

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

YURI ALVARENGA MARINGUES DE AQUINO

**O sistema do livre convencimento motivado no processo penal em face do
ordenamento constitucional**

Belo Horizonte

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

**O sistema do livre convencimento motivado no processo penal em face do
ordenamento constitucional**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais pelo aluno Yuri Alvarenga Maringues de Aquino como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto.

Belo Horizonte

2016

Aquino, Yuri Alvarenga Maringues de
A657s O sistema do livre convencimento motivado no processo
penal em face do ordenamento constitucional / Yuri Alvarenga
Maringues de Aquino. - 2016.

Orientador: Felipe Martins Pinto
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Processo penal 3. Prova (Direito)
4. Livre convencimento 5. Motivação da sentença I. Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 343.1

YURI ALVARENGA MARINGUES DE AQUINO

**O sistema do livre convencimento motivado no processo penal em face do
ordenamento constitucional**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais na linha de pesquisa “Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade”, no projeto estruturante “Governança Pública, Acesso à Justiça, Efetividade, Consensualidade e Dimensão Processual dos Direitos Humanos”, no projeto coletivo “O Modelo Constitucional de Processo Penal” e na área de estudos “Garantias Processuais Penais”, a qual foi _____ pela Banca Examinadora composta pelos professores abaixo indicados.

Belo Horizonte, 15 de julho de 2016.

Professor Doutor Felipe Martins Pinto
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) – Orientador

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Antônio de Padova Marchi Júnior
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Frederico Gomes de Almeida Horta
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) – Suplente

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, pela paciência, pelo carinho e por sempre terem me incentivando a enfrentar este desafio.

Ao Professor Felipe Martins Pinto, pela orientação, pelo compartilhamento de seu tempo e sabedoria e, principalmente, por ter contribuído, de forma essencial, para a minha formação acadêmica desde os tempos de graduação.

Aos meus amigos, pela força transmitida e pelo incondicional apoio.

Aos demais membros da banca, que tão gentilmente aceitaram o convite feito, por auxiliarem, por meio de críticas construtivas, no aprimoramento deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho foi elaborado com o objetivo de analisar o livre convencimento motivado, adotado no Brasil para fins de valoração das provas no processo penal, em face da Constituição de 1988, demonstrando as bases históricas e dogmáticas sobre as quais foi o aludido sistema construído. Como consequência, verificou-se que a estrutura doutrinária do livre convencimento motivado, bem como a abordagem jurisprudencial consolidada a seu respeito, têm se apresentado em contradição com o modelo constitucional de processo penal formatado na Carta Magna, favorecendo a perpetuação de estruturas inquisitoriais nessa seara. Nesse sentido, propõe-se uma análise crítica do conceito de persuasão racional, que deve ser enfrentado como mecanismo autenticamente democrático e indispensável para a preservação dos direitos e garantias fundamentais estatuídos na Lei Maior.

Palavras-chave: Constituição da República. Direito Processual Penal. Fundamentação das decisões judiciais. Livre convencimento motivado. Valoração de provas.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the system of free evaluation of the evidence, adopted in Brazil as a weighing method of evidentiary elements in the criminal procedure, in light of the Republican Constitution, demonstrating the historical and dogmatic basis on which the mentioned system was built. As consequence, it was possible to verify that the writings of legal scholars regarding this subject, as well as the judicial decisions, contradict with the constitutional model of criminal procedure established in the Brazilian Magna Charta, favoring the perpetuation of inquisitorial structures. In this sense, it proposes a reanalysis of the concept of free evaluation of evidence as an authentically democratic mechanism, indispensable for the preservation of fundamental rights settled in the Constitution.

Keywords: Constitution of the Federative Republic of Brazil. Criminal Procedural Law. Free evaluation of evidence. Evaluation of evidence. Judicial reasoning.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	12
2.1. A raiz histórica do livre convencimento motivado contemporâneo e a sua relação com as provas tarifadas e a íntima convicção.....	12
2.2. O sistema de provas tarifárias ou legal.....	25
2.3. O sistema da íntima convicção	30
2.4. O sistema do livre convencimento motivado, persuasão racional ou livre apreciação das provas	33
3. A GARANTIA DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO LIMITE AO LIVRE CONVENCIMENTO.....	42
3.1. A perspectiva política da garantia de fundamentação	42
3.2. A perspectiva endoprocessual da garantia de fundamentação	47
4. A PROVA COMO LIMITE AO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR.....	53
4.1. A relação entre provas e fatos	53
4.2. A relação entre provas, verdade e retrospecção	55
4.3. O conceito, a função e o objeto da prova.....	60
4.4. Os meios de prova e as provas como resultado.....	64
5. UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	67
5.1. Livre convencimento motivado como alternativa mais democrática?	67
5.2. O problema da limitação referente à vinculação do livre convencimento às provas judiciais	72
5.3. O problema da limitação referente à fundamentação das decisões judiciais...	81
5.4. Uma análise jurisprudencial do livre convencimento motivado	86
5.4.1. Metodologia de pesquisa jurisprudencial	88
5.4.2. O indeferimento de provas com base no livre convencimento motivado.....	91

5.4.3. A valoração de elementos técnicos em sentido diverso com base no livre convencimento motivado.....	97
5.4.4. O livre convencimento motivado como fundamento para a impossibilidade de revolvimento fático-probatório em sede de <i>habeas corpus</i>	104
5.4.5. O livre convencimento motivado como fundamento para a manutenção de pena ou aplicação de medidas cautelares	108
5.4.6. O livre convencimento motivado como fundamento para a desnecessidade de expresse enfrentamento de todas as teses suscitadas pelas partes.....	113
5.4.7. O livre convencimento motivado como fundamento para a adoção da argumentação <i>per relationem</i>	116
5.4.8. O livre convencimento motivado como fundamento para a condenação quando o Ministério Público pleiteia a absolvição do réu.....	120
5.4.9. O que revela a pesquisa jurisprudencial no STJ?	122
5.5. Há, de fato, um meio termo entre a íntima convicção e as provas tarifárias?	126
5.6. As perspectivas para além do livre convencimento motivado.....	134
6. CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	145

1. INTRODUÇÃO

O grave déficit de efetivação democrática no Brasil parece se aliar ao tardio desenvolvimento da disciplina de Processo Penal¹, ao menos enquanto seara dotada de autonomia em relação a outras áreas processuais do Direito, para, atualmente, causar um grande mal-estar naqueles que assumem um compromisso inarredável de implementação da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Em face do esgotamento do embate entre jusnaturalismo e positivismo (BARROSO, 2005, p. 4), a questão da efetividade constitucional assumiu papel de protagonismo e, desse modo, compreende-se o porquê da incômoda tensão gerada no seio do processo penal, haja vista essa área se tratar, como há muito já notado por grandes doutrinadores, do termômetro dos elementos democráticos de um Estado (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 71). Nesse ponto, diversas vozes doutrinárias salientam as notas de tragédia do atual estado da arte no Brasil, destacando a perniciosa permanência de elementos autoritários na prática judicial criminal.

É justamente nesse contexto que se situa o presente o trabalho. O livre convencimento motivado, concebido como um sistema de análise de provas mais adequado para a consecução do ideal de democracia, foi firmado pelo Código de Processo Penal de 1944 (BRASIL, 1941), tendo sido recentemente reformulado pela Lei nº 11.690/2008 (BRASIL, 2008a), representando a alternativa que o legislador brasileiro considerou mais consentânea com o ordenamento.

Consoante será demonstrado, inúmeros autores da área de Direito Processual Penal, bem como estudiosos de campos afetos à temática processual, afirmam usualmente que o livre convencimento motivado consiste na opção mais adequada para o modelo democrático de processo penal adotado na Constituição. Aludem, nesse sentido, à superação dos sistemas da íntima convicção e das provas tarifárias, que, por terem apresentado graves defeitos, constatados ao longo de seu desenvolvimento histórico, precisaram ser suplantados por um esquema que representasse uma espécie de meio-termo entre ambos.

Contudo, o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência tem gerado consequências um tanto quanto questionáveis, principalmente quando se observa que o

¹ Quem muito bem identificou essa problemática foi Francesco Carnelutti, que, fazendo paralelo com a história da Cinderela, escancarou a dificuldade de pleno desenvolvimento da doutrina processual penal, historicamente atrelada e limitada pela prosperidade dos estudos nas áreas de Direito Penal e Direito Processual Civil (CARNELUTTI, 1994, p. 15).

livre convencimento motivado é utilizado como pretexto para se flexibilizar dispositivos legais e constitucionais que, a princípio, não poderiam ser interpretados de tal maneira em virtude da rigidez típica das normas de Direito Penal e Processual Penal.

Dessa maneira, o presente trabalho possui a intenção de exibir como a abordagem doutrinária e jurisprudencial tradicional do tema ainda apresenta expressivos percalços para a consolidação de um sistema processual penal genuinamente democrático. No Brasil, o livre convencimento motivado parece ter sido elevado à categoria de meta-regra, funcionando como artifício para o proferimento de decisões judiciais que ferem gravemente as normas processuais penais.

Nesse cenário, a regra disposta na legislação, ao invés de ser interpretada como mecanismo fundamental para a preservação de direitos e garantias fundamentais, é aplicada de forma flexível, sob a ótica do instrumentalismo processual². Ademais, a persuasão racional tem sido frequentemente empregada no sentido de conferir permissão ao julgador para decidir da maneira que bem entender, como se o fato de se impor abstratamente a motivação do *decisum* fosse suficiente para manter incólume o devido processo legal.

Em face disso, urge-se a realização deste estudo, na medida em que se nota, cada vez mais frequentemente, o recurso ao livre convencimento motivado como forma de mitigar dispositivos constitucionais essenciais para o alicerçamento de um modelo constitucional de processo penal, o que tem causado, de maneira consideravelmente velada, um recrudescimento nessa área. Em especial, será destacado o quanto esse tema não tem recebido a atenção e o cuidado que merece, comprometendo a consecução dos objetivos primaciais traçados na Constituição.

² Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, a perspectiva instrumentalista do processo “[...] é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos” (DINAMARCO, 2013, p. 178), de modo que, de acordo com essa concepção, o processo se encontra a serviço da realização de escopos meta-jurídicos que, em última instância, apontam para a paz social (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2012, p.50). Essa mesma perspectiva instrumental também possui, de acordo com Ada Pellegrini Grinover Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, uma projeção negativa, no sentido de que, ao se vislumbrar o processo não como um fim em si mesmo, mas como instrumento destinado à consecução de determinados objetivos, a rigorosa observância às formas preestabelecidas em lei somente deve se dar quando indispensável para o cumprimento dos referidos propósitos (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2012, p. 51). Nesse espeque, far-se-ia possível relativizar diversas regras processuais penais. No presente trabalho, entende-se que essa visão é incompatível com a democracia, pois desvirtua o processo penal do seu imprescindível papel de preservação de direitos e garantias fundamentais. Como ensina Aury Lopes Jr., é possível conceber uma instrumentalidade processual apenas de viés constitucional, que “[...] tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário” (LOPES JR., 2014, p. 45).

Valer-se-á, para tal empreitada, das ideias desenvolvidas por Felipe Martins Pinto, segundo o qual, em estrita observância à noção de Estado Democrático de Direito, a construção das decisões judiciais há de representar, sob a égide da linguagem, uma fusão de horizontes entre os agentes influenciados diretamente pelo provimento, os quais deverão democraticamente participar do processo (PINTO, 2012, p. 132-133), não se admitindo, portanto, um provimento que se descure, em primeiro lugar, do devido processo legal que institui o procedimento em contraditório e, em segundo lugar, da necessária influência que as partes exercem no magistrado, cuja atividade deverá constantemente mostrar conformidade em relação ao que estabelece o ordenamento pátrio. Esse será o marco teórico inicial que permeará este trabalho e que, dessa forma, será constantemente evocado.

Primeiramente, esta dissertação faz recurso ao método histórico para relatar um breve panorama do desenvolvimento do livre convencimento motivado. Optar-se-á por apresentar como essa temática foi esgrimida a partir da Revolução Francesa, quando surgiu, no entendimento doutrinário majoritário, de uma maneira mais sistematizada, os contornos de um modelo de processo penal imerso na noção de democracia. Perceber-se-á como as discussões realizadas em tal época fomentaram, tal como insistentemente indica a doutrina processualística, a superação dos sistemas de provas legais e de íntima convicção no sentido de adoção da persuasão racional.

Posteriormente, pretende-se demonstrar, por meio do método jurídico-doutrinário, como se compreende atualmente o livre convencimento motivado a partir da doutrina, explicitando-se os aspectos fundamentais que norteiam a persuasão racional e confrontando-se, para fins de delimitação do assunto, esse sistema com a íntima convicção e as provas tarifadas, que serviram de base para a sua elaboração.

Ulteriormente, far-se-á, por intermédio dos mesmos métodos, uma abordagem da garantia de fundamentação das decisões judiciais, que possui forte conexão com a temática do livre convencimento motivado, vez que este pressupõe aquela como requisito de validade das valorações efetuadas pelos magistrados, consistindo, ainda, em primordial mecanismo de contenção de possíveis arbitrariedades por parte dos julgadores. Daí, então, a necessidade de melhor discriminar elementos básicos da motivação com o fito de compreender a abrangência da persuasão racional. De igual forma, proceder-se-á ao apontamento de noções básicas referentes à teoria geral da prova, também de extrema importância para se entenderem as balizas que são criadas para a persuasão racional.

Após, valendo-se de pesquisa jurisprudencial, apreciar-se-ão julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto. Nesse ponto, o trabalho fará ampla análise dos julgamentos ocorridos após a alteração normativa operada pela Lei n.º 11.690/2008 (BRASIL, 2008a), a qual fornecerá o entendimento da referida Corte a respeito do dispositivo legal que, atualmente, disciplina o livre convencimento motivado no processo penal. No que tange aos órgãos avaliados, a pesquisa apontou resultados oriundos basicamente das Quinta e Sexta Turma, Terceira Seção e Corte Especial, as quais possuem competência para analisar matéria de natureza penal.

Em seguida, pretende-se proceder a uma comparação crítica dos dados coletados, checando-se a hipótese levantada neste trabalho, que questiona se o livre convencimento motivado representa, de fato, uma superação dos tradicionais métodos de íntima convicção e provas tarifadas e, ainda, se tal sistema se revela como a alternativa mais adequada para o ordenamento pátrio, levando-se em conta, por óbvio, as linhas fundamentais traçadas na Constituição de 1988. Será aferida, portanto, a procedência ou não da afirmação hipotética com base no resultado da pesquisa jurisprudencial e doutrinária.

Noutro giro, assinalar-se-á como um setor minoritário da doutrina tem se posicionado de maneira extremamente crítica no que toca ao livre convencimento motivado, na medida em que progressivamente se verifica que a persuasão racional tem servido de argumento para contornar a rigidez das disposições legais e constitucionais de natureza processual penal.

Por fim, almeja-se explicitar quais são as possíveis perspectivas de enfrentamento dos defeitos do livre convencimento motivado, considerando-se a existência das incompatibilidades entre tal método de valoração de provas e o sistema processual formatado na Constituição da República de 1988.

Propõe-se, ao final desta investigação, confirmar a hipótese de que o livre convencimento motivado ou persuasão racional, da forma como vem sendo entendido pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, favorece a manipulação de discursos que expõem ranços inquisitoriais incompatíveis com o modelo constitucional de processo penal. Por esse motivo, imprescindível se faz uma reformulação teórica de tais pressupostos como forma de ajustar o defasado sistema processual penal brasileiro.

2. O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

2.1. A raiz histórica do livre convencimento motivado contemporâneo e a sua relação com as provas tarifadas e a íntima convicção

Uma análise histórica dos sistemas de valoração de provas se revela como uma tarefa particularmente dificultosa. Não bastassem as diversas oscilações legislativas e a presença de modelos de sistemas de prova consideravelmente distintos em um mesmo período, a referida investigação ainda corre o risco de cair na armadilha de uma pesquisa de cunho evolucionista, a qual tem sido objeto de contundentes críticas no âmbito das ciências.

O desenvolvimento do presente item poder-se-ia tornar especialmente perigoso, pois o livre convencimento motivado é tradicionalmente trabalhado pela doutrina como sistema que supera os antigos modelos de íntima convicção e prova tarifada (NORONHA, 1989, p. 92). Nesse sentido, a utilização de um método histórico de cunho evolucionista, cujo esquema básico remonta, conforme explana Ana Lúcia Sabadell, à ideia de uma continuidade no tempo dos institutos jurídicos, de modo que à legislação antiga sucede logicamente um corpo normativo atualizado, poderia trazer consequências nefastas (SABADELL, 2011, p. 2). Isso porque, a empregar tal expediente, estar-se-ia a automaticamente consagrar o livre convencimento motivado em face de sua predominância (TARUFFO, 2014, p. 133) nos ordenamentos jurídicos hodiernamente.

Aliás, esta dissertação possui como um de seus objetivos primordiais desvelar algumas falácias comumente associadas ao livre convencimento motivado, que, apresentado em um sentido universalista e continuísta, não apenas é tomado acriticamente como um ponto final da história dos sistemas de prova, como também é adotado nas legislações contemporâneas com o indelével efeito de naturalização de seu modelo. A criticada ingenuidade da tradicional historiografia evolucionista, na linha do que aclara Antônio Manuel Hespanha (HESPANHA, 2005, p. 54), quando consideradas as suas consequências no plano da política e do saber jurídico, indica, ao revés, uma ingenuidade proposital, vez que se observa que a referida concepção conduz a graves distorções no entendimento dos institutos jurídicos, cumprindo função claramente ideológica³.

³ Conforme ressalta Marilena Chauí, “[...] *Um dos traços fundamentais da ideologia consiste, justamente, em tomar as idéias como independentes da realidade histórica e social, de modo a fazer com que tais*

Este item do trabalho não possui como intuito exibir uma espécie de esboço histórico exaustivo do livre convencimento motivado e dos demais sistemas de análise de provas já criados pelos homens. Em primeiro lugar, porque não se pretende engendrar uma abordagem que possa tratar os sistemas de valoração como uma espécie de constante antropológica, presente a qualquer tempo em que tenham existido agrupamentos humanos.

Em segundo lugar, de se destacar que, conquanto seja possível encontrar, inclusive nas sociedades mais antigas⁴, referências a discussões a respeito de como os juízes devem decidir as causas e avaliar as provas, uma catalogação dessas lições implicaria a elaboração de um inventário indefinidamente longo. Isso não só excederia a investigação que se almeja efetuar, como também exigiria a realização de uma pesquisa em História do Direito, esforço científico este que não se enquadra na linha de pesquisa à qual se vincula a presente dissertação.

Dessa maneira, optou-se por selecionar o marco histórico da Revolução Francesa para empreender uma análise preliminar do livre convencimento motivado, tendo em vista que, a partir do referido período, dá-se início ao fortalecimento da matriz acusatória do processo penal em detrimento do princípio inquisitório tradicionalmente introjetado nos procedimentos destinados à investigação e ao julgamento de crimes. Além disso, trata-se do momento em que os doutrinadores usualmente dizem ter surgido a persuasão racional (ARONNE, 1996, p. 19) e, conseqüentemente, encetada a progressiva derrocada dos sistemas de íntima convicção e provas tarifárias.

Ressalte-se que, de um modo geral, atualmente, entende-se por acusatório⁵ o sistema processual penal com as seguintes características:

idéias expliquem aquela realidade, quando na verdade é essa realidade que torna compreensíveis as idéias elaboradas." (CHAUI, 2008, p. 13-14). É nesse sentido que se afirma o cumprimento de uma função ideológica, isto é, longe de simplesmente corresponder a uma mera evolução natural, o surgimento e a consolidação do livre convencimento motivado atendem a um específico e determinado contexto histórico, em que se afirmam certas perspectivas acerca do Direito sem as quais a persuasão racional não teria seguido o curso que tomou. Não se olvida, é óbvio, que o conceito de ideologia seja extremamente polêmico, havendo inúmeros significados possíveis, dentre os quais, inclusive, situam-se definições que não se referem a noções pejorativas, tal como bem demonstra Terry Eagleton ao elencar as principais acepções já formuladas (EAGLETON, 1997, p. 15-21).

⁴ Jordi Nieva Fenoll pontifica ser impossível precisar o exato momento em que surgiram sistemas de valoração de provas, sendo, contudo, razoável imaginar que, a partir do estágio em que as sociedades primitivas passaram a designar terceiros para o julgamento das controvérsias, foi aceita a possibilidade de esse terceiro-imparcial decidir de acordo com a sua própria razão pessoal (FENOLL, 2010, p. 38-39).

⁵ Não se ignora, neste trabalho, a dificuldade que existe na doutrina em definir o conceito de sistema acusatório. Não obstante isso, é indubitável que normalmente se apontam os elementos acima transcritos como característicos do processo penal acusatório, ainda que se saiba que alguns deles podem não constar em um determinado ordenamento e, ainda assim, tal sistema pode ser tomado por acusatório. Vale destacar que Paulo Rangel enumera as seguintes características para o sistema inquisitório: "a) as três

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES JR., 2014, p. 93)

Foi justamente essa matriz de processo, embora, obviamente, sem a sofisticação e completude que hodiernamente se perfilha, que a Revolução Francesa impulsionou. Como insurgência social radicalmente crítica ao sistema político, social e econômico da época, a mencionada revolução trouxe consequências extremamente relevantes para o processo penal, o qual era visto pelos revolucionários, até então, como mecanismo fundamental da ordem classista desigual. A reformulação do procedimento criminal passava, segundo o ideário iluminista, pelo restabelecimento de elementos tipicamente associados ao processo de natureza acusatória, conforme destaca Geraldo Prado:

Maier assinala com precisão que os filósofos iluministas, partindo do reconhecimento da necessidade de substituir o sistema absolutista monárquico pela república, postularam um novo modelo que, a rigor, recolocaria a oralidade e a publicidade no lugar da escrituração e do segredo, assegurando-se a defesa e a liberdade de julgamento pelos jurados, com a proscrição do sistema de provas legais. (PRADO, 2005, p. 153).

A realocação da oralidade e da publicidade no processo penal, acompanhada da atribuição de uma série de direitos relativos à defesa, bem como a consagração da função do Ministério Público, com o fito de proporcionar e garantir a imparcialidade do magistrado (ROXIN, 1993, p. 40), constituem, como já se disse, elementos

funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, ex officio, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade; b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo; c) não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia; d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal (cf. item 7.11.2 infra) e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas” (RANGEL, 2011, p. 80). Deste modo, no presente trabalho, adotar-se-á o termo processo penal acusatório para designar o processo que respeita as características básicas mencionadas por Aury Lopes Jr.

normalmente apontados pela doutrina como indicadores da existência de um modelo de processo penal acusatório. Tais mudanças, tal qual transcrito acima, fizeram-se acompanhadas também da modificação do sistema de provas em vigor nas *Ordonnance Criminelle*, que fixava o método de provas tarifárias ou legal.

Salo de Carvalho explica que a *Ordonnance Criminelle* de 1670, vigente no ordenamento jurídico anterior à deflagração da Revolução Francesa, possuía natureza tipicamente inquisitorial, na medida em que preservava a gestão da prova como função típica do magistrado (CARVALHO, 2005, p. 36), elemento esse que caracteriza, consoante percuciente lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o princípio unificador do aludido sistema (COUTINHO, 2009, p. 109)⁶.

Nessa conjuntura, a adoção da tarifação em sistemas processuais inquisitoriais, tal como se deu em relação à *Ordonnance Criminelle* de 1670, consubstancia-se antes em uma característica típica de tais modelos processuais que uma mera contingencialidade histórica. Mauro Cappelletti dilucida que, apesar de, em certos aspectos, a prova tarifada parecer ser dotada de algum nível de irracionalidade ou de injustiça, a taxaçoão deve ser entendida como opção apropriada às características básicas de um sistema inquisitorial, marcadamente escrito e sigiloso (CAPPELLETTI, 2001, p. 71).

O processo penal, à referida época, encontrava-se fortemente conectado ao processo civil, ligação essa que obnubilava a importância de se conceder autonomia àquela área, haja vista as peculiaridades da matéria de que cuida. Não sem razão, portanto, o fato de ter sido absorvido, pelo processo penal, o modelo de processo civil vigente no Antigo Regime, o qual, destaca Mauro Cappelletti, privilegiava a escritura em detrimento da oralidade, característica essa, vale dizer, presente na Europa pelo menos desde o período justiniano e, principalmente, no processo canônico italiano da Idade Média (CAPPELLETTI, 2001, p. 41).

⁶ Complementando a nota anterior, ao se falar em sistema acusatório neste trabalho, dever-se-á entender, dentre todas as possíveis características do processo acusatório, a gestão das provas como elemento fulcral. Cuida-se de ponto primordial porque, na esteira do que destaca Jacinto Coutinho, a gestão da prova revela o conteúdo genuíno do princípio acusatório. Não se nega, é claro, que, na visão do mesmo autor, seja possível considerar que o sistema processual penal brasileiro seria inquisitório, já que se confere, no Código de Processo Penal, amplos poderes ao magistrado para a produção de provas (COUTINHO, 2009, p. 111). Contudo, o presente trabalho pretende realizar filtragem constitucional dessas incongruências no sistema processual penal, pois não se pode conceber, em face da nítida índole garantista da Constituição de 1988, outro sistema que não o acusatório, isto é, que separe as funções de acusação e julgamento, bem como atribua às partes a gestão das provas. É essa virada no entendimento, aliás, que será melhor demonstrada mais a frente, quando se criticarão os posicionamentos no sentido de que o magistrado ocupa posição absolutamente central no processo penal.

Dáí, portanto, a adoção da tarifação de provas, mais adequada para um sistema escrito, que, ao afastar a oralidade, alija o magistrado do contato mais íntimo com as partes, fato esse justificado na suposta diminuição de riscos à imparcialidade (CAPPELLETTI, 2001, p. 42). Assim, a tarifação cumpriria a imprescindível função de minimizar a extensão da atividade cognitiva do julgador, cujo exercício de valoração estaria cerceado por meio de critério rígidos preestabelecidos em lei.

Ademais, Mauro Cappelletti explica que a ausência de uma magistratura com *status* de protagonista contribuía sobremaneira para a manutenção do sistema da escritura, o que, via de consequência, fomentava a utilização do esquema de prova legal:

O moderno “sistema da oralidade”, no qual as partes, os defensores e as testemunhas falam mais do que escrevem ao juiz na audiência pública, e no qual, portanto, a audiência vem a se constituir no momento mais importante (e também o mais dramático) do processo, pressupõe, como escreveu com perspicácia um jurista austríaco (Gustav Demelius) no final do último século, um *magnus iudex*; um “grande” juiz ou, pelo menos, um juiz hábil, inteligente, sobretudo honesto. A razão histórico-sociológica do triunfo, na Idade Média, do sistema na escritura, tem de se ver provavelmente na falta, precisamente, naqueles tempos, de uma “grande” magistratura. Deixa-se compreender com bastante clareza exatamente o famoso decreto do Papa Inocêncio III, de 1216, isto é, aquele decreto que indicou o triunfo definitivo do princípio da escritura no processo canônico. Nele se diz que o princípio da escritura, com base no qual todo o ato processual devia resultar por escrito e o juiz não podia julgar mais do que com base nos escritos (*acta*, ou seja *acta scripta*), estava dirigido para proteger as partes *contra falsam assertionem iniqui iudicis*, contra a iniquidade e a falsidade, em suma, do juiz desonesto. (CAPPELLETTI, 2001, p. 42).

O objetivo do sistema tarifário de prova era, então, bastante evidente: evitar, tanto quanto possível, o arbítrio judicial, de modo a estremar adequadamente o fato posto em controvérsia (CANESTRELLI, 2011, p. 2). Tratava-se de opção consentânea com o modelo inquisitorial de processo, predominantemente escrito e que veio a calhar, em parte, em função da inexistência da “grande” magistratura referenciada no trecho supratranscrito.

Ademais, Mauro Cappelletti assevera que a adoção da prova taxada era, em termos filosóficos, plenamente justificável em tal período, no qual os grandes pensadores ainda não eram afeitos a métodos experimentais, que, ao revés, encontram-se marcadamente presentes no livre convencimento motivado:

Por outro lado, o sistema da prova legal era perfeitamente conforme a tendência geral do pensamento daquela época. Deve-se lembrar de que estamos na época do pensamento “escolástico” e da filosofia aristotélico-tomística, uma época na qual são caras as abstrações apriorísticas, uma época

bem distante, ainda, daquele “método experimental”, no qual se dará a preferência à observação direta dos fatos mais do que à dedução de “verdades” absolutas e *a priori*. (CAPPELLETTI, 2001, p. 72).

Contudo, a tarifação passou a receber, ainda na primeira metade do século XVIII, questionamentos derivados da especial conjuntura da época, influenciada pelo crescimento econômico, o progresso técnico-científico, a ascensão da classe burguesa e a propagação do ideário iluminista, fundado em uma sobrevalorização da razão humana (CANESTRELLI, 2011, p. 20). Além disso, o incremento da discussão de noções garantistas⁷ na seara criminal inevitavelmente trouxe à tona os limites impostos ao Estado no exercício do *ius puniendi* e, conseqüentemente, uma série de debates acerca da atuação dos magistrados nas decisões judiciais.

Nesse contexto, entendeu-se adequada a introdução de institutos já existentes no sistema de júri do processo inglês, principalmente no que tange aos princípios da oralidade, imediação e do livre convencimento dos jurados. Serena Canestrelli aponta que o livre convencimento motivado, adaptado daquela conjuntura, foi adotado por meio de um decreto da Assembleia Constituinte Francesa, que veio a suplantiar o sistema de linha inquisitória que havia optado pelas provas tarifárias (CANESTRELLI, 2011, p. 23).

Contudo, é válido frisar que, a despeito do que açodadas conclusões poderiam insinuar, a tarifação tinha como um de seus objetivos eliminar eventuais arbitrariedades e uniformizar os padrões de julgamento, fato esse que era reforçado pela existência de um específico corpo de magistrados, formado por funcionários permanentes (CANESTRELLI, 2011, p. 23).

⁷ O termo “garantismo” é um tanto quanto controverso na doutrina, ainda que, de uma forma ou de outra, os autores apresentem definições, em essência, bastante semelhantes. Como referência, é possível destacar as lições de Luigi Ferrajoli, cuja obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal” consiste na maior referência teórica do tema. Em tal livro, Luigi Ferrajoli afirma que “*Denomino garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. (...) Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da conseqüencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade*” (FERRAJOLI, 2010, p. 91). Mais especificamente, garantismo é utilizado neste trecho no sentido de “*modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade, e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos*” (FERRAJOLI, 2010, p. 684).

Ocorre que, apesar dessa louvável intenção, os revolucionários constataram que tal modelo não mais correspondia aos anseios da época, que clamavam por uma maior contenção do poder estatal. Destaque-se, nessa observação, também o seguinte: em que pese o desígnio legislativo de reduzir o espaço de discricionariedade⁸ dos magistrados no momento de avaliação das provas, a existência de lacunas lei ou mesmo em algumas hipóteses normativas expressas ainda dava espaço à utilização da liberdade de apreciação mesmo nas provas taxadas (CANESTRELLI, 2011, p. 24). Essa observação é importante porque demonstra que, mesmo naqueles sistemas em que há predileção por um específico método de valoração, faz-se possível a convivência com outros modelos em algumas hipóteses, o que gera dificuldades em se delimitar mais precisamente o surgimento do livre convencimento motivado como modelo de análise de provas autônomo e, ressalte-se, distinto da convicção íntima.

Serena Canestrelli bem destaca, a respeito dessa transição motivada pela limitação do poder estatal, o quanto o ideário iluminista trouxe uma inovada visão ao processo penal, tornando necessária a adoção do livre convencimento. Explica a aludida autora que o processo passou a não mais ser visto como um meio de condenação de um culpado, mas como um procedimento potencialmente agressor à liberdade de cidadãos inocentes (CANESTRELLI, 2011, p. 24). Nesse cenário, a presunção de inocência despontou como elemento primordial, como explicou, por exemplo, Cesare Beccaria:

Um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? Não é novo esse dilema: ou o delito é certo ou incerto. Se é certo, não lhe convém outra pena se não a estabelecida pelas leis, e inúteis são os tormentos, pois é inútil a confissão do réu. Se é incerto, não se deveria atormentar o inocente, pois é inocente, segundo a lei, o homem cujos delitos não são provados. E acrescento mais: é querer subverter a ordem das coisas exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne o cadinho da verdade, como se o critério dessa verdade residisse nos músculos ou nas fibras de um infeliz. Este é o meio seguro de absolver os robustos criminosos e de condenar os fracos inocentes. Eis os fatais inconvenientes desse critério de verdade, mas critério digno de um canibal, que os romanos, bárbaros por

⁸ O presente trabalho não pretende analisar profundamente o conceito de discricionariedade, que é altamente polêmico no âmbito do Direito. Contudo, é incontestável que, neste texto, emprega-se o referido termo em um sentido próximo àquilo que Ronald Dworkin designa de discricionariedade forte, a denotar a ausência de vinculação do julgador a padrões legais previamente estabelecidos no ordenamento (DWORKIN, 2010, p. 52-55). Ainda, vale salientar que Lenio Luiz Streck entende que “*Nesse sentido, a discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade.*” (STRECK, 2014b, p. 49).

mais de um título, reservaram apenas aos escravos, vítimas de tão ferroz quanto muito louvada virtude. (BECCARIA, 1999, p. 61-62).

Essa nova perspectiva de proteção aos indivíduos inevitavelmente trouxe questionamentos na área de valoração de provas. A preocupação era, em certa medida, semelhante àquela que ensejou a adoção das provas tarifárias, qual seja, o afastamento do arbítrio do julgador. Contudo, como explana Serena Canestrelli, esse novo ideário não só objetivava evitar a ocorrência de abusos, por meio da declaração judicial correspondente à mais estrita legalidade, como também visava à consagração do livre convencimento motivado como expressão inexorável da racionalidade humana (CANESTRELLI, 2011, p. 24).

Nesse contexto, acabou prevalecendo o posicionamento de que uma das formas adequadas de se estatuir a livre apreciação das provas, enquanto manifestação sincera da racionalidade humana, e, ao mesmo tempo, evitar as arbitrariedades seria precisamente por meio da adoção do sistema de júris populares, em que os cidadãos participam ativamente como contrapeso ao poder estatal. Além disso, a concomitante solidificação da figura de magistrados vinculados à lei no que tange aos tipos penais e às penas, mas consideravelmente livres no que concerne ao exame dos fatos parecia também afastar o risco de ocorrência de ilegalidades. Tudo isso, é claro, fundado fortemente na ideia de julgamento ancorado no bom senso, envolto por uma crença na racionalidade que, em tese, excluiria naturalmente o arbítrio judicial (CANESTRELLI, 2011, p. 26).

Demais disso, Serena Canestrelli ainda destaca outro fator que influenciou fortemente a perspectiva iluminista sobre a valoração probatória. Segundo a autora, a divisão entre questão de direito e questão de fato que se aventava à época considerava abusivo confiar a um mesmo sujeito a análise de ambas, de sorte que se desenvolveu a ideia de que o magistrado poderia ser dotado de liberdade quanto à avaliação dos fatos, desde que aplicasse mecanicamente as questões jurídicas (CANESTRELLI, 2011, p. 26).

No que tange à legislação propriamente dita, na França revolucionária, duas leis foram de extrema importância para o progressivo desenvolvimento do livre convencimento motivado: o Decreto nº 8-9 de outubro de 1789 e o Decreto nº 16-19 de setembro de 1791. Enquanto o primeiro delineou novos aspectos do processo penal, introduzindo a oralidade e a garantia de defesa do acusado, o segundo inseriu o júri popular, no qual os jurados estavam autorizados a sentenciar de acordo com a sua

íntima convicção, expressão esta expressamente empregada no texto legal (BISSACCO, 2008, p. 176).

Em igual sentido, também explana Serena Canestrelli. Segundo a autora, o momento histórico em que se faz possível observar com maior clareza o surgimento do livre convencimento motivado como um sistema autônomo de análise de provas remonta ao período revolucionário francês, em especial a duas leis fundamentais: “*Décret sur la réformation de quelques points de la jurisprudence criminelle*” de 1789 e o “*Décret concernant la police de sûreté, la justice criminelle et l’établissement des jurés*” de 1791 (CANESTRELLI, 2011, p. 28).

Nas modificações empreendidas por tais leis, restou bastante clara a intenção de transformação do processo penal em um sistema de linhas essencialmente acusatórias, visto como um encadeamento natural dos avanços democráticos da época (CANESTRELLI, 2011, fl. 30). Nesse espeque, foram inseridos dispositivos que estruturaram o processo penal basicamente voltado a uma acusação desvinculada do julgador, marcada pelo sobrepujamento dos debates orais e pela imediação dos sujeitos processuais.

Serena Canestrelli expõe que a tentativa de eliminação da prova taxada na França Revolucionária encontrou, contudo, obstáculos e resistência entre os insurgentes, tendo havido, vale destacar, a formulação de propostas de natureza mista, por meio das quais se propunha que os julgadores não poderiam condenar um indivíduo a não ser que fosse produzida preliminarmente uma série de provas com valores pré-regulamentados, momento a partir do qual o magistrado poderia, então, analisar livremente os elementos probatórios (CANESTRELLI, 2011, p. 30).

De seu turno, Cristina Bissacco ressalta que, a despeito das intensas discussões levantadas em torno da liberdade de apreciação de provas naquele momento histórico, principalmente em face do risco de legitimação de arbitrariedades ou desvios legais, circunstâncias essas incompatíveis com o ideário da época, apostou-se, ainda assim, na superação da tarifação, a qual, acompanhada das modificações de natureza acusatória, permitiria um maior controle das decisões, o que, em tese, serviria de contrapeso à abertura aos julgadores estabelecida pelo ordenamento jurídico (BISSACCO, 2008, p. 178).

Nesse ponto, Cristina Bissacco traz à baila uma afirmação de Voltaire, que expressou sua preocupação na época, vaticinando “*Mas quem garantirá que esta consciência e este bom senso não se perderão?*” (VOLTAIRE, apud BISSACCO, 2008,

p. 178). Trata-se de questão de grande importância para este trabalho, na medida em que se observará que essa apreensão é congênita ao surgimento do livre convencimento e ainda hoje ressonante.

Noutro giro, a mesma autora destaca que, posteriormente, a intensificação do princípio acusatório expandiu-se igualmente para outros estados, de modo que foi introduzida a exigência de motivação do julgamento nos sistemas em que havia sido implantado inicialmente o modelo de veredicto desmotivado (BISSACCO, 2008, p. 178). Nesse espeque, afirma Cristina Bissacco que a estratégia à época se estruturou no sentido de inserir o livre convencimento em um sistema acusatório, cujas peculiaridades poderiam conter eventuais excessos dos juízes. Por isso, também assevera a autora que progressivamente abandonou-se a imotivação do júri francês, impondo-se a garantia de motivação como limite à liberdade de apreciação das provas, pelo que o livre convencimento acabou por assumir, a depender das imposições constantes de cada ordenamento, inúmeros sentidos, alguns até mesmo colidentes com os conceitos consagrados em outros Estados (BISSACCO, 2008, p. 179).

Em vista disso, percebe-se, como acentuado por Cristina Bissacco, que o livre convencimento motivado nasce imiscuído na íntima convicção. Tal fato justifica, dentre outras razões, o porquê da dificuldade em se estabelecer um estudo sistemático dos modelos de valoração, os quais, historicamente, não aparecem tão bem definidos como às vezes faz parecer a doutrina em matéria de Direito Processual Penal. Inclusive, depreende-se das lições da referida autora, que a “*intime conviction*” francesa foi concebida não como um modo de valoração irracional, mas como método adequado para o ideário da época e que respondia à altura das exigências científicas de tal período (BISSACCO, 2008, p. 179).

Importante frisar, desse modo, que a persuasão racional foi desenvolvida de maneira significativamente próxima à íntima convicção. Nessa toada, Paolo Tonini apregoa que ambos os sistemas possuem como semelhança o fato de afastarem a possibilidade de vinculação do magistrado à tarifação de provas, que cerceia justamente a liberdade dos julgadores quando da valoração das provas (TONINI, 2010, p. 232).

De outra banda, também é possível observar que as propostas de superação da prova tarifada, ao mesmo tempo em que se fizeram acompanhadas de uma matriz acusatória, desencadearam o surgimento de concepções que se aproximavam consideravelmente de um modelo inquisitorial de processo. Afirma Cristina Bissacco que o método experimental-indutivo influenciou substancialmente a concepção de

processo no século XVIII, de modo que se acreditava que o espaço processual consistiria em uma espécie de laboratório do juiz, no qual seria possível verificar a verdade dos fatos trazidos ao processo (BISSACCO, 2008, p. 180). Assim, é possível entender, por exemplo, o porquê de, em determinados sistemas jurídicos, ter ocorrido a ampliação dos poderes de investigação do magistrado, já que necessária para se perseguir uma perfeita reconstrução racional dos acontecimentos, motivo pelo qual nota a referida doutrinadora que, não por outra razão, sistemas processuais posteriores incorporaram elementos tipicamente inquisitórios (BISSACCO, 2008, p. 180).

A ampliação dos poderes, nesse contexto, revelou-se, a despeito do ideário de racionalidade que vicejava à época, como consequência incontável de um modelo que se autodenominava intimista. Cristina Bissacco precisamente observa que o vocábulo íntima convicção alude a um sistema de natureza interior, relacionado à consciência em seu estado puro, a qual, como tal, encontra-se liberta das amarras de instrumentos de controle. É local impenetrável, por essência, que foge do domínio do próprio Direito, ainda que inicialmente incluído como sistema atrelado às normas deste (BISSACCO, 2008, p. 181).

Ainda, uma análise semântica pode trazer alguns esclarecimentos para o tema. Novamente Cristina Bissacco anota que os sentidos dos termos “livre” e “convencimento” podem, a princípio, soar contraditórios. Enquanto o primeiro denota a ausência de elementos limitadores, o segundo pressupõe, em certa medida, a concordância de outros indivíduos (BISSACCO, 2008, p. 181).

Aqui, tal qual Serena Canestrelli, Cristina Bissacco concorda que houve um vácuo na legislação ao se importar o júri anglo-saxão sem a devida observância às regras de exclusão nele presentes (BISSACCO, 2008, p. 181). O problema de contenção de arbitrariedades não se fez tão fortemente destacado no sistema inglês, contrastando com as inúmeras divergências teóricas que ocorreram no âmbito do *civil law*, o que, de acordo com Serena Canestrelli, poderia ser imputado, dentre outras razões, à não adoção das regras concernentes à “*law of evidence*”⁹ existentes na Inglaterra (CANESTRELLI, 2011, p. 5).

⁹ Por “*law of evidence*”, entende-se o conjunto de normas que regulam os meios pelos quais determinados fatos podem ser considerados provados. Há, por exemplo, uma série de regras que excluem determinadas provas que, apesar de relevantes, isto é, apesar de corroborarem a alegação de uma das partes, podem ser consideradas insuficientemente relevantes por diversas razões, tais como a inexistência de força probatória mínima, aptidão para distrair o julgador do cerne do debate, etc (KEANE; McKEOWN, 2012, p. 2).

É inegável, porém, que a “*intime conviction*” foi pensada, assim como a persuasão racional, em um contexto de limitações, malgrado tenha tal designação assumido posteriormente conotação negativa. De seu turno, o livre convencimento, ao mesmo tempo em que rechaça uma apreciação probatória estritamente vinculada a valores legalmente preestabelecidos, encontra o seu regramento no próprio Direito, que estabelece limites de admissibilidade de provas, bem como os seus modos de formação (BISSACCO, 2008, p. 184). Trata-se, portanto, de uma solução que não simplesmente libera o juiz das amarras legais criadas a partir da produção probatória e de um sem número de vedações legislativas, questão essa que ainda será abordada de forma mais detalhada neste trabalho.

Dessa forma, é inconteste que há uma substancial modificação no desenvolvimento da ideia de livre convencimento motivado. A íntima convicção ganhou, em determinados ordenamentos, um sentido próximo à irracionalidade, a saber, de tomada de decisões amparadas em aspectos intimistas e emocionais que, não obstante presentes em qualquer decisão judicial, eram elementos impulsionados ao primeiro plano como fundadores da decisão.

Todavia, ainda que o objetivo fosse o de firmar avanços no sistema legislativo, observou-se que questionamentos igualmente surgiram relativos ao livre convencimento motivado, particularmente em razão da dificuldade de se delinear um limite mais preciso entre este e a íntima convicção. Inclusive, a fórmula consagrada pelos decretos franceses pareceu ter como objetivo principal superar o rígido esquema de provas legais, afastando-se por completo do engessamento da atividade do juiz, não se concedendo, porém, em maior profundidade, atenção à matéria atinente ao controle.

Nesse ponto, Serena Canestrelli acuradamente observa que o modelo revolucionário implantado pelos decretos estabeleceu, para o júri, o julgamento conforme a convicção dos jurados e o princípio da imparcialidade. Desse modo, fixado ainda em termos bastante genéricos e, em especial, destinado a pessoas que não tinham a formação jurídica especializada, discutiu-se se esse novo elemento seria puramente pautado pela intuição ou se seria necessária a complementação com a motivação (CANESTRELLI, 2011, p. 31).

Ainda, arremata Serena Canestrelli que, ultrapassada essa experiência de vocação democrática, em 1795, foram adotadas modificações legislativas que, embora tenham mantido o livre convencimento motivado, pareceram resgatar novamente elementos de cunho autoritário para o processo penal (CANESTRELLI, 2011, p. 31),

tais como a utilização de procedimentos regidos pelo segredo e pelo princípio da escritura.

É interessante notar, nessa conjuntura, uma inovação extremamente significativa surgida no contexto italiano. Ao se coroar Rei da Itália, Napoleão introduziu a legislação francesa na península italiana, o que, via de consequência, provocou a incorporação do livre convencimento nos moldes franceses. Contudo, diz Serena Canestrelli, a legislação italiana não se fez acompanhada de inserção do regime de júri popular, de modo que, uma vez restrito o novo sistema de provas ao âmbito dos juízes funcionários, acabaram sendo incorporados dois requisitos: motivação alusiva à matéria jurídica e a impossibilidade de expor os motivos referentes ao fato imputado (CANESTRELLI, 2011, p. 37).

Ter-se-ia solidificado, portanto, um sistema que se aproximava da perspectiva da íntima convicção, na medida em que se tornou inexigível a apresentação de justificação técnica da cadeia de raciocínio¹⁰ elaborada pelos magistrados profissionais sobre os fatos imputados (CANESTRELLI, 2011, p. 37), sendo que somente em 1859, quando da generalização dos júris na região da Itália, é que se pode falar propriamente em livre convencimento. Esse fato, segundo Serena Canestrelli, derivou de uma peculiar e equivocada interpretação da “*intime conviction*” francesa, que fomentou a formatação de processos de linha inquisitória (CANESTRELLI, 2011, p. 38).

De qualquer forma, ainda nos códigos preunitários das regiões italianas, já era possível perceber, em virtude da influência napoleônica, o surgimento do livre convencimento do juiz, sendo que, em alguns casos, as leis expressamente previam a necessidade de aposição de motivação, como é o caso do Reino das Duas Sicílias (1819) e do Estado pontífice (1831) (CANESTRELLI, 2011, p. 39).

Posteriormente, Serena Canestrelli ainda demonstra que, embora a legislação unitária da Itália tenha depois firmado o livre convencimento delineado na legislação napolitana de 1819, pelo menos desde o ano de 1865, uma sequência de reformas legislativas culminou na restauração de elementos autoritários no sistema processual penal. Ademais, intensificou-se o debate acerca da efetiva definição do conceito de livre convencimento. Nesse cenário, explica Serena Canestrelli que o termo “livre

¹⁰ Explana Chaïm Perelman que o termo raciocínio pode significar “[...] *tanto uma atividade da mente quanto o produto dessa atividade*” (PERELMAN, 2000, p. 1). Nesta dissertação, tal vocábulo será empregado ora no primeiro sentido, ora no segundo, de modo que a fundamentação das decisões judiciais é entendida não só como meio apto a revelar, em certa medida, as intenções que provavelmente perpassaram pela mente do julgador, mas, em especial, elucidar a estrutura objetiva do raciocínio e a aplicação correta do Direito.

convencimento” se tornou polivalente, cujo significado varia em conformidade com a estrutura do ordenamento jurídico que se analisa (CANESTRELLI, 2011, p. 40).

Ultrapassada essa breve digressão histórica, necessária para se identificar os motivos pelos quais o livre convencimento motivado passou a ser adotado por inúmeros ordenamentos, urge-se fazer uma análise doutrinária dos sistemas de apreciação de provas, de modo a melhor delimitar o conceito dogmático que se encontra no cerne desta pesquisa. Assim, assinalar-se-á, nos próximos tópicos, o resultado da pesquisa bibliográfica levantada em relação ao livre convencimento e, ainda, no que toca à íntima convicção e às provas tarifadas, primordiais para a compreensão daquele, utilizando-se, ainda, o método jurídico-histórico para facilitação do entendimento exposto pelos juristas.

2.2. O sistema de provas tarifárias ou legal

Conforme destacado previamente, o livre convencimento motivado, na linha do entendimento majoritário da doutrina, possui como antecedentes¹¹ a íntima convicção e as provas legais, que se desenvolveram ao longo da história sem que se possa traçar um trajeto regular de precedência e sucessão no que tange a ambas. Contudo, considerando que este trabalho não possui como objetivo proceder a um revolvimento completo do caminho percorrido pelos métodos de valoração ao longo da história humana, opta-se, nesta oportunidade, por se realizar uma avaliação que leva em conta especialmente as características que se faziam presentes nos ordenamentos jurídicos imediatamente anteriores ao período da Revolução Francesa.

Em aprofundado estudo do tema, Giorgia Alessi Palazzolo nota que, ao contrário do que parece sobressair das obras dedicadas ao estudo das provas no processo penal, a definição de “prova legal” é menos unívoca do que se acredita ser (PALAZZOLO, 1979, p. 7). Alessandro Giuliani, citado por Giorgia Alessi Palazzolo, explica que o termo “prova legal” ou “certeza legal” pode ser usado basicamente em dois sentidos: em primeiro lugar, para designar uma lógica de exclusão de provas, isto é, uma teoria da admissibilidade de elementos probatórios, e, em segundo lugar, para denominar uma

¹¹ Eugênio Pacelli de Oliveira preleciona que “*Procurando fugir dos inconvenientes dos dois sistemas anteriores, [...] o processo penal moderno caminhou para a elaboração do sistema do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional*” (OLIVEIRA, 2011, p. 340). Similarmente, Giovanni Leone discorre que o termo “livre convencimento do juiz” serve para designar, em termos históricos, repúdio ao regime das provas legais (LEONE, 1963, p. 155).

teoria de valoração da prova, sendo que foi ao fim do século XVIII que esse segundo sentido restou amplamente aprovado no direito processual (PALAZZOLO, 1979, p. 7).

Hernando Devis Echandía também tece importantes considerações pertinentes à definição do sistema legal de provas, aduzindo que, ao contrário do que muitos pensam, algumas impropriedades podem ser facilmente vistas na utilização dessa expressão. Afirma o autor que o referido método é basicamente uma constante nos ordenamentos jurídicos das sociedades modernas, pois se deveria entender por prova legal todos aqueles elementos probatórios que se conformam àquilo que estabelece a lei e que, por isso, são taxativamente admitidos ao processo com intuito de comprovar a ocorrência de fatos relevantes (ECHANDÍA, 1974, p. 85). De acordo com tal significado, bastaria se dispor sobre as possíveis modalidades de provas para ser considerado como um sistema de provas legais.

O incômodo que a terminologia alcança é, na verdade, tamanho que alguns autores optam por chamar tal método de análise de provas de “prova formal” ou de “regulamentação formal da prova”, em vez de se valerem da tradicional expressão “prova legal”. No entanto, as duas primeiras designações são criticadas, em sentido bastante semelhante, também por Hernando Devis Echandía, que precisamente objeta que a formalidade das provas é uma característica da maioria dos meios de prova, que, de uma maneira ou de outra, sempre possuem alguma espécie de ritualidade ou definição cominada na lei (ECHANDÍA, 1974, p. 85).

Prossegue o jurista acima mencionado que mais adequado seria falar-se em “sistema de tarifa legal das provas” ou “sistema de prova taxada”, já que, nesses casos, corretamente se põe em relevo a opção política da legislação pertinente à apreciação das provas judiciais, e não a circunstância de haver previsão taxativa ou não em lei de específicas modalidades de elementos probatórios (ECHANDIA, 1974, p. 86).

No que concerne à definição das provas legais como sistema probatório, praticamente não se observam dissensos quanto ao seu alcance. De forma geral, os autores defendem que tal método possui como núcleo fundante o detalhamento dos valores dos elementos probatórios admitidos na ordem processual. A valoração propriamente dita ocorre em uma fase pré-judicial (CHIOVENDA, 1922, p. 281), mais especificamente quando da elaboração do diploma legislativo que disciplina o peso das provas, dispensando-se, dessa maneira, o julgador da dispendiosa tarefa de atribuir a cada uma delas o valor que julga cabível. Por todos, vejamos a definição de Edilson Mougenot Bonfim:

[...] Nesse sistema, o juiz não tinha qualquer liberdade na apreciação da prova, que era pré-valorada na própria lei. Assim, a legislação fixava uma hierarquia entre os meios de prova. Nesse contexto, a confissão, por exemplo, recebia maior valor, contando-se, ainda, numa escala puramente aritmética, o número de pessoas que se dispusessem a testemunhar contra ou a favor do acusado. O somatório final, única tarefa que cabia ao julgador, determinava a culpa do réu (BONFIM, 2012b, p. 333).

Portanto, a tarefa de valoração das provas, usualmente atribuída ao magistrado, é feita, de antemão, pelo próprio legislador, que fixa previamente os valores dos elementos de convicção, bem como as circunstâncias em que tais evidências assumem ou não valor decisivo para fins de imputação de responsabilidade ao agente. Nesse caso, a atividade judiciária, historicamente incumbida de analisar, no plano prático, a possibilidade jurídica de coercitivamente aplicar as consequências dispostas na lei, acaba por ter o seu papel exageradamente reduzido, relegando-se aos magistrados a missão burocrática de aplicar mecanicamente os valores preestabelecidos na legislação e calcular, ao final, o resultado do processo.

A valoração legislativa presente nas provas legais se centra na ideia de hierarquia. Os diversos meios legais de provas recebem um regramento minucioso, de sorte a abarcar, de forma prática e simplificada, as possíveis configurações da realidade. O custo da redução da liberdade do Poder Judiciário seria compensado pela praticidade do sistema, que dimensiona e direciona a atividade judicante para um sentido coeso e uniforme, passível de repetição em todos os casos concretos, diminuindo-se, dessa forma, a possibilidade de contradições no entendimento dos julgadores.

A prova taxada, apesar de estribada na louvável intenção de expungir do processo a possibilidade de a decisão judicial refletir apenas a íntima vontade do julgador, implica uma série de consequências de cunho negativo ao processo, a começar pela qualidade da própria atividade processual. Ao se limitar por completo a tarefa judicante, vinculada às amarras dos valores probatórios previamente compostos na lei, o exercício da cognição judicial torna-se assaz empobrecido¹², levando inclusive a questionamentos respeitantes à real necessidade de um magistrado técnico para realizar os julgamentos.

¹² Eduardo J. Couture relembra que, no sistema de provas legais, a atividade do magistrado é bastante limitada, na medida em que “*Êste, frente à prova, não devia ter mais reação intelectual que a que previamente lhe assinalara o legislador*” (COUTURE, 1946, p. 189).

Ademais, não bastasse o depauperamento da funcionalidade do processo, bem lembrado por Giorgia Alessi Palazzolo, o cerceamento da atividade de valoração das provas igualmente dá azo ao surgimento de incompatibilidades entre o ordenamento jurídico e a justiça dos julgamentos, dado ser possível que provas dotadas de maior valor probante sejam, em determinados casos, menos relevantes que outros elementos que, usualmente, não assumem uma função de destaque. Entrementes, esse desvio não pode ser corrigido pelo julgador, que está irremediavelmente atado a uma forma de julgamento em estrita conformidade com a hierarquia probatória abstratamente disciplinada em lei (PALAZZOLO, 1979, p. 10).

Outrossim, a preocupação inicial com a redução de arbitrariedades por parte dos julgadores se revelou contraditória quando se verificou que, na realidade, a tarifação convivia com estruturas processuais tipicamente inquisitórias, que fomentavam a prática de abusos por parte do Poder Judiciário. O fato de tais sistemas processuais se encontrarem direcionados para a condenação dos acusados, sem a devida atenção aos seus direitos, culminou no insucesso dos propósitos que nortearam as provas tarifárias. Eugênio Pacelli oportunamente relembra que, nas hipóteses em que não se alcançava o valor necessário para o decreto condenatório, era de praxe a utilização da tortura, já que essa se enquadrava na categoria de prova plena, que tornava imperiosa, por si só, a aplicação de pena ao imputado (OLIVEIRA, 2011, p. 339), bem como dispensava maiores incursões nas questões fáticas. Inclusive, é possível constatar que, nesse mesmo período anterior à Idade Moderna, o desenvolvimento da Inquisição pela Igreja Católica registrou copioso uso da tortura como principal mecanismo de perseguição da verdade (PINTO, 2012, p. 18), o que também confirma o fracasso das provas taxadas.

De toda sorte, fato é que há inúmeros exemplos de ordenamentos que adotaram as provas taxadas, estabelecendo-se criteriosamente a forma pela qual certos fatos deveriam ser tomados como provados. Eduardo Couture traz à baila exemplos referentes a processos de natureza diversa, como se vê a seguir:

Exemplos de provas legais proliferam no direito antigo. Assim, no Fôro Velho de Castela o número de testemunhas variava conforme o litígio versasse sobre móveis ou sobre imóveis, e conforme os litigantes fossem da mesma ou de diferentes cidades. Se a demanda, entre homens de um mesmo povoado, era sobre bens móveis, a prova deveria ser feita por duas testemunhas do mesmo povoado, se era sobre imóveis, deviam depor cinco testemunhas. (...) Os anciãos deviam ser mais acreditados que os mancebos, “porque mais viram e pesaram mais as coisas”. O fidalgo devia ser mais acreditado que o vilão, “porque parece que cuidará mais de cair em vergonha por si, e por sua linhagem”. O rico devia ser acreditado mais que o pobre,

“porque o pobre pode mentir por cobiça ou por promessa.” (COUTURE, 1946, p. 190).

É importante destacar, entretanto, que não houve, por certo, uniformidade entre os sistemas de provas tarifárias. Essa constatação pode ser alcançada de forma bastante tranquila, haja vista que até mesmo a confusão legislativa que predominava no período anterior à consolidação dos Estados modernos já constituía causa bastante para se dificultar sobremaneira qualquer tenção de unificar os ordenamentos.

Embora de fácil percepção, a ponderação ganha relevante dimensão porque a tarifação abarcou realidades bastante diversas, encampando processos que se pautavam por critérios de racionalidade historicamente prezados pelo Direito, assim como outros sistemas processuais ancorados fortemente na religião e nos mais diversos tipos de crenças comunitárias. Não à toa, adverte Hernando Devis Echandía para a necessidade de se distinguir esses subsistemas, em especial para sobrelevar a consistência que os chamados sistemas racionais de provas tarifárias possuíam, os quais serviram, posteriormente, de pano de fundo para a retomada da noção de apreciação de provas conforme a convicção judicial. Tal observação, no entendimento do referido autor, consistiria em empreitada necessária para enaltecer aqueles modelos que, ao contrário de ordenamentos pautados no “*fanatismo e a ignorância*”, baseavam-se nos estudos do direito romano e dos canonistas, fundados em bases legitimamente jurídicas e lógicas (ECHANDÍA, 1974, p. 85).

Massimo Nobili também é certo ao avaliar que as provas tarifárias encontram-se diretamente ligadas ao livre convencimento motivado, ainda que em sentido diametralmente oposto. Consoante será demonstrado, a persuasão racional encampa fortemente a perspectiva de uma decisão representativa da subjetividade do magistrado, que consiste, precisamente, em um dos principais elementos que as provas tarifadas pretendiam abolir do sistema jurídico. Nessa levada, afirma o autor italiano que se pode identificar, essencialmente, um duplice escopo nas provas legais: a racionalidade do julgamento dos fatos e, ao mesmo tempo, o afastamento do arbítrio judicial (NOBILI, 1974, p. 6).

Em face do exposto, é necessário levar em conta todo o contexto narrado para a análise da íntima convicção e do livre convencimento, sistemas que utilizaram, como paradigma comparativo, a taxação para fins de consolidar uma nova visão relativa à tarefa de valoração, ainda que, como se asseverou, seja possível verificar algumas

semelhanças entre os três no que tange ao objetivo de precisa obtenção da verdade dos fatos e de contenção de arbitrariedades.

2.3. O sistema da íntima convicção

Na figura de sistema diametralmente oposto às provas tarifárias¹³, tem sido apontada a existência do modelo da íntima convicção. Neste, ao contrário daquele, a lei não se incumbe de tratar, previamente ao exercício concreto da jurisdição, do regramento detalhado das provas admitidas ao processo, não havendo, portanto, discriminação alguma acerca do peso probatório destas. Não obstante, na linha do que assevera Hernando Devis Echandía, faz-se plenamente possível, nesses ordenamentos, a expressa previsão de meios de provas acompanhados de regras concernentes ao procedimento de sua obtenção (ECHANDÍA, 1974, p. 87), fato esse que não desnatura a liberdade de convencimento.

Levando-se em conta o recorte histórico do qual se vale o presente trabalho, a íntima convicção ganhou força ainda na fase inicial da Revolução Francesa. O momento histórico vivenciado na França favoreceu sobremaneira o recrudescimento da prova tarifada, que, pouco a pouco, viu-se incapaz de contornar os defeitos que seu próprio formato ensejava.

No que tange ao aspecto político, o período anterior à revolução Francesa era marcado por uma enorme desconfiança quanto aos juízes, vistos pela sociedade como peças essenciais para o funcionamento de uma estrutura ultrapassada, mantenedora de uma série de privilégios incompatíveis com o novo delineamento social que se desenvolvia à época. O clima de desconfiança que pairava em relação aos magistrados fomentou, ainda no período anterior à revolução, a criação de um sistema de análise de provas que tolhia por completo a liberdade judicial, de modo a conformá-la ao que, de maneira mais segura, era estabelecido por meio de lei (TARUFFO, 2014, p. 132).

Entretanto, a progressiva formação de um corpo de magistrados dotados de notável saber técnico-jurídico, acompanhada da sobrevalorização da capacidade humana, colaborou decisivamente para que se eliminassem as amarras contidas na lei e se atribuísse aos juízes a possibilidade de julgarem de acordo com a convicção que

¹³ Vincenzo Manzini, por exemplo, coloca em oposição o sistema de provas legais, fundado no princípio *iuxta allegata et probata*, e o sistema de íntima convicção, que autoriza a tomada de decisão *secundum conscientiam* (MANZINI, 1951, p. 264).

formassem perante um determinado caso concreto. Assim, eliminaram-se as normas atinentes aos valores específicos dos meios de provas para se prestigiar a apreciação livre do juiz, como explica Fernando da Costa Tourinho Filho:

Trata-se de sistema diametralmente oposto ao das provas legais. Enquanto neste o legislador demonstra sua desconfiança no Juiz, naquele (íntima convicção) há inteira e absoluta confiança.

De acordo com o sistema da íntima convicção, o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levam a proferir a decisão. O Juiz atribui às provas o valor que quiser e bem entender, podendo, inclusive, decidindo valer-se de conhecimento particular a respeito do caso, mesmo não havendo prova nos autos. Ele decide de acordo com a sua convicção íntima, sem necessidade de fundamentar a decisão. (TOURINHO FILHO, 2010b, p. 272).

O afastamento da desconfiança a respeito do juiz traz a lume o excesso de confiança em relação ao acerto dos provimentos jurisdicionais e, em especial, na capacidade de correto raciocínio dos magistrados. O otimismo é tamanho que se chega a dispensar a complexa tarefa de motivação das decisões judiciais, as quais, pelos simples fato de serem exaradas por julgadores legalmente habilitados, eram consideradas suficientemente idôneas quando exibida apenas a conclusão do raciocínio concernente à apreciação das provas.

Assim, ainda que eventualmente os meios de prova estejam disciplinados no ordenamento, a íntima convicção torna despiciendo o regramento minucioso do valor de cada um daqueles, de sorte que o remate dependeria única e exclusivamente da vontade do magistrado. A decisão judicial, na linha do que destaca a doutrina, em face dessa característica, perde o seu rigorismo técnico, tão prezado historicamente pela ciência jurídica, para se confundir com o arbítrio da pessoa que julga, a qual, mesmo vislumbrando a necessidade de absolvição de certo réu, poderia condená-lo sem a necessidade de se justificar ou de convencer os sujeitos afetados pelo provimento.

Não à toa, consoante já distinguido anteriormente, a “*intime conviction*” francesa, consagrada no período revolucionário, acabou se sujeitando a inúmeras críticas doutrinárias e, inclusive, políticas, haja vista se tratar de sistema de apreciação de provas que não se compatibiliza com ideário burguês em voga nesse período, que tanto privilegia a imposição de inúmeros instrumentos de controle à atividade estatal, de modo a evitar a incorrência em arbitrariedades.

Carl Joseph Anton Mittermaier, em tratado clássico relativo às provas, atacou veementemente a íntima convicção, demonstrando profundas preocupações quanto à transferência de tal método de apreciação, originalmente destinado aos júris populares,

para os processos presididos por magistrados técnicos, cujas decisões careciam da mesma legitimidade e confiança que a população reputava aos jurados. A temeridade das decisões é a marca mais notável das críticas tecidas pela doutrina especializada, segundo se vê abaixo em emblemático trecho de obra do mencionado autor, que ressalva, inclusive, que a íntima convicção se trata de poder que nem mesmo se concedia aos governantes da época:

Nada há mais duvidoso e incerto do que a noção de convicção íntima; é muitas vezes uma expressão que serve de véus das ilusões de um espírito leviano, ao arrastamento da paixão ou de opiniões mal fundadas; de modo que, dar ao juiz o direito de decidir livremente, sem exposição de motivos, a culpabilidade de seus concidadãos, é conferir-lhe um direito temível de vida e de morte, e que em tal amplitude jamais possui príncipe algum. (MITTERMAIER, 2008, p. 136).

Entretanto, é importante observar que pairam dúvidas acerca do preciso significado da íntima convicção. Conforme se expôs no primeiro item deste trabalho, o resgate histórico do momento em que surgiu a íntima convicção revela que, a despeito de os seus termos destacarem o caráter intimista e pessoal da decisão, a “*intime conviction*” francesa não surgiu com o intuito de simplesmente se consubstanciar em um sistema em que o magistrado decide da maneira que bem entende. Mesmo àquela época, já se vislumbrava que o julgador, apesar de expressar a sua mais profunda convicção quanto ao caso, não poderia se descurar daquilo que se projetava na lei, assim como não poderia produzir um édito condenatório que contrariasse as regras do senso comum. Assim, ainda que não se exigisse a motivação, a íntima convicção não constituía carta branca para uma decisão em qualquer sentido (BISSACCO, 2008, p. 179).

De qualquer forma, uma análise doutrinária do tema revela que, de fato, prevalece o entendimento de que a íntima convicção se refere a um aspecto de liberdade de apreciação de provas em um sentido irracional, isto é, como fundamento para uma tomada de decisão que passa ao largo de uma perspectiva de construção intersubjetiva de provimentos, autorizando-se ao julgador a possibilidade de decidir com base em crenças e percepções intimistas, formando-se a sua convicção de forma isolada, com base em uma certeza moral a respeito dos fatos postos em discussão (TARUFFO, 2014, p. 132).

Desse modo, percebeu-se que a mera substituição das provas tarifárias pela íntima convicção, desde que concebida esta em um ângulo irracional, não seria

suficiente para fazer jus às expectativas jurídicas e políticas que se semearam no período revolucionário, razão pela qual surgiu a necessidade de desenvolvimento de mecanismos de controle da discricionariedade judicial quando da apreciação da matéria fático-probatória nos processos. A solução perpassaria justamente por aquilo que atualmente se denomina de livre convencimento motivado, que representa, a princípio, um *plus* em relação à íntima convicção.

2.4. O sistema do livre convencimento motivado, persuasão racional ou livre apreciação das provas

O livre convencimento motivado foi adotado expressamente pelo Código de Processo Penal brasileiro (BRASIL, 1941) como sistema de valoração de provas em seu art. 155, a seguir transcrito:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (BRASIL, 1941).

Por oportuno, vale trazer à baila também a redação anterior à Lei nº 11.690/2008 (BRASIL, 2008a), de acordo com a qual o livre convencimento motivado vinha expresso no art. 157 do Código de Processo Penal da seguinte forma: “*Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova*” (BRASIL, 2008a). As modificações empreendidas pela mencionada lei, que serão esmiuçadas em item posterior, embora tenham produzido efeitos significativos para a temática probatória, mantiveram intacto o mesmo sistema de análise de provas no ordenamento pátrio brasileiro, alterando apenas alguns termos utilizados, bem como acrescentando conteúdo referente às provas que podem subsidiar o convencimento do juiz.

Por valoração das provas, deve-se entender a atividade que “[...] *tem por objeto estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a veracidade ou a falsidade dos enunciados relativos ao fato em litígio*” (TARUFFO, 2014, p. 131). É, em outras palavras, a atividade de percepção, pelo magistrado, dos resultados da atividade probatória, diferenciando-se da motivação, já que esta consiste na exteriorização, por escrito, da mencionada percepção (FENOLL, 2010, p. 34).

Tradicionalmente, a doutrina processualística indica que o livre convencimento motivado, perfilhado pelo ordenamento brasileiro, consubstancia-se em uma espécie de meio termo entre as provas legais e a íntima convicção (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2012, p.73). Como já demonstrado, enquanto no modelo das provas legais ou tarifadas traça-se um rígido mecanismo de apreciação de provas, por intermédio do qual o legislador fixa previamente um valor específico e inalterável para estas (OLIVEIRA, 2011, p. 339), na íntima convicção ou julgamento “*secundum conscientiam*”, o juiz encontra-se dotado de absoluta discricionariedade no que concerne à análise dos elementos probatórios, podendo, inclusive, abster-se de apresentar os fundamentos que respaldam o seu posicionamento (LOPES JR., 2014, p. 598).

Nesse sentido, como forma de se efetivar a garantia da motivação das decisões judiciais e promover a consecução de um modelo democrático de processo penal, acredita-se, de forma assente, na doutrina e na jurisprudência, ser imprescindível a superação dos métodos de provas tarifadas e da íntima convicção por intermédio da adesão ao livre convencimento motivado ou persuasão racional. Isso porque os dois primeiros modelos representariam radicalismos opostos e inconcebíveis, haja vista que não só seria inadequado desenvolver regras rígidas e abstratas de valoração de provas, como também seria inapropriado o julgador expressar a sua convicção sem a devida fundamentação, como predicam aqueles sistemas, respectivamente.

Assim, far-se-ia necessário optar, tal qual o fez o Código de Processo Penal em seu art. 155, nos moldes das alterações promovidas pela Lei 11.690/2008 (BRASIL, 2008a), pela persuasão racional. Nesse modelo, o juiz pode decidir conforme o seu livre convencimento, malgrado esteja limitado pelo dever de fundamentação com base nos elementos presentes nos autos, não se confundindo este método com a íntima convicção (NUCCI, 2012, p. 357).

O termo “livre apreciação” utilizado no ordenamento jurídico serve para indicar um dos traços mais marcantes da persuasão racional: o magistrado possui liberdade no que tange à apreciação das provas. Isso porque, a despeito de se encontrarem previstos inúmeros meios de provas no Código de Processo Penal, optou-se por não prescrever, previamente, dispositivos referentes aos valores para cada um destes. Isso implica dizer que, em face da ausência de tais regras, incumbe ao próprio julgador sistematizar, por meio da decisão judicial, o valor que deve ser atribuído aos elementos trazidos para o

processo, estabelecendo, caso a caso, o conjunto probatório que destoa dos demais e que condiga, de forma mais idônea, a uma das versões descritas.

Nesse sentido, o julgador possui liberdade no que respeita à definição dos valores das provas, os quais são devidamente estipulados na decisão judicial por meio de um cotejo analítico entre os elementos colhidos, de sorte que se firmará se o conjunto aportado permite concluir pela existência de responsabilidade penal ou se, no caso concreto, os elementos indicam a inocência do processado ou não sugerem suficientemente a sua culpabilidade.

Contudo, a liberdade do magistrado constante no livre convencimento motivado vincula-se a limites que, em última instância, simbolizam uma perspectiva diferenciada de Estado de Direito. Com efeito, a Revolução Francesa revelou, como um de seus maiores motes, a ideia de limitação do Estado, que define as rígidas fronteiras em face das quais o poder político deve organizar sua atuação.

Eric J. Hobsbawm sublinha que a Revolução Francesa foi um movimento impressionantemente marcado por certo consenso no seio da classe burguesa, que se alinhava essencialmente ao liberalismo clássico (HOBSBAWM, 2008, p. 19). Além disso, afirma o autor que o burguês liberal clássico da revolução não “*era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo, de um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e de um governo de contribuintes e proprietários*” (HOBSBAWM, 2008, p. 21). Esse ideário apontava, como se exibiu no capítulo inicial, para a necessidade de contenção do arbítrio dos agentes públicos, os quais eram encarados como ameaças às liberdades civis cultuadas à época, razão pela qual o poder judicial, nesse contexto, também deveria ser limitado.

A superação das provas tarifadas indubitavelmente se insere nesse contexto, na medida em que não só se deu de forma a preservar determinados direitos fundamentais, mas a, em última instância, exaltar um sistema coerente de normas processuais de natureza acusatória, com o qual melhor se conformaria a liberdade de apreciação do que a taxaço. Todavia, se, por um lado, o esquema rígido desta foi abandonado, o mesmo certamente não pode ser dito quanto ao objetivo de limitação do poder estatal, em torno do qual pairavam enormes receios em virtude das inúmeras arbitrariedades vivenciadas anteriormente, cuja representação mais grotesca poderia ser encontrada na própria concretização dos processos criminais de traços nitidamente inquisitórios.

Por isso, embora a taxaço tenha desaparecido como limite, outros mecanismos foram desenvolvidos para que as arbitrariedades fossem evitadas, limitações essas que

passaram a conviver lado a lado com a prerrogativa de livre apreciação. Explicando os limites inerentes ao livre convencimento motivado, assevera Fernando da Costa Tourinho Filho que:

Não há hierarquia nas provas. Se é certo ficar ele adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade real. Está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se do seu conteúdo. Nem sequer fica preso aos laudos periciais. Nos termos do art. 182, ele é o *peritus peritorum* – perito dos peritos. Além do mais é obrigado a fundamentar suas decisões. (TOURINHO FILHO, 2010b, p. 272)¹⁴.

Verifica-se, da assertiva acima, que os eventuais problemas que possam ser fomentados pelo livre convencimento motivado ao conceder ampla liberdade de decisão ao juiz restariam afastados, basicamente, pela existência de dois limites aos quais o magistrado deveria se ater: o conjunto probatório colacionado nos autos, como subsídio único e inafastável para a elaboração de uma decisão, e a garantia da motivação das decisões judiciais.

A liberdade concedida ao magistrado possui efeitos práticos de extrema importância para o processo penal. Ao se analisar a responsabilidade penal de um sujeito, o juiz pode atribuir às provas colhidas o valor que acredita ser correto para o caso concreto. Pode, portanto, privilegiar testemunhos contrários ao resultado de provas periciais, assim como pode, municiado de diversos elementos pertencentes a uma mesma espécie de prova, dar preferência a apenas um destes, ainda que os demais apontem em sentido contrário. Nesses casos, entretanto, é comum afirmar que tal fato somente pode acontecer quando há consonância com os demais fatos comprovados no processo, como indica Eugênio Pacelli de Oliveira:

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe deve parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas. (OLIVEIRA, 2011, p. 340).

É possível afirmar que as provas constantes dos autos se consubstanciam, então, em um limite ao livre convencimento em um primeiro sentido, qual seja, a liberdade de

¹⁴ É visível, na afirmação do autor, a proximidade entre o livre convencimento motivado e a verdade real. Esta, consoante será clarificado posteriormente, é rechaçada neste trabalho, de sorte que será necessário criticar o trecho transcrito.

decisão deve se harmonizar ao quadro probatório por meio do qual se fixam os limites da controvérsia fático-jurídica. Se, por um lado, faculta-se ao magistrado a possibilidade de conferir prevalência a uma versão dos acontecimentos que se encontra respaldada em específicas provas que ele julga serem mais convincentes, não pode ele, em contrapartida, descuidar-se da congruência que se exige da decisão a ser proferida, que não pode destoar das demais provas coligadas.

Fica evidente a esfera de liberdade do magistrado quando se aborda esse assunto. É que não há dispositivo legal que preveja em que medida certas provas devem prevalecer sobre outros elementos, ficando a decisão a respeito de tal tema relegada ao juiz. As provas tarifárias, que, nesse ponto, eliminavam as dificuldades que se encontram na prática jurídica ao se resolver qual versão dos fatos é a mais idônea, não mais socorrem ao julgador, que agora carrega o fardo de ter de definir, fundamentadamente, quais elementos deverão prevalecer no caso concreto.

De outra banda, é possível falar que as provas constantes dos autos também representam uma limitação ao livre convencimento em um segundo sentido. A prerrogativa que detém o Poder Judiciário de exercer a jurisdição e julgar os fatos conforme o Direito é notabilizada por uma série de princípios limitadores a sua atividade, dentre os quais se encontram o princípio da imparcialidade e o princípio da inércia da jurisdição. Tais normas impõem ao magistrado o afastamento em relação aos interesses das partes, aos quais são os julgadores completamente alheios.

Dessa circunstância, decorre a inevitável conclusão de que o material com o qual trabalha o julgador reside, salvo circunstâncias excepcionais, como os fatos notórios¹⁵, no resultado concreto da atividade das partes, cuja uma de suas funções consiste precisamente em guarnece-lo com o substrato necessário para que se lhe conceda o pleito formulado. Logo, não está o juiz autorizado a realizar julgamento segundo sua consciência privada, o que, em outros termos, implica dizer que deve decidir com base na atividade probatória dos sujeitos processuais diretamente interessados no provimento, de modo a preservar o alheamento ínsito a sua atividade. Por isso, afirma José Frederico Marques que a “[...] regra da livre convicção não desvincula o juiz das provas dos autos: quod non est in actis non est in mundo” (MARQUES, 1998, p. 275).

¹⁵ Conforme define Paulo Rangel, fatos notórios são aqueles que são “(...) do conhecimento de qualquer pessoa medianamente informada (...)” (RANGEL, 2011, p. 456). São fatos cujo conhecimento é evidente, ampla e facilmente acessíveis a qualquer indivíduo, motivo pelo qual se os têm por automaticamente comprovados. Daí, porque, mesmo não alegado pelas partes, pode ser invocado pelo magistrado.

O conjunto probatório a ser analisado pelo julgador se encontra devidamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Depreende-se do art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), cuja atual redação deu grande destaque a esse ponto, que a livre apreciação poderá envolver a prova produzida em contraditório judicial e, ainda, os elementos informativos colhidos na fase pré-processual, desde que o *decisum* não se fundamente exclusivamente nestes.

O Código de Processo Penal brasileiro aderiu claramente a uma distinção entre as provas colhidas judicialmente sob a égide do contraditório e os elementos coletados durante as investigações policiais, estes designados de elementos informativos. Prezou-se pela garantia do contraditório, que, por demandar o efetivo respeito à paridade de armas¹⁶, preceitua que os elementos futuramente úteis para a decisão judicial passem pelo rígido crivo das partes, que poderão produzir todas as alegações e provas que julgarem cabíveis, seja para infirmar a versão sustentada, seja para corroborá-la.

De outra forma não poderia ser atingido o livre convencimento do magistrado. Considerando que a decisão tomada por este afetará diretamente a esfera de direitos e garantias fundamentais de um cidadão, salvaguardando-a por respeito ao direito à liberdade de locomoção ou restringindo-a em conformidade com a lei, é de extrema importância que a decisão se ampare em elementos probatórios de cujo controle de legalidade as partes tenham participado ao longo de todo o seu desenvolvimento, passando pelas fases de requerimento, a admissão, a produção e a valoração¹⁷.

Portanto, o livre convencimento motivado importa a realização da atividade valorativa com as provas e de acordo com as provas, isto é, baseada nos elementos que

¹⁶ A ideia que viceja no dispositivo legal referenciado é a de que, para a formação do convencimento em torno do caso, a magistrado deve se valer primordialmente de provas em relação às quais as partes tenham tido iguais oportunidades de acompanhamento da produção e questionamento, o que legitima a sua utilização para a construção de um provimento que eventualmente lhe seja desfavorável. É nesse sentido que Elio Fazzalari constrói a sua noção de processo como procedimento em contraditório, entendido este como uma estrutura dialética peculiar que impõe a “*participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade de suas posições*” (FAZZALARI, 2006, p. 119).

¹⁷ Tradicionalmente, os doutrinadores de Direito Processual Penal fazem menção à existência de um procedimento probatório, por meio do qual são produzidas as provas destinadas a formar o quadro fático a ser analisado pelo magistrado. Por todos, Edilson Mougenot Bonfim afirma que: “*A atividade probatória é, abstratamente, dividida nas seguintes fases: a) proposição: trata-se do momento em que a produção da prova é proposta, a partir da configuração dos fatos que constituam a lide penal; b) admissão: trata-se do momento em que a produção da prova é admitida pelo julgador, porquanto este entende necessária a existência da prova para a elucidação da controvérsia [...]; c) produção: constitui o momento em que a prova é produzida, ou seja, o ato ou procedimento por meio do qual determinado elemento de prova passa a integrar os autos do processo; d) apreciação: é o momento posterior à produção da prova, quando as partes sobre ela se manifestarão, após o que o magistrado estará apto a, integrando a prova produzida aos demais elementos de prova existentes no processo, valorá-la e proferir a decisão final acerca dos fatos probandos.*” (BONFIM, 2012b, p. 316).

o ordenamento reputa como provas, derivados essencialmente da atividade das partes, e, ainda, em conformidade com tais elementos, já que não se admite, com suporte nos critérios de racionalidade que fundam a persuasão racional, uma decisão que não se harmonize com a qualidade do que fora produzido para a demonstração dos fatos. São esses, então, os dois sentidos do limite relativo às provas.

De outro lado, há outra importante limitação ao livre convencimento do magistrado. Indica a própria denominação utilizada que a liberdade de convencimento há de ser sempre motivada, haja vista que o sujeito que decide necessita fundamentar o raciocínio por ele elaborado para alcançar a conclusão decisória.

A motivação no livre convencimento se desenvolveu para suprir as graves deficiências expostas pela íntima convicção, conforme expõem diversos doutrinadores, tal como Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁸. Anteriormente, aduz o autor, o magistrado não precisava expor as razões pelas quais ele construía um provimento em um determinado sentido, não só porque o ordenamento não o exigia, mas também porque tal expediente era, em termos de política judiciária, considerado dispensável.

Na íntima convicção, bastava a qualidade de julgador para que se creditasse ao provimento a legitimidade que se exige de um ato de poder. A crença na racionalidade dos juízes, acompanhada de uma visão otimista em relação à eficiência do Direito, fomentou a criação de um sistema baseado na convicção íntima, que, ao fim e ao cabo, autoriza o intérprete a se descurar, por completo, de todos os preceitos jurídicos existentes e decidir exclusivamente de acordo com a sua vontade. Perdia-se, assim, o sentido do próprio Direito, na medida em que a ideia de imperatividade¹⁹ presente em suas normas e que constitui uma das principais características do próprio fenômeno jurídico se via enormemente flexibilizada.

Ocorre que, em um Estado estruturado pelo Direito, um sistema processual baseado na íntima convicção não prospera, porquanto a ideia crucial de controle dos

¹⁸ O autor afirma que “(...) *Coube à França, em pleno século XIX, a honra dessa iniciativa transcendental, conferindo aos juízes o poder de valorar as provas de acordo com a sua ciência e consciência.*” (TOURINHO FILHO, 2010b, p. 272).

¹⁹ A questão da imperatividade é extremamente polêmica na Ciência do Direito. Utiliza-se aqui o termo na linha do que expõe Miguel Reale, quando afirma que toda norma jurídica assinala em uma determinada direção, haja vista possuir como antecedente imediato “*uma volição objetivante*”, que constituiu “*antes uma prescrição de caráter axiológico, que não obriga em virtude do puro querer de quem emana a norma, mas sim em virtude da pressão objetiva que os valores exercem no meio social*” (REALE, 1992, p. 248). A vontade que insere a norma no ordenamento jurídico pretende, desde o seu nascimento, que essa seja cumprida, tratando-se, assim, de um dos elementos fulcrais do Direito.

atos de poder se vê menoscabada em face da imensa possibilidade de ocorrência de interpretações abusivas das circunstâncias fáticas. Por isso, acreditou-se adequado conjugar a liberdade decisória, entendida como elemento inerente da apreciação probatória, à motivação de decisões judiciais, que, segundo será assinalado no item posterior, ainda no período da Revolução Francesa, ganhou dimensão de destaque, passando a ser entendida como garantia imprescindível para a manutenção da normalidade estatal.

A fundamentação das decisões judiciais é garantia que, dentre diversas outras funções, cumpre papel primordial no combate à arbitrariedade. Não bastasse a dificuldade semântica do Direito, que fomenta os mais diversos imbrólios jurídicos, há igualmente uma dificuldade em se preverem as possibilidades de interpretação que serão realizadas por um magistrado acerca dos fatos concretos levados à discussão. Nesse espeque, a motivação aparece como instrumento que permite que os interessados avaliem e controlem o ato praticado pelo Poder Judiciário, de modo a, valendo-se dos meios legalmente previstos, possibilitar-lhes a prática de atos processuais que corrijam as decisões ou, ao menos, averiguem o acerto destas.

Destaque-se que a garantia de motivação, assim como o livre convencimento motivado, desenvolveram-se fortemente no mesmo período em que surgiram modelos de processo de nítidas feições acusatórias, inspirados no ordenamento francês revolucionário. Esse tipo de sistema, ao contrário do inquisitório, possui como notas marcantes a oralidade e a publicidade das decisões, que passaram a reforçar a necessidade de as decisões judiciais possuírem uma clareza em sua concatenação lógica que permita o efetivo controle dos atos pelos afetados pelo provimento.

Ainda, vale salientar que também houve, no mesmo período, vigoroso desenvolvimento da garantia do contraditório, que, no que diz respeito ao livre convencimento motivado, contribui com, pelo menos, duas importantes e marcantes implicações, as quais se relacionam diretamente com as limitações da persuasão racional.

Em primeiro lugar, o contraditório impõe que o livre convencimento seja pautado essencialmente pelas provas produzidas sob o seu crivo. O art. 155 do Código de Processo Penal, a despeito de conferir inegável valor aos elementos informativos colhidos no inquérito policial, claramente privilegia as provas cujo procedimento probatório seja controlado, em todas as suas fases, pelas partes, já que o provimento judicial, para alcançar a desejável legitimidade, precisa, ao menos, fornecer aos sujeitos

processuais a possibilidade de influenciarem substancial e decisivamente, por meio de provas, o convencimento do magistrado, já que a decisão poderá lhes ser desfavorável. Como decorrência do devido processo legal, a efetiva influência e participação das partes representa inegável corolário de um processo justo.

Em segundo lugar, o contraditório se relaciona intimamente com a motivação que se exige ao ser utilizada a livre convicção. Uma das máximas que o contraditório encampa é justamente o direito de ouvir e ser ouvido, denominado tecnicamente de bilateralidade de audiência, que, por sua vez, pode ter como uma de suas consequências o direito de recorrer (GONÇALVES, 2001, p. 167). A possibilidade de interposição de recurso ou, ainda em termos mais genéricos, de impugnação de uma decisão judicial, expressa-se como elemento de extrema importância em um sistema que admite o livre convencimento motivado.

Na medida em que todo magistrado, enquanto humano, pode incorrer em inúmeros equívocos, é evidente que, em um modelo em que se atribui a liberdade de convencimento ao julgador, torna-se imprescindível a previsão de mecanismos processuais que facultem à parte a oportunidade de recorrer de decisão, o que tornaria viável a correção de equívocos. Logo, o contraditório, por meio da sua faceta de direito ao recurso, é a garantia que impõe a existência de mecanismos processuais que controlem o livre convencimento motivado, permitindo-se o saneamento de falhas de interpretação e de eventuais abusos cometidos por juízes no exercício de tal faculdade.

Uma vez analisado o livre convencimento motivado de forma global, faz-se necessário passar ao levantamento de dados doutrinários respeitantes aos elementos que limitam o aludido sistema, a saber, a motivação da decisão e a adstrição do julgador às provas, de modo a desvendar o porquê de a doutrina hodierna creditar à persuasão racional o mérito de melhor limitar a arbitrariedade dos julgadores e, dessa forma, apresentar-se como alternativa mais adequada para Estados Democráticos de Direito.

3. A GARANTIA DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO LIMITE AO LIVRE CONVENCIMENTO

3.1. A perspectiva política da garantia de fundamentação

A despeito de tangenciar todas as garantias processuais penais, é inegável que o livre convencimento motivado dialoga, de forma extremamente significativa, com a motivação das decisões judiciais. É que o referido sistema exige que a avaliação judicial seja sempre acompanhada de fundamentação, a qual deve ser compreendida nos moldes das exigências da citada norma.

Para se averiguar a hipótese suscitada neste trabalho, é imprescindível apreciar os limites impostos ao livre convencimento motivado. Já se apontou previamente que o Estado Democrático de Direito pressupõe uma série de limitações ao poder estatal, cuja observância é primordial para a consecução dos objetivos traçados pela democracia. Desse modo, é de extrema importância, para a devida contextualização da persuasão racional, que seja trabalhada mais especificamente a garantia de fundamentação, pois a preservação desta é que irá indicar se o livre convencimento motivado verdadeiramente consiste na melhor alternativa para o sistema processual penal, razão pela qual se passa a fazer breves, porém esclarecedores, apontamentos em relação a essa matéria, valendo-se, tal qual ocorrido nos tópicos anteriores, do recurso ao método jurídico-dogmático e histórico.

O marco legal fundamental da garantia de motivação das decisões judiciais encontra-se insculpido no art. 93, IX, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), estrategicamente localizado na seção²⁰ responsável por traçar os aspectos gerais da organização e do funcionamento do Poder Judiciário brasileiro. Dispõe o referido dispositivo que:

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do

²⁰ A Constituição da República de 1988 está dividida em títulos, capítulos e seções, divisões essas que possuem o objetivo de conferir maior sistematicidade aos temas nela abordados, bem como de facilitar a localização de dispositivos legais. No caso da garantia de fundamentação das decisões judiciais, essa prerrogativa se encontra inserida no título IV, designado de “Da Organização dos Poderes”, e, mais especificamente, no capítulo III, chamado de “Do Poder Judiciário”. A despeito de sua localização fora do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, não há dúvida alguma acerca do *status* de garantia da norma que impõe aos magistrados o dever de fundamentação.

interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...] (BRASIL, 1988).

A redação acima foi instituída por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004), a qual modificou apenas o trecho final do inciso referente à publicidade, onde já se previa o condicionamento de todas as decisões de Poder Judiciário à explícita motivação.

Em aprofundado estudo respeitante a tal dever, Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que o desenvolvimento histórico dessa garantia não possui uma trajetória linear, de forma que a sua disciplina variou substancialmente ao longo dos anos, a depender do específico formato adotado pelo Estado e seu aparato judiciário (GOMES FILHO, 2013, p. 45). Explica o autor que, embora alguns estudiosos indiquem haver, no direito romano, referências claras à necessidade de fundamentação, é somente com o direito canônico que a (des)necessidade de motivação se torna uma questão mais explícita, ganhando contornos significativamente mais precisos nos ordenamentos.

Bem observa Antônio Magalhães Gomes Filho que, com a abolição dos juízos de Deus pelo IV Concílio de Latrão em 1215, as decisões judiciais começaram a ganhar contornos de racionalidade até então desconhecidos. Contudo, tal prática, ainda incipiente, acabou não prosperando, haja vista que, a despeito do ideário de racionalidade que já permeava o Direito à época, a concentração de poder na figura dos soberanos dos Estados Modernos se sobrepôs à tentativa de conferir maior racionalidade às decisões judiciais, em relação às quais bastava, para fins de validade, o fato de o provimento se originar de uma emanção do monarca (GOMES FILHO, 2013, p. 47).

Ulteriormente, sob forte influência do iluminismo, os Estados que adotaram a modalidade de despotismo esclarecido trouxeram exemplos mais significativos de motivação das decisões judiciais. Com base nos ensinamentos de Giovanni Tarello, Antônio Magalhães Gomes Filho destaca a importância da legislação prussiana, a qual, sucessivamente, por meio da publicação do “*Codex Fridericianus Marchicus*”, em 1748, e a “*Allgemeine Gerichtsordnung*”, em 1781, inovaram ao posicionar a garantia de fundamentação como instrumento de controle de atos processuais pelas partes e ao exigir a publicização da motivação diretamente aos litigantes, respectivamente (GOMES FILHO, 2013, p. 49-50).

Ainda, no mesmo período, cabe destacar a lei conhecida como “*Prammatica*”, de 23 de setembro de 1774, a qual, responsável pela reorganização da Justiça em Nápoles, época em que a Itália ainda se encontrava em sua fase preunitária, fazia

expressa referência ao instrumento de motivação como mecanismo destinado a conter o arbítrio dos magistrados, bem como a afastar qualquer suspeita de parcialidade (GOMES FILHO, 2013, p. 50).

Entretantes, é no mesmo período em que o livre convencimento motivado atingiu linhas mais definidas que a garantia de motivação das decisões judiciais também foi melhor sistematizada pelos ordenamentos jurídicos. Aqui uma vez mais ganha relevo o ideário da Revolução Francesa, particularmente marcado por uma profunda modificação da atividade judiciária, à época muito criticada em virtude das incontáveis arbitrariedades cometidas durante o Antigo Regime.

Revela, em particular, o avanço alcançado em tal período a afirmação do filósofo Marquês de Condercet, o qual, citado por Antônio Magalhães Gomes Filho, entende a motivação como um direito natural, que surge a partir do momento em que o magistrado exerce, com supedâneo na lei, uma força que lhe foi confiada contra certo membro da nação (GOMES FILHO, 2013, p. 52). Está recepcionada aqui, então, a concepção da motivação como forma de controle de decisões que afetam as partes processuais.

No plano legislativo, também foi no Decreto nº 8-9 de outubro de 1789, anteriormente citado como diploma responsável por introduzir um sistema de linhas essencialmente acusatórias na legislação francesa, que incluiu, em seu art. 22, a determinação de que toda sentença judicial deveria exprimir precisamente os fatos pelos quais um determinado cidadão poderia ser condenado criminalmente. Tal dispositivo fora posteriormente complementado e reforçado pela Lei de Organização Judiciária nº 16-24 de agosto de 1790, que, pela primeira vez, empregou a terminologia “motivo”, estabelecendo a necessidade de inserção desse elemento no corpo da sentença (GOMES FILHO, 2013, p. 52).

Ulteriormente, a França novamente inovou ao inserir a motivação das decisões judiciais na Constituição de 1795. Para além do reforço da importância dessa garantia, a inserção da fundamentação na Lei Maior representou inconcusso avanço político, por meio do qual a atividade do Judiciário se insere em um acurado esquema lógico de repartição de poderes (GOMES FILHO, 2013, p. 52). Vale ressaltar que, nessa época, a teoria constitucional se sofisticou expressivamente, de sorte que a Constituição já era estudada sob o seu aspecto material, entendido como o conjunto de normas que dizem respeito às questões organizacionais e políticas mais relevantes do Estado (BONAVIDES, 2010, p. 80), o que, conseqüentemente, corrobora a afirmação de que a

elevação da motivação das decisões à categoria de norma constitucional simboliza o grande relevo que tal instrumento assumia para a comunidade política francesa, tendo em vista ter sido considerado como elemento fundamental para a organização da nação.

A revigoração da dimensão política da motivação das decisões judiciais veio a ocorrer depois no período do pós-guerra. Antônio Magalhães Gomes Filho assevera a importância da Constituição Italiana de 1948, que erigiu a garantia de fundamentação a elemento central da tutela jurisdicional (GOMES FILHO, 2013, p. 57). Com efeito, a Carta Magna italiana visou com a referida inclusão a possibilidade de se exercer um controle democrático mais forte dos provimentos jurisdicionais, controle esse que excede, dessa maneira, o mero âmbito endoprocessual.

É diante desse breve contexto histórico que se deve compreender a fundamentação das decisões. Como se pode observar, a notabilização da perspectiva externa da motivação é que lhe confere efetivamente o *status* de garantia constitucional. Trata-se de expediente que exorbita a esfera de delimitação das possibilidades de impugnação pelas partes para assumir uma faceta que concerne, em última instância, à legitimação democrática da função judiciária (FERRAJOLI, 2010, p. 574).

De todo o exposto, é possível verificar que a motivação das decisões judiciais consiste em uma das garantias de maior relevância. Por garantia, entende-se a norma que protege indiretamente bens especificamente tutelados pelo ordenamento, facultando-se ao indivíduo a possibilidade de invocá-la para fins de efetivação do direito que ela própria instrumentaliza (MENDES; BRANCO, 2012, p. 169).

Sob a perspectiva de que as decisões judiciais influenciam diretamente na esfera de direitos das partes e, em especial, considerando que, na esfera penal, os provimentos jurisdicionais afetam particularmente o direito à liberdade de locomoção, não restam dúvidas de que a motivação das decisões judiciais atua como legítima e essencial garantia assecuratória da mencionada prerrogativa jurídica. Sua instrumentalização funciona como mecanismo que permite ao atingido a realização de controle dos atos de poder praticados.

É nesse cenário de limitação que se insere a garantia de motivação das decisões judiciais. O processo penal lida diretamente com direitos fundamentais, tratando-se da mais radical esfera de intervenção estatal sobre prerrogativas jurídicas dos cidadãos (DIVAN, 2015, p. 126). Assim, as sanções decorrentes da aplicação do processo penal encontrarão a sua legitimidade somente quando apoiadas em um contexto de respeito aos direitos e garantias fundamentais e às possibilidades legitimamente democráticas de

ingerência nestes, o que somente pode ser concretamente mensurado quando analisada a motivação dos atos de poder praticados (ROSA, 2013, p. 38).

Perceba-se, aliás, que a limitação de poder é, em última instância, uma das tônicas do Estado de Direito. Conforme salienta Pietro Costa, a mencionada expressão apresenta uma peculiar interconexão entre os elementos “Estado” e “Direito”, que se revela vantajosa para os destinatários do próprio Estado, quais sejam, os cidadãos. A conexão funciona por meio da ideia de que o Estado de Direito indica uma forma de intervir no poder objetivando o fortalecimento dos indivíduos, o que se faz por meio da limitação, a favor do sujeito, do poder do soberano (COSTA, 2006, p. 95).

Nesse espeque, o poder, no Estado de Direito, encontra-se domesticado pelo Direito (CANOTILHO, 1999, p. 24) e, dessa maneira, pretende-se realizar despido de arbitrariedade, realizando-se no interesse dos cidadãos. A garantia contra os desvios de autoridade se dá, dentre outras maneiras, justamente pela análise da motivação dos atos públicos praticados, isto é, supõe-se a explicitação das razões de atuação estatal (GOMES FILHO, 2013, p. 64).

É, portanto, visando ao controle da racionalidade da decisão judicial, atividade logicamente decorrente da estrutura do Estado de Direito, que atua a garantia de motivação. Perfecto Andrés Ibáñez, ancorando-se na lição Aarnio, relata que a responsabilidade do juiz se converteu em uma responsabilidade de justificar as suas decisões, na medida em que a sociedade não exige somente provimentos dotados de autoridade, mas também possuidores de racionalidade (ALEXY; IBÁÑEZ, 2006, p. 34).

Está em jogo, nessa toada, a aceitação da decisão proferida pelo Poder Judiciário, de modo que se atribui aos magistrados, como representantes deste, a responsabilidade de motivar os provimentos como condição de aceitabilidade e acatamento do ato de poder emanado. A submissão aos efeitos decorrentes da decisão, ainda que contrários aos interesses de um sujeito, ocorre em função da legitimidade dos atos judicantes, cujo um dos requisitos, dentre inúmeros, tais como a publicidade, consiste precisamente na exposição da fundamentação. Cuida-se, ao fim e ao cabo, de questão democrática referente ao reconhecimento de ato de poder, na linha do que explica Antônio Magalhães Gomes Filho:

Dito de outra forma, no Estado de direito os poderes públicos se exercem segundo um padrão de legitimação racional e objetiva, que transfere à apreciação da comunidade uma espécie de controle democrático e difuso sobre a racionalidade ou não arbitrariedade do poder; daí ser possível afirmar que nesse tipo de Estado os poderes não estão apenas submetidos à lei, mas

também e sobretudo são orientados por procedimentos que satisfaçam as exigências de uma correção argumentativa. (GOMES FILHO, 2013, p. 64).

Antônio Magalhães Gomes Filho faz referência, no que toca a esse aspecto da garantia de motivação, à função política. Isso porque a necessidade de fundamentação das decisões transborda o âmbito da situação jurídica processual para alcançar o *status* de garantia de natureza política, que diz respeito diretamente à observância de normas de natureza democrática. Em outros termos, é a motivação exposta pelos magistrados que confere as suas decisões a necessária legitimidade.

Tal questão assume particular relevância quando se nota que os juízes, ao contrário dos agentes políticos do Poder Legislativo, não representam o Estado por meio de mandato atribuído por sufrágio popular. Destarte, a legitimação da sua atividade decorre do modo como é exercida a sua função, que deve ser procedido em estrita observância ao devido processo legal e, via de consequência, à garantia de fundamentação das decisões judiciais (GOMES FILHO, 2013, p. 64).

3.2. A perspectiva endoprocessual da garantia de fundamentação

Por outro lado, além da importantíssima faceta política da garantia de motivação das decisões judiciais, a doutrina faz eloquente menção ao seu viés endoprocessual. Em relação a essa temática, Antônio Magalhães Gomes Filho fala em garantia de cunho processual (GOMES FILHO, 2013, p. 64), a qual está a designar a fundamentação como requisito formal das decisões judiciais, sem o que, conforme disposto no art. 93, IX, da Constituição da República (BRASIL, 1988), maculado estará o provimento jurisdicional por nulidade.

Desse modo, o aspecto processual da garantia de motivação das decisões judiciais se destina precipuamente ao controle de racionalidade realizado pelas partes. Considerando que o provimento afeta diretamente a esfera de direitos dos sujeitos envolvidos na disputa judicial, nada mais natural que, em face da possibilidade de cometimento de equívocos, bem como diante da necessidade de averiguação do acerto do *decisum*, o conteúdo decisório exponha todas as razões pelas quais foi adotado determinado posicionamento.

Vale destacar que há, na doutrina, divergência acerca da coincidência dos significados dos termos fundamentação e motivação. Carlos Aurélio Mota de Souza, por exemplo, sustenta ser possível a distinção, vez que a motivação relacionar-se-ia à

exposição dos motivos pelos quais se decide uma causa em específico sentido, valendo-se de ampla análise das questões de fato e de direito postas a seu alcance, enquanto a fundamentação referir-se-ia mais especificamente à parte final do dispositivo da decisão, em que o julgador efetivamente resolve o imbróglio jurídico e externa o resultado a que chegou (SOUZA, 2006, p. 357).

Não obstante haja algumas discordâncias, certo é que a maioria da doutrina entende que se trata de termos sinônimos, que designam a declinação das razões de fato e de direito que orientaram o julgador a decidir o processo de uma determinada maneira (NERY JUNIOR, 2002, p. 183).

Importante salientar também que entra em cena, por esse ângulo, a amplamente discutida imbricação entre a garantia de motivação e o contraditório. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero explicam que a fundamentação das decisões judiciais, quando observada, especialmente, no momento de prolatar a sentença, representa o ato culminante do contraditório, isto é, o derradeiro momento de manifestação do contraditório (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 510).

Adicionalmente, asseveram os autores supradestacados que, ao tempo em que se compreendia o contraditório em um sentido fraco, o qual se referia exclusivamente à atuação das partes, a atividade desenvolvida por estes sujeitos processuais não possuía a relevância que hoje representa para o proferimento de decisões judiciais (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 510). É que, realmente, entendia-se que era simplesmente suficiente a constatação da inexistência de contradição entre a parte dispositiva da sentença e o corpo da fundamentação de fato e de direito. Contudo, sob uma perspectiva que leva em conta o contraditório em toda a sua efetividade, a qual, segundo tais doutrinadores, corresponderia ao sentido forte de tal garantia, o poder de influência das partes sobre o julgador e, por conseguinte, a motivação a respeito das razões suscitadas pelas partes ganham uma amplitude infinitamente maior.

Cabe aqui fazer algumas ressalvas em relação à garantia do contraditório, cujo entendimento doutrinário nem sempre tem correspondido à essência daquilo que foi lecionado pelo mais ilustre estudioso do tema, a saber, Elio Fazzalari.

Consoante ensina Elio Fazzalari, a tradicional concepção de processo como relação jurídica²¹ apresenta-se defasada, visto que ignora o elemento vital que

²¹ Trata-se da teoria desenvolvida por Oskar Von Bülow em 1868, por meio da qual se tomava o processo como uma relação jurídica de direito público, diversa daquela estabelecida no âmbito do direito material,

transfigura o mero procedimento em processo (FAZZALARI, 2006, p. 111). Esse elemento se traduz rigorosamente no contraditório, o qual fomenta a construção de uma estrutura dialética do procedimento. Segundo tal autor, a formatação do contraditório se resume nos seguintes elementos:

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (FAZZALARI, 2006, p. 119).

O contraditório, na doutrina de Elio Fazzalari, encontra-se visivelmente reforçado e mais robusto. Anteriormente entendido em seu aspecto fundamental de “*audiatur et altera pars*”, a mencionada garantia ganhou vultosas proporções ao se consubstanciar em algo maior que a mera bilateralidade de audiência das partes, elevando-se à concepção de igualdade jurídica que impõe, no processo, um combate procedimental sob a égide da paridade de armas (GONÇALVES, 2001, p. 119).

Ademais, o contraditório, ao submeter o próprio magistrado a sua observância, passa também a ser entendido como “*garantia de participação e influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional*” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 91)²². Dessa maneira, o juiz se encontra vinculado à atividade processual das partes, que limita a matéria cognitiva do processo. Isso representa um enorme ganho para os sujeitos processuais, os quais, a princípio, jamais podem ser surpreendidos pelo julgador por questões não postas à apreciação.

É importante sublinhar que o contraditório espelha uma decorrência lógica da própria estrutura jurisdicional. Destacam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, que o Estado moderno, ao avocar para si a

entre juiz, autor e réu, em que se ligam tais sujeitos em um nexos que atribui a cada um poderes, direitos e deveres. Conforme explica Rosemiro Pereira Leal, tal teoria teve como um de seus principais defeitos desenvolver uma problemática conexão entre processo e jurisdição, estipulando ao primeiro o cumprimento de escopos metajurídicos que acabaram por ensejar práticas que, com o intuito de supostamente pacificar a sociedade, exacerbavam os limites estabelecidos no ordenamento (LEAL, 2014, p. 84).

²² Importante ressaltar que não se entende, neste trabalho, que a influência derivada do contraditório deva ser compreendida no sentido de simples influência, isto é, mera inspiração ao julgador. Todo o oposto. A influência precisa ser tomada no sentido de estrita vinculação, estando o magistrado obrigado a obrar com específica pertinência à atuação das partes.

tarefa de exercer a jurisdição, em substituição à possibilidade de realização de justiça pelas próprias mãos, transferiu ao Poder Judiciário a tarefa de julgar os conflitos que surgem no seio da sociedade (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2012, p. 31).

Se a designação de um terceiro, representante do Estado, para o julgamento do caso concreto é uma imposição estatal, nada mais natural que atribuir ao julgador uma série de obrigações como forma de compensar a impossibilidade de autotutela, dentre as quais se pode destacar a própria observância ao contraditório, já que inimaginável a situação de um terceiro julgador que ignora os argumentos das partes que se submetem, obrigatoriamente, à sorte da jurisdição.

Outrossim, imprescindível destacar, no que diz respeito ao aspecto endoprocessual da garantia de motivação das decisões judiciais, que se trata de elemento primordial para que o processo se desenvolva de forma logicamente concatenada com base na atividade procedimental das partes. Como garantia de influência e não surpresa, o contraditório rechaça com veemência a possibilidade de uma eventual participação dos sujeitos processuais de maneira meramente fictícia, o que gera obrigatoriamente uma ressonância para a fundamentação da decisão judicial (NUNES; et al., 2011, p. 81).

Nesse sentido, Luigi Paolo Comoglio, citado por Dierle Nunes et al., afirma que o contraditório faz nascer o direito de “[...] *pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as duas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento de prolação da decisão*” (NUNES; et al., 2011, p. 81). Em virtude de tal obrigação, a motivação da decisão judicial traz a lume o contraditório, pois determina que o magistrado apresente toda a atividade processual praticada pelas partes que pretenda influenciar sua decisão.

Daí, então, a existência da garantia de fundamentação em sua faceta eminentemente processual, uma vez que enseja a confirmação de que o magistrado analisou devidamente as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes ao longo do processo.

Não obstante a ênfase que se dá à conexão entre o contraditório e a motivação das decisões judiciais, é válido destacar que esta garantia também se relaciona intimamente com diversas outras garantias de natureza processual. Aury Lopes Jr. bem elucida essa questão ao afirmar que a fundamentação das decisões judiciais, além de servir de importante mecanismo de controle do raciocínio desenvolvido pelo julgador, permite que as partes verifiquem concretamente a plena obediência às regras do devido

processo penal (LOPES JR., 2014, p. 229). Na medida em que se exige do julgador uma ampla exposição da matéria levada a sua cognição, permite-se que os demais sujeitos processuais observem cumprimento das imposições legais.

Em suma, a motivação como garantia processual vai ainda mais além. Ela garante, em última instância, a confirmação de que “*a racionalidade prevaleceu sob o poder*” (LOPES JR., 2014, p. 229) e de que o *decisum* não se consubstancia em mera expressão da vontade pessoal do magistrado calcada em elementos alheios ao Direito (GOMES FILHO, 2013, p. 64).

Nesse ponto, reside uma questão de extrema relevância para a presente pesquisa. É que a garantia de motivação pretende assegurar, ainda que possa soar por demasiado óbvio, que a decisão jurídica esteja em conformidade com o Direito. Por mais estranho que possa ecoar, basta lembrar um pequeno aspecto que torna a afirmação pertinente: a falibilidade humana, por certo, também aflige os membros do Poder Judiciário, onde, como sói ocorrer em qualquer outra esfera da vida humana, erros de avaliação acontecem com frequência, os quais somente podem ser evitados por intermédio da criação de mecanismos rigorosos de controle de decisão.

Aliás, é necessário consignar que, embora a garantia de motivação se consubstancie em importante meio de controle da correção das decisões judiciais, bem como de afastamento de eventuais razões de decisão não calcadas no ordenamento jurídico, é evidente que não se pretende, de forma alguma, eliminar por completo os mencionados defeitos. De acordo com Aury Lopes Jr., não se deve ter temor algum de assumir que decisões judiciais envolvem sentimentos, não havendo que se falar em uma já superada separação estanque entre razão e emoção (LOPES JR., 2014, p. 1.142).

O magistrado, nesses termos, deve ser entendido como um ser-no-mundo, cuja “*compreensão sobre o caso penal (e a incidência da norma) é resultado de toda uma imensa complexidade que envolve os fatores subjetivos que afetam a sua própria percepção do mundo*” (LOPES JR., 2014, p. 1.142). Consequentemente, a falibilidade do julgador sempre configurará como uma possibilidade, sendo que, uma vez consumada, a sua correção poder-se-á realizar em função da garantia de motivação das decisões judiciais, que visibiliza o equívoco cometido e, a partir desse momento, torna viável a efetivação do contraditório e a chance de interposição de recurso.

Diante disso, a garantia de motivação de decisões judiciais, em seu viés processual, cumpre relevantíssima função no que diz respeito ao assunto das provas e, por conseguinte, ao livre convencimento motivado. A fundamentação, como mecanismo

de controle de atos de poder, propicia que as partes fiscalizem o (in)efetivo exame dos fatos pelo magistrado, cujas conclusões necessariamente passarão pelas provas, as quais fornecem o subsídio necessário para analisar os pedidos formulados pelas partes.

Desse modo, o controle da racionalidade da fundamentação esposada na decisão judicial engloba o monitoramento do acerto não só da aplicação das normas jurídicas, mas também da conclusão referente ao valor das provas colhidas, de modo que, em tal ocasião, far-se-á possível aos envolvidos no processo verificar a obediência ao sistema de provas consagrado no ordenamento.

No caso do livre convencimento motivado, à míngua de valores preestabelecidos no ordenamento jurídico para a prova produzida, a avaliação será deslocada para a fundamentação concreta adotada pelo magistrado da causa, o qual deverá, em virtude do que dispõe o art. 93, IX, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), exhibir, de maneira clara, os valores atribuídos aos elementos probatórios colacionados nos autos, de modo a explicitar as razões pelas quais considerará que certas provas são mais robustas que outras.

Em vista de todo o exposto, dever-se-á, quando considerado o livre convencimento motivado, compreender-se o elemento limitador de motivação de acordo com o conteúdo ora exibido, levando-se em conta a perspectiva política da fundamentação, representativa da eficácia democrática da persuasão racional, e, ainda, a faceta endoprocessual da motivação, tomada como imprescindível meio de controle da racionalidade da decisão judicial.

4. A PROVA COMO LIMITE AO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR

O livre convencimento motivado se insere no âmbito da teoria das provas no processo penal. Conforme dito anteriormente, a persuasão racional consiste em um sistema de avaliação dos valores das provas, os quais, ao contrário do modelo de tarifação, não se encontram predeterminados no ordenamento. Dessa maneira, o peso de um elemento probatório depende, no livre convencimento motivado, da apreciação a ser realizada pelo magistrado, ao qual incumbirá a tarefa de definir quais elementos deverão ser considerados preponderantes para o provimento ou não dos pedidos formulados.

Para fins de delimitação do conceito de livre convencimento motivado, faz-se imprescindível uma breve análise da noção de prova, haja vista que aquele sistema se debruça nesta, definindo a exata extensão do material em que operará a persuasão racional. Nesse sentido, a prova é um dos limites impostos ao livre convencimento do julgador, demarcando o conteúdo sobre o qual versará o processo penal.

4.1. A relação entre provas e fatos

A temática das provas é uma constante no Direito, haja vista a enorme importância que assume para essa área. Bem observa Leonardo Greco que paira na sociedade a ilusão de que o indivíduo que dispõe de um direito, ao acionar o Judiciário para a materialização deste, certamente receberá do Estado a tutela jurisdicional necessária (GRECO, 2005, p. 213).

Contudo, da existência de um direito até o provimento jurisdicional favorável, há um enorme caminho, uma vez que a preservação da prerrogativa invocada não depende pura e simplesmente da disposição legal que o abona, mas também da efetiva demonstração de que, naquele caso concreto, os fatos levados ao juízo apontam cabalmente para a veracidade de sua alegação e, por conseguinte, para a procedência do pedido. Nesse espeque, deve-se ressaltar que o Direito²³ possui uma íntima conexão

²³ Observar que, neste parágrafo, ora se utilizou o termo “direito” com a inicial maiúscula, ora com a inicial minúscula. Sem pretender encetar uma discussão acerca do seu significado, mormente por se tratar de controvérsia altamente polêmica e que recebe os mais diversos tratamentos doutrinários, opta-se por utilizar a nomenclatura “Direito” para designar o objeto da ciência jurídica, tradicionalmente indicado como o conjunto de normas jurídicas (*norma agendi*) e a palavra “direito” para se referir ao aspecto subjetivo da regra jurídica (*facultas agendi*) (MATA-MACHADO, 2005, p. 46).

com os fatos, de modo que a prova assumirá papel de protagonista no processo como condição de possibilidade de substancialização do pleito da parte.

A importância é tamanha que, nas palavras de Alessandro Giuliani, citado por Leonardo Greco, a ciência jurídica reduzir-se-ia a uma ciência das provas, de sorte que o direito nem mesmo possuiria uma existência autônoma em relação a tais elementos (GRECO, 2005, p. 215).

Jeremy Bentham também foi igualmente capaz de aclarar a magnitude dos fatos na esfera do Direito. Afirma o aludido autor que a decisão a ser proferida por um magistrado quando um particular recorre ao Judiciário pode se dar com referência a uma questão de fato e/ou a uma questão de direito. No que tange ao ponto fático, cuida-se de checar se o evento submetido à apreciação é verdadeiro ou não. Já em relação à *quaestio juris*, trata-se de saber qual é a lei, direito ou obrigação que se impõe em uma situação concreta (BENTHAM, 1825, p. 3).

No caso do Direito Penal, explica Jeremy Bentham que a mesma lógica é seguida, na medida em que, no processo penal, decide-se se um determinado fato, designado de delito, resta ou não provado, de forma a se verificar se o indivíduo que figura na qualidade de réu deve sofrer ou não a pena cominada para a prática do crime (BENTHAM, 1825, p. 3). A conclusão a que se chega, portanto, depende da demonstração de um fato, o que se dá exatamente por meio da produção de provas.

Não obstante a separação entre fato e direito seja invocada reiteradamente, a distinção consiste em tarefa árdua, não havendo um consenso doutrinário. É que, apesar de ser intuitiva a diferenciação, os seus limites são extremamente obscuros, não sendo raros os casos em que não se sabe afirmar, com exatidão, se a matéria se trata de questão fática ou jurídica. Michele Taruffo já advertiu que:

Alguma incerteza decorre do já tradicional problema de distinguir as <<questões de fato>> das <<questões de direito>>, uma distinção que pode ser traçada de várias maneiras e com consequências diversas. Outras fontes de incerteza podem derivar, ainda, da inevitável, porém complexa, conexão entre fato e direito no contexto da tomada de decisão judicial, uma vez que o <<fato em litígio>> somente pode ser identificado de acordo com a norma jurídica usada como critério para decidir. Problemas outros surgem porque os fatos podem ser definidos de formas distintas por normas jurídicas que são tomadas como fundamento para a decisão, nas quais um determinado <<fato>> é tomado como premissa para uma consequência jurídica [...] (TARUFFO, 2014, p. 16-17).

Malgrado seja dificultoso traçar as fronteiras da mencionada discriminação²⁴, Michele Taruffo insiste que, de toda sorte, é sempre possível vislumbrar uma dimensão eminentemente empírica, ainda que envolva de questões jurídicas e valorativas, razão pela qual as “[...]proposições fáticas podem ser verdadeiras ou falsas: portanto, são o objeto apropriado da prova judicial, esta concebida como meio para estabelecer a verdade dos fatos em litígio.” (TARUFFO, 2014, p. 19).

Isso posto, a princípio, quando se está a tratar da temática das provas, discute-se, em especial, a matéria fática que arquiteta o objeto a ser discutido em sede de cognição processual. A prova, por se vincular à exposição dos fatos, não se confunde, em tese, com a discussão primordialmente jurídica, ainda que se saiba que tal diferenciação não comporta uma separação estanque.

Nesse esboço, é possível uma melhor visão a respeito do campo de atuação do livre convencimento motivado, o qual, enquanto sistema de valoração de provas, circunscrever-se-á, *a priori*, à apreciação da matéria probatória, sobre a qual o magistrado possui liberdade para afirmar²⁵ quais elementos conformam a versão que, no seu entendimento, corretamente explana os fatos que ocorreram. Assim, ultrapassada a parte atinente às circunstâncias fáticas, é imprescindível elucidar a relação que tal sistema possui com a noção de verdade.

4.2. A relação entre provas, verdade e retrospecção

Noutro giro, além da conexão das provas com a perspectiva de “demonstração de fatos”, é possível vislumbrar que a comprovação da matéria fática sempre se apresenta acompanhada da ideia de atingimento de uma verdade acerca dos fatos. Em outros termos, não tem a produção de prova apenas o objetivo de pura e simplesmente

²⁴ Vale trazer à baila também a lição de Lenio Luiz Streck, que, fundado nos ensinamentos de Hans-Georg Gadamer e Antônio Castanheira Neves, reprova uma separação estanque, já que “A applicatio hermenêutica de que fala Gadamer – porque não se interpreta por partes – não quer dizer subsunção de um particular a uma universalidade/generalidade. A applicatio significa um salto para além dos dualismos metafísicos, como essência e aparência, palavra e coisa, texto e norma etc. A compreensão – que é um existencial – já é applicatio, unindo as partes do todo. Não há uma questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato e vice-versa. A atribuição de sentido (Sinnggebung) dar-se-á nessa fusão, nessa síntese hermenêutica” (STRECK, 2014a, p. 331).

²⁵ Como será manifestado no item referente aos problemas da limitação de adstrição às provas, a relação entre provas e fatos possui uma consequência ainda maior, pois se questiona de qual fonte podem advir as circunstâncias fáticas passíveis de debate. Na linha do raciocínio que vem sendo exposto, será explanado que o contraditório e a imparcialidade, aliados ao sistema acusatório, impõem ao magistrado que se vincule essencialmente às alegações fáticas trazidas pelas próprias partes, sob pena de deturpação do modelo democrático de processo penal.

assinalar fatos, mas também a pretensão de que o seu conteúdo seja suficientemente robusto para amparar versão sustentada pela parte-intérprete, cujo objetivo é de fazer com que a sua compreensão prevaleça como verdade.

A esse respeito, Francesco Carnelutti afirma o seguinte:

O juiz, com efeito, ao julgar, quer saber o que houve, além do presente, no passado da pessoa a quem se julga, e o que haverá em seu futuro: se ele cometeu ou não um certo delito e se uma certa pena valerá ou não aos fins de prevenção e da repressão. O juízo é, em definitivo, uma espécie de salto além, mas para saltar é necessário algo firme sob os pés. Este algo firme é o *presente*, do qual se argüi aquele desconhecido passado ou futuro; a isto se faz referência quando se fala em provas. (CARNELUTTI, 2005, p. 14).²⁶

Desenvolvendo a conexão da noção de prova ao conceito de presente, Francesco Carnelutti explica que este se consubstancia naquilo que está diante do observador, aquilo que “*cai sob seus sentidos*” (CARNELUTTI, 2005, p. 14). Percebe-se que o referido jurista liga a definição de prova àquilo que se percebe, à realidade apreensível pelo ser humano. Por isso, define posteriormente as provas como “*objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar*” (CARNELUTTI, 2005, p. 17).

A necessidade de apreensão da realidade pelo magistrado indica que o assunto das provas não pode prescindir da análise da questão da verdade. Como explicam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a ideia de prova traz à baila a problemática referente à descoberta da verdade (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 243).

A ideia de prova, para além da apreensão pelos sentidos, como demonstração da verdade também se faz fortemente influente na teoria desenvolvida por Francesco Carnelutti. Afirma este autor que o presente, como elemento passível de captação pelos seres humanos por meio da observação, envolve a comprovação da existência de um fato. Essa existência, pontua o doutrinador italiano, ao estar fundada na sensação humana, pode ser designada de certeza, “*que quer dizer, pois, simplesmente um ser visto (certum, de cernere) ou, em geral, percebido*” (CARNELUTTI, 2005, p. 15).

²⁶ Vale enfatizar que o entendimento exposto por Francesco Carnelutti nesse trecho não se coaduna com a visão que se adota neste trabalho, na medida em que o magistrado, em um modelo democrático de processo penal, não está autorizado a conjecturar em torno da possibilidade da utilidade de uma pena para fins de prevenção a delitos nesses termos, postura essa que equivaleria a estatuir escopos meta-jurídicos de natureza instrumental para o processo. Tal questão será trabalhada na parte dedicada à síntese da análise crítica do livre convencimento motivado.

Igualmente não destoia o entendimento de James Goldschmidt. Ao lecionar quanto aos atos de obtenção a serem praticados pelas partes durante o processo, explica o autor que as contribuições de prova, enquanto espécie de ato de obtenção, tem como finalidade precípua “*convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato*” (GOLDSCHMIDT, 2004, p. 101), o que novamente denota ser lugar comum na doutrina vincular as provas judiciais à noção de verdade.

Não se pretende, neste trabalho, trabalhar a fundo toda a complexidade da temática da verdade no processo penal. Em que pese se tratar de questão crucial, cuja análise bastante equivocada feita por determinado setor doutrinário tem trazido devastadoras consequências para a prática processual criminal, demonstrar-se-ão, de maneira bastante breve, algumas observações pertinentes a esse debate.

Tradicionalmente, a maior parte da doutrina se posicionava, em um sentido ainda defendido por vários autores, que o processo penal tem como objetivo principal a busca da verdade real. De acordo com essa ideia, o fenômeno do processo criminal guia-se por um objetivo maior, que se consubstancia no fato de que a sequência de atos do procedimento visa precipuamente à reconstituição da verdade exata, de tal sorte que a reprodução processual dos fatos, por meio das provas carreadas aos autos, corresponda com perfeição àquilo que ocorreu no mundo fenomênico.

Nesse sentido, afirmava Fernando da Costa Tourinho Filho que:

A função punitiva do Estado, preleciona Fenech, só pode fazer-se valer em face daquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto, o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença.

[...]

De fato, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal, tal qual está no nosso ordenamento, o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições perpetrou, para dar base certa à justiça. (TOURINHO FILHO, 2010a, p. 58-59).

A teoria da verdade real se sustenta, segundo as lições de Felipe Martins Pinto, na teoria da verdade como correspondência (PINTO, 2012, p. 79). Com fulcro nessa visão filosófica, estatui-se uma correspondência entre a pretensão cognitiva e a realidade fática, de modo a tornar viável uma representação de fenômenos idêntica àquilo que ocorre no plano fático. Menciona-se, como fundamento dessa teoria, o antigo brocardo “*adequatio et intellecto rei*”, que intenciona afirmar a possibilidade concreta de

uma perfeita compatibilização entre as representações mentais e a coisa considerada em sua realidade ontológica.

Ocorre que a verdade real possui uma série de problemas, a começar pela sua insustentabilidade no plano filosófico, há muito já denunciada por diversos autores. Lenio Luiz Streck, por exemplo, tece fortes críticas à verdade real ao afirmar que se trata de perspectiva que, ao defender a verdade em um sentido ontológico, passível de apreensão exata por meio dos sentidos, incorre em um ângulo da metafísica clássica já superado (STRECK, 2012a, p. 208).

Nesse sentido, afirma o autor que:

Assim, conforme Luis Alberto Warat e Rosa Maria Cardoso da Cunha, a afirmação de que o juiz pode desvendar e reproduzir, no plano do conhecimento, a verdade inscrita na realidade implica duas teses: a primeira insistiria que a verdade que proclama é dado extraído da realidade, purgado dos elementos de distorção que o envolvem, contemplado pelo juiz e reproduzido na forma de um conceito; a segunda afirmaria que, não sendo esta verdade um conceito produzido sobre a realidade, mas, fundamentalmente, a revelação da essência de determinadas situações materiais, tal revelação consistiria na própria reprodução do real. Assim, a “declaração” do real (enfim, da verdade material) não estaria contaminada, condicionada pelo instrumental analítico do juiz, por sua formação teórica e pela particular situação histórica em que está imerso. Ora, complementam Warat e Cunha, conhecimento não é idêntico à matéria ou ao concreto que é o seu objeto! (STRECK, 2012a, p. 208).

Ademais, não bastasse a insustentabilidade filosófica da verdade real, é importante observar que esta tem sido utilizada historicamente para fortalecer uma visão inquisitorial do processo penal, por meio da qual o magistrado estaria autorizado a se engajar ativamente na produção de provas. Para ilustrar esse ponto, destaque-se a lição de Guilherme de Souza Nucci, segundo o qual:

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente. Note-se o disposto nos arts. 209 ("o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes", grifamos), 234 ("se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível"; grifo nosso), 147 ("o juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade", grifamos), 156 ("a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: 1- ordenar, mesmo antes de iniciação da ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; 11- determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante" grifamos), 566 ("não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração

da verdade substancial ou na decisão da causa", destaque nosso) do Código de Processo Penal, ilustrativos dessa colheita de ofício e da expressa referência à busca da verdade real. (NUCCI, 2012, p. 56).

O viés inquisitorial do trecho acima é claro: autoriza-se o magistrado a abandonar a inércia característica da jurisdição para passar a realizar ampla gestão da prova, elemento este fulcral para se verificar o efetivo respeito às linhas essenciais do sistema acusatório (COUTINHO, 2009, p. 109).

Sem promover incursões mais complexas no tema, resta suficiente, por ora, afirmar que o entendimento aqui adotado rechaça a teoria da verdade real. A verdade no processo penal tem de ser entendida em um contexto em que se compreende plenamente as limitações que condicionam a atividade do ser humano enquanto magistrado e partes, de modo que a verdade deve ser concebida como uma construção, por meio da atividade processual, de um resultado marcado pelo absoluto respeito às regras do devido processo legal, sendo inviável se perseguir uma perfeita correspondência entre o resultado do provimento judicial e a realidade ontológica dos acontecimentos (PINTO, 2012, p. 149).

A prova, enquanto elemento que subsidiará a construção da verdade do processo penal, deve ser entendida no contexto ora exposto, em que a verdade consistirá na construção de uma versão judicial condicionada aos direitos e garantias fundamentais e aos preceitos normativos concretizadores do devido processo penal. É a verdade democraticamente edificada que se pretende ver formada por meio das provas judiciais. Não há que se falar, ainda, em prova em um sentido neutro, pois a sua produção, que é derivada de um processo de compreensão, é situacional (GADAMER, 2013, p. 405)²⁷, condicionada à visão das partes-intérpretes que determinam a sua forma de elaboração e, ainda, as conclusões que podem ser dela extraídas.

Demais disso, como elemento imprescindível para a construção da verdade, o tópico das provas acaba por envolver uma tarefa que lida com os fatos de forma

²⁷ Hans-Georg Gadamer, partindo da noção de estrutura prévia de compreensão desenvolvida por Martin Heidegger, aduz que “*Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos [...]*” (GADAMER, 2013, p. 405). Vê-se, portanto, que todo raciocínio levado a cabo pelo ser humano se faz dentro da linguagem e, dessa maneira, é sempre situacional, condicionado a compreensões prévias que exercem importante função na captação dos sentidos. De igual forma, a produção de provas se insere nesse contexto de limitações, de modo que a sua produção nunca é neutra, e sim parcial, imersa em uma série de pré-juízos daqueles envolvidos em sua elaboração.

retrospectiva. Nessa linha, avalia Aury Lopes Jr. que existe um paradoxo ínsito à atividade levada a cabo pelo Poder Judiciário:

[...] um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver o passado. (LOPES JR., 2014, p. 576).

A retrospectiva inerente à atividade probatória possui íntima relação com a verdade real, diga-se de passagem. Considerando que a prova produzida judicialmente guarda um inevitável distanciamento temporal em relação aos fatos, novamente ressurgem a impossibilidade de se alcançar uma verdade em um sentido material. É que, além da falibilidade das sensações humanas e a impossibilidade de reprodução da realidade tal qual ela se deu no mundo fenomênico, o distanciamento temporal acaba também por se consubstanciar em mais um obstáculo natural para a reprodução absolutamente fidedigna da narrativa, que deverá ser reconstruída com base nas evidências que ainda restam.

Portanto, o conceito de prova envolverá, neste trabalho, a dimensão de construção de uma verdade dos fatos calcada no respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão e nas regras processuais, por meio da qual se procederá à reconstrução das circunstâncias fáticas de forma retrospectiva, ciente da inviabilidade de se atingir a reelaboração perfeita dos acontecimentos. É essa, então, a verdade que deverá ser confrontada com o livre convencimento do julgador.

4.3. O conceito, a função e o objeto da prova

Com base nas ideias de verdade e retrospectiva dos fatos, inúmeros autores já forneceram as mais variadas definições de prova. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ressaltam que o vocábulo “prova” é polissêmico:

Cabe advertir, também, que a palavra ‘prova’ pode assumir diferentes conotações não só no processo civil, mas também em outras ciências. Assim é que pode significar inicialmente os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, sendo possível assim falar em prova documental, prova pericial etc. Também pode essa palavra representar o procedimento através do qual aqueles instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo; esse é o espaço em

que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a ideia da atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos (percepção, dedução e indução, no dizer de Proto Pisani). E, finalmente, tem-se como prova, ainda, o resultado da atividade lógica de conhecimento. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 249).

O vocábulo “prova” tem origem latina, provinda do termo “*probatio*”, o qual possui como significado aprovar, persuadir alguém sobre algo (ALVIM, 2015, p. 255). Francesco Carnelutti, a título de exemplo, com base nos conceitos de experiência e certeza destacados anteriormente, define as provas como “*objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar*” (CARNELUTTI, 2005, p. 16). São, em vista disso, elementos que comprovam os fatos e que se destinam a cumprir uma tarefa de convencimento acerca do *thema decidendum*.

Cândido Rangel Dinamarco, de forma bastante semelhante, define prova a partir da ideia de “demonstração”, a qual se trata de ato praticado pelas partes com intuito de dar conhecimento dos fatos ao juiz, figura que, por disposição legal, deve, a princípio, ignorar os acontecimentos. Nesse diapasão, afirma o autor que:

Prova é a demonstração e provar é demonstrar. [...] dada a institucionalizada ignorância do juiz quanto aos fatos relevantes para o julgamento, é indispensável dotar o processo de meios capazes de tirar o seu espírito do estado de obscuridade e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a qual julgará. Essa representação é o *conhecimento da realidade fática* e esses meios, em conjunto, compõem a *instrução probatória* (*supra*, n. 774). O resultado a ser obtido mediante a instrução probatória é o conhecimento dos fatos e conseqüente firmeza para proferir a decisão. Na dinâmica do processo e dos procedimentos, *prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante os quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento*. (DINAMARCO, 2009, p. 42).

A prova aparece, então, como resultado de uma atividade levada a cabo pelos sujeitos processuais. Tais atos possuem o fito de delimitar o tema que será decidido no processo. Cuida-se, assim, da demarcação da área em que se dará a cognição no feito, precisando os estreitos limites em que se efetivará o debate, sob a égide do contraditório, entre as partes, bem como o quadro fático em que operará o juiz ao julgar.

Importante destacar que, enquanto exposição de fatos, as provas não se confundem com os fatos provados. Isso porque, na situação de pendência de julgamento, os fatos não se encontram devidamente estabilizados (GRECO, 2005, p. 229). Desse modo, até o momento em que a decisão judicial define o acerto, os elementos que se pretendem ver efetivamente provados podem ser alvo de uma série de

questionamentos pelas partes e pelo magistrado, de sorte que somente podem ser enquadrados na categoria de objeto da atividade probatória²⁸.

Por isso, fala-se com extrema frequência na doutrina em provas como fatos probantes (GRECO, 2005, p. 229), os quais devem ser entendidos como fatos representativos de uma realidade que ambiciona ser afirmada e confirmada quando do julgamento definitivo.

A partir das definições de provas, é também possível vislumbrar as funções detectadas pelos doutrinadores. Esse ponto se refere a uma questão fulcral, haja vista que, ao se identificar a finalidade precípua da produção probatória, torna-se possível estremar os princípios de natureza epistemológica²⁹ que guiarão o raciocínio lógico que deve ser efetuado quando o jurista está a tratar da teoria geral da prova, bem como das provas em espécie.

A clássica definição carneluttiana de prova, expressada anteriormente, segundo a qual as provas consistem em “*objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar*” (CARNELUTTI, 2005, p. 16), revela a finalidade precípua identificada pelo doutrinador: o fornecimento do subsídio necessário para que o magistrado realize a sua atividade jurisdicional e decida as questões a ele levadas pelas partes. De acordo com essa concepção, a atividade de produção de provas possui como destinatário final o juiz, o que implica dizer que tais elementos se destinam, em última instância, à formação do convencimento do julgador.

A ideia apresentada por Francesco Carnelutti é seguida com extrema frequência pela doutrina processual penal clássica, a qual enxerga uma estreita conexão entre as provas e a função desempenhada pelo sujeito que decide.

De se realçar, nesse ponto, que o entendimento da prova como elemento destinado ao convencimento do magistrado é consentâneo com as concepções clássicas da função do processo. James Goldschmidt, por exemplo, explica que a demonstração do fim do processo não pode se vincular às pretensões referentes ao direito material, sobre cuja existência se discute em seu bojo, sob pena de se incorrer em uma malfadada

²⁸ A observação é importante porque é possível encontrar, nas lições de alguns autores, afirmações no sentido de que a ausência de força persuasiva implicaria a confirmação de que isso não seria uma “prova”. Assim afirmou Malatesta, para quem “*Deriva daí que as provas, sem mais nada, ou geram o convencimento, e tem a eficácia e a verdadeira natureza da prova, ou não chegam a produzir o convencimento, e não merecem o nome de provas, não tendo a eficácia, nem a verdadeira natureza persuasiva delas.*” (MALATESTA, 1927, p. 89).

²⁹ Utiliza-se, nesse ponto, a palavra “princípio” no singular sentido de normas que organizam o estudo de uma determinada disciplina, permitindo-se a sistematização de seu conteúdo (OLIVEIRA, 2015).

e indesejável dependência do processo em relação àquele (GOLDSCHMIDT, 2004, p. 31).

Em face de tal problema, sugere James Goldschmidt que seja adotado o ensinamento de Wach, segundo o qual “*o processo é o procedimento cujo fim é a constituição da coisa julgada, ou seja, do efeito de que a pretensão do autor valha no futuro diante dos tribunais como juridicamente fundada ou não fundada*” (GOLDSCHMIDT, 2004, p. 31).

Perceba-se como a autonomização do direito processual acaba por sobrelevar a importâncias de questões de cunho tipicamente formal, tal como a coisa julgada, conforme trecho supratranscrito. O mesmo ocorre com a função das provas: entende-se por prova o elemento necessário para que o magistrado profira uma decisão judicial dotada da base fática. Em outros termos, as provas solidificam o substrato para o proferimento da decisão, de sorte a viabilizar que o processo se concretize e se consolide em coisa julgada.

Não obstante essa perspectiva formal tenha grande importância, tal qual será explanado posteriormente, trata-se de entendimento clássico da matéria ora abordada, que não encampa a complexidade do processo penal da atualidade, cuja operacionalização há de estar necessariamente vinculada à noção de direitos e garantias fundamentais. Essa ligação, que se pretende destacar, acaba por revelar algumas nuances da temática das provas que têm sido obnubiladas na visão dos doutrinadores e que possuem grande repercussão para o livre convencimento.

De toda forma, ultrapassada a questão referente à conceituação de prova, urge-se elucidar também o seu objeto. Este consiste no conteúdo da prova, naquilo que ela representa com referência à realidade.

Com respeito a isso, Francesco Carnelutti é certo ao asseverar que é imprescindível proceder-se a uma diferenciação entre “prova” e “tema da prova”. Um determinado fato, diz o autor, consubstancia-se em prova enquanto realiza a função de conhecer outro acontecimento, sendo que este, de seu turno, é um fato a ser conhecido, chamado de “tema da prova” (CARNELUTTI, 2005, p. 20).

Perceba-se da lição carneluttiana que não se pode confundir o “tema da prova” com a própria “prova”. Esta possui como objetivo justamente subsidiar a construção e a definição do tema da prova, isto é, o fato que se discute e cuja ocorrência se põe em dúvida.

Igualmente interessante é o adendo que fazem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. Segundo esses autores, as provas não se destinam a comprovar fatos, mas sim afirmações sobre estes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 249). Também em sentido semelhante, esclarecem Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, quanto ao objeto das provas, que “*a prova diz respeito aos fatos*” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2012, p. 386).

Com efeito, o fato, considerado em sua individualidade, possui uma independência autônoma, a qual se vê representada na forma de provas, cujo conteúdo, de seu turno, é dotado de afirmações relativas à natureza do citado fato. Busca-se demonstrar, portanto, a veracidade da alegação de fato, procedimento este que será desencadeado a partir de uma comparação entre ambos os elementos.

Assim, é inegável que, quando se discutem as provas judiciais, o debate está a tratar de fatos e, especialmente, de enunciados fáticos, já que aqueles, considerados em sua dimensão ontológica, já ocorreram no mundo fenomênico. Por isso, acerta Michele Taruffo ao explicar que, ao se falar na verdade de um fato, examina-se, na realidade, a veracidade de um enunciado atinente a esse fenômeno (TARUFFO, 2014, p. 19).

Diante do exposto, percebe-se que o livre convencimento trabalha diretamente com essas categorias, cuja compreensão será necessária para se avaliar, subsecutivamente, como tem atuado a persuasão racional.

4.4. Os meios de prova e as provas como resultado

Outra discriminação de suma importância para se alcançar uma definição mais apropriada de prova é aquela que segrega as noções de meio de prova e prova como resultado.

Michele Taruffo articula, nesse ponto, relevantes considerações, aduzindo como tal distinção se apresenta de maneira diferenciada nos sistemas de *common law*. Para o autor, em países como os Estados Unidos e a Inglaterra, a diferenciação carece de sentido, na medida em que se encontra precisamente traçado o limite entre os conceitos de “*evidence*”, entendido como elemento ou meio de prova, e de “*proof*”, considerado como prova enquanto resultado (TARUFFO, 2014, p. 33).

Por outro lado, nos sistemas de *civil law*, as terminologias empregadas abrem margem para o surgimento de imprecisões, tendo em vista que a palavra prova serve

para indicar “*tanto para a base, quanto para o resultado, tanto para a premissa, quanto para a conclusão do raciocínio probatório*” (TARUFFO, 2014, p. 33).

A diferenciação, nessa levada, assume grande relevo, pois, ao se tratar das provas, estará sendo abordado ora os dados em sua individualidade bruta, cujo conteúdo pode ser trabalhado e transformado em enunciados, ora as conclusões passíveis de extração dos referidos dados (TARUFFO, 2014, p. 33). Não se confundem, assim, a fonte de onde são retirados os subsídios necessários para formulação de enunciados fáticos com os produtos das inferências e raciocínios desenvolvidos sobre a fonte.

É perceptível que a distinção coloca em relevo um nexo de instrumentalidade entre os meios de prova e a prova como resultado. Como decorrência da primeira, alcança-se a segunda, de modo que se estabelece igualmente um liame de finalidade, em que o meio de prova aparece como instrumento que visa a alcançar certas provas como resultado. Por isso, Paulo Rangel assevera que o meio de prova é o “*caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou das coisas que as partes alegam*” (RANGEL, 2011, p. 426).

Em que pese o Código de Processo Penal brasileiro não fazer expressa referência ao conceito de meio de prova, a doutrina buscava com recorrência o significado no Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), o qual institui, confirmando os conceitos fornecidos pelos autores, que:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. (BRASIL, 1973).

A partir do dispositivo supratranscrito, afirma-se que há uma grande liberdade de admissibilidade de provas na ordem jurídica brasileira (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2012, p. 386). Isso porque podem ser admitidos como meio de prova, a princípio, quaisquer elementos, desde que moralmente legítimos. Não obstante isso, o próprio Código de Processo Penal, assim como o Código de Processo Civil, cuidou de apresentar uma série de meios de provas, também chamados de meios legais, que, em virtude de sua importância e consagração histórica no ordenamento pátrio, mereceram disciplina específica em lei. É esse o caso, por exemplo, da perícia e da prova testemunhal, expressamente disciplinadas, no que tange à matéria processual penal, no título sete do *Codex*.

De se destacar ainda que a inexistência de um sistema rígido de meio de provas se trata de opção política que claramente se afasta de uma perspectiva excessivamente formalista, incompatível com a própria dinâmica da sociedade, que, conforme é sabido, constantemente se inova e exige, por conseguinte, que o Direito a ela se adapte. Nesse sentido, vedar a possibilidade de se permitir a inserção no processo de meios de provas que não aqueles taxativamente previstos em lei revelaria incompatibilidade com as modificações que a todo tempo se produzem na comunidade. Por isso, afirma Humberto Theodoro Júnior que o art. 332 do Código de Processo Civil de 1973 se conforma às tendências da ciência processual e atende ao anseio da “*justiça social, lastreada na busca da verdade material, na medida do possível*” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 645)³⁰.

Desse modo, o livre convencimento operará também com esses conceitos, que são de vital importância para se compreenderem a extensão e os limites do citado sistema de valoração.

³⁰ Aqui há, novamente, a exposição de visão que não se coaduna com o posicionamento deste trabalho, vez que se cuida de clara tendência instrumentalista do processo, não compatível com a instrumentalidade constitucional do processo penal. Não obstante isso, tal trecho serve para demonstrar em qual fonte bebe a prerrogativa do magistrado de busca da verdade.

5. UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

5.1. Livre convencimento motivado como alternativa mais democrática?

A presente dissertação pretende efetuar não só uma análise do livre convencimento motivado tal qual ele se encontra disposto no ordenamento jurídico, mas, em especial, averiguar o tratamento que ele recebe na doutrina processual e confrontar esse entendimento com aquilo que se pretende fundar por meio de um processo penal de cunho democrático, nos moldes da Constituição.

Como apontado anteriormente, esta pesquisa possui como intuito verificar a hipótese relacionada a um questionamento pertinente ao livre convencimento, isto é, a persuasão racional é a que melhor se conforma a um modelo democrático de processo penal?

Não se põe em dúvida o fato de que a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) adotou expressamente um modelo democrático de Estado. Consoante explica Dalmo de Abreu Dallari, quando se fala em Estado Democrático, a referência que se faz é a uma ideia moderna de Estado, cuja função é a de concretizar determinados valores considerados fundamentais para a pessoa humana (DALLARI, 2009, p. 145).

A democracia consiste em uma forma de governo, a saber, corresponde a uma modalidade de organização e funcionamento do Estado, que, segundo leciona Paulo Bonavides, orienta-se em conformidade com alguns possíveis critérios:

[...] a) o do número de titulares do poder soberano; b) o da separação de poderes, com rigoroso estabelecimento ou fixação de suas respectivas relações; e c) o dos princípios essenciais que animam as práticas governativas e consequente exercício limitado ou absoluto do poder estatal. (BONAVIDES, 2009, p. 207).

Em que pese não haver um consenso quanto à definição de democracia, é inegável que, na atualidade, prevalece o posicionamento de que a escolha dos valores essenciais que norteiam a atividade do Estado é que indicará a sua forma de governo e, mais especificamente, se se cuida de uma democracia. Considerando-se que não integra o objetivo deste trabalho imergir no desenvolvimento histórico do mencionado conceito, optar-se-á aqui pela definição utilizada por Dalmo de Abreu Dallari, para quem a democracia hodiernamente é dirigida por três valores básicos, quais sejam, a supremacia

da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos (DALLARI, 2009, p. 145).

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 claramente agasalha os referidos valores ao dispor que o poder do Estado emana, em última instância, do povo³¹, bem como ao elencar em seu rol de direitos fundamentais a liberdade e a igualdade, assim como as garantias processuais, tal como a fundamentação das decisões e o contraditório. Quando a doutrina processual penal afirma que o livre convencimento motivado é o modelo necessário para a democracia, deve-se entender que tal sistema de análise de provas valoriza, mais do que as provas tarifárias e a íntima convicção, prerrogativas do cidadão de tal jaez, consideradas essenciais para a manutenção do Estado.

Investigar se o livre convencimento motivado é uma alternativa mais adequada em termos de valoração de prova implica questionar a interação deste com as normas essenciais de Direito Constitucional, que traduzem, quando globalmente consideradas, inegavelmente a opção por um sistema processual de natureza democrática, notadamente acusatório e que prioriza os direitos e garantias fundamentais. É checar, portanto, se o diploma legislativo hegemônico, a saber, a Constituição de 1988, tem a “[...] sua inteireza positiva, autoridade e uniformidade de interpretação [...]” preservadas (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 9) quando da aplicação do livre convencimento motivado em conformidade com o que prescreve a legislação, bem como em relação àquilo que leciona a doutrina especializada.

No que concerne às provas tarifárias, a incompatibilidade com o modelo democrático de processo residiria no engessamento da atividade do Poder Judiciário por ela alavancado. A apreciação das provas judiciais, quando vinculada a valores rigidamente fixados pelo ordenamento, não reflete a real complexidade da tarefa que é descobrir quais elementos de convencimento devem prevalecer. Haveria, até mesmo, incompatibilidades com o sistema inquisitório, cuja ferrenha busca pela verdade real também era prejudicada pela rigidez da tarifação (FLORIAN, 1976, p. 361).

Se, por exemplo, em um processo, a realização da prova pericial se revela absolutamente essencial, em outros, a prova testemunhal pode se apresentar como a mais adequada para a solução da controvérsia. Veja-se, por exemplo, o caso dos crimes

³¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

contra a dignidade sexual, nos quais a prova pericial pode consistir no elemento mais importante para o deslinde do conflito, permitindo, por exemplo, a identificação do material genético que culminará na elucidação da autoria, enquanto, em outras situações, a prova pericial pouco servirá, de modo que os testemunhos deverão ser considerados determinantes para fins de identificação do agente criminoso. A legislação, por óbvio, encontra-se absolutamente inviabilizada de descer às minúcias tratando dessas peculiaridades, já que impossível a predeterminação de todas as possibilidades de valor das provas.

Nos exemplos supracitados, não restam dúvidas de que a tarifação das provas solapa exatamente essa complexidade da valoração dos elementos de convicção, na medida em que enrijece uma atividade que, por características que lhe são inerentes, torna a taxaço inadequada. Isso porque se despreza o fato de que a valoração deve ser norteada por meio de raciocínios cujo desenvolvimento somente pode ser vislumbrado quando da avaliação de um caso concreto.

Por outro lado, a íntima convicção igualmente não satisfaz os requisitos necessários para se adaptar aos preceitos democráticos previstos nas constituições cidadãs contemporâneas. Inclusive, aqui a afronta à democracia parece ser ainda mais evidente que a impropriedade que ressaí da tarifação. É que a inexigibilidade de motivação representa exatamente o contrário daquilo que predica a democracia, que sobrepuja, além da própria garantia de fundamentação, princípios tais como a publicidade e o contraditório, completamente avessos a barreiras que tornam incontroláveis os atos de poder praticados pelo Judiciário.

De acordo com o que restou destacado anteriormente, uma das características mais marcantes do processo penal hodiernamente é o rígido controle que se impõe aos atos de poder. Um sistema garantista, por excelência, apregoa a observância de mecanismos de limitação como forma de evitar, ao máximo, que o cidadão sofra qualquer tipo de arbitrariedade, o que se revela particularmente possível em face da clara desigualdade na relação que se estabelece entre um indivíduo e o Estado que promove a persecução penal.

Demais disso, a democracia, em sua forma atual, igualmente não tolera decisões judiciais que sejam reflexo pura e simplesmente da vontade do magistrado, o qual, ao se encontrar introjetado em um Estado Democrático de Direito, deve fiel observância ao ordenamento jurídico, com especial atenção aos preceitos fundamentais constantes da Carta Maior, de sorte que os seus provimentos necessariamente devem se ancorar no

Direito e em raciocínios que possam ser aceitos pelos sujeitos afetados. É aí que surge o principal defeito da íntima convicção: um julgador que decide apenas em conformidade com a sua consciência, como autorizado em tal sistema, é um julgador que desconsidera a primazia da lei, que a toma como simples guia não dotado de normatividade. Decidir segundo a sua consciência, apenas, importa tornar o Direito absolutamente inócuo.

Dessa maneira, a partir do momento em que o livre convencimento motivado surge como uma espécie de sistema misto, que concilia as virtudes da tarifação e da íntima convicção e elimina as incompatibilidades destas, acaba surgindo sob a aparência de uma alternativa naturalmente viável para o processo penal. Por um lado, não prejudicaria a missão de alcançar a verdade, haja vista a conformação do fato não ser realizada por meio de um sistema bitolado de valores. Por outro, também não comprometeria a justeza da decisão, pois impede a ocorrência de arbitrariedades ao se determinar a motivação acompanhada de fundamentação racional.

Há que se destacar adicionalmente que a evolução histórica colabora significativamente para reforçar a impressão de inevitabilidade do livre convencimento motivado. No início deste trabalho, salientou-se a importância de se analisar criticamente a evolução histórica dos institutos jurídicos, haja vista pairar na ciência do Direito perspectivas de natureza claramente evolucionista, que tendem a considerar os conceitos elaborados mais recentemente como frutos de uma evolução progressiva de conceptualizações.

Não se nega, é claro, que o progressivo estudo no Direito possa fazer a doutrina jurídica evoluir. A evolução pode assumir, como, de fato, assume em diversas hipóteses, sentido altamente positivo, que reflete aquilo que há de melhor nos estudos e que alcança, de maneira mais satisfatória, os desígnios visados pelo Direito. No caso da motivação das decisões judiciais, por exemplo, é incontendível que o atual estado da arte ganhou conotação bastante diferenciada daquilo que se entendia antigamente por fundamentação das decisões judiciais, granjeando na atualidade um sentido mais consentâneo com a democracia, que exige que o magistrado explique detalhadamente, valendo-se de minuciosa apreciação das provas e das alegações produzidas pelas partes, qual versão retratada deverá ser considerada como a verdade processual para o caso concreto.

Não obstante seja possível vislumbrar essa linha de evolução positiva em determinados casos, o presente trabalho analisa se o livre convencimento motivado deve ser também considerado sob essa ótica, isto é, se se trata efetivamente de sistema de

apreciação de provas mais adequado para a democracia atualmente vivenciada no Brasil. Há que se verificar, portanto, se a opção adotada pelo legislador realmente fomenta os tão desejados benefícios decorrentes do acolhimento de um sistema de provas que, ao mesmo tempo em que concede liberdade ao magistrado para a apreciação dos elementos probatórios, cria uma série de limites ao exercício de sua atividade, em especial no que tange à imposição de restrição quanto ao objeto passível de apreciação, ou seja, determinando-se que o julgador se restrinja à análise daquilo que pode ser considerado como prova judicial, e, ainda, pela fixação da obrigação de exposição de fundamentação qualificada.

A inclusão do livre convencimento motivado no ordenamento jurídico pátrio segue uma tendência internacional do processo penal, assim como das demais espécies de processo, tal como o processo civil³². Não se trata, evidentemente, de uma alternativa acidental, mas de um instituto deliberadamente escolhido para reger um processo penal norteado pelo ideal democrático.

É extremamente fácil colher na doutrina processualística ensinamentos no sentido de que o livre convencimento motivado consiste no melhor sistema de provas para o Estado Democrático de Direito vigente no Brasil.

Esta é, aliás, uma lição que, segundo doutrinadores, poderia ser confirmada por meio do desenvolvimento histórico do processo penal, que, após a Revolução Francesa, teria rechaçado as provas tarifadas e empreendido críticas à íntima convicção. Dessa maneira, a predominância do livre convencimento motivado na Europa continental após o mencionado período, ao se fazer acompanhada do progressivo desenvolvimento de modelos de democracia contemporâneos, tem induzido a doutrina majoritária a afirmar que se estaria hoje em uma espécie de estágio final do desenvolvimento dos sistemas de apreciação de provas, no qual o livre convencimento motivado aparece como o único modelo viável, ainda que não esteja isento de algumas críticas.

Sem incorrer na rigidez da taxação, que levava a situações absurdas em que a somatória dos valores das provas não correspondia à mais adequada versão dos acontecimentos, e sem correr o risco de se transformar puramente no resultados dos desígnios íntimos e incontroláveis dos julgadores, o livre convencimento motivado seria o sistema que melhor se compatibilizaria com a inafastável liberdade decisória e com a

³² Michele Taruffo aduz que: “*O princípio da livre apreciação das provas rapidamente converteu-se, dessa forma, na regra fundamental que governa a decisão sobre os fatos. Atualmente, encontra-se praticamente em todos os códigos processuais dos países de civil law.*” (TARUFFO, 2014, p. 133).

impossibilidade de se reduzir a complexidade das provas a uma questão aritmética. Seria, ainda, um modelo plenamente capaz de conter as arbitrariedades judiciais, na medida em que impõe ao julgador o dever de motivação, por meio do qual se reivindica o proferimento de decisões de acordo com o Direito e que se realize uma racional análise dos fatos.

Para além da constatação dos limites inseridos no livre convencimento motivado, bem como da exposição dos conceitos de tais restrições, há que averiguar, em especial, como a prática jurídica tem lidado com essas noções. O saber teórico³³, à evidência, não pode ser averiguado sem a respectiva apreciação de como os juristas efetivamente aplicam a doutrina acerca do tema. Em outros termos, há que se inquirir mais profundamente se o livre convencimento tem correspondido às expectativas de adequada busca da verdade e de mitigação de arbitrariedades, de modo a apresentar-se como a melhor alternativa de sistema de valoração.

Desse modo, pretende-se encetar, nos próximos tópicos, uma reflexão que elucide se o livre convencimento motivado tem, de fato, correspondido às expectativas democráticas. Para tanto, far-se-á necessário averiguar como os limites inerentes ao aludido sistema têm funcionado, pois, como já se explicitou, a persuasão racional, ao consagrar a liberdade de apreciação, pretende-se afastar da íntima convicção, impondo o respeito a requisitos que eliminem o risco de ocorrências de arbitrariedade. Em primeiro lugar, far-se-á uma análise da limitação de adstrição às provas e, posteriormente, da limitação concernente à fundamentação.

5.2. O problema da limitação referente à vinculação do livre convencimento às provas judiciais

O livre convencimento motivado estabelece a possibilidade de uma tomada de decisão caracterizada pela liberdade de apreciação, a qual, contudo, deve se restringir a um objeto específico: as provas judiciais.

³³ A distinção entre teoria e prática é bastante recorrente no Direito, sendo ambas geralmente colocadas em contraposição. Adolfo Sánchez Vasquez explica que o termo prática encontra sua origem na palavra grega “práxis”, que designa a ação propriamente dita do ser humano (VASQUEZ, 1980, p. 19). Teoria, de seu turno, remonta a “*theoria*”, considerada como atividade especulativa (BERNSTEIN, 1999, p. 13). É certa a inviabilidade de uma separação rígida entre ambas (VASQUEZ, 1980, p. 261), o que, contudo, não impede que possam ser verificadas notas de distinção. No caso do Direito, é bastante recorrente essa questão, haja vista se apontar com frequência que a prática do Direito se distancia, por vezes, de forma extremamente considerável daquilo que a doutrina jurídica apregoa.

A observação, embora possa parecer simples, possui consequências de extrema importância. Em termos gerais, sob a égide de um processo penal de traços marcadamente imparcial e acusatório, é inadmissível que o julgador labore com material que não seja aquele decorrente da atividade processual realizada no feito. Ademais, é inegável que essa atividade processual deve decorrer eminentemente da iniciativa das partes em razão da inércia característica do poder jurisdicional, que, ao rechaçar uma atuação proativa do magistrado, impõe que este deva se cingir aos elementos trazidos pelas partes, sob pena de incorrer no indireto favorecimento a uma destas.

No entanto, apesar de a imparcialidade ser um princípio destacado por toda doutrina, o seu alcance encontra expressivas divergências entre os especialistas. Em particular, é alvo de intenso debate doutrinário o tema referente à produção probatória pelo juiz, que encontra dispositivos legais que disciplinam essa possibilidade de atuação³⁴.

Gustavo Badaró, por exemplo, posiciona-se no sentido de que não há incompatibilidade entre o sistema processual penal acusatório e a existência de um juiz dotado de poderes para, de ofício, determinar a produção de provas, haja vista que, de acordo com a sua visão, “*a essência do processo acusatório é a separação das funções de acusar, julgar e defender*” (BADARÓ, 2003, p. 148), asseverando, inclusive, não haver relação entre as faculdades de produção de provas com o princípio dispositivo. Esse posicionamento é o que corresponde ao que pensa a maioria³⁵ dos doutrinadores brasileiros, que não veem inconstitucionalidade nos dispositivos pátrios que concedem ao magistrado a iniciativa probatória.

³⁴ O dispositivo mais controverso do Código de Processo Penal sobre essa matéria é o art. 156, que concede ao juiz a iniciativa de produzir provas, o que levanta sérios questionamentos em face da questão referente ao sistema acusatório e da gestão da prova ressaltados anteriormente. A redação é a seguinte: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (BRASIL, 1941).

³⁵ Corroborando a possibilidade de produção de provas, Julio Fabrini Mirabete afirma que “*Não é, porém, absoluta a regra de que o ônus da prova cabe à parte que fizer a alegação, pois o juiz pode determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, como pode também ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade [...]*” (MIRABETE, 2000, p. 413). De igual maneira, também sublinha Edilson Mougnot Bonfim acerca do art. 156, I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) que “[...] se, por um lado, o juiz não pode, de ordinário, ser transformado em investigador ou acusador, produzindo, sem critérios e sponte sua, as provas que são de incumbência das partes, por outro lado não pode ser transformado em mero conviva de pedra, assistindo impávido a colossal injustiça, como espetáculo prenunciado de ineficácia do processo penal[...]” (BONFIM, 2012a, p. 310).

Ocorre que as disposições relativas à produção de provas também encontram forte resistência de uma parte da doutrina, em especial aquela que sobreleva a importância da preservação de um sistema de notas eminentemente acusatórias. Salah H. Kahled Jr., a título de exemplo, rejeita veementemente a admissão de poderes instrutórios ao magistrado, contestando, inclusive, aqueles que sustentam a sua possibilidade somente em hipóteses residuais e excepcionais, pois, no entender do referido autor, esse tipo de atividade se revela flagrantemente danoso ao réu, violando a paridade de armas que deve imperar no processo, bem como o princípio *in dubio pro reo*, que determina que, na hipótese de ausência de provas, a solução correta é a absolvição, e não a complementação probatória (KHALED JR., 2013, p. 151).

De toda sorte, ainda que existam as mencionadas divergências, é assente na doutrina a afirmação de que, quer seja na perspectiva acusatória que repele a postura proativa do magistrado na produção probatória, quer seja na visão de que o julgador pode, em certa medida, ter a iniciativa de produção de elementos de convicção, a apreciação deve sempre se circunscrever àquilo que, como indica o próprio nome, designa-se de prova. De se lembrar que a limitação do julgador às provas produzidas significa, em um primeiro momento, que o julgador deve decidir em harmonia com as provas. Ademais, em um segundo sentido, ela importa o cerceamento do material com o qual o juiz pode trabalhar, não podendo, nesse sentido, valer-se de conhecimento privado ou que não tenha sido expressamente trazido aos autos.

Embora, de um modo geral, os doutrinadores entendam ser absolutamente necessária tal limitação, sob pena de malferimento ao contraditório sob seu aspecto de garantia de influência e não surpresa, é possível ver que o segundo sentido de limitação apresenta maiores dificuldades, pois falar em prova no processo penal implica assumir uma problemática que não se vê tão similar nas demais espécies de processo. É que, em tal área, perpetua-se uma intensa discussão a respeito da diferença entre as provas e os elementos colhidos durante o inquérito policial.

A distinção se evidencia em virtude do fato de que os elementos obtidos na fase de investigação, em sua maioria, não são produzidos sob a égide do contraditório, o que, por importar a elaboração de um elemento desenvolvido de forma unilateral, sem a possibilidade de controle pelo indivíduo que poderá ser prejudicado por seu conteúdo, acaba trazendo uma série de questionamentos quanto à validade de sua utilização no processo penal.

Aury Lopes Jr. leva essa separação ao extremo, ao defender a existência de diferença entre atos de investigação e atos de prova, consignando que os primeiros servem somente para a investigação preliminar e para a prática de atos assecuratórios preliminares do processo, enquanto os segundos seriam destinados ao magistrado e teriam aptidão para subsidiar o convencimento para o proferimento de sentença (LOPES JR., 2014, p. 584). Apesar de parecer não considerar que os atos de investigação produzam aquilo que se chama de “prova”, o autor chega a consignar que os atos de investigação possuem “limitado valor probatório”. Marcellus Polastri Lima leciona nesse diapasão:

Assim, deve-se distinguir entre **atos de prova** e **atos de investigação**. Apesar de os elementos colhidos no inquérito serem denominados, em sentido amplo, de prova, na verdade esta é colhida **no processo sob o crivo do contraditório**, sendo aqueles elementos colhidos no inquérito meros atos de investigação de validade limitada. (LIMA, 2009, p. 374, grifos originais).

Contudo, é mais comum colher na doutrina entendimento no sentido de que os elementos colhidos no inquérito policial são provas de valor relativo, isto é, possuem valor probatório menor, de modo que, para serem usados no processo, deveriam ser corroborados por meio de outros elementos colhidos sob o contraditório. Nesse sentido, afirma Fernando Capez que:

O inquérito policial tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. No entanto tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito. Assim, a confissão extrajudicial, por exemplo, terá validade como elemento de convicção do juiz apenas se confirmada por outros elementos colhidos durante a instrução processual. Esse entendimento acabou por se tornar letra expressa do art. 155 do CPP [...] (CAPEZ, 2014, p. 88).

Necessário destacar que não consiste em objeto desta dissertação investigar mais profundamente esse instigante tema, extremamente complexo e que demandaria a realização de uma pesquisa que tornaria a conclusão deste trabalho inviável. Contudo, é importante o registro dessa divergência porque, no processo penal brasileiro, o livre convencimento motivado faz expressa referência a tal distinção, de modo que ela pode revelar determinadas questões que são imprescindíveis para se verificar a hipótese suscitada nesta dissertação.

Dessa maneira, ainda que se discuta a qualificação dos elementos produzidos no inquérito policial como prova, fato é que, pelas definições trabalhadas no terceiro capítulo, é inegável que se trata de provas, pois também servem para a formação do convencimento sobre as controvérsias, bem como indicam versões dos fatos discutidos no processo. A discussão normalmente se dá em torno de seu valor e, em especial, da possibilidade de sua utilização no inquérito policial.

A respeito do emprego de elementos obtidos durante o inquérito policial, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) reservou o seu tratamento exatamente no mesmo artigo em que se acolheu o livre convencimento motivado:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Vê-se do trecho supradestacado que, no processo penal brasileiro, veda-se que a decisão se funde única e exclusivamente nos elementos informativos, vale dizer, no material probatório colhido durante a fase pré-processual. A intenção do dispositivo é clara: em um ordenamento constitucional que erige o contraditório como garantia fundamental, é inadmissível que uma condenação penal seja baseada unicamente em elementos cuja produção, em nenhum momento, foi controlada pelo imputado, de modo que a sua natureza eminentemente inquisitorial e, por isso unilateral, reduz significativamente o seu valor probatório³⁶.

O fato de a mencionada prova ser produzida por autoridades policiais, isto é, por agentes públicos devidamente investidos em suas funções, não implica a automática validade das provas, nem transforma a versão por ela apresentada em verdade presumida. Historicamente, essa questão gera grande dificuldade para os juristas brasileiros, na medida em que a doutrina de direito administrativo que propugna pelo

³⁶ É esse, como já se afirmou, o entendimento majoritário na doutrina. Nesse esboço, leciona Paulo Rangel que: “A lei veda, expressamente, que o juiz condene o réu com base apenas nas prova (rectius = informações) colhidas durante a fase do inquérito policial, sem que as elas sejam corroboradas no curso do processo judicial, sob o crivo do contraditório, pois a ‘instrução’ policial ocorreu sem a cooperação do indiciado e, portanto, inquisitorialmente” (RANGEL, 2011, p. 109). Semelhantemente, Edilson Mougnot Bonfim salienta que esse tem sido o posicionamento jurisprudencial predominante “ao admitir valor probatório do inquérito apenas quando corrobora a prova produzida em juízo” (BONFIM, 2012b, p. 164).

reconhecimento da presunção de validade dos atos praticados pelos agentes que atuam em nome do Estado³⁷ parece se confrontar com a sistemática do processo penal.

Não se nega, é claro, que os elementos colhidos pela Polícia Judiciária tenham validade tal qual os materiais produzidos pelo investigado ou acusado. Não se pode, contudo, admitir que a presunção relativa de legitimidade típica do direito administrativo seja utilizada para, por si só, justificar a adoção do inquérito como base exclusiva para a condenação, pois, como já afirmado, o seu emprego somente é válido quando cotejado com provas produzidas sob o contraditório³⁸.

Em um Estado Democrático de Direito, o contraditório surge no processo penal para situar aquele que sofre com a persecução penal em uma posição de igualdade em relação ao Estado, de modo que ambos possam se confrontar judicialmente em uma situação de relativa paridade. A admitir uma condenação penal com base exclusivamente em elementos produzidos no inquérito policial, estar-se-ia a violar justamente a equalização das partes processuais, porquanto a Polícia Judiciária, dotada de um poder de persecução infinitamente superior às capacidades do cidadão, elabora os elementos informativos de forma unilateral, viciados pela mácula de parcialidade, ainda que imbuída de bons propósitos. A inexistência de qualquer controle por parte do imputado, que não participa das fases de proposição, admissão e produção da prova, implica a produção de elementos bitolados, despidos de isenção, que, a despeito de poderem indicar a versão que melhor corresponda aos efetivos acontecimentos, poderão igualmente estar prejudicados por defeitos que não conduzem à acertada representação dos eventos ocorridos.

Ademais, a prova judicial, quando produzida sob a égide dessa garantia, permite que as partes processuais tenham iguais condições de controle de produção de prova, bem como possam tecer em paridade as alegações pertinentes. Logo, preservam-se os

³⁷ José dos Santos Carvalho Filho, por exemplo, explica que: “*Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota DIEZ. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado.*” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 123). Dessa maneira, considerando que o inquérito policial é conduzido por delegado de polícia devidamente investido em seu cargo, todo o material produzido no caderno investigativo seria dotado, via de consequência, segundo alguns defendem, de presunção de legitimidade e veracidade. Esse tipo de afirmação aparece com frequência, particularmente, na jurisprudência.

³⁸ Como já se destacou, não se pretende analisar a fundo essa temática. No entanto, é importante destacar que não se ignora a possibilidade de determinadas provas irrepetíveis, tais como as periciais, serem produzidas sem contraditório e terem, posteriormente, plena validade no processo, como, aliás, encontra-se disposto no próprio art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Não se deve admitir, entretanto, que provas repetíveis, tais como as testemunhais, não sejam renovadas em sede processual, pois, nesse caso, há evidente afronta ao contraditório.

sujeitos processuais de potenciais decisões arbitrárias, em que os magistrados se valem de elementos que não passaram por esse rígido controle processual e sobre os quais os investigados não puderam exercer gestão alguma de qualidade.

Desse modo, o livre convencimento motivado no Brasil traz como expressa limitação ao magistrado a decisão com base na prova judicial, primordialmente formada sob o contraditório, não podendo o juiz valer-se de elementos alheios ao processo para fundamentar o seu provimento. Entrementes, é inegável que, apesar de o art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) objetivar a imposição de restrições quanto ao material fático-probatório passível de análise, o mencionado dispositivo, em virtude de sua frágil e questionável redação, acaba por comprometer exatamente esse controle. É que o juiz pode se utilizar não só das provas judiciais, produzidas desde o início do feito sob averiguação de todas as partes, mas também de elementos produzidos na fase pré-processual, o que novamente retorna ao problema salientado.

Assim, no Brasil, em especial, a questão da liberdade decisória, a princípio submetida a severas restrições, ganha uma nuance diferenciada, vez que a redação prevista no art. 155 do Código de Processo Penal, modificada pela Lei 11.690/2008 (BRASIL, 2008a), abre brecha para a manutenção de uma cultura tipicamente inquisitiva. É ver que o referido dispositivo legal determina que as decisões judiciais serão formadas pela livre apreciação das provas produzidas em contraditório judicial, não podendo, contudo, o magistrado fundamentar exclusivamente o *decisum* com esteio nos elementos colhidos na investigação. Ora, é bastante evidente que a persuasão racional, nesses termos, flagrantemente fragiliza diversas garantias constitucionais, legitimando a possibilidade de o juiz condenar o acusado com base em diversos elementos colhidos no inquérito policial sem a observância do contraditório, conforme precisamente observa Lenio Luiz Streck (STRECK, 2013). Em outros termos, apesar de não poder decidir exclusivamente com base no inquérito policial, está o juiz autorizado a realizar o *minus*, a saber, decidir prevalentemente com arrimo no caderno investigativo.

Como se demonstrou previamente, antes da Lei nº 11.690/2008 (BRASIL, 2008a), não era disciplinada a relação entre a decisão judicial e o seu equilíbrio com as provas judiciais e os elementos informativos. É importante trazer à baila, nesse sentido, as motivações da aludida lei, que, supostamente consagrando as limitações à liberdade decisória dos magistrados, deu azo a uma liberdade ainda maior para fundamentar as decisões primordialmente com fulcro nos materiais colhidos na fase de investigação. É

interessante notar que, quando da tramitação do Projeto de Lei nº 4.205/2001 na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2001), ocasião em que se conferiu a redação final ao que viria a ser a Lei nº 11.690/2008 (BRASIL, 2008a), debateu-se especificamente a possibilidade de se dar provimento a uma emenda feita pelo Senado ao projeto, em que se sugeriu a eliminação do termo “exclusivamente” do art. 155, de modo a vedar a possibilidade de utilização de elementos colhidos no inquérito. Ao efetuar análise desse ponto, o Relator Deputado Federal Flávio Dino exarou parecer³⁹ nos seguintes termos:

[...] O Senado Federal aprovou as seguintes emendas ao texto aprovado pela Câmara dos Deputados:

Emenda nº 1: retira do artigo 155 do CPP proposto pela Câmara a expressão “exclusivamente”, sob o argumento de que as informações colhidas na investigação não são provas produzidas de acordo com o contraditório, não devendo sequer ser levadas em consideração pelo juiz criminal.

[...] A Emenda nº 1 não merece ser acolhida. A supressão pretendida pelo Senado faria com que o órgão jurisdicional fosse impedido de considerar qualquer elemento informativo da fase de inquérito. Ora, por determinação constitucional, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, de tal forma que o julgador só deve levar em consideração informações contidas em inquérito policial se o fizer de forma razoável. Deve, portanto, o magistrado explicitar os motivos que o levaram a utilizar o elemento informativo colhido no inquérito policial. Este, por sua vez, não segue mais o antigo paradigma de investigação inquisitória, havendo, atualmente, observância às garantias do acusado no que tange à ampla defesa, sendo, inclusive, assegurado o acesso do advogado aos autos do inquérito.

Parece-me, então, razoável o texto aprovado pela Câmara. Este, ao impedir que o juiz fundamente sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, tanto resguarda o princípio da motivação, insculpido no inciso IX do artigo 93 da Constituição, como também preserva o contraditório, uma vez que a fundamentação do juiz deverá ser formulada também com base em outros elementos. Tais elementos jamais poderão ser exclusivamente os colhidos quando do inquérito, consoante consagra a atual orientação jurisprudencial dominante. O que não é razoável é simplesmente dizer-se que o contido no inquérito policial de nada vale para a formação da convicção do julgador. Por esse motivo, rejeito a Emenda nº 1 do Senado, mantendo, assim, o texto aprovado pela Câmara para o artigo 155 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2008b).

Percebe-se, da leitura do excerto acima, aprovado posteriormente pela Câmara dos Deputados, que o Congresso Nacional jamais teve a intenção, pelo menos quando considerado o posicionamento da maioria de seus membros, de impossibilitar a análise

³⁹ Há aqui claro recurso à interpretação teleológica, segundo a qual se entende que “*Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado*” (MAXIMILIANO, 2003, p. 135). Não se desconhecem as intensas críticas que sofrem os conceitos de “*voluntas legis*” e “*voluntas legislatoris*”, em especial em face da ênfase que se dá por meio da hermenêutica contemporânea, que rechaça, com veemência, distinções categóricas entre o espírito do legislador e a faceta objetiva da norma (NOGUEIRA, 2014, p. 144-147). Entretanto, não se pode negar que recorrer àquilo que pensaram os legisladores consiste em expediente importante para se formatar o sentido da norma jurídica, ainda que se saiba que outros fatores também sejam primordiais.

dos elementos colhidos no inquérito policial pelo magistrado. Partindo de questões de natureza prática, bem como considerando o cotidiano da prática judiciária brasileira, defenderam que a exclusão dos elementos informativos desprezaria a importância de tal material, que, assim como as provas judiciais produzidas sob o contraditório, possuiriam a mesma aptidão para formar a convicção do juiz.

Nesse sentido, manteve-se na redação o termo “exclusividade”, que, na visão dos congressistas, protegeria suficientemente o contraditório, na medida em que se afastaria a possibilidade de o magistrado valer-se somente de elementos despidos de contraditório para realizar o julgamento. No entanto, e aqui reside um ponto fulcral, o propósito do legislador foi o de claramente atribuir ao julgador a faculdade de determinar a extensão da importância dos elementos informativos para a decisão, de forma que se poderia admitir, no nosso ordenamento, tanto decisões que se baseiam unicamente em provas judiciais quanto em provimentos que, em sua maior parte, esteiam-se precipuamente em elementos inquisitivos.

A solução legislativa foi a de, no caso da limitação ao livre convencimento motivado consistente na restrição à utilização de provas para a decisão, transferir todo o ônus de verificação de obediência à persuasão racional ao dever de motivação. Isso resta cristalino quando se observa que o Relator Deputado Federal Flávio Dino deposita as suas esperanças na fundamentação, ao afirmar que essa garantia implicaria que *“todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, de tal forma que o julgador só deve levar em consideração informações contidas em inquérito policial se o fizer de forma razoável”* (BRASIL, 2008b). Assim, saber se o uso dos elementos colhidos no inquérito policial se deu de forma correta seria questão a ser aferida por meio da análise da motivação do magistrado.

Portanto, em que pese não ter se procedido a uma incursão mais detalhada sobre a problemática relação entre provas contraditadas e elementos informativos na sentença, foi possível aferir que a redação que institui a persuasão racional, de toda sorte, possui grave defeito ao amparar decisões que se fundam essencialmente em inquérito policial. Observou-se que, para reprimir essa forma de decisão abusiva, houve clara transferência da responsabilidade para a fundamentação das decisões judiciais, ou seja, relegou-se à motivação o momento de diagnóstico de eventuais abusos à garantia do contraditório.

Isso, à evidência, em vez de contê-las, abre margem ainda maior para a prática de abusos, pois se permite que o juiz, com amparo em expressa redação legal, confira prevalência a elementos inquisitoriais, desprezando-se a importância que o contraditório

tem para o processo. Nesse sentido, é possível vislumbrar que o limite de vinculação do magistrado às provas possui grave defeito no processo penal brasileiro, contrariando o propósito de consagração do livre convencimento motivado. Tal fato, inclusive, será resgatado na análise jurisprudencial que é feita neste trabalho, que revela a insuficiência da limitação contida no ordenamento e explana como a aposta na fundamentação das decisões tem malogrado na contenção de arbitrariedades.

5.3. O problema da limitação referente à fundamentação das decisões judiciais

Consoante asseverado previamente, os eventuais problemas que possam ser fomentados pelo livre convencimento motivado ao se outorgar ampla liberdade de decisão ao juiz restariam afastados, basicamente, pela existência de duas balizas às quais o magistrado deveria se ater: o conjunto probatório colacionado nos autos, como subsídio único para a elaboração de uma decisão, e a garantia da motivação das decisões judiciais. A eficiência dessa última limitação passa a ser agora examinada, pois, considerando que o presente trabalho possui como intuito averiguar se o livre convencimento motivado corresponde, de fato, à alternativa mais conveniente para a democracia, há que se avaliar como atua a fundamentação das decisões judiciais enquanto mecanismo limitador da liberdade decisória.

Demonstrou-se, no item que descreve a estrutura do livre convencimento motivado, a importância que a fundamentação adquire para tal sistema. A motivação se apresenta como solidificação da liberdade de decisão, desatrelando o juiz de rígidas imposições de valorações e permitindo-lhe que afira, no caso concreto, qual a melhor avaliação que se pode fazer dos fatos controversos. Nessa levada, a fundamentação permite uma busca da verdade mais adequada no processo penal, que, sob as provas tarifárias, via-se flagrantemente prejudicada.

Outrossim, a fundamentação das decisões cumpre papel primordial na contenção de arbitrariedades. É que, ao se municiar o julgador de liberdade decisória, torna-se necessário adotar mecanismo que controle a sua decisão, de modo que esta não represente simplesmente o arbítrio da pessoa que julga.

Já fora igualmente destacada a íntima relação que existe entre a garantia de motivação e o contraditório. As provas, por serem predominantemente produzidas pelas partes, haja vista a indispensável base acusatória do processo penal e a incidência do princípio da inércia, devem ser tomadas como resultado da atividade processual das

partes, que servirá de subsídio para as alegações que se fizerem no processo. Assim, a delimitação do objeto a ser discutido, que se faz por intermédio da produção das provas, traz à tona a garantia do contraditório, vez que será preciso checar se a decisão judicial se circunscreveu aos elementos trazidos pelas partes.

Além de permitir às partes verificarem se o substrato por elas elaborado efetivamente influenciou a decisão, a motivação das decisões judiciais cumpre a importante função de possibilitar aos envolvidos que vigiem o raciocínio que foi adotado pelo magistrado. O que está em jogo, nesse ponto, é atestar que a decisão se baseou em critérios de racionalidade, pois não se admite, em uma democracia, que o provimento se baseie simplesmente na vontade do julgador, que se encontra inegavelmente adstrito ao que o ordenamento jurídico prescreve.

Apontou-se anteriormente o quanto a nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) apostou na motivação. Ao consignar que o juiz não pode se basear exclusivamente nos elementos colhidos no inquérito policial, abriu-se margem para um amplo campo de discricionariedade que pode perigosamente tornar o contraditório desprovido de efeito. Tal problemática, na visão do Congresso Nacional, poderia ser resolvida por meio da fundamentação das decisões judiciais, que propiciaria aferir se a decisão deu o correto valor às provas submetidas ao contraditório, reputadas mais determinantes que os elementos informativos.

Foi esse o entendimento lavrado quando, aprovado o parecer do Relator Deputado Federal Flávio Dino, afirmou-se que eventual controle acerca de uma decisão arbitrária que deprecia o superior valor das provas produzidas sob o contraditório seria possível porque *“todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, de tal forma que o julgador só deve levar em consideração informações contidas em inquérito policial se o fizer de forma razoável”* (BRASIL, 2008b).

Assim, é possível afirmar que, no processo penal brasileiro, o livre convencimento motivado exalta a garantia de motivação não só como forma de controle da valoração empreendida pelo magistrado, mas também como maneira de possibilitar a verificação do controle concernente à limitação de adstrição às provas, isto é, à comprovação de que o juiz não se valeu exclusivamente dos elementos informativos para fundamentar o seu provimento. Esse aspecto denota, portanto, que o ordenamento brasileiro cria enormes expectativas especialmente em relação à garantia de motivação das decisões judiciais, que se torna, então, o cerne do livre convencimento motivado, na

medida em que é justamente ela que supostamente afasta esse sistema definitivamente da íntima convicção.

Contudo, a despeito de a fundamentação das decisões judiciais consistir em garantia da mais alta importância para uma democracia, tendo-se em vista a sua estreita conexão com o controle do poder estatal nas democracias, há que se avaliar em que medida o mencionado instrumento tem efetivamente cumprido os seus desígnios.

Não se pode deixar de notar que a motivação das decisões possui uma faceta extremamente problemática: é impossível traçar contornos detalhados e precisos do conteúdo da motivação. As particularidades de cada caso concreto nunca coincidem, ainda que a matéria seja semelhante. Cada situação levada ao Poder Judiciário para análise possui suas próprias e inconfundíveis circunstâncias fáticas, que devem ser consideradas em conjunto para se proceder a uma aplicação mais correta do Direito. A similaridade dos fatos está a autorizar tão somente decisões em sentido semelhante, e não decisões absolutamente idênticas.

Assim como se censurou o engessamento provocado pelas provas tarifárias, igualmente não se poderia aprisionar a motivação. No entanto, é possível ver que a prática judiciária, sob o apoio de certo setor doutrinário, tem se aproveitado dessa brecha para atribuir à referida garantia uma conotação que em nada se assemelha às grandes esperanças que se depositam em seu nome.

Nesse ponto, a discussão da liberdade decisória no livre convencimento motivado alcança o seu limite. Considerando a absoluta inviabilidade de se predeterminar todos os elementos que deverão constar de uma decisão judicial, a liberdade de apreciação das provas surge como consequência inevitável, a qual, contudo, uma vez inserida em um paradigma democrático, deve ser acompanhada de fundamentação, que é o instrumento que permite averiguar a idoneidade do raciocínio empregado pelo magistrado em face daquilo que dispõe o ordenamento.

Ocorre que a fundamentação somente alcança o objetivo de limitar a liberdade de apreciação de provas em condições bastante específicas. Como destacado anteriormente neste trabalho, a fundamentação não consiste em mera exposição de razões, devendo ser entendida como uma espécie de motivação qualificada, que efetivamente enfrenta o ônus imposto pelo ordenamento de demonstração de que a versão utilizada pelo juiz para a demarcação da verdade processual é a que se apresenta como melhor alternativa quando cotejado todos os elementos de provas. Deve o julgador, nesses termos, levar a sério a garantia de contraditório, trazendo à baila os

argumentos tecidos pelas partes, bem como todos os elementos probatórios por estes colhidos, proferindo uma decisão que os contraponha integralmente. Há de se expor, desse modo, a racionalidade da decisão, que deve conter, para o caso concreto, a mais acurada interpretação possível para os fatos debatidos.

No entanto, malgrado seja afirmação unânime na doutrina a necessidade de aposição de fundamentação em seu sentido constitucional, a avaliação que se faz, em concreto, de tal garantia tem causado uma série de problemas, que, de seu turno, prejudicam ostensivamente a persecução dos objetivos ínsitos ao livre convencimento motivado. O Direito Penal e Processual Penal, aliás, servem de excelente exemplo para a questão ora destacada, haja vista ser bastante evidente nesses ramos que a jurisprudência, cuja influência é avassaladora na doutrina⁴⁰, tem mitigado sobremaneira a força genuinamente constitucional da fundamentação das decisões, privilegiando questões de cunho prático em detrimento do acervo jurídico-cultural já construído em torno do tema.

Há muito, os Tribunais pátrios, assoberbados de serviço e, ao mesmo tempo, pressionados a atingirem maior produtividade, têm abordado a fundamentação das decisões judiciais de forma assaz problemática. Em um país em que o número de processos judiciais aumenta progressivamente a cada ano de maneira assustadora, a imposição de metas para alcançar maior eficiência nos julgamentos afeta, dentre outras questões, a qualidade das decisões judiciais⁴¹. Busca-se, nesse sentido, a adoção de expedientes extremamente questionáveis, tais como o proferimento de decisões demasiadamente concisas e deliberada omissão de enfrentamento das teses suscitadas pelas partes.

⁴⁰ Um dos maiores críticos desse fenômeno é Lenio Luiz Streck, que percutientemente tem denunciado o quanto a doutrina tem se curvado a posicionamentos dos Tribunais brasileiros, desprezando-se a construção científica do Direito e o importante papel que os doutrinadores têm de “doutrinar” (STRECK, 2012b, p. 7). Trata-se de uma crítica que coincidirá com a conclusão desta pesquisa, que rechaçará uma visão de processo que excessivamente privilegia a figura do magistrado como edificador do procedimento.

⁴¹ Desde o ano de 2004, o Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento de deveres funcionais dos magistrados, publica pesquisas chamadas “Justiça em Números”, que fornecem estatísticas oficiais do Poder Judiciário, em especial no que diz respeito a sua estrutura e litigiosidade. No relatório referente ao ano de 2015, ano-base 2014, por exemplo, apesar de terem sido registrados alguns índices positivos, constatou-se, por exemplo, que o Poder Judiciário iniciou o ano com um estoque de aproximadamente 70,8 milhões de processos, que tende a aumentar em virtude de o Índice de Atendimento à Demanda – IAD ter sido inferior ao número de processos ingressados. Ademais, estimou-se que a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário em 71,4%, sendo que, caso fossem paralisados os trabalhos no ano de 2015, com a atual produtividade dos magistrados e servidores, seriam necessários quase dois anos e meio de trabalho para zerar os estoques (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 34).

Com o suporte em chavões, tais como os de que o “processo constitui uma marcha para frente”⁴² ou de que o processo penal deve buscar a eficiência⁴³, os ônus processuais estabelecidos pelo devido processo legal têm sido cada vez mais vilipendiados, considerados como simples formalidades passíveis de superação em face de falsos dogmas.

É essa a mesma situação da fundamentação das decisões judiciais. É comum colher afirmações doutrinárias no sentido de que a mencionada garantia não implica o enfrentamento de todas as alegações formuladas pelas partes (TARUFFO, 2015, p. 359)⁴⁴. Entende-se que a clássica máxima “*da mihi factum, dabo tibi ius*”⁴⁵, ao estabelecer que incumbe ao juiz dizer o direito, atividade esta empreendida com base nas circunstâncias fáticas apontadas pelos sujeitos envolvidos nos processos, evidenciaria a desnecessidade de efetiva abordagem de todas as teses suscitadas, já que, ao fim e ao cabo, seria absolutamente primordial apenas a indicação, acompanhada de explanação detalhada, da hipótese jurídica aplicável ao caso.

⁴² Em clássica lição, afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco que “*Etimologicamente, processo significa marcha avante ou caminhada (do latim, procedere seguir adiante).*” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2012, p. 309). Não se nega, é claro, a procedência da explicação. Contudo, é imperioso rechaçar o posicionamento daqueles que, com base nesse argumento, alegam que o processo deva sempre seguir adiante, quando, à evidência, podem existir obstáculos consistentes em descumprimentos de normas decorrentes do devido processo legal que exigem a reestruturação do feito, ainda que isso ocasione atrasos no trâmite. Deve-se dar primazia, portanto, aos direitos e garantias fundamentais, os quais não podem ser mitigados sob o fundamento de necessidade de conferir celeridade ao procedimento.

⁴³ O princípio da eficiência encontra-se previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição da República (BRASIL, 1988). Não obstante imponha à administração pública, inclusive o Judiciário, que exerça a sua atividade de forma racionalizada e de modo a atingir os melhores resultados possíveis valendo-se dos menores custos à disposição (SILVA, 2005, p. 671), trata-se de norma que não pode comprometer a qualidade do serviço prestado aos cidadãos, sendo inadmissível que se o entenda tão somente como sinônimo de rapidez (AGRA, 2012, p. 406). É exatamente desse ponto que este trabalho não se descarta: embora seja desejável a eficiência do processo penal, jamais se pode olvidar do respeito a todos os direitos e garantias fundamentais, não sendo possível invocá-la, portanto, como expediente para a superação de formas processuais de maior relevância. Como bem destaca Alexandre Morais da Rosa, a forte ligação entre a noção de eficiência e a economia pode acabar provocando uma deturpação da lógica em que opera o processo penal, afastando-o do tenso conflito entre cidadão e Estado que o torna tão peculiar (ROSA, 2013, p. 72).

⁴⁴ Michele Taruffo designa tal fenômeno de fundamentação implícita, observando que se trata de ocorrência extremamente comum na jurisprudência, que, “*em um grande número de decisões afirma-se, de fato, que o dever de motivação não implica dever do juiz de examinar analiticamente todas as deduções e as argumentações das partes, nem de tomar em consideração cada uma das fontes de prova, devendo-se entender motivada implicitamente a rejeição dos resultados probatórios incompatíveis com a decisão e com as razões expressas a partir das quais essa se funda*” (TARUFFO, 2015, p. 359-360). Em sentido parecido, Mirjan R. Damaška observa ter se espalhado na prática do *civil law* a afirmação recorrente, com base na máxima latina, de que o magistrado pode decidir com base em argumentos não suscitados pelas partes (DAMAŠKA, 1986, p. 116), o que demonstra que o brocardo afasta o magistrado da necessária adstrição à atividade dos sujeitos processuais. Esse é um expediente adotado com extrema frequência no Brasil, conforme será verificado na pesquisa jurisprudencial deste trabalho.

⁴⁵ Tradução livre: “Dá-me os fatos, que lhe dou o direito”.

E é exatamente quando se afirma que a fundamentação não precisa abordar todas as teses defensivas que se inicia a fragilização da garantia, dando azo ao surgimento de inúmeros entendimentos que mitigam a real amplitude que a motivação assume em um contexto democrático. Na medida em que se dispensa o enfrentamento específico das alegações das partes, cria-se uma autonomia para o juiz em relação à atividade destas, em que a sua posição de supraordenação assume uma espécie de isolamento que vai muito além da inércia que se lhe exige.

Nesse contexto, outras garantias também são afetadas, tal como o contraditório. Conforme já se afirmou no presente trabalho, uma das dimensões mais relevantes dessa garantia diz respeito à garantia de influência das partes acerca dos provimentos jurisdicionais, isto é, o contraditório pressupõe uma necessária vinculação do magistrado à atividade das partes, de modo que o seu conhecimento relativo aos fatos se encontra limitado ao material que é trazido pelos debatedores.

Em outros termos, a dispensa de enfrentamento das teses das partes configura posicionamento que afronta a garantia de fundamentação das decisões judicial, haja vista que a motivação, por representar, em sua dimensão técnico-processual, instrumento de controle da racionalidade da decisão, apresenta-se incompatível com qualquer entendimento que dispense o julgador de analisar as alegações dos sujeitos processuais.

De mais a mais, eximir o magistrado do enfrentamento implica tornar, em última instância, a sua decisão ilegítima, pois a motivação, em seu viés político, impõe-se para que a aplicação de gravames ao vencido se torne possível, já que, ao menos, garantiu-se, com efetividade, a sua plena coparticipação ao longo do procedimento em contraditório.

Ocorre que, atualmente, como já se indicou, a jurisprudência tem se olvidado repetidamente desse ponto fulcral, de modo que o livre convencimento motivado tem sido aplicado ao lado de uma perspectiva de fundamentação das decisões que não tem cumprido os desígnios que justificaram o seu insertamento no ordenamento jurídico. É o que se passa a demonstrar de forma mais minuciosa.

5.4. Uma análise jurisprudencial do livre convencimento motivado

Este item possui como objetivo precípuo verificar qual é o tratamento concedido ao livre convencimento motivado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Além da existência de um considerável acervo de obras doutrinárias que abordam o tema,

também ganha considerável destaque o entendimento que é adotado pelos Tribunais pátrios atinente ao assunto, haja vista que, na aplicação prática do Direito, é possível observar qual é o significado que tem sido efetivamente levado em conta quando suscitada a persuasão racional.

Em especial, a pesquisa realizada pretende revelar a forma como é empregado o livre convencimento motivado em face da garantia constitucional de motivação das decisões judiciais. Já se afirmou que a motivação consiste em um dos limites à liberdade à apreciação das provas, o que, via de consequência, exige que se proceda a uma análise de como a mencionada garantia tem atuado com o escopo de cumprir um dos objetivos primordiais da persuasão racional, qual seja, a contenção de arbitrariedades na atividade de valoração. Dessa maneira, far-se-á possível checar se a hipótese levantada está correta.

Ultrapassada a abordagem dogmática da questão, por intermédio do material doutrinário levantado neste trabalho, é necessário dar-se um passo a mais: inquirir como esse entendimento da doutrina é apropriado pela jurisprudência e, ainda, em que medida as lições doutrinárias são realmente levadas em conta pela prática judicial.

Há que se salientar, então, dois motivos pelos quais este tópico se faz imprescindível para esta pesquisa. Em primeiro lugar, é inegável que o livre convencimento motivado possui efeitos práticos extremamente consideráveis. Trata-se de temática que, a um só tempo, relaciona-se intimamente com a produção de provas, bem como com a atividade decisória do julgador. Nesse espeque, cuida-se de aspecto que diz respeito ao momento culminante do processo penal, em que o indivíduo sobre o qual recai uma acusação enfrentará o provimento que confirmará ou não a aplicação de sanções que afetarão diretamente a sua esfera de direitos e garantias fundamentais.

Além dessa questão de ordem prática, a análise jurisprudencial do tema se revela importante porque, conforme será explicado a seguir, o livre convencimento motivado tem ganhado pela jurisprudência uma amplitude, a princípio, não desenvolvida pela doutrina, chegando a assumir, em alguns casos, conotação jamais pensada para o sistema. Essa dissonância entre doutrina e jurisprudência precisa ser urgentemente trabalhada e questionada, na medida em que o Poder Judiciário não pode, a despeito de sua relevante função, interpretar o Direito como se detivesse a capacidade de modificar aquilo que o próprio Poder Legislativo e o acervo jurídico cultural dispõem.

Daí, portanto, a relevância desta abordagem, imprescindível para não só evidenciar um aspecto de extrema relevância para o respeito ao devido processo legal,

mas também para exibir em que medida a aplicação judiciária do livre convencimento motivado tem atendido à finalidade que ensejou a sua adoção no ordenamento.

5.4.1. Metodologia de pesquisa jurisprudencial

Antes de se proceder à exposição da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, imperiosa se faz a explicitação da metodologia, de modo a garantir a necessária cientificidade a este trabalho.

Insta ressaltar que, por se tratar de pesquisa desenvolvida no âmbito da ciência do Direito, é de rigor que a coleta e a análise jurisprudencial observem uma perspectiva metodológica específica, que se coadune com o que já vem sendo desenvolvido no âmbito deste trabalho. Em especial, a pesquisa jurisprudencial se revela como elemento primordial para servir de evidência para a afirmação hipotética que guia este trabalho.

A conclusão acerca da confirmação ou negação da hipótese perpassa não só pela exploração doutrinária do livre convencimento motivado, mas também pela apreciação da aplicação prática da regra que inseriu o referido sistema no Código de Processo Penal pátrio, que igualmente exibirá se a opção legislativa tem atendido aos propósitos que nortearam a sua inserção no aludido diploma. Assim, dever-se-á sujeitar a hipótese a um teste de natureza objetiva⁴⁶, demonstrando o que a reiteração do entendimento judicial, e não simplesmente uma escolha aleatória de julgados, exprime para a pesquisa.

A apresentação de evidências que dão respostas ao problema é um expediente essencial para fornecer ao leitor o substrato necessário para que se avalie a plausibilidade das conclusões do trabalho. Nesse sentido, pretende-se trazer à baila o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que se considera aqui como uma das evidências confiáveis, além dos entendimentos doutrinários a serem ainda expostos, (BOOTH; COLOMB; WILLIAMS, p. 129) para fins de teste da hipótese⁴⁷.

Em primeiro lugar, urge justificar a escolha do Superior Tribunal de Justiça como repositório-fonte de julgados para análise neste trabalho. Preceitua o art. 105, III,

⁴⁶ Karl Popper, com esteio em Immanuel Kant, afirma que a objetividade científica está relacionada à ideia de que o conhecimento científico deve ser justificável, “*independentemente do capricho pessoal*”, de modo que “*Só quando certos acontecimentos se repetem segundo regras ou regularidades, tal como é o caso dos experimentos passíveis de reprodução, podem as observações serem submetidas a prova – em princípio – por qualquer pessoa*” (POPPER, 1972, p. 46-47).

⁴⁷ Os autores referenciados demonstram que, apesar de a afirmação ser o centro do relatório, a maior parte do trabalho deve se dedicar à apresentação de evidências caracterizadas pela sua exatidão, precisão, suficiência, adequada representação, autoridade e clareza, evidências, portanto, confiáveis.

“a”, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), que o aludido tribunal possui competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência. Isso significa que compete à mencionada Corte Superior avaliar eventuais contrariedades ao próprio Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que, instituído pelo Decreto-lei nº 3.689/1941, foi recepcionado, na novel ordem constitucional, com o *status* de lei ordinária.

Dessa maneira, faz-se possível que as partes, após o exaurimento das instâncias ordinárias com amplo debate fático-jurídico da causa, recorram ao Superior Tribunal de Justiça, sem incorrerem em revolvimento da matéria probatória, para questionarem eventuais afrontas ao que dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que institui o livre convencimento motivado. A pesquisa jurisprudencial, nesses termos, revelará a interpretação que é conferida pela Corte responsável pela pacificação do entendimento jurisprudencial a respeito das leis federais, o que permite aferir se a persuasão racional tem seguido a mesma linha de raciocínio adotada pela doutrina e, ainda, se o mencionado sistema tem alcançado os desígnios constitucionais.

Contudo, alguns casos que transbordam o âmbito do recurso especial também foram utilizados. Tal uso, contudo, dependeu do retorno da pesquisa por palavras-chave na demarcação temporal escolhida para este trabalho. Assim, a despeito de o foco da pesquisa se direcionar aos recursos excepcionais que visam a dar interpretação uníssona ao dispositivo legal que estatui o livre convencimento motivado, foram analisados, por exemplo, os *habeas corpus* do Superior Tribunal de Justiça, que igualmente refletem o posicionamento dessa Corte pertinente à matéria.

No que tange ao aspecto quantitativo da pesquisa, foi necessário limitar a amostragem de modo a torná-la viável. É sabido e notório que os Tribunais superiores no Brasil possuem uma sobrecarga de processos de enorme proporção, pelo que a escolha de uma baliza temporal se apresenta como medida primordial para que o levantamento não se torne demasiadamente extenso. A título de exemplo, valendo-se das mesmas palavras-chave utilizadas nesta pesquisa, sem a seleção de um marco temporal, foi possível encontrar, versando sobre a área criminal, aproximadamente quatrocentos e vinte e dois julgados, os quais, caso fossem analisados em sua individualidade, embaraçariam, por questões de tempo, a ultimação desta pesquisa.

Dessa maneira, como forma de permitir o estudo em tempo hábil, bem como buscando evitar que a limitação do objeto importasse prejuízos para a qualidade da investigação, optou-se por restringir o levantamento processual para os julgados exarados desde o ano de 2010, isto é, aproximadamente um ano após a promulgação da Lei nº 11.690/2008 (BRASIL, 2008a), que modificou a redação do dispositivo legal que abona o livre convencimento motivado. Assim, poder-se-á checar especificamente qual é o entendimento que prevalece relativamente à persuasão racional nos moldes da norma atualmente vigente.

No que concerne à busca de dados propriamente dita, optou-se por visitar unicamente o sítio eletrônico⁴⁸ do Superior Tribunal de Justiça para a realização da pesquisa. Tal endereço eletrônico, nos termos do art. 1º da Instrução Normativa nº 01/2008 do STJ (BRASIL, 2008c), consiste em mecanismo oficial de publicação e divulgação de decisões desta Corte, constituindo-se, portanto, em fonte idônea para esse tipo de levantamento.

Ultrapassada a questão referente ao repositório para a efetivação da pesquisa, optou-se por inserir, no mecanismo de busca, as expressões “livre”, “convencimento”, “motivado”, “fundamentação” e “penal”. A inserção do termo “penal” se justifica porque a sua não inclusão implicaria o retorno de uma quantidade de resultados infinitamente maior, visto que, nos demais ramos do Direito, o sistema de valoração também é o livre convencimento motivado. Ademais, a expressão “penal”, além de reduzir significativamente o retorno de dados, igualmente permite que a análise seja focada na redação do art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que possui, como já se destacou, algumas peculiaridades não existentes em outras searas do Direito, em especial no que toca ao emprego de elementos informativos do inquérito policial.

Ainda, é válido destacar que os termos mencionados anteriormente são aqueles que guardam estrita pertinência com a temática desenvolvida neste trabalho, o que evita que sejam gerados resultados que pouco contribuam para a análise da situação-problema.

A pesquisa culminou na reunião de julgados exarados pela Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça. Nos termos do art. 2º, §4º, do Regimento

⁴⁸ O sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça é o seguinte: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Vale destacar que foi utilizada página de busca avançada, cujo endereço é este: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>.

Interno do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1989), a Quinta e a Sexta Turmas desta Corte compõem a Terceira Seção, a qual, de acordo com o art. 9º, §3º, do mesmo instrumento normativo, possui competência para julgar os feitos cuja matéria seja afeta à área penal. Dessa maneira, considerando que a busca ora realizada se vale do termo “penal”, os precedentes⁴⁹ encontrados inevitavelmente se vinculam aos mencionados órgãos colegiados.

Em face do exposto, procedendo-se à pesquisa nos termos acima aduzidos, foi possível encontrar cento e noventa e oito julgados para análise do uso do livre convencimento motivado. Alguns desses resultados, contudo, tiveram de ser excluídos. Isso porque é bastante comum o retorno de precedentes nos quais, malgrado figurem todas as expressões insertadas, os itens pesquisados aparecem somente em elementos não contidos na fundamentação propriamente dita do julgado. Veja-se, por exemplo, o caso do Habeas Corpus nº 311.406⁵⁰, em que a discussão do livre convencimento motivado está contida, em verdade, apenas em uma ementa de um julgado colacionado para corroborar o posicionamento do relator, não havendo, portanto, conexão direta com o tema que fora debatido.

No que toca à apresentação de dados, a exposição será feita com bases nas descobertas de maior importância para a presente pesquisa. Considerando a inviabilidade de se exibir todos os 198 julgados individualmente, valer-se-á de esquematização dos casos por tópicos relacionados à persuasão racional, relacionando-a, como já apontado, em especial, com a garantia de motivação das decisões judiciais.

5.4.2. O indeferimento de provas com base no livre convencimento motivado

Um dos temas que mais recorrentemente aparece nos julgados relacionados ao livre convencimento motivado é a faculdade que assiste ao julgador de indeferir as provas requeridas pelas partes.

Trata-se de uma afirmação comum no processo penal de que a prova possui como destinatário final o magistrado. Aduziu-se no início deste trabalho que, por exemplo, Francesco Cernelutti acredita que as provas possuem íntima conexão com a

⁴⁹ Conforme ensina Fredie Didier, em seu sentido amplo, precedente significa a “*decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento de casos análogos*” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 441). É nesse sentido que se utilizou o referido vocábulo.

⁵⁰ STJ, Habeas Corpus nº 311.406/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, julgado em 23/02/2016, publicado no DJe 04/03/2016.

sua finalidade instrumental, a saber, o fornecimento de elementos por meio dos quais o juiz realiza o julgamento (CARNELUTTI, 2005, p. 16). De igual maneira, Giuseppe Chiovenda entende que provar significa essencialmente construir o convencimento do juiz acerca da existência ou não de fatos relevantes para o processo (CHIOVENDA, 1922, p. 280). O objetivo da atividade probatória seria, então, providenciar ao julgador o material necessário para o julgamento, o que, evidentemente, situa o decisor no cerne da atividade jurisdicional.

No caso do processo penal, o indeferimento de provas ainda assume conotação diversa em face da peculiaridade referente ao princípio da presunção de inocência e à garantia de ampla defesa. Na medida em que o indivíduo, por uma questão de escolha política, é considerado, até o momento do trânsito em julgado de sentença condenatória, presumidamente inocente, não se exige dele uma atividade processual proativa, não havendo a incidência de prejuízos caso o imputado simplesmente opte por nada produzir⁵¹. O ônus da prova, na seara criminal, incumbe ao órgão acusador, que tem a obrigação de demonstrar a veracidade de suas alegações, sob pena de se julgar improcedente a sua pretensão. Contudo, não se pode negar que, em face de tal princípio, é indispensável garantir ao acusado todas as possibilidades de confrontar a acusação, pois se privilegia, acima de tudo, a liberdade do cidadão⁵², razão pela qual há de se ter maior cuidado quando do indeferimento de provas, em especial no que toca ao polo passivo.

Ademais, o indeferimento de provas no processo penal também ganha contornos distintos em razão da ampla defesa, que determina que o réu, pelo fato de ser submetido à persecução penal, afrontadora a seus direitos fundamentais, possui o amplo direito de se valer de todos os meios legítimos para realizar a sua defesa, opondo-se, de acordo com o que determina a lei, contra a pretensão estatal. A defesa é ampla porque, pelo fato de se conferir prevalência ao direito de liberdade, é possível até mesmo que o investigado ou acusado possua maiores oportunidades e meios de praticar atos processuais que o próprio autor, ainda que, momentaneamente, estabeleça-se desequilíbrio em relação ao acusador (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 21).

⁵¹ Trata-se da dimensão probatória do princípio da presunção de inocência, comumente chamada de regra de juízo, que “[...] impõe o ônus da prova à acusação além da absolvição em caso de dúvida.” (FERRAJOLI, 2010, p. 507).

⁵² Acertadamente explica Rogério Lauria Tucci que o processo penal atua em vista de dois escopos que, embora divergentes, possuem grande importância: o *ius persecuendi* e o *ius libertatis*. Contudo, frisa o autor que, no processo penal, dá-se claro destaque ao papel do processo penal como “*instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral*”, haja vista o maior interesse na preservação, ao máximo, da liberdade dos inocentes (TUCCI, 2009, p. 32-33).

Nesse contexto, consideradas as particularidades citadas, o magistrado assume papel central, pois, ao se estabelecer o julgador como destinatário final das provas, atribui-se a este a faculdade de indeferir as que considera desnecessárias ou protelatórias, devendo-se, contudo, observar se esse procedimento preservará a ampla defesa, que, conjugada com a presunção de inocência, impõe ao juiz grande cautela ao negar a produção de elementos que, a princípio, podem socorrer ao acusado.

Não obstante isso, é inegável que a defesa, que, nos termos da Constituição, pode ser realizada de forma “ampla”, encontra, em determinados momentos, limitações, que se fazem necessárias para que o processo possua regular e célere tramitação. Por exemplo, não se pode admitir que a ampla defesa possa ser efetuada, a qualquer momento, da maneira que bem deseja o acusado, haja vista que, dessa maneira, perpetuar-se-ia, indefinidamente, o percurso do processo, motivo pelo qual, até mesmo para a preservação do devido processo legal e da duração razoável do processo⁵³, faz-se imprescindível o estabelecimento de prazos preclusivos para o exercício da garantia de ampla defesa.

Nessa levada, é extremamente comum o enfrentamento de questões concernentes ao indeferimento de provas no processo penal. Particularmente, o fato de o prolongamento do processo, em tese, beneficiar o acusado, na medida em que favorece a ocorrência de prescrição, acaba por ensejar a adoção de estratégias pela defesa com o intuito de atrasar a marcha processual. São frequentes, por exemplo, os pedidos de produção de provas periciais desnecessárias, assim como de oitiva de testemunhas que demanda a expedição de várias cartas precatórias. Contudo, é igualmente inegável o fato de que, ainda que algumas provas causem atrasos, tais elementos podem ser essenciais para a formulação da defesa do acusado, o que denota que, somente em face de um caso concreto, é que será possível averiguar se a produção da prova pode ser indeferida, o que deverá ser feito por meio de decisão devidamente motivada.

Entra em cena, nesse contexto, a persuasão racional, que, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, facultaria ao juiz a possibilidade de indeferir as provas caso a sua convicção esteja suficientemente formada.

⁵³ Conforme explica Daniel R. Pastor, a duração razoável é essencial para o processo, na medida em que a efetivação da lei não tolera grandes retardos, sob pena de deslegitimação do sistema penal. Contudo, como bem explica o referido autor, também não se pode olvidar da imprescindível observância aos demais direitos e garantias fundamentais, ainda que isso implique, de certa maneira, no prolongamento do feito (PASTOR, 2002, p. 88-90).

Daí, então, os inúmeros julgados tangenciando essa temática, de acordo com a qual o livre convencimento motivado seria princípio suficiente para justificar, por si só, o indeferimento de provas pelas partes. Nesse espeque, já afirmou a Sexta Turma do STJ que:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 593.727. UTILIZAÇÃO DA PROVA EXTRAJUDICIAL COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE EM CARÁTER COMPLEMENTAR À PROVA JUDICIALIZADA. PARECER TÉCNICO. NÃO SUJEIÇÃO À DISCIPLINA LEGAL DA PROVA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA CONSIDERADA IRRELEVANTE. DISCRICIONARIEDADE REGRADA. RENOVAÇÃO DO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. LEI Nº 11.719/2008. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SUPERVENIENTE. TEMPUS REGIT ACTUM. TIPICIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PERDA DO CARGO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DE DEVER PARA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727, submetido ao rito do artigo 543-B do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento no sentido de que "O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição". 2. O artigo 155 do Código de Processo Penal não impede a utilização da prova extrajudicial como fundamento para a condenação desde que em caráter complementar à prova produzida sob crivo do contraditório judicial. 3. Documento particular produzido pela vítima tem natureza de parecer técnico, não sujeito à disciplina legal da prova inserida no artigo 155 e seguintes do Código de Processo Penal. 4. **O parágrafo 1º do artigo 400 do Código de Processo Penal confere ao magistrado a condição de destinatário final das provas, o qual, pelo princípio do livre convencimento motivado, pode indeferir de forma fundamentada as providências que considere protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, não estando obrigado a realizar outras provas quando já se encontra suficientemente instruído diante dos elementos probatórios existentes nos autos.** 5. Tratando-se a Lei nº 11.719/2008 de inovação de cunho processual, é aplicável o princípio tempus regit actum, e a superveniência da novel disposição legal não induz nulidade qualquer, sendo dispensável a realização de novo interrogatório, mormente se a parte não demonstra o prejuízo ou a alegada imprescindibilidade de nova realização do ato processual ao final da instrução. 6. Concluindo a instância ordinária que restou evidente dos autos que foi o réu que tomou a iniciativa de propor a ilícita transação em prejuízo do Fisco, tem-se que o acolhimento da pretensão recursal, posta em sentido contrário, visando ao afastamento da tipicidade do fato, demandaria o reexame do acervo fático probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, nos termos do que preceitua o enunciado 7 da Súmula desta Corte. 7. O delito do artigo 317 do Código Penal viola a

moralidade administrativa em geral enquanto o crime do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 viola a moralidade da administração tributária e econômica, tendo indubitosa aplicação a lei especial por força do princípio da especialidade. 8. A pena de perda do cargo público não é mero efeito da condenação, devendo ser motivada por determinação expressa do parágrafo único do art. 92 do Código Penal, tal como nos presentes autos, em que o réu, na condição de agente fiscal de rendas do Estado, valeu-se do cargo para perpetrar o crime de corrupção ativa em matéria tributária (artigo 3º inciso II, da Lei 8.137/90) causando lesão ao erário estadual que, segundo ele próprio, poderia alcançar mais de duzentos milhões de reais. 9. Agravo regimental improvido.⁵⁴ [grifo nosso]

Especificamente no caso acima, foram discutidas diversas questões, dentre as quais se encontrava a alegação de cerceamento de defesa, haja vista que o juízo de primeiro grau havia indeferido o pedido de realização de perícia contábil para fins de apuração da evolução patrimonial do agravado, a qual, no seu entendimento, seria absolutamente essencial para fins de comprovação da sua tese de inocência. Logo, estava em questão a possibilidade de o juiz indeferir a produção de provas, haja vista o direito à ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o juízo de piso adequadamente fundamentou a decisão que indeferiu a produção da prova pericial, o que, de plano, afastaria o alegado cerceamento de defesa. Ademais, restou consignado que o magistrado havia bem exposto, em especial, a irrelevância da prova requerida, cujo resultado, qual seja, a demonstração ou não de evolução patrimonial incompatível com os rendimentos do recorrente, de nada serviria para a avaliação da efetiva prática da conduta a ele imputada. Nesse espeque, afirmou a Corte que:

[...] que o parágrafo 1º do artigo 400 do Código de Processo Penal confere ao magistrado a condição de destinatário final das provas e, pelo princípio do livre convencimento motivado, pode indeferir de forma fundamentada as providências que considere protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, não estando obrigado a realizar outras provas quando já se encontra suficientemente instruído diante dos elementos probatórios existentes nos autos.

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça frisou que o posicionamento escolhido correspondia com perfeição o entendimento adotado pela Corte, segundo a qual:

⁵⁴ STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.444.444/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 16/02/2016, publicado no DJe 24/02/2016.

[...] o indeferimento de produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal” (HC 180.249/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 04/12/2012). [...]

Perceba-se, portanto, que há dispositivo legal que expressamente aborda esse assunto, segundo o qual o magistrado pode indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias⁵⁵. No entanto, a despeito da existência de tal artigo, o Superior Tribunal de Justiça tem invocado com extrema frequência o livre convencimento motivado como fundamento para que a produção das provas requeridas pela defesa seja indeferida. Tal fato gera uma série de questionamentos, na medida em que a persuasão racional, enquanto sistema de apreciação do valor das provas, a princípio, nada diz respeito a essa faculdade de indeferimento.

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça confere amplos poderes ao juiz, com fulcro no livre convencimento motivado, para o indeferimento de provas, cuja razoabilidade, afirma a aludida Corte, há de ser controlada a cada caso concreto por meio da averiguação da fundamentação aposta. Nesse mesmo sentido, foi possível encontrar outros quatorze julgados, o que revela que se trata de entendimento pacífico no âmbito daquele Tribunal.

Tais julgados revelam uma questão de fundamental importância. No entendimento da jurisprudência, o livre convencimento assume contornos maiores que a ideia de um sistema de apreciação de provas. A despeito de tradicionalmente se afirmar que a persuasão racional não cria um valor prévio para as provas, cuja aferição deve se dar a cada caso concreto mediante a livre apreciação do magistrado, os Tribunais tratam tal norma como se esta colocasse o juiz em um papel ainda mais central no que tange à temática probatória. Não só seria o julgador o destinatário final, mas também, enquanto sujeito processual responsável por presidir o feito, poderia ele determinar, valendo-se de sua discricionariedade, quais são as provas adequadas para a formação do seu próprio convencimento.

⁵⁵ Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. [...] (BRASIL, 1941)

Nesse sentido, o juiz comanda, por completo, a apreensão dos sentidos da atividade processual, detendo a prerrogativa de estatuir quais são as provas que as partes podem e devem produzir no feito. Vê-se, dessa maneira, que o livre convencimento motivado como sistema de apreciação de provas fomenta a perspectiva de absoluta liderança do magistrado no que tange à produção e à análise de elementos probatórios, em que as partes figuram como indivíduos secundários relegados à tarefa de fornecer ao julgador o material necessário, a seu próprio critério, para o julgamento.

Assim como o livre convencimento motivado não consagra um método preciso para a apreciação do valor das provas, também não imporia ele um critério rígido para se julgar que determinada prova seja ou não dispensável. A avaliação, nos dois casos, é sempre feita, nos julgados, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e, como forma de se evitar arbitrariedades, acompanhada de fundamentação. Aposta-se, então, novamente na fundamentação como forma de se garantir racionalidade à decisão judicial.

5.4.3. A valoração de elementos técnicos em sentido diverso com base no livre convencimento motivado

Em diversas ocasiões no processo penal, além da utilização de provas periciais realizadas por profissionais com formação em áreas distintas do Direito, o magistrado pode ter de enfrentar pareceres de natureza técnica também elaborados por especialistas de outras searas.

A título de exemplo, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 94, XV (BRASIL, 1990), que as entidades que desenvolvem programas de internação de adolescentes devem fornecer periodicamente relatórios da situação dos menores nelas acolhidos. Para além de uma simples medida de natureza interna, a elaboração do relatório revela-se primordial para o juiz responsável pelo processo de execução de medida socioeducativa, o qual, por meio dos pareceres técnicos dos profissionais que acompanham o adolescente no estabelecimento, pode melhor avaliar a sua efetiva recuperação, o que permite a mudança da medida socioeducativa a ser cumprida ou até mesmo a sua extinção.

Ocorre que alguns questionamentos importantes surgem nesse ponto. Se o magistrado não possui, por exemplo, conhecimento técnico referente às áreas da medicina, psicologia e serviço social, poderia ele, apesar da existência de relatório

favorável à progressão da medida socioeducativa, indeferir essa medida por julgar, de acordo com os seus próprios conhecimentos, não ser conveniente a mudança?

O Superior Tribunal de Justiça, conforme mostrou a pesquisa cuja metodologia já fora exposta, tem lidado constantemente com esse assunto, em especial quando do julgamento de *habeas corpus*, instrumento por meio do qual as defesas constituídas de diversos adolescentes têm buscado reverter decisões de magistrados que, mesmo em face de parecer técnico favorável, insistem na manutenção do mesmo regime de medida socioeducativa. Sobre esse tema, foram encontrados 13 (treze) julgados que aduzem basicamente o mesmo entendimento: de acordo com o livre convencimento motivado, o julgador pode desconsiderar a sugestão do relatório técnico e manter inalterada a medida aplicada, que, em todos os casos, correspondia à internação.

Vejam, exemplificativamente, a seguinte ementa:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO CAPITULADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. INTERNAÇÃO. PARECER TÉCNICO FAVORÁVEL À EXTINÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. DESCABIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a essa dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A existência de relatório técnico favorável à progressão de medida socioeducativa não vincula o magistrado, que pode, em face do princípio do livre convencimento motivado, justificar a continuidade da internação do menor com base em outros dados e provas constantes dos autos (precedentes).

IV - In casu, o r. decisum que negou a progressão está fundamentado em elementos concretos extraídos dos autos, em consonância com a finalidade da Lei n. 8.069/90, sendo precipitado o deferimento da extinção da medida.

Habeas corpus não conhecido.⁵⁶

Observa-se da ementa supratranscrita que o Superior Tribunal de Justiça entende há muito pela não vinculação do magistrado ao relatório técnico do cumprimento da medida socioeducativa, não só em relação ao parecer favorável, mas também àquele que afirma não ser recomendável a alteração. A ideia que norteia esse entendimento consiste precisamente na faculdade que o livre convencimento motivado concede ao juiz, o qual pode apreciar livremente o valor da prova produzida. Nesse caso, considera-se que o relatório técnico consubstancia-se em prova que o julgador deve valorar, de modo a definir a medida socioeducativa adequada à situação de vulnerabilidade do adolescente.

A liberdade de apreciação, contudo, encontra uma forte limitação: a fundamentação. Não basta que o juiz simplesmente negue ou defira a progressão em termos genéricos. A decisão deve ser vazada com argumentos concretos, que assinalem validamente a razão pela qual a mudança ou a manutenção é ideal.

No caso do precedente acima transcrito, após a referência a inúmeros julgados que corroboram a possibilidade de, mediante a aplicação do livre convencimento motivado, contrariar-se a sugestão constante do relatório técnico, a Corte Superior demonstrou a satisfação do requisito de fundamentação idônea da seguinte forma:

[...] **In casu**, não obstante a existência de parecer técnico conclusivo favorável à extinção da medida socioeducativa, o pedido restou indeferido pelo MM. Juiz de 1º grau nos seguintes termos:

"A sugestão não comporta acolhimento. Com efeito, a decisão de fls. 148 estabeleceu prazo de reavaliação de 06 (seis) meses. Contudo, decorreu pouco mais de 02 MESES desde o indeferimento, razão pela qual não é crível que ocorrerá a modificação das circunstâncias neste breve período.

Destarte, INDEFIRO para manter a decisão anterior por seus próprios fundamentos. Comunique-se a Fundação CASA para que envie o relatório no prazo legal" (fl. 36).

Confirmando a r. decisão menorista, o eg. Tribunal de origem assim se manifestou:

"O recurso não comporta provimento.

Consta das peças que compõem o instrumento que o agravante cumpre medida socioeducativa de internação pela prática de ato infracional equiparado a tráfico de drogas (art. 33, da lei n. 11.343/06).

A despeito da avaliação da Fundação CASA sugerir a extinção da medida, a r. decisão recorrida não está a merecer reparos, uma vez que nas causas envolvendo adolescente infrator, a finalidade primordial da medida socioeducativa é protetiva, e não punitiva, através da reeducação do adolescente em risco.

⁵⁶ STJ, Habeas Corpus nº 325.899/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 03/09/2015, publicado no DJe 01/10/2015.

O magistrado não está vinculado ao relatório técnico da Fundação CASA, sendo-lhe possível formar convicção diversa, fundada em outros elementos pertinentes ao caso concreto. Nesse sentido é a Súmula n. 84 deste Egrégio Tribunal:

[...]

Nessa perspectiva, afigura-se correta a decisão que entendeu precoce a extinção da medida, aguardando-se a vinda dos novos relatórios" (fls. 15-16).

Transcrevo, ainda, por oportuno, trecho do bem elaborado parecer do d. Parquet estadual:

"O jovem está privado de liberdade há 01 ano e 03 meses. E, muito embora não se possa perder de vista que a medida socioeducativa não se atrela à gravidade do ato infracional praticado pelo adolescente, é evidente, de outro lado, que o ilícito por ele praticado deve ser levado em consideração para analisar o grau de desapego às normas da vida em sociedade e, portando, o grau (e duração) de intervenção institucional para que possa ser alcançada sua ressocialização.

Conforme se verifica na Certidão de Antecedentes de fls. 50/59 ele apresenta diversas passagens pela vara da infância e juventude, o que denota intenso envolvimento no mundo do crime.

*Ademais, embora o Relatório Técnico Conclusivo emitido pela Unidade de Internação tenha noticiado um bom comportamento do adolescente, bem como uma evolução positiva da medida, isso não indica que ele esteja maduro para ser agraciado com a extinção da medida de internação, uma vez que **envolveu-se em atos de indisciplina** (fls. 80/84 e 108/112) o que denota que G. não está pronto para retornar à sociedade" (fls. 34-35, grifei).*

Verifico, portanto, que, no caso, o r. **decisum** que negou a progressão está fundamentado em elementos concretos extraídos dos autos, em consonância com a finalidade da Lei n. 8.069/90, sendo precipitado o deferimento da extinção da medida.

Ante o exposto, **não conheço** da ordem. [...] [grifos originais]

Perceba-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça tem se limitado, nos casos de alegação de contrariedade ao relatório técnico favorável, à apreciação da existência ou não de fundamentação apta a manter inalterada a medida socioeducativa. Entretanto, na situação acima, resta claro que as fundamentações adotadas pelo juízo de piso e pelo Tribunal estadual não foram motivadas de forma adequada.

A justificativa utilizada é consideravelmente lacônica, na medida em que se limitou afirmar que o relatório foi feito pouco tempo após a internação, não sendo crível que as mudanças de comportamento tenham realmente ocorrido. O Tribunal de origem, de seu turno, basicamente trouxe afirmações de natureza doutrinária e jurisprudencial sem enfrentar as peculiaridades do caso concreto. A única motivação adequada, contudo, esteve presente no parecer do Ministério Público, em que se apontou especificamente o intenso envolvimento pregresso do adolescente com a prática de atos infracionais, assim como se indicou a sua participação de atos de indisciplina no estabelecimento de internação, que, de fato, corroborariam a necessidade de um maior tempo de internação.

Por isso, acredita-se que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça tenham entendido que, a despeito de as decisões não terem ingressado mais profundamente nas peculiaridades do caso, consoante se depreende do parecer do *Parquet*, havia motivos suficientes para a manutenção da internação, o que, acompanhado de fundamentação mínima sobre a questão, tornaria temerária a concessão da ordem na superior instância.

A pesquisa realizada expôs que, em alguns julgados, esse mesmo problema aparece. Veja-se, por exemplo, excerto do Habeas Corpus nº 263.432/PE⁵⁷:

[...] Vale ressaltar que, em face do princípio do livre convencimento motivado, o juiz não está adstrito ao parecer psicossocial emitido pela equipe técnica, ainda que seja favorável ao paciente. Logo, quando houver fundamentação suficiente da decisão para manutenção da medida socioeducativa aplicada, não se faz necessária a vinculação do magistrado ao parecer técnico. Nesse sentido: [...]

Após esse trecho, o julgado se restringe à colação de precedentes que realçam que o magistrado pode desconsiderar a conclusão de progressão. Contudo, verifica-se acima que não foram exibidas justificativas plausíveis para a manutenção da internação. Há menção tão somente ao livre convencimento motivado, que, isoladamente considerado, não pode justificar a internação. É necessário que o julgador aponte concretamente quais são os fatores que justificam que o adolescente não está apto a retomar um convívio social mais amplo, sob pena de se conferir às medidas socioeducativas caráter puramente punitivo.

Todavia, foi possível ver que a maioria dos julgados do Superior Tribunal de Justiça se vale de fundamentação idônea. É essa a situação dos seguintes precedentes: HC 296.682/SP⁵⁸, HC 322.293/SP⁵⁹, HC 305.140/SP⁶⁰, RHC 53.466/PA⁶¹, RHC 55.327/MS⁶², HC 263.431/PE⁶³, HC 299.370/SP⁶⁴, HC 229.847/RS⁶⁵, HC

⁵⁷ STJ, Habeas Corpus nº 263.432/PE, Quinta Turma, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE), julgado em 04/04/2013, publicado no DJe 12/04/2013.

⁵⁸ STJ, Habeas Corpus nº 296.682/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 16/09/2014, publicado no DJe 25/09/2014.

⁵⁹ STJ, Habeas Corpus nº 322.293/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 04/08/2015, publicado no DJe 25/08/2015.

⁶⁰ STJ, Habeas Corpus nº 305.140/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 09/06/2015, publicado no DJe 23/06/2015.

⁶¹ STJ, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 53.466/PA, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 28/04/2015, publicado no DJe 21/05/2015.

⁶² STJ, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 55.327/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 14/04/2015, publicado no DJe 29/04/2015.

⁶³ STJ, Habeas Corpus nº 263.431/PE, Sexta Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 10/02/2015, publicado no DJe 23/02/2015.

225.597/MG⁶⁶, HC 213.754/SP⁶⁷ e HC 231.462/PE⁶⁸. Note-se, a título de exemplo, que, no caso do primeiro, demonstrou-se a existência de motivação qualificada da seguinte forma:

In casu, não obstante ter o MM. Magistrado menorista deferido a progressão da medida socioeducativa aplicada ao adolescente, fundamentado em relatório técnico conclusivo favorável, o eg. Tribunal **a quo**, em antecipação de tutela, restabeleceu a internação em razão da gravidade concreta do ato praticado, equiparado ao crime de roubo majorado, em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, bem como pela reincidência do adolescente no cometimento de atos infracionais. Eis os fundamentos da r. decisão:

"O ato infracional praticado, roubo duplamente majorado, pelo concurso de pessoa e pelo emprego de arma de fogo, por si só, já demonstra a absoluta necessidade da manutenção da medida de internação. E as condições pessoais do adolescente, que já se envolveu em outro ato infracional equiparado a roubo qualificado tentado, mais reforçam a necessidade de internação e justificam sua excepcionalidade. Não se perca de vista que o agravado praticou novo ato infracional análogo ao delito de roubo enquanto cumpria apenas 8 dias medida de semiliberdade (folhas 23/24). Ainda que o laudo técnico elaborado pelos técnicos da Fundação CASA tenha apontado avanços no processo de reeducação do menor, não se pode perder de vista que os atos infracionais praticados são dos mais graves (equiparados a roubo qualificado tentado e roubo duplamente qualificado). A periculosidade demonstrada por aquele que pratica ato desse quilate é patente, e a cessação dessa periculosidade não pode ser aferida em curto período de tempo, tudo como forma de materializar o princípio da proteção integral e assegurar ao menor um tratamento adequado, com vista ao seu oportuno retorno ao convívio social. Daí a necessidade de melhor observação do adolescente, que deverá ser analisado também pela equipe técnica do Juízo da Infância e Juventude" (fl. 68, grifei).

Transcrevo, ainda, por oportuno, trecho do bem elaborado parecer da d. Procuradoria-Geral da República:

"Todavia, além de o magistrado não ficar adstrito ao conteúdo do laudo técnico produzido, verifica-se que o período de tempo entre a determinação da semiliberdade e a prática de ato infracional denotam que as medidas de ressocialização não foram suficientes no sentido de evitar que o paciente voltasse a se envolver com práticas ilícitas.

A determinação da internação do adolescente atende ao princípio da proteção integral, viabilizando que tenha nova experiência restritiva de liberdade e oportunidade de repensar seus atos.

verifica-se, portanto, que a decisão impugnada está fundamentada principalmente na reiteração e conduta ilícita praticada pelo adolescente e no insucesso da aplicação de medidas anteriores para sua ressocialização, justificando-se, deste modo, o decreto de internação" (fl. 47).

⁶⁴ STJ, Habeas Corpus nº 299.370/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 07/10/2014, publicado no DJe 15/10/2014.

⁶⁵ STJ, Habeas Corpus nº 229.847/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 27/06/2014, publicado no DJe 04/08/2014.

⁶⁶ STJ, Habeas Corpus nº 225.597/MG, Quinta Turma, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE), julgado em 02/04/2013, publicado no DJe 19/04/2013.

⁶⁷ STJ, Habeas Corpus nº 213.754/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora convocada do TJ/PE), julgado em 09/08/2012, publicado no DJe 20/08/2012.

⁶⁸ STJ, Habeas Corpus nº 231.462/PE, Sexta Turma, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 17/04/2012, publicado no DJe 09/05/2012.

Portanto, a r. decisão que deferiu, liminarmente, o restabelecimento da medida socioeducativa de internação está fundamentada em elementos concretos, em consonância com a finalidade da Lei n. 8.069/90.

Ademais, informações prestadas pelo eg. Tribunal de origem noticiam que o mandado de busca e apreensão expedido em desfavor do adolescente ainda não foi cumprido, encontrando-se ainda o menor foragido.

Ante o exposto, **não conheço** do presente **habeas corpus**. [grifos originais]

A despeito de o Tribunal de origem ter suscitado a gravidade abstrata do delito, resta evidente que essa circunstância consistiu apenas em um dos fundamentos para a imposição de internação, sendo que foram descritas as características concretas que apontariam a gravidade apta a justificar a adoção de medida mais gravosa, não servindo, portanto, de mero argumento lacônico. Citou-se, além disso, a prática de novo ato infracional no curso do cumprimento de semiliberdade e, ainda, o fato de adolescente se encontrar foragido.

Os demais julgados referenciados, ainda que em alguns casos sejam sucintos, indicam também motivos concretos para o indeferimento da progressão, valorando-se, com ressalvas, a conclusão técnica dos pareceres. Cite-se adicionalmente o fato de que foi encontrado um julgado em sentido semelhante, no qual se discute a possibilidade de o magistrado valorar de forma diversa a conclusão de um laudo criminológico elaborado no curso de uma execução criminal, o que foi respondido positivamente pelo Superior Tribunal de Justiça com base no livre convencimento motivado⁶⁹.

Portanto, verifica-se que, apesar de o livre convencimento motivado ser um fundamento aplicável à questão referente à valoração do parecer técnico, é inegável que, em determinados casos, a sua utilização como fundamento tem sido consideravelmente vaga. Não basta suscitar o livre convencimento motivado, pois o elemento realmente primordial é a fundamentação concreta da valoração, que deve ser necessariamente especificada pelos julgadores. De toda sorte, viu-se que, na maioria dos casos, o Superior Tribunal de Justiça tem avaliado com acerto as valorações empreendidas nas instâncias inferiores.

⁶⁹ O precedente é o seguinte: STJ, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 36.404/PE, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 20/06/2013, publicado no DJe 28/06/2013.

5.4.4. O livre convencimento motivado como fundamento para a impossibilidade de revolvimento fático-probatório em sede de *habeas corpus*

Dentre as diversas formas de emprego do livre convencimento motivado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi possível localizar, a partir do método exposto anteriormente, quarenta e sete julgados referentes à impossibilidade de manejo de *habeas corpus* com o intuito de promover ampla rediscussão dos fatos que ensejaram a caracterização da ameaça ou lesão à liberdade de locomoção do paciente.

De fato, é amplamente consagrado na doutrina que o *habeas corpus*, nos termos em que disposto na Constituição da República (BRASIL, 1988)⁷⁰, é uma ação destinada a proteger indivíduo que sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, restrição essa ilegal ou que deriva de abuso de poder. Em sendo ação, não se confunde com recurso, dando origem a procedimento independente, cujo pedido formulado é autônomo e originário (GRECO FILHO, 2012, p. 429).

Ocorre que, a despeito de o *habeas corpus* ser ação originária, não se pode concebê-lo como um procedimento comum, tal qual o processo penal de rito ordinário. O *writ* tem como objetivo precípuo reverter uma situação de ilegalidade flagrante, cuja evidência é tamanha que se permite que o cidadão recorra ao Poder Judiciário por meio de processo independente de qualquer outro procedimento que contra ele eventualmente tramite. Nessas situações, o legislador constitucional conferiu clara prevalência ao interesse do cidadão, permitindo que este ataque ato que indevidamente restrinja seu direito fundamental à liberdade de locomoção.

Dessa maneira, o *habeas corpus* é circundado por um cenário de excepcionalidade, que o torna um procedimento diferenciado, pautado pela urgência e que não pode conviver com a duração usual de procedimentos ordinários (OLIVEIRA, 2011, p. 941). Em face disso, os Tribunais não têm admitido, em sede de *habeas corpus*, a dilação probatória, isto é, não se considera compatível com o seu rito a concessão às partes de oportunidade para ampla produção de elementos probatórios, os quais deverão, via de regra, ser expostos contemporaneamente à distribuição da inicial, caso a

⁷⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; [...]

controvérsia acerca da ilegalidade exija a indicação de provas que comprovem a coação narrada.

Nesse ponto, vale relembrar a lição de Aury Lopes Jr., para quem a sumarização da cognição, malgrado consista em característica ínsita ao *habeas corpus*, não pode ser confundida com a análise da prova, a qual deve ser enfrentada no âmbito desse *writ*, ainda que confira à controvérsia grande complexidade (LOPES JR., 2014, p. 1.396). Vedar-se-ia, apenas, a ampla dilação probatória, passível de apreciação somente em processos de rito ordinário, estes sim adequados para que as partes demonstrem, por meio de profuso revolvimento dos fatos, as suas versões.

O Superior Tribunal de Justiça se insere turbulentamente nessa temática. É sabido que os *habeas corpus*, em razão da extrema facilidade de impetração, são distribuídos em enorme quantidade aos Tribunais, que se veem constantemente atravancados diante da dificuldade de se conciliar o julgamento dos demais processos com o mencionado *writ*, cuja urgência demanda grande agilidade por parte dos órgãos jurisdicionais⁷¹. Diante desse cenário, como era de se esperar, o Superior Tribunal de Justiça tem sido extremamente rigoroso no tocante à análise do mérito dos *habeas corpus*, sendo que um dos maiores obstáculos criados pela jurisprudência tem sido justamente a vedação do revolvimento fático-probatório, que enseja a desconsideração dos pedidos que fundamentam a ilegalidade em questões que exigem ampla apreciação cognitiva dos fatos.

Contudo, a pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho permitiu verificar que não só a limitação da cognição do *habeas corpus* tem sido utilizada como fundamento para tornar inviável a ampla dissecação de circunstâncias fáticas. Também o livre convencimento motivado aparece com grande recorrência nos julgados como premissa legal para o indeferimento do *writ*. O raciocínio é basicamente o seguinte: os *habeas corpus* que exigem amplo revolvimento fático-probatório implicariam violação do livre convencimento motivado, na medida em que incumbe aos juízos de primeiro e segundo grau avaliar as circunstâncias fáticas, onde é genuinamente formado o livre convencimento motivado dos julgadores, de modo que eventual incursão dos Tribunais

⁷¹ De acordo com o relatório “Justiça em Números 2015: ano-base 2014”, a segunda classe mais demandada no Superior Tribunal de Justiça é o Habeas Corpus (19,54%) e a terceira é o Recurso Ordinário em Habeas Corpus (7,97%). A primeira classe é o Recurso Especial (55,46%), o qual, contudo, não possui prioridade de julgamento tal qual o referido *writ* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 34).

superiores em tais elementos implicaria indevida invasão em seara cuja análise compete às instâncias inferiores.

Como se disse acima, foi possível encontrar quarenta e sete julgados firmando esse posicionamento. A formatação desses precedentes segue, essencialmente, a mesma estrutura: quando o paciente alega questões típicas de erros no julgamento da sua responsabilidade criminal, o Superior Tribunal de Justiça ressalva que o princípio do livre convencimento motivado impediria tal avaliação, sendo que incumbiria à Corte Superior apenas demonstrar que as decisões das instâncias inferiores foram devidamente motivadas. Assim, em seguida, enumeram-se recortes das decisões atacadas, assinalando os trechos que respaldariam a existência de fundamentação suficiente e que, por conseguinte, teriam valorado as provas colhidas durante a instrução. Vejamos, a título de exemplo, o Habeas Corpus nº 343.107/RS⁷², em que se consignou no corpo do voto vencedor o seguinte:

No que se refere à apontada falta de provas de que o paciente teria cometido o delito de tráfico de drogas, sendo mero usuário, **é imperioso ressaltar que as instâncias de origem formaram seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido tanto na fase inquisitorial quanto na instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade a ele assestadas.**

Ao proferir sentença condenatória no feito, a magistrada singular, após mencionar o conteúdo da prova oral colhida em juízo, consignou que a tese de enxerto e perseguição do réu por parte de uma das policiais restou enfraquecida, salientando que embora a quantidade de entorpecentes com ele apreendida seja pequena - 6 (seis) pedras de crack, 3 (três) buchas de cocaína e 1 (uma) de maconha -, não alegou que tais drogas seriam para uso pessoal, mas sim que teriam sido plantadas pelos agentes responsáveis pelo flagrante, o que impossibilitaria a desclassificação do delito de tráfico para o de posse de drogas para uso pessoal (e-STJ fls. 188/191).

Advertiu que o acusado não comprovou atividade laborativa lícita, referindo receber uma cesta básica da "Casa de Vacina", realizando "bicos" para se sustentar, o que indicaria que realmente faria do tráfico de drogas o seu meio de vida (e-STJ fl. 191).

Concluiu que o paciente foi preso em local conhecido como ponto de tráfico, na posse de três tipos diversos de entorpecentes, além de ter sido com ele encontrada significativa quantia em dinheiro trocado e moedas, tendo sido efetuada a abordagem por parte dos policiais justamente por terem percebido intensa movimentação de usuários, circunstâncias que, somadas às ponderações já realizadas, tornariam inequívoca a prática da traficância (e-STJ fl. 191).

Por sua vez, a autoridade apontada como coatora entendeu que a prova da traficância se estabeleceria pelo modo em que encontrado o réu, que, aliás, sequer alegou que era usuário de substâncias entorpecentes (e-STJ fl. 252).

Explicou que o acusado foi encontrado sentado em um sofá, trazendo consigo maconha, cocaína e crack, enquanto um dos policiais asseverou que mediante

⁷² STJ, Habeas Corpus nº 343.107/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, julgado em 15/12/2015, publicado no DJe 02/02/2016.

campana no local foi possível constatar um intenso movimento de pessoas, "um entra e sai" típico da comercialização de drogas (e-STJ fl. 252).

Aduziu que enquanto as pessoas - prováveis usuários - entravam e saíam rapidamente do local, o paciente lá permanecia à espera dos consumidores, comportamento similar ao daquele que aguarda a chegada do cliente para a entrega da mercadoria (e-STJ fl. 252).

Considerou que o acervo probatório mostraria-se seguro à condenação, não se mostrando cabível o pleito desclassificatório, uma vez que o acusado - a par de não mencionar fazer uso de substância entorpecente -, negou que a droga apreendida estivesse com ele (e-STJ fl. 255).

Diante deste panorama fático-processual, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido no writ, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Com efeito, a **estrita via do *habeas corpus* não permite reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias de origem formaram o seu convencimento**, especialmente como na hipótese, em que apresentaram motivação suficiente à condenação do paciente pela prática do crime de tráfico de drogas, sendo indubitável que para se concluir de forma diversa seria imprescindível a realização de exame minucioso do conjunto probatório, providência que é inviável de ser adotada no âmbito do remédio constitucional, diante dos seus estreitos limites cognitivos. [grifos nossos]

Observa-se acima que, após consignar a impossibilidade de revolvimento fático-probatório, o Superior Tribunal de Justiça pinça afirmações feitas nas instâncias inferiores que atestariam ter ocorrido a devida apreciação das provas lá produzidas. Assim, a Corte não poderia conceder a ordem pleiteada, pois somente seria possível a adoção desse expediente caso os juízos de primeiro e segundo graus não tivessem procedido à análise dos fatos, o que, por consistir em flagrante nulidade, ensejaria a atuação excepcional do Tribunal para a correção de tal defeito.

Essa estrutura, consoante já destacado, repete-se nos outros quarenta e seis julgados que tratam desse mesmo assunto. Entrementes, alguns comentários são necessários, na medida em que não se vislumbra acerto no entendimento do STJ no que tange à aplicação do livre convencimento motivado.

Isso porque, conforme se depreende dos capítulos iniciais deste trabalho, o livre convencimento motivado consiste em um sistema de apreciação de provas que estabelece a inexistência de valores previamente dispostos na lei, os quais deverão ser conferidos mediante concreta fundamentação do julgador, a quem incumbe livremente a indicação do peso de cada prova. Perceba-se, então, que o livre convencimento motivado, a princípio, nada diz respeito à possibilidade de revolvimento fático-probatório no âmbito do STJ.

O recurso à persuasão racional, nesse cenário, parece ser desnecessário, haja vista que bastaria ao Superior Tribunal de Justiça, apenas, afirmar que o *habeas corpus* não se consubstancia em medida processual apta a promover ampla rediscussão da responsabilidade criminal do acusado em razão de sua sumariedade. Inclusive, o recurso ao livre convencimento motivado parece cumprir outro objetivo, qual seja, evitar, a todo custo, a mínima discussão dos elementos fáticos que circundam o caso e facilitar o improvimento da ação.

Poder-se-ia dizer que o livre convencimento motivado funciona apenas como um reforço da tese de inviabilidade de profundo exame probatório, isto é, uma tese secundária para a argumentação. Contudo, ainda nesse caso, é inegável que a persuasão racional pouco esclarece o tema, tratando-se, assim, de um argumento eminentemente inócuo para os fins que pretende.

Portanto, a utilização do livre convencimento motivado, para fins de impedimento de revolvimento probatório no julgamento de *habeas corpus*, aparenta ser equivocada, visto que sistemas de valoração de provas nada dizem, ao menos diretamente, a respeito de tal temática, de modo que o seu uso parece indicar o cumprimento de uma função de meta-argumento.

5.4.5. O livre convencimento motivado como fundamento para a manutenção de pena ou aplicação de medidas cautelares

Assim como ocorreu em relação ao tópico anterior, surgiram inúmeros julgados concernentes ao uso do livre convencimento neste item. Para ser mais exato, foram encontrados oitenta e oito casos em que o Superior Tribunal de Justiça faz uso da persuasão racional para justificar a manutenção ou reforma da restrição à liberdade atacada.

Em tais casos, o raciocínio aplicado pela aludida Corte é o de que, de acordo com o livre convencimento motivado, a aplicação de medidas de natureza penal gravosas aos cidadãos deve se fazer acompanhada de fundamentação idônea para tanto, sob pena de descumprimento do que dispõe o referido sistema.

As medidas gravosas são as mais diversas, podendo ser citados, em especial, o aumento da pena-base acima do mínimo legal, a decretação de prisão preventiva, a aplicação de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) e a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Tais expedientes, no

entendimento do Superior Tribunal de Justiça, devem, na linha do que estabelece o livre convencimento motivado, ser aplicados mediante fundamentação idônea, que apresente justificativas que se coadunem com o que preconiza a lei penal e a jurisprudência.

Para ilustrar o entendimento aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, destaque-se o julgamento do Habeas Corpus nº 271.919/SP⁷³, em que se assentou o seguinte:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.340/2006. MAJORAÇÃO DA FRAÇÃO. REGIME FECHADO. NATUREZA DA DROGA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Cabe ao julgador, dentro de seu livre convencimento motivado, sopesar o percentual a ser reduzido, podendo utilizar-se das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, tendo como preponderantes a natureza da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

3. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a quantidade, a diversidade e a natureza da droga apreendida devem ser levadas em consideração na definição do patamar previsto na causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (um sexto a dois terços), bem como na fixação do regime prisional.

4. No caso em exame, o acórdão impugnado aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na fração de 1/6, levando em consideração a natureza extremamente nociva da droga (crack). Além de utilizar a hediondez do delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990), como fundamento para fixação do regime fechado, baseou-se também na "natureza deletéria da droga apreendida", o que justifica a manutenção do regime prisional mais gravoso para cumprimento inicial da reprimenda.

5. Diante do *quantum* de pena aplicada (4 anos e 2 meses de reclusão), o paciente não faz jus à substituição, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

[...]Como visto, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para, redimensionando a pena, fixá-la em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, nos termos seguintes:

"A reprimenda aplicada merece reparo.

A pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, em razão da personalidade do réu voltada para a prática de crimes, tornando-se definitiva.

A majoração não se sustenta. A circunstância judicial apontada pela magistrada *a quo* pressupõe a existência de condenação judicial em desfavor do acusado e a certidão de fls. 63, indicada na r. sentença, é inidônea para tal finalidade por não demonstrar o trânsito em julgado da decisão condenatória precedente, merecendo atenção o princípio constitucional da presunção de inocência.

⁷³ STJ, Habeas Corpus nº 271.919/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 27/10/2015, publicado no DJe 09/11/2015.

Com a base no piso legal a atenuante da menoridade relativa não incidirá (Súmula nº 231, do e. STJ). Neste aspecto, aliás, é possível verificar que o apelante é relativamente menor (documentos de fls. 14, 19, 23^v e termo de interrogatório), de modo que a data de nascimento constante do boletim de identificação criminal (fls. 17/18) está incorreta.

Presentes os requisitos legais é possível reduzir a reprimenda na fração de um sexto com base no disposto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas. A diminuição mínima se justifica ante a natureza deletéria da droga comercializada pelo apelante, de efeitos nocivos à saúde pública e responsável por índices alarmantes de dependência, ocasionando graves prejuízos à paz social.

Ausentes outras causas modificadoras, fixo a pena em quatro anos e dois meses de reclusão, mais o pagamento de quatrocentos e dezesseis dias-multa.

O regime prisional inicial fechado é o mais adequado diante da gravidade do delito, assemelhado ao hediondo, havendo disposição legal expressa - artigo 2º, parágrafo Iº, Lei nº 8.072/90, com a redação conferida pela Lei nº 11.464/07. Merece também consideração a natureza deletéria da droga apreendida.

Posto isto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo para reduzir a reprimenda para quatro anos e dois meses de reclusão, mais o pagamento de quatrocentos e dezesseis dias-multa, mantidos, no mais, os termos da r. decisão recorrida." (e-STJ fls. 32-33).

No caso em exame, o TJSP afastou os maus antecedentes reconhecidos na sentença e fixou a pena base no mínimo legal. Na terceira fase, aplicou o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na fração de 1/6, levando em consideração a natureza extremamente nociva da droga (crack), o que não se mostra desarrazoado ou desproporcional.

Com efeito, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

Assim, cabe ao julgador, dentro de seu livre convencimento motivado, sopesar o percentual a ser reduzido, podendo utilizar-se, para tanto, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, tendo como preponderantes a natureza da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06.

Exige-se, portanto, que o magistrado fundamente o *quantum* da redução, atendendo-se, assim, ao princípio contido no art. 93, IX, da CF/88, segundo o qual todas as decisões judiciais serão motivadas, sob pena de nulidade.

Sobre o tema, a jurisprudência desta Corte tem entendido que a quantidade, a diversidade e a natureza da droga apreendida devem ser levadas em consideração na definição do patamar previsto na causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (um sexto a dois terços), bem como na fixação do regime prisional.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: [...]

A estrutura dos demais julgados segue, basicamente, a mesma formatação acima: após a transcrição de trechos da decisão objurgada pelo impetrante, o Superior Tribunal de Justiça aponta, resumidamente, que as instâncias originárias fundaram as suas decisões com base em peculiaridades do caso, as quais, uma vez apreciadas por intermédio do livre convencimento motivado e com o uso de fundamentação, tornariam a conclusão por elas alcançada válida, que, por sua vez, deveria ser respeitada pela Corte em virtude da inexistência de vício de motivação.

Contudo, apesar de os julgados seguirem basicamente a mesma estrutura, foi possível observar alguns detalhes assaz importantes. No caso do julgado supratranscrito, é possível vislumbrar que o livre convencimento motivado aparece como fundamento para reforçar o raciocínio do precedente, o qual, contudo, possui como foco, tal como afirmado, o “*princípio contido no art. 93, IX, da CF/88, segundo o qual todas as decisões judiciais serão motivadas*”.

É possível aferir que, em alguns casos, o Superior Tribunal de Justiça parece confundir a garantia de motivação das decisões com o livre convencimento motivado. Veja-se, por exemplo, excerto do acórdão do Habeas Corpus nº 297.940/MS⁷⁴:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, II, E §1º, PRIMEIRA PARTE, DO DECRETO-LEI 201/67. VERBA REPASSADA PELA UNIÃO SUJEITA A CONTROLE PELO TCU. ENUNCIADO 208 DA SÚMULA DO STJ. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS. ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POR FATO ANTERIOR, MAS COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A verba repassada pela União Federal ao Município, mediante convênio, sujeita à fiscalização pelo Ministério da Integração Regional e controle do Tribunal de Contas da União, atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar Prefeito acusado de utilização indevida de tais verbas. (**Precedentes**).

II - “*Compete a Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal*” (enunciado 208 da Súmula STJ).

III - O pleito de produção de prova pericial não enseja, por si só e obrigatoriamente, o seu acatamento, podendo o magistrado deferir ou indeferir o pedido de acordo com o seu livre convencimento motivado.

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte, da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada. (**Precedentes**).

V - **In casu**, a r. sentença condenatória, confirmada pelo eg. Tribunal **a quo**, apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, porquanto reconheceu como desfavoráveis a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime com supedâneo em elementos do próprio tipo.

⁷⁴ STJ, Habeas Corpus nº 297.940/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 03/03/2015, publicado no DJe 19/03/2015.

VI - A r. sentença penal condenatória anterior não prevalece para efeito da reincidência (art. 64, inciso I, do CP), subsistindo, no entanto, para efeito de maus antecedentes. (Precedentes desta Corte).

Habeas corpus concedido **tão somente** para reduzir a pena-base para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se incólume os demais fundamentos adotados pelo v. acórdão vergastado.

[...] Quanto à dosimetria da pena, a irresignação merece algumas considerações.

A pena, mantida pelo eg. Tribunal **a quo**, foi individualizada da seguinte forma pelo magistrado sentenciante, **verbis**:

[...] Inicialmente, impende asseverar que a via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *"a dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus"* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

De uma leitura do trecho acima transcrito, entendo que houve violação ao art. 59 do Código Penal uma vez que a pena, para ser fixada acima do mínimo legal, exige fundamentação concreta e vinculada. Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. O princípio do livre convencimento fundamentado ou da persuasão racional não o permite (art. 157, 381, 387 e 617 do CPP, e art. 93, inciso IX, 2^a parte, da Lex Maxima). Assim, a ausência de fundamentação indica error in procedendo. [...]

Observa-se acima que se fez uso do livre convencimento motivado para a abordagem de duas questões jurídicas, dentre as quais se encontra a obrigatoriedade de fundamentação ao se aplicar a pena concreta para o acusado. Apreende-se da ementa que o livre convencimento motivado, que determinaria a aposição dos fundamentos, poderia ser extraído dos seguintes dispositivos legais: *"arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte, da Lex Maxima"*, os quais não incluem aquele que, segundo ensina a doutrina, efetivamente insere a persuasão racional no sistema processual penal, a saber, o art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Poder-se-ia dizer que, em tal caso, provavelmente há um erro na indicação do dispositivo legal, já que, antes de a Lei n.º 11.690/2008 ter entrado em vigor, era o art. 157 do Código de Processo Penal que previa a persuasão racional. Contudo, é importante destacar que há outros julgados em que se faz referência ao livre convencimento motivado com base, apenas, no art. 93, IX, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), tais como o HC 266.909/RS⁷⁵, HC 248.367/RS⁷⁶, HC 237.754/RS⁷⁷ e

⁷⁵ STJ, Habeas Corpus n.º 266.909/RS, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 03/06/2014, publicado no DJe 18/06/2014.

⁷⁶ STJ, Habeas Corpus n.º 248.367/RS, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 24/04/2014, publicado no DJe 02/05/2014.

⁷⁷ STJ, Habeas Corpus n.º 237.754/RS, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 27/03/2014, publicado no DJe 14/04/2014.

HC 121.331/SP⁷⁸, o que denota haver certa confusão entre as definições de persuasão racional e garantia de fundamentação das decisões.

De qualquer forma, e aqui reside o ponto fulcral, constata-se que essa discussão nem mesmo perpassa o tópico do sistema de valoração de provas, restringindo-se à matéria de fundamentação, a qual poderia ser suficientemente abordada tão somente com base na garantia de motivação das decisões judiciais. Indagar se determinado fundamento invocado pelo magistrado é ou não suficiente para o aumento da pena-base, por exemplo, é um ponto, por excelência, sobre a garantia de fundamentação, e não propriamente acerca da persuasão racional. Esse mesmo fenômeno ocorreu em absolutamente todos os casos, em que a controvérsia se restringiu à checagem da existência de fundamentação idônea nas decisões atacadas.

Portanto, vê-se, tal qual ocorreu no item anterior, que a persuasão racional tem sido suscitada apenas para reforçar a argumentação, não havendo, contudo, relação direta com a questão jurídica posta em debate. Não se desconsidera, é verdade, que o livre convencimento motivado tenha uma ligação umbilical com a garantia de motivação, que, entretanto, também não pode ensejar uma confusão entre os dois conceitos.

5.4.6. O livre convencimento motivado como fundamento para a desnecessidade de exposto enfrentamento de todas as teses suscitadas pelas partes

Foi possível averiguar na pesquisa jurisprudencial o ostensivo emprego do livre convencimento motivado como forma de impedir que as partes realizem, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, debate que implique ampla incursão nos fatos que permeiam o caso. A intenção da Corte é de criar uma jurisprudência defensiva⁷⁹ que dificulte a subida de recursos ou a admissão de ações autônomas. Esse mesmo propósito pode ser observado no caso que ora se analisa, no qual a Corte, a despeito de verificar a existência de vícios de fundamentação, ignora esses sob o argumento de que a legislação permitiria a existência de tais defeitos.

⁷⁸ STJ, Habeas Corpus nº 121.331/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 27/05/2010, publicado no DJe 21/06/2010.

⁷⁹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco reconhecem que “[...] o acúmulo de processos na Corte Suprema obrigou-a a adotar uma série de posicionamentos formalistas, definidos como “jurisprudência defensiva”, com o intuito de barrar o processamento dos recursos extraordinários e agravos de instrumento.” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.294). Cuida-se, portanto, da adoção de entendimentos que sobrelevam a importância de certas formalidades como justificativa para negar conhecimento ou indeferir ações e recursos direcionados aos Tribunais.

É extremamente comum que, no processo penal, as partes provoquem o Superior Tribunal de Justiça, quer seja por meio de recurso especial, quer seja por meio de *habeas corpus*, alegando que as instâncias inferiores não enfrentaram todos os fundamentos por elas colocados, o que implicaria a existência de nulidade, nos termos do art. 93, IX, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Ocorre que, em situações tais, o Superior Tribunal de Justiça tem invocado, com significativa frequência, o livre convencimento motivado, asseverando que este tornaria dispensável o exposto enfrentamento de todas as teses, pois bastaria, no processo penal, que o julgador afirme se encontrar em situação suficientemente cômoda para formar o seu convencimento. Entende-se que as razões elencadas explicitamente na decisão seriam suficientes para implicitamente rechaçar as demais teses não analisadas (GOMES FILHO, 2013, p. 162).

A título de exemplo, veja-se o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.102.065/MS⁸⁰:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO PELA ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE ARGUMENTO CONSTANTE NO PARECER MINISTERIAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Na interposição pela divergência, deve a parte apontar qual norma teria sido contrariada, evidenciando, assim, os motivos que fundamentariam sua irrisignação, sob pena de incidência do enunciado 284 da Súmula do Pretório Excelso.

2. É cediço que, ao decidir, o magistrado não está vinculado ao parecer do Ministério Público, em face do princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional.

3. Agravos regimentais a que se nega provimento.

[...] Já o segundo agravante se insurge, às fls. 368/368, quanto ao não acolhimento por esta Relatora, dos argumentos constantes no parecer ministerial. Afirma que "a decisão omitiu-se quanto à competência para o julgamento da espécie", porquanto "trata-se de recurso especial relativo a crime cometido por militar". Entende que esta Corte seria incompetente para análise da corrente contenda, e que, por tal razão, deveria ser declinada a competência para o Superior Tribunal Militar.

[...] Por fim, é de se ressaltar que não procede a alegação do segundo agravante, o *Parquet* Federal, no sentido de que a decisão seria omissa, porquanto não teria sido analisado argumento constante no parecer ministerial. Isso porque, em função da adoção, pelo processo penal pátrio, do princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional, o magistrado não está vinculado à manifestação do Ministério Público, tampouco obrigado a apreciar as razões constantes do parecer ministerial,

⁸⁰ STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.102.065/MS, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 19/04/2012, publicado no DJe 30/04/2012.

tendo ele liberdade de decidir, de acordo com sua livre convicção. Neste sentido, os seguintes precedentes: [...]

No caso, o Ministério Público havia suscitado importante questão em seu parecer, afirmando a existência de incompetência para o julgamento da causa. Tal alegação não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça e, mesmo após a interposição de Agravo Regimental para análise da temática, a mencionada Corte julgou inexistir nulidade, pois, de acordo com o livre convencimento motivado, o Tribunal teria plena liberdade para decidir a causa, não se vinculando à manifestação ministerial.

O equívoco do Superior Tribunal de Justiça é evidente. Em primeiro lugar, o livre convencimento motivado, enquanto sistema de valoração de provas, nada diz respeito à possibilidade de não enfrentamento das teses suscitadas pelos sujeitos processuais. Além disso, é evidente que não se pode admitir tal posicionamento, haja vista que, a um só tempo, viola-se a garantia de fundamentação das decisões judiciais, que determina ao magistrado a apreciação das alegações dos envolvidos, e, ainda, vilipendia-se o contraditório, o qual, enquanto garantia de influência, impõe ao julgador que a sua decisão enfrente todos os argumentos, sob pena de as partes se tornarem dispensáveis ao próprio processo.

Em que pese o julgado transcrito ser relativo ao parecer do Ministério Público como *custos legis*, foi possível encontrar casos semelhantes em que foram desconsideradas alegações das partes, em especial do réu. Tal entendimento pode ser encontrado em outros sete julgados, quais sejam, HC 318.957/SP⁸¹, HC 303.121/RS⁸², HC 289.583/TO⁸³, HC 317.381/RJ⁸⁴, HC 305.849/RJ⁸⁵, REsp 1170545/RJ⁸⁶ e EDcl no AgRg no HC 154.407/SP⁸⁷.

É válido destacar, todavia, que tal como ocorre com os entendimentos analisados nos itens anteriores, o Superior Tribunal de Justiça parece desejar se referir mais

⁸¹ STJ, Habeas Corpus nº 318.957/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, julgado em 03/11/2015, publicado no DJe 10/11/2015.

⁸² STJ, Habeas Corpus nº 303.121/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 03/11/2015, publicado no DJe 04/12/2015.

⁸³ STJ, Habeas Corpus nº 289.583/TO, Quinta Turma, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador convocado do TJ/PE), julgado em 08/09/2015, publicado no DJe 15/09/2015.

⁸⁴ STJ, Habeas Corpus nº 317.381/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador convocado do TJ/PE), julgado em 09/06/2015, publicado no DJe 17/06/2015.

⁸⁵ STJ, Habeas Corpus nº 305.849/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, julgado em 03/03/2015, publicado no DJe 11/03/2015.

⁸⁶ STJ, Recurso Especial nº 1.170.545/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 02/12/2014, publicado no DJe 16/03/2015.

⁸⁷ STJ, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 154.407/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), julgado em 02/09/2010, publicado no DJe 04/10/2010.

especificamente à garantia de fundamentação das decisões judiciais, e não propriamente ao livre convencimento motivado.

5.4.7. O livre convencimento motivado como fundamento para a adoção da argumentação *per relationem*

Durante a realização da pesquisa jurisprudencial proposta, foram descobertos dois julgados em que o Superior Tribunal de Justiça expressamente consigna o livre convencimento motivado como fundamento para legitimar a chamada argumentação *per relationem*. São eles: HC 293.916/RS⁸⁸ e REsp 705.320/MA⁸⁹.

Nesses casos, as partes recorreram ao Superior Tribunal de Justiça invocando a nulidade da fundamentação de decisões contrárias a seus interesses, haja vista que, em tais oportunidades, os julgadores se restringiram à exposição de decisões anteriormente proferidas no processo ou de manifestações de uma das partes, de modo que a fundamentação resumiu-se à transcrição de trechos sem a utilização de raciocínio próprio. No HC 293.916/RS, foi afirmado que:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de revisãocriminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DECISÃO QUE ADOTA PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EIVA INEXISTENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Pacificou-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores a compreensão de que a adoção do parecer ministerial no acórdão não constitui, por si só, constrangimento ilegal passível de tornar nula a referida decisão colegiada.

⁸⁸ STJ, Habeas Corpus nº 293.916/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, julgado em 02/12/2014, publicado no DJe 11/12/2014.

⁸⁹ STJ, Recurso Especial nº 705.320/MA, Sexta Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 14/10/2014, publicado no DJe 30/10/2014.

2. No caso dos autos, o julgado questionado atende ao comando constitucional, porquanto, embora tenha se reportado ao parecer ministerial, apresentou fundamentação idônea para rechaçar os pleitos de nulidade da prova que embasou a ação penal e de absolvição do acusado, não havendo que se falar em ausência de fundamentação.

PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA ORDEM JUDICIAL AUTORIZANDO O INGRESSO NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina e jurisprudência.

CONTRADIÇÃO ENTRE OS DEPOIMENTOS QUE TERIAM FUNDAMENTADO A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A alegada inocência do acusado é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória.

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do *habeas corpus* o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

[...] Com relação à alegada nulidade do acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação, é necessário frisar que no direito processual penal pátrio vigora o princípio do livre convencimento motivado, pelo qual o julgador tem liberdade para formar o seu juízo a partir das provas carreadas aos autos, desde que decline os fundamentos de fato e de direito da sua decisão.

Aliás, a imprescindibilidade de fundamentação de qualquer pronunciamento judicial mereceu destaque na Constituição Federal de 1988, constando expressamente do inciso IX do artigo 93:

[...] No caso em apreço, ao rejeitar a preliminar de ilicitude da prova que embasou a ação penal, bem como ao manter o édito repressivo, a Corte Estadual adotou como razão de decidir o parecer ministerial, no qual se consignou que o crime de tráfico de drogas é permanente, motivo pelo qual é desnecessária a expedição de mandado de busca e apreensão a fim de cessar a prática criminosa, sendo lícito à autoridade policial ingressar no interior do domicílio a qualquer hora do dia e da noite (e-STJ fls. 375/377).

Aduziu que a materialidade e a autoria delitivas estariam comprovadas, tendo o réu sido preso em flagrante, sendo que a prova testemunhal afastaria a negativa por ele sustentada, sendo certo que não haveria nos autos motivos que pudessem colocar em dúvida as palavras dos agentes policiais responsáveis pela custódia do acusado (e-STJ fls. 377/379).

Verifica-se, assim, que o Tribunal de origem, reportando-se ao parecer ministerial, rejeitou a alegação de nulidade da prova produzida nos autos, bem como o pleito de absolvição do paciente, não havendo que se falar em ausência de fundamentação.

Quanto ao ponto, é imperioso destacar que se consolidou na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que a adoção no acórdão do parecer ministerial ou a confirmação dos termos da sentença, não constitui,

por si só, constrangimento ilegal passível de tornar nula a referida decisão colegiada.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes desta Corte: [...]

Depreende-se do excerto acima que o impetrante alegou nulidade do acórdão que julgou sua apelação, tendo em vista que o Tribunal de origem, em relação a determinados pontos de sua defesa, restringiu-se a transcrever parecer do Ministério Público e afirmar sua adesão a este. A despeito da ausência de fundamentação própria da Corte de segundo grau, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a persuasão racional, lida sob a ótica da garantia de fundamentação das decisões judiciais, ao estabelecer a liberdade de convencimento do juiz, legitimaria tal expediente.

Embora, no caso acima, não seja possível certificar com absoluta precisão qual o efetivo fundamento para a argumentação *per relationem*, o julgado referente ao REsp 705.320/MA⁹⁰ não deixa dúvidas quanto à função do livre convencimento motivado:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE. NULIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. MOTIVAÇÃO CONCISA, PORÉM IDÔNEA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTOMOTIVADO. PRECEDENTES DO STJ. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. ANTECEDENTES VALORADOS NEGATIVAMENTE. *BIS IN IDEM*. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSOS PENAIS ARQUIVADOS. NÃO CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 444STJ. CONDUTA SOCIAL. AUSÊNCIA DE DADO CONCRETO. PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVO DO CRIME. LUCRO FÁCIL. COMUM À ESPÉCIE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO VALORADAS NEGATIVAMENTE. *MODUS OPERANDI*. REPROVABILIDADE EVIDENCIADA. CONSEQUÊNCIAS. DADOS ABSTRATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443STJ. DELITO DE QUADRILHA ARMADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA MODALIDADE SUPERVENIENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. É assente o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que, ao julgador, cabe analisar a controvérsia de acordo com o que entender pertinente à solução da lide, não estando obrigado a apreciá-la conforme o requerido pelas partes, mas com o seu livre convencimento, utilizando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicável ao caso.

2. Não há falar em violação ao art. 381, III, do CPP, na hipótese em que a Corte de origem, embora de forma concisa, motivou a condenação, afastando as alegações do recorrente, reconhecendo a materialidade e autoria, analisando as provas – documentais e testemunhais.

3. O Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de adoção das razões de decidir do juízo monocrático, ou até mesmo da fundamentação

⁹⁰ STJ, Recurso Especial nº 705.320/MA, Sexta Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 14/10/2014, publicado no DJe 30/10/2014.

apresentada em parecer, notadamente quando se acrescente motivação suficiente ao acórdão, o que ocorreu na espécie.

[...] 15. Recurso especial parcialmente provido, para redimensionar a pena do recorrente, como incurso no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, fixando-a em 6 (seis) anos de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória, declarando-se, de ofício, extinta a punibilidade pela prescrição do delito previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

[...] Daí o presente recurso, no qual se argumenta, inicialmente, que o acórdão impugnado, ao negar provimento ao apelo, mantendo o decreto condenatório, não apreciou adequadamente a tese defensiva.

Destaco ser assente o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que, ao julgador, cabe analisar a controvérsia de acordo com o que entender pertinente à solução da lide, não estando obrigado a apreciá-la conforme o requerido pelas partes, mas com o seu livre convencimento, utilizando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicável ao caso.

E, no caso em exame, o Tribunal de origem, embora de forma concisa, motivou a condenação, afastando as alegações do recorrente, reconhecendo a materialidade e autoria, analisando as provas – documentais e testemunhais – condensadas nos autos.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de adoção das razões de decidir do juízo monocrático, ou até mesmo da fundamentação apresentada em parecer, notadamente quando se acrescente motivação suficiente ao acórdão, o que ocorreu na espécie [...]

Depreende-se que o Superior Tribunal de Justiça efetivamente entende que o livre convencimento motivado consiste em fundamento para a adoção da argumentação *per relationem*. Ainda, é importante destacar que apenas não foram encontrados mais precedentes em virtude da limitação temporal firmada para a pesquisa, sendo que, da análise dos dois julgados, verifica-se a existência de entendimento jurisprudencial da Corte que remonta a período anterior ao que foi estabelecido como marco para a busca.

Também merece severas críticas a compreensão do Superior Tribunal de Justiça. Assim como ocorre nos demais casos, não se vislumbra uma conexão direta entre o livre convencimento motivado e a argumentado *per relationem*. Com efeito, afirmar que um sistema de valoração de provas não traceja limites rígidos de peso probatório, o qual somente é fixado mediante fundamentação no julgamento do caso concreto, não implica, de forma alguma, isentar o julgador de apor a sua própria motivação em uma decisão.

Aqui, novamente, o Superior Tribunal de Justiça parece fazer uso de jurisprudência defensiva, valendo-se do livre convencimento motivado para legitimar a possibilidade de um julgador decidir da maneira que achar mais conveniente, quando, ao revés, a garantia de fundamentação das decisões judiciais evidentemente não enseja tal entendimento.

5.4.8. O livre convencimento motivado como fundamento para a condenação quando o Ministério Público pleiteia a absolvição do réu

Em relação a este tópico, foi encontrado apenas um julgado, a saber, o HC 191.744/MG⁹¹. Contudo, de acordo com as referências a outros precedentes que foram feitas nesse caso, não abarcados pela delimitação temporal da pesquisa, depreende-se que se trata de entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça. Inclusive, é válido ressaltar que, até mesmo em razão da raridade com que são feitos pedidos de absolvição de acusados pelo Ministério Público, não é possível encontrar tantos exemplos quantos aqueles achados nos itens anteriores, o que, contudo, não impede que se revele que o entendimento ora exposto se trata de efetiva jurisprudência no âmbito da citada Corte Superior.

No caso do HC 191.744/MG, o impetrante alegou que seria imprescindível a concessão da ordem para a sua absolvição ou aplicação de medida socioeducativa mais branda, na medida em que o próprio Ministério Público, titular da ação penal e que havia formulado a pretensão acusatória, requereu a aplicação de medida mais branda que a internação do adolescente paciente. Em tal oportunidade, estabeleceu-se o seguinte:

HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, II, DO CP). MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

1. A medida de semiliberdade aplicada pela prática de ato infracional análogo ao delito de roubo circunstanciado encontra-se exaustivamente fundamentada na necessidade de ressocialização dos adolescentes, uma vez que efetivamente praticaram ato infracional que pressupõe tanto a violência quanto a grave ameaça, incidindo na tipificação prevista pelo inciso I do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo-se-lhe a aplicação de medida mais gravosa.

2. O pedido do *Parquet* pela absolvição ou pela aplicação de medida socioeducativa mais branda não vincula o magistrado. A partir dos fatos contidos nos autos, pode o Juiz, com base no princípio do livre convencimento motivado, decidir contrariamente ao pedido da acusação.

3. Não se constata, pois, o alegado constrangimento ilegal relativo à medida socioeducativa de semiliberdade aplicada aos adolescentes, tendo em vista que não foram estabelecidas em decisão desprovida de fundamentação, como quer o impetrante.

4. Ordem denegada.

[...] Quanto à alegação de que a aplicação da medida mais severa seria abusiva e violadora de direitos e garantias individuais pelo fato de o

⁹¹ STJ, Habeas Corpus nº 191.744/MG, Sexta Turma, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 22/03/2012, publicado no DJe 11/04/2012.

Ministério Público ter postulado pela aplicação da medida mais branda, verifica-se que não é este o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

O pedido do *Parquet* pela absolvição ou pela aplicação de medida socioeducativa mais branda não vincula o magistrado.

A partir dos fatos contidos nos autos, pode o Juiz, com base no princípio do livre convencimento motivado, decidir contrariamente ao pedido da acusação. Neste sentido, os precedentes:

PROCESSO PENAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELA ACUSAÇÃO, EM ALEGAÇÕES FINAIS, QUE NÃO VINCULA O JULGADOR. ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88. ORDEM DENEGADA.

1. *O fato de ter o Ministério Público pedido a absolvição do réu, na fase de alegações finais, não vincula o juiz.*

2. *Princípio do livre convencimento do juiz, que não caracteriza constrangimento ilegal.*

3. *Ordem denegada.*

(HC nº 106.308/DF, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP, DJe 21/9/2009)

HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CONDENAÇÃO EM PRIMEIRAINSTÂNCIA – ALEGAÇÕES FINAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA ABSOLVIÇÃO – ARTIGO 385, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO – AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO JUIZ – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE – WRIT DENEGADO.

1- *A decisão do Juiz não é vinculada pelas alegações finais apresentadas pelo Ministério Público, podendo ele condenar o réu, mesmo quando o Parquet opina pela absolvição.*

2- *Havendo provas para julgar o feito, condenando o réu, o Juiz não deve se atrelar à opinião do Ministério Público, quando este requer a absolvição.*

3- *O habeas corpus não é o meio adequado para análise de pedido de absolvição, posto que não é possível a incursão nas provas dos autos.*

4- *Writ denegado.*

(HC nº 84.011/RJ, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJMG, DJe de 7/2/2008)

À vista do exposto, denego a ordem de **habeas corpus**.

É como voto. [grifos originais]

No caso acima, a despeito de a discussão retratar a aplicação de medida socioeducativa, é possível ver que o Superior Tribunal de Justiça afirmou expressamente que o mesmo raciocínio se aplica a processos penais envolvendo imputáveis, valendo-se, inclusive, de menção a precedentes nesse segundo sentido.

Novamente, conclui-se pela desvirtuação do livre convencimento motivado. Esse sistema nada prescreve quanto à possibilidade de um magistrado julgar de forma mais gravosa que aquilo que é pleiteado pelo autor da ação. O uso da persuasão racional parece servir, mais uma vez, como instrumento para legitimar decisões que correspondam à vontade íntima do julgador, ainda que, tecnicamente, o seu posicionamento encontre óbices na legislação.

Não se nega, é claro, a existência de doutrinadores que defendem a possibilidade de condenação de um acusado ainda que o Ministério Público pleiteie pela absolvição⁹². Ocorre que, a despeito de não se concordar com tal posicionamento, fato é que não é preciso ir tão longe para se tecer críticas ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que parece fazer uso do livre convencimento motivado como álibi para a tomada de decisões de cunho polêmico, como artifício suficiente para que o magistrado decida sem maiores responsabilidades em relação ao que estabelece a legislação pertinente.

5.4.9. O que revela a pesquisa jurisprudencial no STJ?

O objetivo da pesquisa jurisprudencial foi o de submeter a hipótese a teste. Verificar se o livre convencimento motivado atende melhor ao modelo de processo penal democrático traçado na Constituição significa analisar se a doutrina concebe o referido sistema de valoração sob uma perspectiva democrática e, ainda, se a prática jurisprudencial aplica tal sistema em conformidade com a Carta Magna.

O levantamento de julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça se revela valioso porque patenteia qual a interpretação concreta que tem sido conferida à persuasão racional, ainda que se saiba que, ao se proceder a julgamento de casos específicos, usualmente a aludida Corte não procede a uma análise profunda da persuasão racional.

Em relação ao primeiro tema, observou-se que a invocação do livre convencimento para o indeferimento de provas é inadequado porque, além de tal sistema nada dizer, a princípio, sobre tal faculdade, há um dispositivo legal que expressamente rege o ponto, pelo que totalmente dispensável o recurso ao art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Viu-se, em especial, que tal sistema é usado como expediente para atribuir maiores poderes ao magistrado, como se este controlasse todo o universo de significações do processo e, desse modo, estivesse autorizado a indeferir provas.

⁹² Júlio Fabbrini Mirabete, por exemplo, comentando o art. 385 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), explica que “*Preservando o princípio da indisponibilidade da ação pública, derivado do interesse público da persecução penal, permite a lei que o juiz profira sentença condenatória ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição.*” (MIRABETE, 2000, p. 845). Assim também entende Afrânio Silva Jardim, para quem “*Na verdade, o mencionado art. 385 do CPP não poderia dispor de forma diferente e é resultante do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (art. 42).*” (JARDIM, 2014, p. 8).

No que concerne ao segundo caso, constatou-se que o emprego da persuasão racional para legitimar a adoção de entendimento contrário a pareceres técnicos não guarda relação direta com a noção de sistema de valoração de provas. A questão em tais julgados se restringia somente à existência ou não de fundamentos suficientes para desconsiderar as conclusões dos pareceristas técnicos, cuidando-se, portanto, de temática conectada mais fortemente à garantia de fundamentação.

No terceiro caso, notou-se que a utilização do livre convencimento para o indeferimento do revolvimento fático-probatório em sede de *habeas corpus* também não é pertinente, haja vista que o fundamento que realmente legitima tal expediente é a sumariedade do rito do *writ*, que impede a discussão que usualmente se realiza em processos ordinários. A persuasão racional, nesse cenário, parece apenas reforçar a desnecessidade de o Superior Tribunal de Justiça tecer maiores considerações atinentes à matéria.

Por outro lado, no quarto caso, tal como ocorreu no primeiro, notou-se que o assunto estava diretamente conectado à garantia de fundamentação, pois a Corte Superior se limitou a checar se havia motivação idônea, e não alegações vagas, para se permitir a adoção de expedientes como o aumento de pena acima do mínimo legal e decretação de prisão preventiva. Ademais, foi possível colher, em diversos julgados, trechos em que o Superior Tribunal de Justiça parece tratar o livre convencimento motivado como sinônimo de garantia de fundamentação, o que reforça a inocuidade da persuasão racional para o caso em análise.

Em seguida, foi possível descobrir precedentes que não possuem ligação alguma com o livre convencimento motivado. Esse foi o caso da justificação da motivação implícita e da fundamentação *per relationem*, que, além de vulnerarem a garantia de fundamentação das decisões judiciais, foram adotadas sob o fundamento de que, com base no livre convencimento, o magistrado estaria autorizado a determinar, desconsiderando alegações das partes, os elementos que são necessários para a formação de sua convicção. Ainda, encontrou-se um julgado que reconhece o livre convencimento motivado como princípio apto a permitir que o juiz profira condenação mesmo quando o autor da ação penal requer a absolvição.

Os quatro primeiros casos são importantes porque revelam que o livre convencimento motivado é empregado com grande frequência sem efetiva correspondência com a matéria jurídica posta sob contenda. Trata-se, nesses termos, de mero alibi para se eximir de maiores digressões na temática, sendo que é inegável que o

livre convencimento motivado, por si só, não dispensa a fundamentação concreta a respeito das questões controversas.

Nos últimos três casos, a situação constada para os quatro primeiros se torna ainda mais evidente. Naqueles, observa-se que o livre convencimento motivado é adotado como fundamento para a prática de expedientes de validade jurídica assaz duvidosa, que vão de encontro ao que a doutrina especializada dispõe relativamente ao assunto.

Como já se disse no capítulo referente à garantia de motivação, esta não implica simplesmente a mera apresentação de razões de convencimento pelo magistrado, de modo que este possui a obrigação de explicitar a concatenação lógica do seu raciocínio. Somente dessa maneira é que se demonstrará aos sujeitos diretamente afetados pelo provimento que a versão firmada pelo juiz corresponde ao material que foi trazido os autos.

Admitir a motivação implícita e a fundamentação *per relationem* importa violenta vulneração da garantia de fundamentação das decisões judiciais, pois ambas dispensam o magistrado de apontar e raciocinar especificamente em relação aos pontos que as partes consideram relevantes. A esse respeito, é invocado o livre convencimento motivado, com o claro intuito de, com base na célebre afirmação de que as provas possuem como destinatário o juiz, dismantelar as exigências do contraditório, permitindo-se que o processo se torne uma atividade excessivamente controlada pelo julgador e desprezando-se a intersubjetividade que se exige de um processo penal democrático.

A persuasão racional cumpre precisamente a função de, em última instância, posicionar o magistrado no centro do processo, outorgando-lhe a prerrogativa de definir quais são os sentidos, de acordo com o seu isolado entendimento, passíveis de debate no processo. Se é o juiz que detém absoluto controle das possibilidades de produção e discussão de matéria probatória, poderia ele, inclusive, determinar solitariamente qual é a fundamentação necessária para a decisão.

Ocorre que esse posicionamento passa ao largo da garantia do contraditório. Talvez o maior ganho que se teve com o processo hodierno foi o empoderamento da intersubjetividade na construção de sentidos do processo. Não é admissível, a essa altura, um procedimento em que as partes não ocupem, tal qual o magistrado, posição de igual destaque no que tange à fixação dos limites da controvérsia. Se o julgador, por um lado, possui a obrigação de zelar pelo regular andamento do feito, adotando medidas

que considera pertinentes para se alcançar um provimento eficiente e que responda adequadamente às demandas das partes, por outro lado, é indubitável que as partes também possuem enorme protagonismo na condução das regras do jogo, sendo, aliás, determinantes para formatar as balizas que fundarão o debate em contraditório.

Assim, é incontornável o fato de que a motivação implícita e a fundamentação *per relationem* não se coadunam com o modelo democrático de processo penal, porquanto menosprezam a vital importância da atividade das partes para o processo penal, assumindo nítido caráter inquisitivo. Não à toa que Michele Taruffo comenta que, no caso da primeira, a jurisprudência normalmente a emprega em seu sentido forte, a saber, de que o juiz pode omitir-se em qualquer aspecto da controvérsia, desde que para tanto seja possível conferir uma solução jurídica. Tal sentido, como destaca o autor, é inaceitável, pois se ignora que as alegações da parte devem necessariamente receber uma resposta pelo poder estatal, que, pelo menos “*enuncie o critério de escolha ou de valoração a partir do qual, entre as diferentes possibilidades, escolheu uma em detrimento das outras*” (TARUFFO, 2015, p. 364), o que, como se exibiu, não é trabalhado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, a fundamentação *per relationem* recebe semelhante crítica, uma vez que permitiria que o magistrado não apusesse a sua própria fundamentação, havendo, novamente, o não enfrentamento das alegações das partes. Quando se recorre a uma diferente instância judicial, não se espera, naturalmente, a repetição de fundamentos já apontados, já que incide sobre as partes o ônus da impugnação das razões de decidir. Em outros termos, a parte contesta o raciocínio lógico já efetuado, cuja resposta, por certo, não pode ser a mera reiteração do que já foi consignado, mas sim uma autêntica e autônoma avaliação do que fora decidido. Michele Taruffo também faz semelhante observação, ao observar que deve prevalecer o entendimento de que a argumentação *per relationem* não pode ser inadmitida em termos absolutos, devendo, contudo, estar sujeita à utilização conjunta de fundamentação que expresse valoração crítica autônoma a respeito das alegações das partes, que se vê por ela, apenas, reforçada (TARUFFO, 2015, p. 355).

Demais disso, também incontestável o fato de que a condenação após o pedido de absolvição concede poderes exagerados ao magistrado, que, uma vez mais, pode desvincular-se da necessária adesão aos pedidos das partes e condenar um indivíduo mesmo que insubsistente a pretensão acusatória. Há, aqui, na linha do que preleciona Aury Lopes Jr., clara incompreensão acerca da imprescindível vinculação do estado-juiz

à acusação formulada pelo Ministério Público, condenando-se sem a invocação do pedido de punição (LOPES JR., 2014, p. 149).

De se destacar que, recentemente, tem sido discutida com grande frequência essa problemática. Lenio Luiz Streck, por exemplo, é cirúrgico ao diagnosticar que o livre convencimento é evocado justamente acompanhado de teorias e conceitos que se aproximam da perspectiva inquisitorial de processo, que, ao fim e ao cabo, deságua em uma noção de presidencialismo processual que enfraquece a dialeticidade do procedimento em contraditório⁹³.

Diante de tudo isso, observa-se que o livre convencimento motivado é usado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, para fins claramente inquisitórios, reforçando a preocupação que se tinha quando do seu surgimento na Revolução Francesa, quando já se temia pela possibilidade de a persuasão racional fomentar arbitrariedades. Assim, é possível verificar que a aplicação desse sistema tem exprimido incompatibilidades com o modelo democrático de processo penal, pois ora é invocado sem expressamente disciplinar a matéria, ora é evocado para a adoção de posturas tipicamente inquisitoriais.

5.5. Há, de fato, um meio termo entre a íntima convicção e as provas tarifárias?

A presente pesquisa acabou revelando, além dos tópicos críticos já abordados, algumas questões não tão bem elucidadas pela doutrina. A repetida afirmação de que o livre convencimento motivado consiste em meio termo entre íntima convicção e provas tarifárias não representa, com nitidez, a complexidade da valoração das provas, raramente questionada no círculo dos estudiosos.

É reflexo dessa imprecisão a existência de opiniões assaz divergentes sobre a comparação entre o livre convencimento motivado e a íntima convicção. Como se relatou no introito histórico, o surgimento de ambos, após a Revolução Francesa, não é tão claro e bem demarcado quanto afirmam alguns autores, havendo uma série de discordâncias a respeito da existência de uma efetiva distinção entre os dois.

Explica Hernando Devis Echandía que, para além do já farto debate da diferenciação entre sistemas inquisitivo e acusatório, é igualmente fundamental para o

⁹³ Lenio Luiz Streck já teve a oportunidade de constatar isso nos seguintes termos: “Alguém já se deu conta – e isso está nítido na entrevista de Nucci – que a livre apreciação da prova está ligada ao uso de provas indiciárias? Os advogados de terrae brasilis já se deram conta disso? Ora, não deixa de ser instigante (e intrigante) o fato de que seja exatamente a livre apreciação da prova o argumento utilizado por inúmeras decisões-para-justificar-a-condenação com base em... provas colhidas durante o inquérito policial.” (STRECK, 2013).

entendimento do viés político que permeia o sistema probatório analisar a valoração de provas, que, historicamente, alternou-se, basicamente, entre modelos que ora sujeitam o magistrado a padrões abstratos que o vinculam forçosamente a específicas conclusões valorativas, ora lhe atribuem a faculdade de proceder a uma valoração pessoal e concreta dos elementos colhidos (ECHANDÍA, 1974, p. 84).

Além disso, o mesmo autor esclarece que os modelos de valoração em que se consagra a liberdade de apreciação de provas pelo juiz têm recebido variadas denominações, gerando certa confusão no que tange as suas diferenças. Com efeito, o referido autor faz menção a Eduardo Couture, segundo o qual haveria três sistemas: provas legais, “*sana critica*” e livre convicção (ECHANDÍA, 1974, p. 84).

De fato, Eduardo Couture se apresenta bastante crítico quanto à afirmação de doutrinadores de sua época no sentido de que o Código de Processo Civil uruguaio estaria inspirado pelo princípio da “livre convicção”. Isso porque, em seu entendimento, a expressão “livre convicção” deveria ser reservada para casos pontuais da legislação, tais como os júris criminais, em que se permite ao jurado julgar os fatos sem fundamentar racionalmente suas conclusões, não havendo, nem mesmo, a necessidade de fazer uso exclusivo dos elementos produzidos ao longo do processo (COUTURE, 1949, p. 221).

Nesse esboço, segundo Eduardo Couture, existiriam essencialmente três sistemas, quais sejam: as provas legais, em que há uma imputação normativa antecipada da eficácia da prova; a “*sana crítica*”, que dita o uso de critérios de lógica e experiência no ato valorativo praticado pelo magistrado, e a livre convicção, por meio da qual o juiz está autorizado a convencer-se por meio dos elementos constantes dos autos ou, ainda, sem a existência destes no processo ou contra o que se pode depreender deles (COUTURE, 1949, p. 221).

Vale precisar, a título de esclarecimento, que a “*sana crítica*”, frequentemente mencionada na doutrina de países de língua espanhola, não possui uma tradução precisa no Brasil, sendo ora mencionada como crítica *sã*⁹⁴, ora como livre convencimento motivado. Contudo, da própria definição de Eduardo Couture, é possível verificar que tal modelo se aproxima daquilo que se afirma no Brasil como livre convencimento

⁹⁴ Júlio Fabbrini Mirabete faz uso do termo ao dizer que, no livre convencimento motivado, o juiz é “livre, porém, quando se guia pela crítica *sã* e racional” (MIRABETE, 2000, p. 414). Equivalentemente, Edgard Magalhães Noronha assera que, quanto ao magistrado no livre convencimento motivado, “*Seus domínios são exclusivamente os das provas do processo, porém, na eleição ou avaliação delas, ele é livre, guiando-se pela crítica *sã* e racional: a lógica, o raciocínio, a experiência etc., o conduzirão nesse exame e apreciação*” (NORONHA, 1989, p. 91).

motivado, em especial quando, ao elucidar o seu conceito, o aludido autor assevera que “*Êste conceito representa uma categoria intermediária entre as provas legais e a livre convicção*” (COUTURE, 1946, p. 192) e, ainda, que “*O juiz que deve decidir com base na crítica sã não é livre para raciocinar à vontade, discricionária ou arbitrariamente. Semelhante maneira de agir não seria crítica sã, mas livre convicção*” (COUTURE, 1946, p. 192).

Essa diferenciação, tão repetidamente exposta na doutrina brasileira, encontra resistência entre alguns autores estrangeiros. O próprio Hernando Devis Echandía fez questão de salientar que essa divisão tripartite, apesar de ser comumente ratificada, é questionada por diversos doutrinadores, de acordo com os quais haveria tão somente dois sistemas, os quais se diferenciam conforme a legislação estabeleça previamente valores ou atribua a tarefa de valoração concreta ao julgador (ECHANDÍA, 1974, p. 96).

Na visão de Hernando Devis Echandía, a íntima convicção é apenas uma modalidade do livre convencimento, cujo desenvolvimento se deu em função da necessidade de se adaptar o encargo de julgamento aos indivíduos que tradicionalmente não possuem formação jurídica e que, dessa forma, não poderiam fundamentar a sua convicção em um sentido rigorosamente jurídico (ECHANDÍA, 1974, p. 97). Não seria, portanto, um terceiro sistema, mas uma modalidade diversa dos modelos de valoração que instituem a liberdade de apreciação.

É bastante interessante, em particular, a crítica que Hernando Devis Echandía faz àqueles que sustentam que, nos sistemas de íntima convicção, o julgamento pode se dar sem vinculação a raciocínios lógicos. Segundo o autor, mesmo diante da desnecessidade de fundamentação, o jurado possuiria obrigação de decidir de acordo com as regras lógicas, obrigação essa de natureza implícita e óbvia, sob pena de deslegitimação do ordenamento que excepcionalmente institui essa diferenciada forma de julgamento. Tampouco prospera, no entendimento daquele processualista penal, a afirmação de que o jurado pode se valer de conhecimentos alheios ao feito, pois a ele também se aplicariam preceitos referentes a impedimentos, tal como ocorre com magistrados de carreira, não sendo possível, portanto, tomar esses eventuais desvios práticos de aplicação do ordenamento como se se tratassem de características ínsitas e aceitas pelo sistema jurídico (ECHANDÍA, 1974, p. 97).

Desse modo, para o supradestacado autor, o julgador, no livre convencimento motivado, possui a mesma liberdade de decisão que o jurado possui na íntima

convicção, de sorte que o efeito sistêmico anormal, isto é, a aplicação do Direito sem critérios racionais, não pode ser tido como propriedade do sistema de valoração (ECHANDÍA, 1974, p. 97). Por isso, conclui que “*sana crítica*”, apreciação fundamentada ou livre convencimento motivado significam o mesmo, a saber, a liberdade para apreciar as provas de acordo com a lógica e as regras do sistema (ECHANDÍA, 1974, p. 99).

O raciocínio tecido por Hernando Devis Echandía possui grande importância para esta pesquisa. Afirma-se, desde o início, que se pretende checar se o livre convencimento motivado consiste na melhor opção democrática de apreciação de provas. A lição do mencionado autor coloca essa tradicional afirmação em terreno movediço. Em primeiro lugar, porque destrói a tradicional conceituação do livre convencimento motivado, usualmente mencionada como algo pacificado entre doutrinadores, mas que encontra, nos termos em que explicado, forte rejeição por autores de peso. Em segundo lugar, porque aproxima o livre convencimento motivado da íntima convicção, recorrentemente mencionada como esquema de valoração absolutamente inadequado para democracias.

Não se pode deixar de mencionar, nesse ponto, as lições de Lenio Luiz Streck. Esse autor, nos últimos anos, tem realizado severas críticas à persuasão racional, em especial no âmbito do Código de Processo Penal. Segundo tal autor, o livre convencimento motivado seria aplicado de modo extremamente semelhante à íntima convicção, afirmação essa que, apesar de derivada da observação da equivocada interpretação dos Tribunais pátrios, parece ir ao encontro das críticas de Hernando Devis Echandía, que, por sua vez, demonstra uma intensa imbricação entre os dois sistemas.

De todo adequado, portanto, as críticas desenvolvidas por Lenio Luiz Streck ao afirmar que é praticamente impossível ignorar que a persuasão racional se trata, na verdade, de um corolário da filosofia da consciência (STRECK, 2012a, p. 217), aproximando-se, então, do mesmo voluntarismo que marca o conceito de íntima convicção. Ao apostar em um sistema no qual o magistrado possui ampla liberdade de atuação, o Direito Processual Penal brasileiro passa ao largo das conquistas obtidas pela filosofia da linguagem⁹⁵, dando azo ao fortalecimento do julgador como um sujeito

⁹⁵ Conforme demonstra Celso Luiz Ludwig, a filosofia da linguagem representa uma genuína mudança de paradigma, pois “[...] esse giro da filosofia não significa a inclusão da linguagem na condição de mais um tema relevante para a reflexão filosófica. Trata-se de um giro da própria filosofia, uma virada no

solitário que decide eminentemente ancorado em sua própria vontade (STRECK, 2012a, p. 218).

Lenio Luiz Streck também rememora uma sutileza da mais alta importância. Usualmente, ao se definir o livre convencimento motivado, afirma-se que o juiz possui liberdade para decidir, embora deva fazê-lo de forma fundamentada. A relação entre as duas ideias se dá por uma conexão de contrariedade, em que a fundamentação aparece como um fardo para a livre convicção. Nesse sentido, aponta o referido autor que:

Veja-se que a ressalva no sentido de que a decisão, embora de “livre convicção”, deve ser fundamentada nas provas colhidas no curso do processo, seria relevante, não fosse exatamente a contradição entre a “livre convicção” (solipsismo judicial) e a “fundamentação nas provas processuais”. Veja-se, claramente, a junção/imbricação do paradigma metafísico-clássico (*adequatio intellectus et rei*) e o da filosofia da consciência (*adequatio rei et intellectus*). Interessante notar que, ao fim e ao cabo – e o autor é enfático nisso – sempre prevalecerá a “livre convicção” ou “a vinculação à consciência do julgador”. É o triunfo, enfim, do voluntarismo/relativismo [...] (STRECK, 2012a, p. 213).

A prevalência da livre convicção a que se refere Lenio Luiz Streck pode ser verificada na pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho. Conforme se narrou anteriormente, o simples fato de se dizer que o julgador proferiu decisão de acordo com o convencimento formado a partir das provas dos autos tem servido de fundamento para se cometer uma série de equívocos processuais. Inclusive, em determinados casos, a persuasão racional foi utilizada como argumento jurídico para justificar posturas procedimentais que nada tem a ver com o seu conteúdo, o que denota a primazia do livre convencimento sobre as demais regras e princípios jurídicos, artifício supostamente apto a justificar o afastamento de preceitos de índole processual e material.

Daí, então, um problema fulcral: o livre convencimento motivado tem sido evocado como fundamento maior para a prática dos mais diversos tipos de expedientes processuais. Isso não só desvirtua o verdadeiro significado do livre convencimento motivado, essencialmente conectado a uma opção política relativa à forma de valoração de provas, como também serve para a prática de arbitrariedades processuais nada

modo de se entender a filosofia. Nesse novo paradigma, a linguagem passa da condição de objeto da reflexão para a condição de fundamento de todo pensar. Filosofar significa filosofar a partir da linguagem, e esta na condição de médium irrecusável e inultrapassável do sentido e validade de todo saber” (LUDWIG, 2006, p. 44).

compatíveis com a ideia de controle do poder estatal que permeia a noção de modelo democrático de processo penal.

Outrossim, foi possível vislumbrar que a persuasão racional também fracassa no tocante aos seus supostos limites à liberdade de decisão judicial. Como se apontou, a própria forma pela qual a persuasão racional foi consagrada na legislação pátria evidencia, por si só, a sua incongruência, vez que se permite, com fulcro no art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que a condenação não seja fundada exclusivamente nas provas produzidas sob o crivo do contraditório, criando, por meio dessa abertura, uma ampla margem de discricionariedade para que o magistrado legitimamente condene uma pessoa primacialmente com base em elementos informativos colhidos durante o inquérito, o que reforça a dimensão inquisitorial do dispositivo legal. Aquilo que era para ser controle, isto é, a motivação, acaba perdendo o seu necessário espaço, enquanto a ideia de livre convicção ganha cada vez mais força, tornando a decisão progressivamente incontrolável.

De igual forma, a limitação concernente à motivação semelhantemente não tem cumprido devidamente a sua função. A despeito de a doutrina mencionar com frequência a necessidade de utilização de uma fundamentação idônea, qualificada, que não se restrinja a um mero rol de razões, certo é que esse aspecto é frequentemente olvidado. Aliás, a pesquisa jurisprudencial registrou que a fundamentação tem representado um problema em inúmeros casos, na medida em que o livre convencimento tem sido invocado como recurso para, incongruentemente, dispensar a fundamentação. Invoca-se a persuasão racional como álibi teórico⁹⁶ para estabilizar as expectativas e forçar a assunção de legitimidade da decisão, o que, à evidência, contraria novamente a ideia de controle do poder jurisdicional.

Daí, sobeja cristalina a conclusão de que os dois elementos apontados anteriormente como limitadores da livre apreciação não têm sido suficientes para se alcançar um provimento legitimamente democrático. De nada adianta adotar o método da persuasão racional se o sistema processual valida uma ampla liberdade decisória e profusos poderes de atuação para o magistrado, incoerentes com o modelo constitucional de processo penal. Assim, resta comprovado que o Brasil não conseguiu se desatrelar de uma concepção instrumentalista do processo, que aposta em um protagonismo da figura do julgador (STRECK, 2010, p. 41).

⁹⁶ Essa é uma expressão empregada por Lenio Luiz Streck em suas obras (STRECK, 2014a, p. 185).

É, portanto, um esquema que, em última análise, fulcrado na visão contratualista⁹⁷ do processo, desconsidera a desigualdade concreta entre os indivíduos e o Estado e, ao fim e ao cabo, despreza a real importância que a atividade das partes assume para o processo, reservando ao magistrado uma posição privilegiada de poderes. Por isso, de todo pertinente o ensinamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que certamente destaca a necessidade de se atribuir ao julgador o seu lugar constitucionalmente demarcado:

A cultura acusatória, do seu lado, impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante! Contra tudo e todos, se constitucional, devem os magistrados assegurar a ordem posta e, de consequência, os cidadãos individualmente tomados. À ordem de prevalência, nesta dimensão, não se tem muito o que discutir, mormente porque não há direito coletivo mais relevante que aqueles fundamentais dos cidadãos.

*Deve-se ver com parcimônia, portanto, toda a grande disputa que se levou à ribalta entre os direitos individuais e os coletivos (da sociedade, como um todo), mormente porque em um Estado de democracia tardia, a figura do juiz é imprescindível para o cidadão, com frequência vilipendiado em seus direitos e infinitamente mais fraco, por sinal como projetado pelos *contratualistas*, embora não se possa ingenuamente asseverar sem restrições, em relação a todos, coisa do gênero. A isonomia, porém, não faz distinção entre os cidadãos e isso é imprescindível para se deitar a luz constitucional sobre todos. (COUTINHO, 2009, p. 114, grifos originais).*

Esse desvio prático, muitas vezes referenciado como simples erro na aplicação do Direito, possui causas ainda mais profundas. Demonstrou-se, no capítulo inicial, que a trajetória histórica do livre convencimento motivado é intimamente atrelada à íntima convicção, sendo, aliás, dificultosa a tarefa de precisar uma separação rígida entre ambos. Fato é que, historicamente, em alguns estados, passou-se a exigir das decisões de magistrados de carreira a fundamentação, que, acrescida a um sistema que estatua a liberdade de decisão, acabou dando azo à formação do chamado livre convencimento motivado, que, contudo, não é tão distinto da íntima convicção quanto se acredita.

Noutro giro, a breve recomposição histórica revelou os mesmos problemas constatados em relação aos demais modelos de valoração. Inúmeros estudiosos questionam a existência de um terceiro sistema, meio-termo entre íntima convicção e provas tarifadas. Essa objeção não só contesta a existência autônoma do livre

⁹⁷ Oskar Von Bülow, maior representante da escola contratualista e considerado como o marco da autonomia do processo, entendia que o processo como uma relação jurídica de direito público, na qual, por meio de um contrato, o Tribunal assume a obrigação de decidir e realizar o Direito e as partes, de seu turno, responsabilizam-se a colaborar com o juízo e submeter-se ao resultado da atividade comum que se efetiva ao longo do feito (BÜLOW, 1964, p. 2).

convencimento motivado como também desvela essa ligação excessivamente próxima com a íntima convicção, desvendando que a liberdade de apreciação constante em ambas possui natureza semelhante, diferenciando-se basicamente no que respeita à imposição (ou não) de alguns requisitos a mais.

Importante reiterar, nesse ponto, que o livre convencimento motivado tem se apresentado como um instrumento à disposição dos magistrados, por vezes, perverso, obstaculizando, de maneira clara, a efetiva consolidação da garantia da motivação das decisões judiciais. Conforme nos ensina Rosemiro Pereira Leal, foi com Elio Fazzalari que a decisão judicial passou a ser entendida como julgamento estritamente vinculado ao espaço técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo, permitindo a realização de um verdadeiro salto epistemológico que afasta a concepção de decisão da esfera puramente individualista (LEAL, 2002, p. 26).

Nesse sentido, soam extremamente apositadas as lições de Lenio Luiz Streck ao afirmar que o livre convencimento, ao delegar ampla liberdade ao juiz para a avaliação de provas, passa a tratar a decisão como um simples ato de escolha, fragilizando a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais (STRECK, 2012a, p. 219). No atual estágio da democracia, tal garantia somente pode ser entendida sob um viés que enxerga a decisão judicial por intermédio de uma ampla intersubjetividade, que, de seu turno, constrói, não apenas com o magistrado, mas com todos os afetados, de forma legitimamente democrática, os provimentos judiciais (PINTO, 2012, p. 132-133).

Destarte, resta evidente que o recurso do legislador brasileiro ao livre convencimento motivado termina por gerar uma série de incongruências, obscuridades e arbitrariedades que não se coadunam com o postulado da segurança jurídica, presente no Estado Democrático de Direito. Tal situação é, na área processual penal, inadmissível em razão de se tratar de seara que, por lidar com graves restrições a bens jurídicos de extrema relevância, não pode admitir a discricionariedade que tem sido amplamente legitimada na teoria e na prática. Nesse diapasão, são oportunas as lições de Aroldo Plínio Gonçalves:

O mais alto grau de racionalidade atingido pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que se seguiu à conquista das garantias constitucionais, importa na superação do critério de aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador, ou na sensibilidade extrema do juiz, simbolizada pelo 'Fenômeno Magnaud'. Esse critério é substituído por uma técnica de aplicação do direito

que se vincula a elementos não-subjetivos, a uma estrutura normativa que possibilita aos membros da sociedade, que vão a Juízo, contarem com a mesma segurança, no processo, quer estejam perante um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicados. (GONÇALVES, 2001, p. 45-46).

Portanto, adotando-se como pressuposto a necessidade de adaptar o processo penal brasileiro a um modelo constitucionalmente adequado, que tem como base a própria Constituição de 1988, chega-se à conclusão que o livre convencimento motivado, quer seja na abertura que se concede doutrinariamente, quer seja na forma de sua aplicação judicial, vulnera fortemente a garantia de motivação das decisões judiciais e os demais direitos e garantias fundamentais, fragilizando-se a perspectiva democrática do processo penal brasileiro e privilegiando a dimensão inquisitorial de processo, que, equivocadamente, despreza a imprescindível intersubjetividade presente na atividade procedimental sob o contraditório.

5.6. As perspectivas para além do livre convencimento motivado

O presente trabalho teve como objetivo submeter a teste a hipótese de que a tradicional abordagem do livre convencimento motivado não se compatibiliza com o propugnado modelo de Estado Democrático de Direito, principalmente no que toca à garantia de motivação das decisões judiciais, o que enfraquece os direitos e garantias fundamentais envolvidos no processo penal, gerando, por sua vez, um significativo déficit democrático no que concerne à legitimidade da atividade exercida pelo Poder Judiciário.

Após a exposição do levantamento de dados doutrinários da matéria, bem como da pesquisa jurisprudencial de julgados do Superior Tribunal de Justiça, foi possível verificar que, de fato, a hipótese estava correta. A abordagem doutrinária e aplicação prática da persuasão racional denotam que esse sistema de valoração de provas possui acentuada ligação a uma visão de processo penal que concentra excessivamente poderes na figura do magistrado, depreciando a dimensão de construção intersubjetiva do processo que se defende neste trabalho.

Ocorre que, ultrapassada a constatação e a confirmação dos defeitos, surgem inúmeras indagações a respeito da temática ora exposta: há algo para além do livre convencimento motivado? Seria necessária a extirpação da persuasão racional do

ordenamento pátrio? Há a possibilidade de construção de um novo sistema de valoração de provas?

O presente trabalho, enquanto dissertação de mestrado, não pretende fornecer uma resposta definitiva a essa questão. Essa alternativa escapa aos limites que foram impostos à pesquisa, que, antes de pretender oferecer um resultado de cunho eminentemente inovador, típico de um trabalho de doutorado, propôs-se a, em face das limitações de tempo e em razão da natureza da pesquisa de mestrado, realizar uma abordagem diferenciada do tema de valoração de provas, que, usualmente, no Brasil, limita-se ao apontamento genérico de três diferentes modelos como se se estivesse a tratar de conceitos doutrinários pacíficos e surgidos em uma constante evolucionária de aprimoramento científico.

Não obstante, seria de suma importância fazer algumas breves ponderações que podem indicar possíveis perspectivas de enfrentamento das graves imperfeições detectadas, guarnecendo-se o processo penal de possíveis opções para a solução dos defeitos que advêm do livre convencimento motivado.

Em especial, vale a pena destacar que recentemente essa problemática foi enfrentada no âmbito do processo civil. Em março de 2016, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que, promovendo substanciais alterações no ordenamento, teve como uma de suas marcas a intensa reformulação da parte referente à fundamentação das decisões judiciais. Inclusive, chamou bastante a atenção o fato de terem sido retiradas todas as referências que anteriormente existiam em relação ao livre convencimento motivado.

Em que pese a persuasão racional ter sido prevista inicialmente no projeto⁹⁸, após a elaboração de uma emenda aglutinativa, todas as menções ao livre convencimento motivado foram eliminadas, de sorte que a atual redação nada diz sobre a liberdade de apreciação, afirmando-se tão somente a necessidade de observância à garantia de motivação⁹⁹. Tal mudança se deveu, em grande medida, às críticas tecidas por Lenio Luiz Streck, que questionou severamente a utilidade de se promover modificações nos dispositivos referentes à fundamentação das decisões judiciais e ao

⁹⁸ O art. 378 do substitutivo apresentado pela Comissão Especial designada para a elaboração do novo Código de Processo Civil previa o seguinte: “Art. 378. O juiz apreciará livremente a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” (BRASIL, 2013).

⁹⁹ A nova redação é a seguinte: “Art. 371. 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.” (BRASIL, 2015).

contraditório e, ao mesmo tempo, manter intacto o livre convencimento. Fala-se, inclusive, em “emenda Streck”¹⁰⁰, que, dentre outras alterações promovidas, subtraiu referências ao aludido sistema.

Apesar da grande modificação, encetou-se debate inusitado: expurgado o livre convencimento motivado, qual seria o sistema de valoração de provas atualmente vigente? Em que pese o resgate histórico do projeto de novo Código de Processo Civil exprimir que o aludido modelo foi eliminado, inúmeras vezes passaram a se posicionar no sentido de que a persuasão racional ainda estaria vigente, haja vista que se trataria de questão implícita ao padrão de democracia processual¹⁰¹.

Questiona-se se o simples fato de o ordenamento não impor valores específicos às provas importaria, então, inevitável adoção do livre convencimento motivado. Apesar de o presente trabalho não pretender dar uma resposta definitiva a esse assunto, é inegável que a pesquisa traça algumas diretrizes que podem ajudar a solucionar esse intrincado imbróglio. Ademais, apesar de a discussão ocorrer na área do processo civil, é indubitável que ela pode influenciar significativamente o processo penal, fornecendo pistas sobre como lidar com as dificuldades relatadas na pesquisa. Aliás, é válido rememorar que o projeto de Novo Código de Processo Penal mantém, por ora, a previsão da persuasão racional como modelo de valoração¹⁰².

Como se descreveu, quando se fala em liberdade de apreciação de provas, quer seja na íntima convicção, quer seja no livre convencimento motivado, põe-se em relevo, em última instância, o papel do magistrado, que se posiciona como figura central do processo e destinatário último das provas, fomentando-se a ótica presidencial de

¹⁰⁰ Considerando que a modificação é extremamente recente, a discussão acerca do livre convencimento motivado tem aparecido mais em artigos publicados na *internet* por juristas. No caso, fazem menção ao termo “emenda Streck”, por exemplo, Lúcio Delfino e Ziel Ferreira Lopes (DELFINO; LOPES, 2015) e André Karam Trindade (TRINDADE, 2015).

¹⁰¹ É esse, por exemplo, o posicionamento de Daniel Amorim Assumpção Neves, que afirma que: “Entendo que o Novo Código de Processo Civil manteve o sistema de valoração do livre convencimento motivado, anteriormente previsto no art. 131 do CPC/1973 e atualmente consagrado no art. 371 do Novo CPC/2015, não me impressionando com a supressão de todas as referências ao termo livre convencimento e a outras expressões em sentido parelho no novo ordenamento processual. Há certa confusão nesse entendimento porque o sistema de livre convencimento motivado tradicionalmente é vinculado à parte fática da decisão, de forma que as novas exigências de fundamentação quanto à parte jurídica não têm aptidão para alterar o sistema de valoração de provas adotado por nosso sistema processual. [...] E nesses termos o Novo Código de Processo Civil não traz qualquer novidade, porque continua o juiz livre – no sentido de não estar condicionado à valoração abstrata feita por lei – a dar a carga de convencimento a cada meio de prova no caso concreto.” (NEVES, 2016, p. 776-777).

¹⁰² O Projeto de Lei nº 8.045/2010 (BRASIL, 2010) estabelece, em seu art. 168, *caput*, que: “Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas”.

procedimento que traz consequências nefastas para o processo penal. Nesse sentido, é praticamente inviável dissociar a persuasão racional dessa peculiar visão do processo, ainda que se defenda que o magistrado está obrigado a decidir racional e fundamentadamente.

E é exatamente essa visão que a pesquisa desvendou que precisa ser combatida. Rechaçar a imagem do julgador como controlador dos sentidos no processo penal (STRECK, 2012a, p. 218) é condição de possibilidade para a efetivação de um modelo democrático de processo penal. Enquanto não testilhada essa dimensão, o processo penal estará refém de jargões como “o juiz é soberano no julgamento dos fatos”, tal qual se viu na pesquisa jurisprudencial.

Assim como o termo “íntima convicção” se reporta a uma perspectiva excessivamente introspectiva do julgamento, o livre convencimento motivado alude primordialmente à liberdade de apreciação, que não é, de forma alguma, a nota marcante do fenômeno de avaliação das provas. O primordial da formação do convencimento é o efetivo respeito aos direitos e garantias fundamentais, que impõe uma determinada maneira de se operar o processo, devendo-se levar a sério a importância da construção amplamente intersubjetiva e cooperativa dos provimentos judiciais. O magistrado está, nessas condições, a todo momento, limitado ao Direito e, nesse sentido, obrigado a demonstrar com clareza que os atos por ele praticados estão em plena conformidade com o que estabelece o ordenamento e, via de consequência, em harmonia com a intersubjetividade processual.

Nesse cenário, é inquestionável que a garantia de motivação das decisões judiciais assume especial destaque, pois é a sua efetivação, por meio da fundamentação qualificada a que se aludiu neste trabalho, que permitirá averiguar o respeito às regras procedimentais. E essa fundamentação, à evidência, não pode ser concebida meramente como um ato praticado pelo juiz, mas como um momento culminante de intersecção de toda a atividade dos sujeitos processuais que ali deve ser representada e devidamente apreciada. Somente dessa maneira a fundamentação verdadeiramente exercerá a sua importante função de limitação do arbítrio do julgador, refletindo genuinamente a intersubjetividade que se preconiza.

São essas, portanto, as considerações finais sobre a temática, que poderão auxiliar criticamente na construção de um modelo de processo penal que realmente se conforme com a normatividade constitucional.

6. CONCLUSÃO

Esta dissertação teve como objetivo investigar se o livre convencimento motivado efetivamente consiste na melhor e mais democrática alternativa de sistema de valoração de provas para o processo penal. Levantou-se, de início, como hipótese, a ideia de que a persuasão racional não se compatibiliza com o propugnado modelo de Estado Democrático de Direito, o que fragiliza substancialmente os direitos e garantias fundamentais envolvidos no Direito Processual Penal, gerando, por sua vez, um significativo déficit democrático no que concerne à legitimidade da atividade exercida pelo Poder Judiciário.

Realizou-se, inicialmente, uma breve exibição do contexto histórico em que normalmente se aponta o surgimento do livre convencimento motivado, a saber, a Revolução Francesa. A análise histórica efetivada não pretendeu exaurir a exposição do desenvolvimento dos sistemas de valoração, vez que tal expediente excederia os objetivos do trabalho. Ademais, tomou-se cuidado em não transmitir uma ideia evolucionista dos modelos de valoração, não só porque se trata de linha de pesquisa de cunho altamente questionável, como também poderia provocar uma indesejável naturalização da livre apreciação das provas, justamente o que se põe em dúvida na presente apuração.

O marco da Revolução Francesa possui grande valor simbólico porque indica que o livre convencimento foi especulado no contexto do ideário iluminista, que era dotado de enorme preocupação em relação às formas de contenção do poder estatal. Foi, então, um modelo pensado com o intuito de limitar o arbítrio do Poder Judiciário e, via de consequência, conferir eficácia aos direitos humanos em voga em tal período.

Consoante destaca majoritariamente a doutrina, no período imediatamente anterior à Revolução Francesa, vigorava a tarifação, por meio da qual os valores probatórios eram estabelecidos previamente por meio de lei, cabendo ao julgador apenas fazer os cálculos de acordo com o que era cominado. A taxação decorria de algumas características processuais peculiares, que propiciavam a sua adoção. Uma delas, por exemplo, era a existência de um rito procedimental eminentemente escrito, que afastava o magistrado do contato das partes, havendo uma menor proeminência de sua função. Ademais, observou-se que a ausência de uma classe de juízes de maior destaque no cenário político favorecia a minimização da sua tarefa criativa no feito.

Embora a tarifação tenha florescido em sistemas de cunho tipicamente inquisitório, constatou-se que a perspectiva teórica que a embasa possuía o mesmo objetivo do livre convencimento, isto é, a limitação do arbítrio judicial. Contudo, pesou em favor de sua derrocada o fato de o ideário efervescente ter privilegiado, ao máximo, a racionalidade humana e, por conseguinte, a capacidade de o juiz julgar de acordo com o que estabelecia o Direito. Além disso, o fato de a taxação estar prevista em um sistema inquisitório colaborou decisivamente para o seu progressivo abandono, pois era enxergada como um resquício de um modelo ultrapassado.

Outrossim, a mudança radical de visão acerca do processo, que passou a ser entendido como instrumento potencialmente agressor a direitos fundamentais do membro da nação, em especial no que tange a sua liberdade, acabou por gerar uma intensa crítica sistêmica, na qual a tarifação era vista como um dos vários mecanismos de perpetuação de abusos.

Assim, passou-se a entender adequada a importação do júri inglês, em que cidadãos poderiam participar como contrapeso ao poder estatal, já que avaliariam as questões fáticas sem vinculação a valores prévios, deixando aos juízes de carreira a função de fazer incidir o Direito. Demais disso, a crença na racionalidade e na manifestação do senso comum deu azo a uma ótica essencialmente otimista da liberdade de apreciação dos fatos, que melhor favoreceria o atingimento da verdade no processo.

Nesse cenário, adotou-se a prerrogativa de livre apreciação das provas em um sistema processual essencialmente acusatório, que seria capaz de, por meio de suas diversas balizas, impor limites a eventuais desvios de interpretação. Entretanto, asseverou-se que o desenvolvimento histórico, nesse ponto, é consideravelmente obscuro, havendo aqueles que afirmam que teria surgido inicialmente a íntima convicção e, somente posteriormente, o livre convencimento motivado, sendo que apenas este último teria efetivamente criado imposições à liberdade do magistrado.

A doutrina estrangeira foi de extrema importância no tocante a esse assunto ao explicar como, ainda à época da Revolução Francesa, já se travavam debates acerca da extensão da liberdade de apreciação a ser concedida ao julgador. Dessa maneira, as noções modernas de livre convencimento motivado e a íntima convicção surgiram no mesmo interregno, possuindo o semelhante propósito de combater a tarifação e estabelecer a liberdade de valoração das provas.

Essa imbricação é olvidada pela doutrina brasileira, que, usualmente, trabalha o livre convencimento em uma linha claramente evolucionista, quando, na verdade, o

desenvolvimento dos sistemas de valoração não é uniforme e, frequentemente, confunde-se a ponto de não ser possível precisar exatamente qual deles realmente estava consagrado na legislação. Demais disso, não só não se faz presente essa linearidade, como também é possível aferir que a persuasão racional, em certa medida, veio a se encaixar, posteriormente, em inúmeros modelos processuais tipicamente inquisitoriais, em que a liberdade de apreciação e a noção de processo como espaço científico e experimental de testabilidade da verdade se amoldam a expedientes processuais autoritários, que concebem excessivos poderes ao juiz.

Inclusive, ao contrário do que constantemente se propala, a íntima convicção francesa não foi pensada, a despeito da sua nomenclatura, como um sistema que outorga ao julgador poderes absolutos no que concerne à análise dos fatos, sendo, acima de tudo, um instituto comprometido com a contenção de abusos do Poder Judiciário, ainda que a sua excessiva crença na racionalidade e no senso comum tenha se revelado demasiadamente ingênuo.

Ultrapassada a sucinta ponderação histórica, que coloca sob severas críticas a abordagem linear e uniforme do desenvolvimento dos sistemas de valoração e que impõe sejam repensadas as abordagens doutrinárias, em especial no Brasil, discriminaram-se os atributos essenciais dos modelos de valoração de provas.

De acordo com a maioria dos autores, enquanto nas provas tarifárias faz-se presente minucioso e detalhado mecanismo de valoração de provas, por intermédio da qual é afixado, na própria legislação, um valor determinado e inalterável para estas, na íntima convicção, o juiz encontra-se dotado de absoluta discricionariedade no que concerne à análise dos elementos probatórios, sendo despicienda, inclusive, a exposição dos fundamentos que agasalham o seu entendimento.

Foram também patenteados os defeitos da tarifação das provas, que, além de diminuir consideravelmente a importância da figura do julgador, acabam por enrijecer demasiadamente a atividade de valoração, culminando, em determinados casos, em injustiças, já que os cálculos consignados na lei podem não refletir, da maneira mais adequada, a interpretação que é dada pelas partes no feito.

Por outro lado, a íntima convicção similarmente possui graves defeitos, dos quais se destaca, em especial, o fomento à prática de arbitrariedades, já que, na linha do que amiúde explicitado pelos autores especializados, o magistrado, além de não precisar motivar sua decisão, poderia decidir da maneira que bem entende, desprezando-se a atividade dos sujeitos processuais e os fatos levados ao procedimento.

Daí, então, que, para a doutrina, teria surgido o livre convencimento motivado, que, sem incorrer nos excessos dos outros dois sistemas, conferiria liberdade ao juiz para a apreciação das provas, estando limitado, todavia, pela necessidade de fundamentação das provas e pela adstrição aos elementos produzidos no feito.

Tornou-se necessário, então, expor os significados das balizas do livre convencimento motivado, pois o seu eventual sucesso estaria condicionado à observância destas. Para tanto, expôs-se, brevemente, como são concebidas pela doutrina a garantia de motivação e o conceito de provas.

A fundamentação das decisões judiciais, assim como o livre convencimento motivado, possui desenvolvimento histórico igualmente não uniforme. Contudo, reparou-se que tal garantia recebeu peculiar atenção justamente no mesmo período em que aquele sistema de valoração começou a ser consagrado nos ordenamentos processuais, em especial porque coincidia com o ideário da época, que sobrelevava a importância da criação de mecanismos de controle do poder estatal.

A garantia de fundamentação possui uma imprescindível dimensão política, na medida em que cumpre a função de legitimar as decisões judiciais, permitindo-se que se esclareçam à sociedade os motivos pelos quais o provimento foi exarado em determinado sentido, tornando-o, portanto, democraticamente aceitável. É, então, um mecanismo que transcende a esfera processual e que conforma, em última instância, condição de possibilidade da atuação do Estado.

Por outro lado, a motivação também é dotada de nítidas feições endoprocessuais, pois possibilita às partes o controle da racionalidade da decisão e o manejo dos meios de impugnação cabíveis caso se entenda desacertado o provimento. Ainda, bem se rememorou a íntima relação dessa garantia com o contraditório, pois a explicitação das razões permite averiguar se, de fato, a atividade processual das partes condicionou a tarefa intelectual do julgador.

De outro giro, relativamente às provas, foi possível verificar que elas guardam forte ligação com a noção de demonstração dos fatos, de sorte que a atividade probatória consiste no material com o qual juiz trabalha no processo. Consequentemente, percebeu-se que a produção probatória tem como objetivo a construção de uma verdade processual, que, neste trabalho, é compreendida não no sentido de uma verdade real, mas de uma verdade necessariamente atada ao respeito a direitos e garantias fundamentais. Ademais, atentou-se para o fato de que os elementos probatórios têm como função subsidiar a construção de um convencimento acerca dos

fatos, que, neste trabalho, desatreia-se consideravelmente da tradicional ótica de que esse fenômeno estaria estritamente vinculado à figura do juiz.

Posteriormente, após uma análise doutrinária dos elementos limitadores do livre convencimento, procedeu-se a uma apuração concreta de como tais balizas têm operado no sistema processual penal brasileiro.

No que atine à adstrição às provas, notou-se que a limitação alcança um duplo sentido, a saber, o juiz deve julgar tão somente com base em provas, eliminando-se a eventual utilização de conhecimento privado, e em harmonia com as provas, já que sua análise deve guardar pertinência lógica e ser aceita pela comunidade jurídica. Nesse ponto, relevou-se, em especial, o fato de o ordenamento jurídico prever a regra do livre convencimento motivado acompanhada de norma que permite o uso de elementos produzidos inquisitorialmente no inquérito policial, sendo que, nos termos da redação legal, abre-se grande margem para o desprezo da importância das provas elaboradas sob o crivo do contraditório.

De mais a mais, da análise da discussão legislativa acerca do problemático uso de elementos do inquérito policial, pode-se inferir que os legisladores apostaram no outro elemento limitador – a motivação – para aferir se os magistrados praticariam abusos no cotejo entre as provas produzidas com e sem o contraditório, o que desvela a grande importância que a referida garantia assume no ordenamento brasileiro.

A respeito da garantia de motivação, reparou-se que, a despeito de a doutrina concebê-la sob um viés essencialmente democrático, têm sido aceitas por diversos autores algumas práticas de duvidosa conveniência, tal como a afirmação de desnecessidade de exposto enfrentamento de todas as alegações das partes, que vulneram significativamente as possibilidades de controle de racionalidade da decisão e que causam inegável déficit democrático.

De modo a aprofundar sobre esses defeitos, realizou-se levantamento de dados jurisprudenciais no Superior Tribunal de Justiça, que revelaram a interpretação que tem sido conferida ao art. 155 do Código de Processo Penal. Embora tenham sido encontrados diversos casos em que a Corte Superior adota idônea motivação, foi possível descobrir, em grande parte dos julgados, uma equívoca interpretação do livre convencimento motivado, ora concebendo-o como sinônimo de garantia de fundamentação, ora contemplando-o como sistema que vai muito além de uma mera definição do modo de valoração de provas. A principal conclusão alcançada foi particularmente preocupante, tendo em vista que se desvelou a frequência com a qual o

Superior Tribunal de Justiça se vale da persuasão racional como artifício teórico para se dispensar maiores considerações acerca das alegações das partes, corroborando a crítica que alguns brasileiros fazem atualmente ao referido sistema.

Dessa maneira, contrariando a forte expectativa depositada no livre convencimento motivado pela doutrina majoritária, chegou-se à constatação de que esse modelo de valoração não tem exercido uma função genuinamente democrática.

Há, em primeiro lugar, uma falha legislativa, que consolidou o livre convencimento motivado em um ordenamento que possui vários traços inquisitórios, no qual, como destacado no capítulo inicial, a persuasão racional acaba por incorporar ranços autoritários. Além disso, a própria redação já abre brecha para uma ampla disseminação das provas colhidas sem o contraditório, violentando a força democrática deste elemento civilizatório.

Em segundo lugar, há incontornáveis problemas doutrinários. Em que pese a doutrina, em especial a brasileira, insistir em uma radical distinção entre livre convencimento motivado e íntima convicção, pode-se perceber do escorço histórico que tais sistemas se desenvolveram na modernidade de forma imbricada, o que aponta para a fragilidade de suas fronteiras. Ademais, as limitações criadas para a persuasão racional não têm correspondido à altura do objetivo de controle do poder estatal, já que atribuem ampla margem para a prática de arbitrariedades.

Nesse sentido, escancarou-se a fragilidade da construção dogmática do livre convencimento, que se atrela, ao fim e ao cabo, a uma visão instrumentalista do processo, que dispõe o magistrado em uma posição de proeminência como sujeito destinatário final das provas e que controla e reduz a atividade processual a seus próprios interesses. Isso, indubitavelmente, contraria o tão propalado modelo democrático de processo penal, que pressupõe uma ampla intersubjetividade na construção do feito, no diapasão do marco teórico desta dissertação, realocando-se o julgador em uma posição compatível com a Constituição.

Inclusive, ganharam força as críticas tecidas por autores que, com grande perspicácia, atualmente reprovam a adoção do livre convencimento motivado ao diagnosticarem a sua incompatibilidade com o paradigma filosófico da virada linguística, hoje tão difundido pelos estudiosos.

Em um terceiro nível, patenteou-se que, no âmbito jurisprudencial, as distorções doutrinárias se tornam ainda mais evidentes, em especial quando certificada a utilização da persuasão racional como fundamento para burlar a própria fundamentação das

decisões judiciais, deturpando-se por completo o seu verdadeiro sentido e, conseqüentemente, o seu próprio intento.

Em face de todas essas constatações, chegou-se à confirmação da hipótese, na medida em que o livre convencimento motivado não tem representado uma alternativa legitimamente democrática. Detectou-se que tal modelo está imbricado com uma concepção de processo altamente problemática, que despreza a perspectiva de construção intersubjetiva do processo e menospreza a importância que as partes realmente possuem.

Percebeu-se que não só o desenvolvimento histórico dos sistemas de valoração apresentados para a doutrina encontra-se equivocado ao sugerir pretensas linearidades e uniformidades, mas também que o livre convencimento motivado é construído sob uma visão de liberdade judicial altamente semelhante à da íntima convicção, a ponto de alguns estudiosos questionarem a efetiva existência de três grandes modelos.

Além disso, notou-se que, em vez de fortalecer a democracia no processo penal, impulsiona-se, por intermédio da persuasão racional, uma prática de natureza fortemente inquisitorial, que situa, como já se disse, o magistrado, na esteira da visão instrumentalista que ainda prevalece na teoria geral do processo e no processo penal, em um *locus* privilegiado de poderes, que, de seu turno, importa menoscabo pela ótica de construção intersubjetiva da decisão judicial, intensamente marcada pelo contraditório. Dos dados primários coletados, ressaiu-se, como maior exemplo dessa espécie de arbitrariedade, o uso do livre convencimento como meta-regra para se dispensar a fundamentação das decisões judiciais e para contornar diversas obrigações legais.

Embora o presente trabalho não tenha pretendido esgotar a temática e dar uma solução definitiva ao problema, foram suscitadas algumas perspectivas de enfrentamento. Quer seja por meio da mudança da teoria acerca das bases dogmáticas do livre convencimento, quer seja por meio do completo expurgo da persuasão racional da legislação, a questão da mais alta importância é a superação da perspectiva que projeta o julgador em um plano superior às partes, como destinatário final e único das provas, como sujeito definidor, em absoluto, dos significados debatidos no processo.

Portanto, imprescindível aperceber-se da importância da intersubjetividade no processo penal, que enobrece a magnitude do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais e de outros direitos e garantias fundamentais, consagrando, via de consequência, um modelo de processo penal de contornos lidimamente democráticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 888 p.

ALEXY, Robert; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Jueces e Ponderación Argumentativa*. 1. ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, 88 p.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 338 p.

ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, 79 p.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 477 p.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. rev. 2. tir. Traduzido por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 147 p.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Primeiro Tomo. Escrita em francês por Estevan Dumont. Tradução para o espanhol de C.M.V. Paris: Bossange Freres, 1825, 301 p. (Obra extraída de los manuscritos de M. Jeremías Bentham).

BERNSTEIN, Richard J. *Praxis and action: contemporary philosophies of human activity*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999, 344 p.

BISSACCO, Cristina. *Il canone in dubio pro reo: tra concezione classica e moderna della prova*. 2008. 236 p. Tese (Doutorado) – Università Degli Studi di Padova, Padova.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, 550 p.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, 838 p.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de processo penal anotado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 1.025 p.

_____. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 857 p.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. *A arte da pesquisa*. Tradução de Henrique A. Rego Monteiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 351 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 13 de outubro de 1941.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de dezembro de 2004.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 17 de janeiro de 1973.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1990.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, 8 de agosto de 2006.

_____. Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 10 de junho de 2008.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de março de 2015.

_____. Senado Federal. Projeto de lei nº 4.205, de 12 de março de 2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à Prova, e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 30 de março de 2001, p. 597. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=597>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045, de 22 de dezembro de 2010. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=934502128E2C89D21F0705F5BDE2803E.proposicoesWeb2?codteor=831788&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Parecer do Deputado Federal Flávio Dino sobre o Projeto de lei nº 4.205, de 12 de março de 2001. 2008. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F1B8E89

7CF1E64E6B0FB199C29137A14.proposicoesWeb1?codteor=544688&filename=Tramitacao-PL+4205/2001>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.046, de 22 de dezembro de 2010. Parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, 08 de maio de 2013, p. 1.031. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Instrução normativa nº 01, de 11 de fevereiro de 2008. Dispõe sobre o registro dos repositórios autorizados e credenciados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em mídia impressa e eletrônica, e em páginas em portais da Rede Mundial de Computadores. Diário de Justiça eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/file_source/STJ/Midias/arquivos/953_Int_1_2008_GDR.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, de 07 de julho de 1989. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 07 de julho de 1989. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/////index.php/Regimento/article/view/1208/1144>>. Acesso em: 10 fev. 2016. _____ . Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 311.406/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, julgado em 23/02/2016, publicado no DJe 04/03/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.444.444/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 16/02/2016, publicado no DJe 24/02/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 343.107/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, julgado em 15/12/2015, publicado no DJe 02/02/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 303.121/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 03/11/2015, publicado no DJe 04/12/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 318.957/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, julgado em 03/11/2015, publicado no DJe 10/11/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 271.919/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 27/10/2015, publicado no DJe 09/11/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 325.899/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 03/09/2015, publicado no DJe 01/10/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 289.583/TO, Quinta Turma, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador convocado do TJ/PE), julgado em 08/09/2015, publicado no DJe 15/09/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 322.293/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 04/08/2015, publicado no DJe 25/08/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 317.381/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador convocado do TJ/PE), julgado em 09/06/2015, publicado no DJe 17/06/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 305.140/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 09/06/2015, publicado no DJe 23/06/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 53.466/PA, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 28/04/2015, publicado no DJe 21/05/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 55.327/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 14/04/2015, publicado no DJe 29/04/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 297.940/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 03/03/2015, publicado no DJe 19/03/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.170.545/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 02/12/2014, publicado no DJe 16/03/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 305.849/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, julgado em 03/03/2015, publicado no DJe 11/03/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 263.431/PE, Sexta Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 10/02/2015, publicado no DJe 23/02/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 293.916/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, julgado em 02/12/2014, publicado no DJe 11/12/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 705.320/MA, Sexta Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 14/10/2014, publicado no DJe 30/10/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 705.320/MA, Sexta Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 14/10/2014, publicado no DJe 30/10/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 299.370/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 07/10/2014, publicado no DJe 15/10/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 296.682/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 16/09/2014, publicado no DJe 25/09/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 229.847/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 27/06/2014, publicado no DJe 04/08/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 266.909/RS, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 03/06/2014, publicado no DJe 18/06/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 248.367/RS, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 24/04/2014, publicado no DJe 02/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 36.404/PE, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 20/06/2013, publicado no DJe 28/06/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 237.754/RS, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 27/03/2014, publicado no DJe 14/04/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 263.432/PE, Quinta Turma, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE), julgado em 04/04/2013, publicado no DJe 12/04/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 225.597/MG, Quinta Turma, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE), julgado em 02/04/2013, publicado no DJe 19/04/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 213.754/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora convocada do TJ/PE), julgado em 09/08/2012, publicado no DJe 20/08/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.102.065/MS, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 19/04/2012, publicado no DJe 30/04/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 231.462/PE, Sexta Turma, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 17/04/2012, publicado no DJe 09/05/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 191.744/MG, Sexta Turma, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 22/03/2012, publicado no DJe 11/04/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 121.331/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 27/05/2010, publicado no DJe 21/06/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 154.407/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJ/CE), julgado em 02/09/2010, publicado no DJe 04/10/2010.

BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traduzido em espanhol por Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, 313 p.

CANESTRELLI, Serena. *Istruzione probatoria e libero convincimento del giudice*. 2011. 331 f. Tese (Doutorado) - Università degli Studi di Milano-Bicocca.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares e Gradiva, 1999, 81 p. (Cadernos Democráticos, 07).
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 725 p.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, 116 p.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traduzido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1994, 528 p.
- _____. *Das Provas no processo penal*. Tradução de Vera Lúcia Bison. 1. ed. Campinas: Impactus, 2005, 200 p.
- CARVALHO, Salo. Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, Curitiba, v. 42, p. 35-56, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, 1.311 p.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008, 119 p. (Coleção Primeiros Passos).
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Traduzido para o espanhol por Jose Casais y Santalo. t. II. Madrid: Instituto Editorial Reus (S.A.), 1922, 438 p.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, 388 p.
- COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 95-200 p., 2006.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015, 499 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 06 mar. 2016.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 186, p. 103-116, 2009.
- COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. t. II. Buenos Aires: Ediar, 1949, 478 p.
- _____. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica, 1946, 420 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 314 p.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, 247 p.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. *Justificando*, São Paulo, 13 abr. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, 847 p.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, 571 p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, 568 p.

EAGLETON, Terry. *Ideologia. Uma introdução*. Traduzido por Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Boitempo, 1997, 204 p.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial*. t. I. 3. ed. Bueno Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, 782 p.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006, 780 p.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, 374 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 925 p.

FLORIAN, Eugene. *De las pruebas penales: de la prueba em general*. Traduzido em espanhol por Jorge Guerrero. t. 1. 2. ed. Bogotá: Temis, 1976, 424 p.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. v. I. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, 361 p.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, 406 p.
- GOLDSCHMIDT, James Paul. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte, Líder, 2004, 150 p.
- _____. *Princípios gerais do processo penal: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935*. Belo Horizonte: Líder, 2002, 128 p.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 224 p.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001, 211 p.
- GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. ano 4-5. n. 4-5. Campos dos Goitacases, 213-260 p., 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, 462 p.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: sínteses de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005, 552 p.
- HOBSBAWM, Eric J. *A revolução francesa*. 7. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, 59 p.
- JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 14, p. 6-10, 2014.
- KEANE, Adriane; McKEOWN, Paul. *The Modern Law of Evidence*. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, 689 p.
- KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013, 610 p.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal: desenvolvimiento del proceso de primera instancia*. v. 2. Traduzido para o espanhol por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1963, 579 p.

- LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 1.101 p.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. *Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná*, v. 44, p. 43-59, 2006.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Traduzido por J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927, 688 p.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. t. 1. Traduzido para o espanhol por Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1951, 575 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 623 p.
- _____. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 1.101 p.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 2. 1. ed. 2. tir. Campinas: Bookseller, 1998, 441 p.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos de teoria geral do direito – Para os cursos de introdução ao estudo do direito*. Belo Horizonte: Líder, 2005, 360 p.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, 340 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, 1.471 p.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Traduzido para o francês por C.A. Alexandre. Traduzido para o português por Herbert Wüntzel Heinrichi. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008, 516 p.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, 1.594 p.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 185 p.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, 1.888 p.

- NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convencimento del giudice*. Milano: Giuffré Editore, 1974, 521 p.
- NOGUEIRA, Alexandre de Castro. *O uso inadequado da interpretação da lei das inelegibilidades na justiça eleitoral: críticas à interpretação teleológica como recurso hermenêutico interpretativo tradicional*. 2014. 186f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3130/Alexandre%20de%20Castro%20Nogueira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 02 mar. 2016.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 19. ed. Atualizado por Adalberto Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1989, 494 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 1.293 p.
- NUNES, Dierle et al. *Curso de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, 765 p.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 956 p.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Proposta metodológica para a análise do conceito de princípio no Direito*. Consultor Jurídico, São Paulo, 14 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-14/diario-classe-proposta-metodologica-analise-conceito-principio-direito>>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- PALAZZOLO, Giorgia Alessi. *Prova Legale e Pena: La crisi del sistema tra evo medio e moderno*. Napoli: Jovene, 1979, 213 p.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Traduzido por Virgínia K. Pupi. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 259 p.
- PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. 1. ed. Buenos Aires: AD-HOC, 2002, 700 p.
- PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Traduzido por Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1972.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 415 p.

- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 1053 p.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1992, 294 p.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 1. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, 176 p.
- ROXIN, Claus. Posición Jurídica y tareas futuras del ministerio público. In: MAIER, Julio B. J. et al. *El Ministerio Público En El Proceso Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, 230 p.
- SABADELL, Ana Lúcia. Reflexões sobre a Metodologia na História do Direito. *Cadernos de Direito*, Brasil, 2, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/718/251>>. Acesso em: 29 mar. 2015. 12 p.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 924 p.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. 2. ed. Natal: Owl, 2015.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 02, p. 355-376, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Como assim 'cada um analisa de acordo com seu convencimento'?* Consultor Jurídico, São Paulo, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assim-cada-analisa-acordo-convencimento>>. Acesso em: 01 out. 2014.
- _____. De como a dogmática jurídica traiu a filosofia. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e Processo: Uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. Do Pan-principiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, v. 194, p. 7-21, 2012.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 519 p.
- _____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, 678 p.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Traduzido por Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, 429 p.

_____. *A prova*. Traduzido por João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, 325 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 55. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 1.160 p.

TRINDADE, André Karam. Por que já não tenho medo dos juízes? O controle das decisões no novo CPC. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-28/diario-classe-nao-tenho-medo-juizes-controle-decisoes-cpc>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

TONINI, Paolo. *Manuale de Procedura Penale*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2010, 1013 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 711 p.

_____. *Processo Penal*. v. 3. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 713 p.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 397 p.

VASQUEZ, Adolfo Sanchez. *Filosofía de la praxis*. Ciudad de México: Grijalbo, 1980, 464 p. (Colección Teoría y Praxis).