] Remeto o leitor aos meus *Verdade e Consenso*, *Hermeneutica Jurídica e(m) crise*, *Lições de Critica Hermeneutica do Direito*, entre outros.

[2] Atenção: pela enésima vez — pré-compreensão (*Vorverständnis*) não é igual a preconceitos no sentido vulgar. Trato disso amiúde em *Verdade e Consenso*, especialmente em uma crítica que dirigi a Daniel Sarmiento.

Autores: Redação ConJur