



CADERNO DE DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Editores-Chefes:

Profa. Dra. Claudia Tannus Gurgel do Amaral

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura

ISSN 2675-0678

<http://www.seer.unirio.br/index.php/cdpp/>

**LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA E O LIVRE CONVENCIMENTO:
OS EXERCÍCIOS ARBITRÁRIOS DE INTERPRETAÇÃO E A
LIBERDADE (IR)RESTRITA NA DECISÃO**

**FREE ASSESSMENT OF THE EVIDENCE AND FREE CONVICTION:
THE ARBITRARY EXERCISES OF INTERPRETATION AND THE
(IR)RESTRICTED FREEDOM IN THE DECISION**

Jéferson Alexandre Rodrigues¹

RESUMO: O livre convencimento e a livre apreciação da prova, tratam-se de temas que ainda permanecem latente na doutrina processual brasileira. O presente ensaio tem como objetivo central, contextualizar os sistemas de apreciação de prova vigentes na lei processual, a saber, Livre Apreciação da Prova, o Livre Convencimento Motivado, sendo que, ao seu final de cada capítulo, pretende problematizar e trazer para o campo da discussão teórica, as incongruências epistêmicas que destes modelos decorrem. A pesquisa é exploratória e descritiva com utilização do método dedutivo e apoio em material bibliográfico. Relativo a conclusões parciais que seria possível assinalar (visto que se trata de um tema com vasto campo acadêmico), que a livre convicção, seja ao momento da valoração da prova ou mesmo da prolação de sentença do juiz, ainda remonta a impasses seculares, pois teoricamente avançou-se em relação ao modelo anterior, conquanto, criou-se uma celeuma epistemológica de contrariedades processuais maiores ainda.

Palavras-chave: Livre Convencimento; Livre Apreciação da Prova; Verdade real.

ABSTRACT: Free convincing and free appreciation of the evidence are themes that are still latent in Brazilian procedural doctrine. The main objective of this essay is to contextualize the systems for evaluating evidence in force in the procedural law, the saber, Free Appreciation of Evidence, Free Motivated Conviction, and at the end of each chapter, it intends to problematize and bring it to the field theoretical discussion, such as epistemic incongruities that result from these models. The research is exploratory and descriptive using the deductive method and support in bibliographic material. Regarding partial rights that it would be possible to point out (since it is a topic with a wide academic field), that free conviction, whether at the time of evaluating the evidence or even when the judge delivers a sentence, still dates back to secular impasses, because theoretically it was advanced in relation to the previous model, although, an epistemological problem bigger yet.

Keywords: Free Conviction; Free Assessment of the Test; Real truth.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Feevale. Pós-graduado pelo Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FPM). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Advogado. *E-mail:* rodrigues.adv@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A partir da leitura do Art. 155 do Código de Processo Penal², vislumbra-se que a legislação federal buscou privilegiar o Livre Convencimento e a Livre Apreciação da Prova do magistrado ao momento da análise probatória.

A idealização do sistema de livre apreciação do magistrado, seja em uma perspectiva de formação de seu convencimento ao momento de prolação da sentença ou mesmo análise das provas acostadas aos autos, é um modelo racionalista de valoração processualista; a saber, prestigia-se a razão da figura do interprete da lei. Este novo olhar sobre o sistema de valoração da prova, acaba por deixar para trás o fantasma da prova tarifada (com revestes até mesmo de sistema inquisitório), porém acabam andando por outros caminhos tão temerários quanto ou mais: a liberdade (ir)restrita (?) do julgador ao proferir sentenças, vinculando-as a sua independência de jurisdição e possibilidade de decidir conforme sua convicção.

Tem-se que a ideia aqui presente, se mostra bastante clara e, singela, tendo em vista se tratar de um tema tão complexo e pouco explorado; revisitar-se-á institutos como a Livre Apreciação da Prova, o Livre Convencimento (motivado) e suas respectivas controvérsias, que se originam em um campo ainda cinza para a doutrina e boa parte dos aplicadores do Direito, aqui entendidos como magistrados, que operam a atividade jurisdicional.

Por conseguinte, o presente ensaio terá como base tratar acerca dos institutos acima mencionados, tal qual, problematiza-los ao momento a aferição por parte do magistrado, a saber, quando o juiz faz a apreciação da prova e as respectivas consequências daí derivadas, tal qual, como se dá a formação do convencimento ao momento da sentença. Por fim, busca-se trazer para o campo da dialética, uma crítica afirmativa sobre as arbitrariedades decorrentes deste modelo de análise, em razão da cega e irrestrita confiança na pessoa do interprete-juiz, local onde está a morada do livre convencimento ou livre apreciação da prova.

2. A LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA

² Art. 155: “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”.

O presente capítulo trabalhará as controvérsias que permeiam o instituto da Livre Apreciação da Prova, seus conceitos a partir da adoção pelo Código de Processo Penal, bem como, uma análise crítica de posturas subjetivistas e voluntaristas interpretativas que exsurtem desta aplicabilidade do instituto.

2.1 Breves conceitos sobre o modelo

De pronto, forçoso que se referencie, que o instituto da Livre Apreciação da Prova (leia-se também admissão das provas), não se confunde com o Livre Convencimento Motivado, o que por vezes, é recorrentemente confundido pela jurisprudência brasileira. Dito de outro modo, o livre convencimento é utilizado após o momento da apreciação das provas, ou seja, a valoração das provas é uma atividade e o livre convencimento acaba por ser o resultado desta atividade. É somente após a apreciação da prova que se inicia o processo do livre convencimento.³

O instituto da Livre Apreciação da Prova, já no momento de seu nascimento vem como um regimento que detém o ônus de substituir o sistema antigo que lhe precede, modelo de Prova Tarifada. A doutrina processualista clássica compreende que o sistema de valoração da prova (livre convencimento motivado) se trata de um movimento teórico/prático de superação do antigo procedimento de tarifação de prova.⁴

A prova tarifada irá abarcar-se no sistema do formalismo, o que enseja justamente na defesa pela doutrina de enaltecimento da livre apreciação da prova, pois este regimento se baseia no racionalismo, o esquema sujeito/objeto, ou seja, a lei estipula o valor a ser dado para cada especificação probatória, e sua interpretação fica sujeitada à razão do intérprete.⁵ Este programa de prova tarifada terá inicialmente a conceituação de sistema legal de provas, onde

³ BRANDÃO, Antônio Augusto Pires. A valoração da prova e o controle da atividade judicial. **Revista de Processo**. v. 285, p. 19-42, nov. 2018. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017657361120ef1d182d&docguid=I58545720cc5c11e8bf9c010000000000&hitguid=I58545720cc5c11e8bf9c010000000000&spos=7&epos=7&td=2496&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 193-194.

⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 193-194.

o legislador, a partir de experiências coletivas acumuladas, previa um sistema de valorização hierarquizada.⁶

Neste contexto de prova tarifada, o valor da prova vinha previamente definido em lei, desconsiderando as especificidades do caso concreto. A exemplo disso, havia a confissão, que era posta como uma prova absoluta e irrefutável, tal qual, uma só testemunha sobre o fato, não detinha um valor de prova. Avaliando de forma sumária, percebe-se que neste modelo, o magistrado estaria muito adstrito a disposições já previstas, não lhe cabendo uma valoração própria da prova, mas sim, uma mera aplicação ao caso já posto.⁷

Nada obstante, vigente em matéria de direito processual é a Livre Apreciação da Prova, logo, o juiz terá uma maior liberdade (dentro dos limites da lei) para interpretar e aplicar a lei, demonstrando assim, a vinculação umbilical entre Livre Apreciação da Prova e Livre Convencimento Motivado. Fora desta sistemática de prova tarifada, pode o juiz, a exemplo, julgar dispensável a produção de uma prova testemunhal, quando entender que as provas acostadas ao processo são suficientes para resolução da lide.⁸

Ato contínuo, quando trabalhamos o instituto da Livre Apreciação da Prova, imprescindível que se vincule a ideia de que não se trata de um princípio genérico e irrestrito, mas sim, que este se encontra dentro de limites jurídicos, limites estes estabelecidos por uma classe de normas jurídicas gerais, em outras palavras, uma classe de princípios gerais de direito.⁹

Os limites jurídicos supramencionados, ora lidos aqui como princípios, são àqueles que derivam da significação do processo como garantia individual. Sendo assim, são estes limites que balizam o magistrado ao momento da apreciação da prova. Neste tocante, destaca-se como exemplo de limite balizador, o devido processo legal, posto que, a apreciação da prova é livre pelo magistrado, desde que o acusado seja submetido ao devido processo legal,

⁶ LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 367-368.

⁷ LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pg. 367-368

⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 195.

⁹ MEDEIROS, Flávio Meirelles. Dificuldade de atuação dos limites jurídicos à Livre Apreciação da Prova no chamado processo penal acusatório. **Revista dos Tribunais**. v. 710, p. 245-252, dez. 1994. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. v. 3, p. 565-576, jun. 2012. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017658d1f02df8bba16b&docguid=I4bb3bc20f25011dfab6f01000000000&hitguid=I4bb3bc20f25011dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=28&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 de dez. de 2020.

ou seja, o juiz não pode dar o rito que bem entender para o devido processo legal, mas sim, utiliza-lo como norte, nos limites e disposições da lei.¹⁰

Doravante, ao passo que se verifica a necessidade de apreciação da prova dentro dos limites da lei, de forma bastante clara e clínica, assevera Lenio Streck, *in verbis*:

A dogmática processual penal, embora faça a ressalva de que a livre apreciação tem de ficar dentro dos limites da lei, acaba cometendo um duplo equívoco, ao permitir ou apoiar a tese de que o juiz possui livre convencimento para interpretar a lei e a livre apreciação da prova no tocante à matéria fática.¹¹

Consoante afirma o Professor Streck, a Livre Apreciação da Prova, assim como o Livre Convencimento Motivado (que são institutos que estão inter-relacionados), fazem uma deferência direta à pessoa do juiz, ou seja, a análise se encontra muito além da mera apreciação/valoração da prova em si, mas sim, de liberar poderes instrutórios ao juiz e dar-lhe uma ampla liberdade para interpretar a lei, não precisando se sujeitar aos argumentos das partes, à precedentes ou mesmo a doutrina.

3. O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Neste desígnio, tal capítulo abordará especificamente o instituto do Livre Convencimento Motivado, sendo este visto sob o viés da discricionariedade do magistrado ao momento da sua decisão. Tem-se por objetivo construir um espaço dialético e crítico acerca deste sistema, posto que, esse novo modelo de avaliação de prova, se trata de uma contemporaneidade da intima convicção.

3.1 Conceito e evolução do instituto

¹⁰ MEDEIROS. Flávio Meirelles. Dificuldade de atuação dos limites jurídicos à Livre Apreciação da Prova no chamado processo penal acusatório. **Revista dos Tribunais**. v. 710, p. 245-252, dez. 1994. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. v. 3, p. 565-576, jun. 2012. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017658d1f02df8bba16b&docguid=I4bb3bc20f25011dfab6f01000000000&hitguid=I4bb3bc20f25011dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=28&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 de dez. de 2020.

¹¹ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 197.

Inicialmente, o princípio que dá nome ao presente capítulo, por grande parte da doutrina e dos próprios tribunais, é visto como fundamento e a própria razão da garantia de independência judicial, isto é, o Livre Convencimento é o núcleo central que sustenta o princípio da separação dos poderes e, por consequência, o Estado Democrático de Direito. Tal princípio comumente é trabalhado sob a ótica da valoração da prova, assim como, do regime da prova legal ou tarifada e íntima convicção.¹²

Tal princípio não se trata de algo inédito, ou mesmo de uma problemática que pega a comunidade jurídica de surpresa, mas sim, se trata de uma possibilidade já prevista no Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 118 “Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Mas, quando a lei considera determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio”.¹³

Outrossim, Sistema Legal de Provas, ainda antes mesmo da vigência do Código do Processo e das leis que explicitamente permitiam o julgamento firmado na livre convicção do magistrado, já não detinha o caráter restrito, acarretando assim ao juiz um largo campo de arbítrio para apreciar o valor real da prova que lhe fosse apresentada.¹⁴

O juiz poderá decidir de maneira livre, ainda que suas decisões precisem apresentar respaldo em fundamentação jurídica vigente, o detentor da ordem jurisdicional detém uma (ir)restrita faculdade de decidir a partir do seu convencimento próprio. A persuasão racional

¹² DA COSTA NETO, José Wellington Bezerra. Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial. **Revista de Processo**. v. 266, p. 447-480, abr. 2017. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001765e847c12210e3aa9&docguid=I594b7db002e711e7b83501000000000&hitguid=I594b7db002e711e7b83501000000000&spos=24&epos=24&td=4000&context=52&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 de dez. de 2020.

¹³ FERNANDES, Guttemberg. A teoria processual do livre convencimento. **Doutrinas Essenciais do Processo**. v. 1, p. 177-188, jun. 2012. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017657361120ef1d182d&docguid=I6596afc0d6e311e1a53f000085592b66&hitguid=I6596afc0d6e311e1a53f000085592b66&spos=4&epos=4&td=2496&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 dez. 2020.

¹⁴ FERNANDES, Guttemberg. A teoria processual do livre convencimento. **Doutrinas Essenciais do Processo**. v. 1, p. 177-188, jun. 2012. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017657361120ef1d182d&docguid=I6596afc0d6e311e1a53f000085592b66&hitguid=I6596afc0d6e311e1a53f000085592b66&spos=4&epos=4&td=2496&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 dez. 2020.

encontra supedâneo no Art. 93, IX da Constituição Federal de 1988¹⁵, bem como o Art. 155, *caput*¹⁶, e Art. 381, III¹⁷, ambos do Código de Processo Penal. Por questão de ordem, frisa-se que há uma decisão que foge aos dispositivos ora mencionados, qual seja, a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, a qual os jurados decidiram conforme suas próprias convicções, sem apresentar razões, mas tão somente o seu voto.¹⁸

Refere-se que quando se traz o termo ‘motivado’, significa dizer que a decisão deve apresentar todos os elementos que levaram o juiz a decidir da forma como decidiu, bem como, o seu raciocínio para chegar até àquela decisão final. A doutrina ainda vai além, quando fala em um princípio de *principio di completezza dela motivazione*, onde a fundamentação do magistrado deverá conter uma justificação interna (conexão lógica entre direito e fato), bem como, uma justificação externa, a qual dirá respeito a escolha das premissas de fato, ou seja, as razões pelas quais o juiz reconstruiu e interpretou os fatos de dado modo, tal qual, argumentos racionais relativos a forma como valorou as provas.¹⁹

Ainda sobre as questões pertinentes à falta de fundamentação da decisão por parte do Tribunal do Júri, é necessário que se revise os fundamentos que criaram tal juízo, uma vez que se trata de uma instituição secular e que foi criada pela Lei de 18 de julho de 1822, com competência para processar e julgar os delitos de imprensa. Destarte, analisando o Direito a partir de uma ótica social, é inconcebível que decisões ainda sejam tomadas com base em diretrizes criadas a quase três séculos passados.²⁰

¹⁵ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX: 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 interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁶ 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.

¹⁷ Art. 381. A sentença conterá:

III: III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. ed. 16, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

¹⁹ DA COSTA NETO, José Wellington Bezerra. Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial. **Revista de Processo**. v. 266, p. 447-480, abr. 2017. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001765e847c12210e3aa9&docguid=I594b7db002e711e7b835010000000000&hitguid=I594b7db002e711e7b835010000000000&spos=24&epos=24&td=4000&context=52&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 dez. de 2020.

²⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. ed. 27, São Paulo: Editora Atlas, 2019.

Por derradeiro, é necessário que seja feito o que o professor Rangel já advoga a algum tempo, que é a filtragem constitucional²¹, ou seja, as normas de leis ordinárias, passam por este crivo axiológico da Constituição Federal e, caso estas normas não estejam de acordo ou não sejam recepcionadas (como queiram) pelo viés constitucional, é porque estão eivadas de ordens normativas que foram revogadas a partir da Carta de 1988.²²

O Livre Convencimento Motivado ou Persuasão Racional é um sistema de valoração da prova penal que hoje é utilizado não apenas no Brasil, mas também nos países do mundo ocidental, sendo este instituto o resultado de um processo evolutivo de séculos de estudo dentro do grande tema das provas penais. Por resultado, é incontroverso que para se chegar a atual compreensão deste sistema de valoração de provas, foram necessários alguns avanços históricos, o que culminou neste novo parâmetro de avaliação, o que segundo a doutrina seria o mais benéfico (?) e aderente ao sistema acusatório.²³

Doravante, é possível dizer então, que o livre convencimento, como atividade singular e final do magistrado, é o local onde ocorrerá toda a atividade probatória de valoração dos fatos. Todos os atos processuais que ocorrerem na instrução processual e os decorrentes desta, destinam-se a formação do convencimento do juiz, ali o órgão jurisdicional que solucionará a lide, a partir de uma decisão judicial calcada nesta apreciação probatória.²⁴

Nesta mesma linha, a fim de corroborar as alegações de que a persuasão racional ou livre convencimento imperam até mesmo na mais alta corte do Brasil, colaciona-se parte de ementa de *Habeas Corpus* julgado pelo STF, qual segue:

²¹ “é a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas” *apud* Schier, RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. ed. 27, São Paulo: Editora Atlas, 2019.

²² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. ed. 27, São Paulo: Editora Atlas, 2019.

²³ NOGUEIRA, Rafael Fecury. Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: estamos evoluindo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 156, p. 307-352, jun. 2019. Disponível em: [https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017663553059207423b7&docguid=I70de6c6072db11e9bf230100000000000&hitguid=I70de6c6072db11e9bf230100000000000&spos=1&epos=1&td=775&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017663553059207423b7&docguid=I70de6c6072db11e9bf23010000000000&hitguid=I70de6c6072db11e9bf230100000000000&spos=1&epos=1&td=775&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 03 dez. de 2020.

²⁴ BORGES, Ronaldo Souza. O sistema de valoração da prova no novo Código de Processo Civil: a relação entre prova livre e prova legal. **Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil**. v. 04. 2018. **Revista de Processo**. v. 264, p. 155-179, fev. 2017. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001766355304a88436346&docguid=I45676470c66111e683a70100000000000&hitguid=I45676470c66111e683a70100000000000&spos=1&epos=1&td=775&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 dez. de 2020.

[...] 5. Ademais, observo não haver hierarquia entre as provas, podendo o magistrado valorá-las segundo o seu livre convencimento, de forma motivada, como se tem na espécie vertente.

Nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, “vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova” (RHC 91.161, Relator o Ministro Menezes Direito, DJe 25.4.2008).

Na mesma linha:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. **Vigora no Direito brasileiro e no Direito contemporâneo em geral o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado.** Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à condenação. Precedentes. Agravo regimental não provido” (RHC 114.058, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 9.10.2012). [...] (grifou-se)²⁵

Da ementa acima, extrai-se um problema de discricionariedade no voto da Ilustre Relatora Carmem Lúcia (o que será trabalhado em subtítulo específico de forma mais vertical): o juiz poderá valorar com **ampla liberdade os elementos de prova**, ou seja, ainda que o juiz esteja ciente que deva estar vinculado a parâmetros legais e que sejam capazes de fundamentar sua decisão, se este já tiver suas próprias interpretações (âmbito da livre convicção) sobre o caso concreto, somente buscará fundamentos que legitimem sua decisão, sem fazer o devido julgamento imparcial que a atividade jurisdicional necessita.

Neste ínterim, colaciona-se:

É bom frisar, embora de obviedade ululante, **que o livre convencimento implica ao julgador o dever de motivar adequadamente a decisão, expondo racionalmente os motivos que o levaram a valorar as provas como o fez.**

O dever de fundamentação é corolário do Estado Democrático de Direito e direito fundamental do cidadão. Cuida-se de instrumental voltado à verificação da imparcialidade do julgador, da legalidade do ato decisório e da efetividade da garantia da defesa (isto é, se foram sopesados pelo julgador os fundamentos postos pelas partes).

E mais: o dever de fundamentação não se confunde com a simples indicação dos motivos que possam explicar a decisão, sendo imperioso explicitar as razões que

²⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus N.º 116.153**. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000176635532f2210ea7da&docguid=Id8d21980f3c711e9bdd9010000000000&hitguid=Id8d21980f3c711e9bdd901000000000000&spos=2&epos=2&td=775&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 dez. 2020.

justifiquem a solução, a saber, argumentação capaz de reproduzir o raciocínio decisório.²⁶ (grifou-se)

Ao longo deste subcapítulo, analisou-se, mesmo que de forma incipiente, o estudo sobre o Livre Convencimento Motivado/Persuasão Racional, a fim de ser possível conjuga-lo na celeuma da interpretação e das arbitrariedades decorrentes de decisões esdrúxulas e que refletem apenas posições de livre convencimento, enquanto o termo “motivado” fica para o campo das ideias e busca daqueles que a leem.

3.2 Crítica a persuasão racional e suas conseqüentes arbitrariedades

O Livre Convencimento Motivado, ou Íntima Convicção (variações da doutrina), como já referido anteriormente, nasce como um modelo de superação à prova tarifada, conquanto, neste modelo atual, o juiz não precisa fundamentar sua decisão ou sequer obedecer a critérios de avaliação de provas. O que se registra então aqui é que rompeu-se este engessamento estabelecido pelo sistema anterior, mas caiu-se em outro extremo: àquele que desempenhará a atividade jurisdicional está livre para valorar a prova a partir de sua íntima convicção, sem que ao menos tenha que dizer o porquê decidiu da forma que decidiu. A instrução processual desvencilhou-se do positivismo posto pela prova tarifada, e ficou a mercê da discricionariedade, que por vezes (para não dizer muitas), é revestida de decisões arbitrárias e despida de argumentos e elementos que legitimem a decisão.²⁷

Uma das mais ácidas críticas que se faz ao sistema do livre convencimento, é que o fato de o juiz não estar vinculado a formalidades previamente estabelecidas, e sua conseqüente liberdade valorativa (irrestrita), estar-se-ia caminhando para uma fórmula de estilo inquisitório diversificado, gerando assim arbitrariedades e injustiças. O risco de irracionalidades ao momento de prolatar decisões se mostra quase que incontestável, ao passo

²⁶ DA COSTA NETO, José Wellington Bezerra. Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial. **Revista de Processo**. v. 266, p. 447-480, abr. 2017. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001765e847c12210e3aa9&docguid=I594b7db002e711e7b835010000000000&hitguid=I594b7db002e711e7b835010000000000&spos=24&epos=24&td=4000&context=52&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 dez. de 2020.

²⁷ LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 368.

que em uma valoração de material probatório, o juiz poderá decidir conforme sua íntima convicção, dando margem assim para o nascimento de um novo extremo do racionalismo.²⁸

A concepção do Livre Convencimento está arraigada ao ideal de que a sua ascensão se firma na independência do Poder Judiciário em relação aos outros poderes, porém, esta autonomia se confunde com a ideia de liberdade para interpretar o Direito, o que se vislumbra em expressões muito comumente utilizadas (o próprio HC ora acostado, se utiliza de tal expressão) de “decido conforme minha consciência, convicção”. Dito de outra forma, o juiz está legitimado a primeiro decidir e após fundamentar, pois é livre para interpretar dentro da sua jurisdição.²⁹

A partir da perspectiva acima, colaciona-se outra problemática referida por Lenio Streck, vejamos:

Há que ter presente, portanto, que as práticas cotidianas do processo penal admitem o uso de artifícios retóricos como a invocação da “verdade real”, como se a “essência de um fato” pudesse ser buscado sem as (inter)mediações exprimidas em e na linguagem jurídica, ou que a verdade seja resultado de percepções individuais de mundo, enfim, como se o livre convencimento “motivado” pudesse autorizar exercícios arbitrários de interpretação.³⁰

Resta claro que dentro do arcabouço do livre convencimento há o abismo de interpretações subjetivistas, oriundas de compreensões adquiridas pelo magistrado, o que compromete sua análise imparcial e o faz cair no campo da intersubjetividade.

No tocante a ideal de verdade real, refere-se que a ideia não é trabalhar o conceito de verdade em uma perspectiva filosófica, conquanto, há um entendimento difundido em matéria processual, que afirma que o processo moderno deverá refletir a verdade real, refletindo assim uma espécie de interesse público de efetividade da justiça, com fulcro em um apego ao formalismo. Doravante esta posição, tem-se que o magistrado, caso entenda que os elementos

²⁸ NOGUEIRA, Rafael Fecury. Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: estamos evoluindo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 156, p. 307-352, jun. 2019. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017663553059207423b7&docguid=I70de6c6072db11e9bf2301000000000&hitguid=I70de6c6072db11e9bf2301000000000&spos=1&epos=1&td=775&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 dez. de 2020.

²⁹ STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 210-212.

³⁰ STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 197.

constantes dos autos não refletirem o que de fato ocorreu, este teria autonomia para extrapolar o formalismo e iria em busca da verdade real.³¹

Livre Convencimento não se trata de um instituto prestigiado pela Constituição Federal, mas sim, se trata de um mecanismo pronunciado (e de forma bastante vaga) pelo Código de Processo Penal. Trabalhar a partir desta ideia (livre convicção) é ir de encontro a toda doutrina construída pela hermenêutica, isto porque, com base no livre convencimento, é possível dizer, fazer ou afirmar qualquer coisa, haja vista existir o subterfúgio da formação subjetivista do intérprete da lei. Sendo assim, em uma concepção de cadeia decisional, tudo é possível, desde que se forme no âmago da convicção do juiz.³²

É de suma importância que se crie um alcance qualitativo daquilo que seria um “livre convencimento motivado”, haja vista, todo o sistema processual estar ancorado em tal premissa. A não compreensão da magnitude que é deixar a bel-prazer do juiz proferir suas decisões a partir da sua livre convicção, significa colocar todo o sistema de justiça em um arbítrio deste magistrado. Em suma, poder-se-ia cogitar qualquer justificativa que atendesse a motivação constitucional e, supostamente, estaria o julgador liberado para proferir suas decisões da maneira que este entendesse.³³

Por derradeiro, um dever de fundamentação se mostra uma contraposição à ideia de um livre convencimento, pois é necessário que se vença este conceito de que a decisão judicial é mera criação solitária do magistrado; tal pensamento impõe a compreensão do

³¹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da "busca da verdade real" na instrução e fundamentação das decisões. **Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil**. v. 4, 2018. **Revista de Processo**. v. 250, p. 91-117, dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000176661af69c6c44fb46&docguid=I77b0aab0bc1511e58a9c010000000000&hitguid=I77b0aab0bc1511e58a9c010000000000&spos=1&epos=1&td=532&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

³² STRECK, Lenio Luiz. O direito brasileiro atravessado pelo julgamento do mensalão: do “livre convencimento” aos dilemas da continuidade do positivismo. **Revista dos Tribunais**. v. 933, p.297-315, jul. 2013. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000176661af6a996302d21&docguid=I512d1640d4b311e28aa8010000000000&hitguid=I512d1640d4b311e28aa8010000000000&spos=3&epos=3&td=532&context=314&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

³³ PINTO, Marcos Vinícius; BEDÊ JUNIOR, Américo. A aplicação do Art. 489, §1º do CPC ao Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 152, p.315-346, fev. 2019. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000176661af6a996302d21&docguid=Id6bdd9a01ba911e9aebf010000000000&hitguid=Id6bdd9a01ba911e9aebf010000000000&spos=6&epos=6&td=532&context=445&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

direito, uma interpretação reducionista e vinculada ainda as amarras do positivismo jurídico. Defender a discricionariedade irrestrita dos juízes é concordar com a frase dos Realistas Jurídicos, que afirmavam que os juízes decidiam conforme o que haviam comido no café-da-manhã. Cada decisão deve ser decidida de forma singular e vista como um caso específico e não somente algo que já se encontra pré-moldado na íntima convicção do juiz.³⁴

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste ensaio, buscou-se trazer para o campo da dialética crítica, as questões controversas no entorno da Livre Apreciação da Prova, tal qual, o Livre Convencimento motivado e suas respectivas consequências. Conclui-se então, que o tema ainda carece de muita pesquisa e necessita de muitos preenchimentos nas mais diversas áreas.

A Livre Apreciação da Prova, ainda que sua nomenclatura inicie com este viés de “livre”, é necessário que após exaustivas escritas supra, compreenda-se que se trata de uma reconstrução dos fatos, que deve ter por norte o sentido intersubjetivo que nasce de uma linguagem pública e não meramente privada, aqui compreendida como a convicção do juiz. Este modelo de apreciação nasce como um processo mais democrático, porém, deixou-se de ser refém de um modelo hierarquizado de prova, para finalizar-se em um sistema de submissão a vontade e discricionariedade do juiz.

Neste desígnio, surge o Livre Convencimento Motivado, o qual também se mostra um modelo natimorto, a saber, que se trata de um modelo de decisão que advém para solucionar problemas epistêmicos do seu antecessor, mas acaba por criar outros; se foi de um extremo para o outro. A partir deste modo de valoração da prova, cria-se uma insegurança jurídica tão patológica quanto a estatuída pelo modelo de prova tarifada.

Em síntese, pensar em um Estado Democrático de Direito, que tem por sustentáculo a democracia, é incognoscível que seja aceito pela norma processual uma ideologia que se baseie no livre convencimento e livre apreciação judicial. Não é minimamente aceitável que juízes e tribunais sempre que assim o quiserem, invoquem o livre convencimento para fundamentar (?) suas decisões. Conforme referido, um dever de fundamentação, assim como,

³⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivado para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 10, n.º.2, 2018. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.09/60746473>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

uma Teoria da Decisão (objeto de estudo do Professor aqui referenciado algumas vezes – Lenio Luiz Streck) que por fim refira, “como decidir”, são os únicos caminhos possíveis a se seguir.

REFERÊNCIAS

BORGES, Ronaldo Souza. O sistema de valoração da prova no novo Código de Processo Civil: a relação entre prova livre e prova legal. **Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil**. v. 04. 2018. **Revista de Processo**. v. 264, p. 155-179, fev. 2017. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001766355304a88436346&docguid=I45676470c66111e683a7010000000000&hitguid=I45676470c66111e683a7010000000000&spos=1&epos=1&td=775&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 dez. de 2020.

BRANDÃO, Antônio Augusto Pires. A valoração da prova e o controle da atividade judicial. **Revista de Processo**. v. 285, p. 19-42, nov. 2018. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017657361120ef1d182d&docguid=I58545720cc5c11e8bf9c0100000000&hitguid=I58545720cc5c11e8bf9c010000000000&spos=7&epos=7&td=2496&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 30 nov. 2020

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Nº. 116.153**. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000176635532f2210ea7da&docguid=Id8d21980f3c711e9bdd9010000000000&hitguid=Id8d21980f3c711e9bdd9010000000000&spos=2&epos=2&td=775&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 dez. 2020.

DA COSTA NETO, José Wellington Bezerra. Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial. **Revista de Processo**. v. 266, p. 447-480, abr. 2017. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001765e847c12210e3aa9&docguid=I594b7db002e711e7b8350100000000&hitguid=I594b7db002e711e7b835010000000000&spos=24&epos=24&td=4000&context=52&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 dez. de 2020.

FERNANDES, Guttemberg. A teoria processual do livre convencimento. **Doutrinas Essenciais do Processo**. v. 1, p. 177-188, jun. 2012. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src>

=rl&srguid=i0ad82d9b0000017657361120ef1d182d&docguid=I6596afc0d6e311e1a53f000085592b66&hitguid=I6596afc0d6e311e1a53f000085592b66&spos=4&epos=4&td=2496&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>.
Acesso em: 12 dez. 2020.

LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. Dificuldade de atuação dos limites jurídicos à Livre Apreciação da Prova no chamado processo penal acusatório. **Revista dos Tribunais**. v. 710, p. 245-252, dez. 1994. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. v. 3, p. 565-576, jun. 2012. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017658d1f02df8bba16b&docguid=I4bb3bc20f25011dfab6f010000000000&hitguid=I4bb3bc20f25011dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=28&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>.
Acesso em: 02 dez. de 2020.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: estamos evoluindo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 156, p. 307-352, jun. 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017663553059207423b7&docguid=I70de6c6072db11e9bf23010000000000&hitguid=I70de6c6072db11e9bf23010000000000&spos=1&epos=1&td=775&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>.
Acesso em: 03 dez. de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. ed. 16, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud. A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivado para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 10, n.º.2, 2018. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.09/60746473>>.
Acesso em: 12 dez. 2020.

PINTO, Marcos Vinícius; BEDÊ JUNIOR, Américo. A aplicação do Art. 489, §1º do CPC ao Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 152, p.315-346, fev. 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000176661af6a996302d21&docguid=Id6bdd9a01ba911e9aebf010000000000&hitguid=Id6bdd9a01ba911e9aebf010000000000&spos=6&epos=6&td=532&context=445&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>.
Acesso em: 13 dez. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. ed. 27, São Paulo: Editora Atlas, 2019.

SCHMITZ, Leonard Zieseimer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da "busca da verdade real" na instrução e fundamentação das decisões. **Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil**. v. 4, 2018. **Revista de Processo**. v. 250, p. 91-117, dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000176661af69c6c44fb46&docguid=I77b0aab0bc1511e58a9c010000000000&hitguid=I77b0aab0bc1511e58a9c010000000000&spos=1&epos=1&td=532&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 dez. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O direito brasileiro atravessado pelo julgamento do mensalão: do “livre convencimento” aos dilemas da continuidade do positivismo. **Revista dos Tribunais**. v. 933, p.297-315, jul. 2013. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000176661af6a996302d21&docguid=I512d1640d4b311e28aa80100000000&hitguid=I512d1640d4b311e28aa8010000000000&spos=3&epos=3&td=532&context=314&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 dez. 2020.