

SIMPÓSIO AT103

LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO - DESMITIFICANDO A VERDADE DOS FATOS

BAHURY Andrea
Escola Superior Dom Helder Câmara
abahury@hotmail.com

Resumo: A análise dos critérios estabelecidos em lei para a formação do convencimento do órgão julgador é necessária na medida em que são justamente os parâmetros legais que visam evitar os arbítrios das decisões judiciais, permitindo um controle da atuação jurisdicional. Trata-se, contudo, apenas de um balizamento que impõe ao julgador a observância dos critérios pelo legislador sem privar o julgador do caráter subjetivo de toda e qualquer decisão. As decisões são calcadas em um saber sobre o crime, fato pretérito, levado ao conhecimento do órgão julgador pelas partes que apresentam as suas versões sobre os fatos por meio do trabalho de produção de provas e de argumentação. Assim, o fato criminoso narrado na peça acusatória vai se construindo no curso do processo em decorrência não somente das provas produzidas, mas, sobretudo, pelo poder de persuasão exercido pelas partes na formação do convencimento do órgão julgador. Em tese, as decisões são decorrentes dessa construção e pode-se dizer que as partes participariam da confecção da sentença. Mas, reconhece-se que, apesar de todo o esforço para a obtenção de uma racionalidade das decisões, a ser verificada por meio da motivação, são elas também evadas de caráter irracional, revelando-se a *autoritas* do órgão julgador sobre os saberes levados ao seu conhecimento.

Palavras-chave: Fatos, provas, verdade, persuasão, convencimento

Abstract: The analysis of the criteria established by law for the formation of the conviction of the adjudicating body is necessary insofar as it is precisely the legal parameters that aim to avoid arbitration of judicial decisions, allowing a control of the jurisdictional action. It is, however, only a mark that imposes on the judge the observance of the criteria by the legislator without depriving the judge of the subjective character of any decision. The decisions are based on a knowledge about the crime, a past fact, brought to the attention of the judge by the parties who present their versions on the facts through the work of producing evidence and argumentation. Thus, the criminal fact narrated in the accusatory piece is being built in the course of the process as a result not only of the evidence produced but, above all, by the persuasive power exercised by the parties in forming the conviction of the adjudicating body. In theory, the decisions are derived from this construction and it can be said that the parties would participate in the preparation of the sentence. But it is recognized that, despite all the effort to obtain a rationality of decisions, to be verified by means of motivation, they are also associated with an irrational character, revealing the authoritative body of the your knowledge.

Keywords: Facts, evidence, truth, persuasion, persuasion

“O veredicto não vem de repente,
o procedimento jurídico só aos
poucos se transforma em
veredicto”

Kafka – O Processo

O objetivo do presente artigo é tecer breves considerações sobre o processo de tomada de decisão dos órgãos jurisdicionais, pretende-se demonstrar que a função de dizer qual é o direito aplicável ao caso concreto não está calcada, como aparentemente se poderia supor, na análise dos fatos que são levados ao conhecimento do órgão julgador, mas sobretudo pelo poder de persuasão exercido pelas partes e pelo próprio poder de autoridade expresso pelo julgador no momento em que profere a sua decisão.

É dever dos órgãos jurisdicionais a fundamentação de suas decisões, conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 93, inciso IX, ao estabelecer que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Por sua vez, a legislação processual penal impõe que o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos obtidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, é a redação do artigo 155 do Código de Processo Penal.

Se ao juiz cabe a valoração das provas, tem a livre apreciação, uma vez que não estamos diante de um sistema tarifado, deve, contudo, motivar a sua decisão. A motivação das decisões judiciais é uma exigência constitucional (art. 93, IX, CF) e, especificamente em relação à sentença há previsão também na legislação infraconstitucional (art. 381, III, CPP).¹

¹ Artigo 93, inciso IX, da CF “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”(grifo nosso). A fundamentação deve estar presente em todas as decisões judiciais e não somente da sentença. Assim, as decisões interlocutórias também devem ser fundamentadas sob pena de nulidade. A necessidade de fundamentação, especificamente, da

Sentença etimologicamente vem de *sentire*,² ou seja, há na sentença algo que é próprio do sentir, do sentimento, que teve o julgador em relação aos fatos e argumentos que lhe foram levados ao conhecimento pela atuação das partes no curso do processo. Ao realizar a sua função jurisdicional, *juris dictio*, ou seja, dizer qual é o direito aplicável ao caso concreto, o juiz exerce atividade interpretativa em relação aos fatos que lhe são apresentados por meio das provas, em relação aos argumentos expendidos pelas partes e em relação ao próprio texto legal.

As leis são enunciados normativos, textos, e como tais, passíveis de interpretações. Interpretações que serão realizadas pelos atores que atuam no curso do processo, o Ministério Público, a Defesa, o Poder Judiciário, instituições que exercem o seu papel por meio dos indivíduos que as integram e que, portanto, estão eivados de suas próprias experiências de vida, de suas ideologias, crenças, preconceitos, são seres que ocupam um determinado lugar na sociedade e que tiveram determinado tipo de formação moral, educacional e profissional, enfim, seres dotados de suas próprias idiossincrasias e subjetividades. Tratando especificamente dos órgãos julgadores, Ênio Biaggi e Maria Carolina Reis associam linguagem, direito e poder: “ (...) o Estado não é entidade abstrata, detentor de poder autônomo, e sim se compõe por grupo de cidadãos que exercem seus poderes para defender certos projetos. Assim, no contexto jurídico, a linguagem é mais facilmente percebida como mecanismo de poder, ou seja, nele o trílogo – linguagem, direito e poder – se estabelece e se torna indivisível”. (REIS; BIAGGI, 2017, p.20)

A concepção de que o processo penal busca a dita verdade real, já ultrapassada, ao menos teoricamente, deve ser suplantada pela ideia da inacessibilidade da verdade, a verdade sobre o fato criminoso levado ao conhecimento do juiz é intangível. O que se realiza por meio do processo é a reconstrução do fato criminoso, uma verdade construída por meio das provas produzidas: declarações da vítima, depoimentos das testemunhas de acusação

sentença, está prevista no artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal, ao estabelecer que a sentença conterá “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.
² Dentre os significados da palavra “sentença” se encontra no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa: ETIM lat. *Sententia*, ae ‘sentimento, parecer, ideia, maneira de ver, impressão do espírito, modo de pensar ou de sentir, vontade, desejo.

e de defesa, provas periciais, documentais, acareações, reconhecimento de pessoas e coisas, declarações do próprio acusado, etc. E deve ser ressaltado que as provas devem ingressar no processo regularmente, ou seja, com obediência ao contraditório, ampla defesa e, também, devem ser produzidas de forma lícita, em consonância com o estabelecido na lei processual penal e na Constituição Federal.

Essa reconstrução do fato pretérito é realizada não somente por meio das provas, mas também pela argumentação, pelas teses desenvolvidas pelas partes, cuja finalidade é persuadir o órgão julgador para que profira decisão de acordo com a pretensão almejada.

Assim, quando o juiz profere a sentença não quer isso dizer que tenha alcançado a verdade sobre os fatos, mas tão somente que, com o seu *senit*, terá aderido ao ponto de vista que lhe foi apresentado por uma das partes, condenando ou absolvendo aquele a quem foi atribuída à prática da infração penal. E pode, ainda, ocorrer que, em determinados pontos, tenha acolhido a versão de uma das partes e, em outros, a versão da outra.³ Sem olvidar a possibilidade dele, em razão do seu poder de autoridade, formar o seu convencimento e motivá-lo sem que tenha sido persuadido por qualquer das partes.

O sistema acusatório, portanto, não tem a busca da verdade como o objetivo do processo, porque não se tem a crença de que ela possa ser efetivamente alcançada. “No sistema acusatório, a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão de revelar uma verdade”. (LOPES Jr., 2014, p.588).

Nessa concepção se pode dizer que não há que se falar em verdade real, mas tão somente em verdade processual construída no curso do processo pela relação dialógica das partes entre si e delas com o órgão julgador a fim de influenciar o seu convencimento. O ato de convencimento do órgão julgador vai

³ Interessante registrar a observação de Winfried Hassemer, ao tratar da Teoria da Cognição/Compreensão, adequada ao tema: “Como a coisa e o intelecto, reciprocamente considerados, não se colocam em uma contemplação estática, mas em um relacionamento dinâmico de aproximação, a “verdade” pode não estar “adaequatio rei intellectus”; ela é muito mais um fenômeno do diálogo, consensual e procedimental”. (HASSEMER, 2007, p.16)

se formando no exercício do contraditório e em observância as regras do devido processo legal.

O devido processo legal deve ser entendido em sua dupla acepção, observância dos princípios processuais penais previstos na Constituição e sequência dos atos procedimentais previstos em lei. É justamente a observância ao devido processo legal que irá conferir legitimidade às decisões judiciais. Não é por outra razão que a doutrina moderna substitui o conceito de verdade real por verdade processual e ainda acrescenta “verdade processual válida”, ou seja, aquela que foi obtida no curso do processo, em contraditório judicial, assegurando-se a ampla defesa, em obediência ao princípio do devido processo legal e de todos os demais princípios constitucionais dele decorrentes.⁴

O que se alcança por meio do procedimento em contraditório não é uma verdade, mas uma probabilidade alcançada pelo órgão julgador de que os fatos tenham ocorrido na versão por ele acolhida. A sentença deve explicitar os motivos do acolhimento de tal ou qual versão apoiada nas provas produzidas, cuja valoração também deve estar exposta. A sentença como qualquer outra decisão judicial encerra em si uma possibilidade interpretativa dentre outras.

Deve o julgador, em sua fundamentação perpassar por todas as provas e teses produzidas pelas partes, explicando porque umas preponderaram sobre as outras de modo a fundamentar a sua decisão, sob pena de nulidade.⁵ O fundamento da necessidade de motivação reside no fato de se assegurar às partes a verificação da atuação do órgão jurisdicional no sentido de ser aferido se houve, de fato, a apreciação das provas produzidas e dos argumentos por elas desenvolvidos, uma forma de se tentar elidir o juízo arbitrário.

Como o processo (procedimento em contraditório) é uma relação

⁴ O princípio do devido processo legal expresso no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” é entendido pela doutrina como princípio aglutinador de todos os demais princípios processuais penais previstos na Constituição Federal, juiz natural, promotor natural, contraditório, ampla defesa, inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, presunção de inocência publicidade, razoável duração do processo, duplo grau de jurisdição e motivação das decisões judiciais.

⁵ A reprodução das normas constitucional (Art.93, IX, CF) e infraconstitucional (art.381, III, CPP) sobre o princípio da motivação das decisões judiciais já foi realizada na nota 89. Apesar do preceito, entende-se desnecessário o exame detalhado de cada argumento suscitado pela parte e, também, ainda que as teses defensivas não sejam apreciadas em sua totalidade, entende-se não ser caso de declaração de nulidade.

dialógica entre as partes entre si e o Estado/Juiz, faz-se imprescindível para que se possa conferir legitimidade à decisão que o órgão julgador, perpassa, em sua fundamentação, por todas as provas e argumentos produzidos por ambas as partes. Somente assim poderão as partes ter conhecimento do “caminho lógico-racional” percorrido pelo juiz para proferir a decisão. Com isso não se quer dizer que o julgamento não esteja eivado da subjetividade do julgador que, como ser humano, é dotado de um *sentire* que lhe é próprio e, portanto, ao julgar não faz um mero trabalho de adequação do fato ao dispositivo legal pertinente.

O julgamento não é um mero silogismo, consiste em uma interpretação dos fatos e do próprio direito por uma pessoa que não está fora do mundo. “É preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história”. (COUTINHO, 2016)

O julgador vive em uma determinada sociedade, em um dado tempo e lugar, tem seus próprios valores; e ao julgar inevitavelmente o faz com os seus referenciais. A exigência da motivação das decisões judiciais serve justamente para permitir o controle da função jurisdicional no sentido de que deve ser pautada pelos parâmetros estabelecidos na Constituição e nas leis, de modo a evitar o arbítrio.

A motivação é uma forma de garantia da efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa de modo a propiciar um controle da racionalidade da decisão e não permitir que as decisões sejam pautadas em um mero subjetivismo do julgador.⁶

Ademais, como o nosso sistema processual penal não é pautado pela hierarquia de provas, cabendo ao órgão julgador a valoração delas, deve ser explicitado na sentença as razões da preponderância de uma prova sobre as outras, para possibilitar às partes, em caso de irresignação com a decisão proferida, a interposição de recurso de apelação. Assim, poderão em suas

⁶ Sobre o tema recomenda-se a obra Teoria da Argumentação Jurídica, de Fábio P. Shecaira Noel Struchiner. Os autores abordam os modos de argumentar institucional, pautado por regras e procedimentos estabelecidos e o modo substantivo, baseado em considerações morais, políticas, econômicas e sociais.

razões recursais apresentar argumentos para combater a valoração feita pelo *juízo a quo*.

A necessidade de motivação das decisões judiciais, não está pautada somente no interesse das partes em conhecer o “caminho lógico-racional” percorrido pelo julgador, tem também como finalidade possibilitar à coletividade ter conhecimento sobre a atuação dos órgãos jurisdicionais, o que é decorrente do princípio da publicidade dos atos processuais. (art. 5º, LX, e art. 93, IX, ambos da CF e art. 798 CPP).⁷

Ao julgar, o juiz estará adstrito aos fatos e as provas que lhe foram levados ao conhecimento pelas partes no curso do processo e não poderá decidir com base exclusivamente nos elementos informativos obtidos na fase investigativa, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, conforme expresso no artigo 155 do Código de Processo Penal. Está, portanto, em sua decisão, limitado ao que lhe veio ao conhecimento do curso do processo, ou seja, em contraditório judicial.

O processo penal é verdadeiro processo de conhecimento, as partes devem obedecer às regras estabelecidas para a produção do conhecimento dirigido ao julgador. E, por sua vez, o órgão julgador deve obedecer às regras referentes à formação de seu convencimento.

As partes produzem um determinado saber e é o Estado/Juiz quem tem o poder de decidir qual é o saber prevalente, fundado nesses saberes parciais levados ao seu conhecimento. Segundo Luigi Ferrajoli (2014, p.573), o princípio da motivação “exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do Juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias”.

A aquisição válida do saber do julgador para que seu poder de decidir esteja legitimado está condicionada à observância do devido processo legal. Cabe, portanto, ao Estado/Juiz zelar e atuar efetivamente para que o processo

⁷ Segundo Ferrajoli: “Ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexo entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor “endoprocessual” de garantia de defesa e o valor “extraprocessual” de garantia da publicidade. E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária”. (FERRAJOLI, 2014, p. 574)

transcorra em respeito aos princípios processuais penais previstos na Constituição e à legalidade dos atos procedimentais.

Referências

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal. Empório do Direito.** Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 925 p.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e escrito**, vol. 4: estratégia, poder-saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 19.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004.
FOUCAULT, Michel. **Repensar a política:** organização e seleção de textos. Rio de Janeiro? Forense Universitária, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagens conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, 406 p.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KAFKA, Franz. **O Processo.** São Paulo: Martin Claret, 2007. 259 p.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIAGGI, Ênio REIS, Maria Carolina; O PODER DA LINGUAGEM E A LINGUAGEM DO PODER: a construção do discurso no meio ambiente jurídico. In: REIS, Emilien Vilas Boas et. al. (org.) **Filosofia, Direito e Linguagem:** dos discursos de dominação aos discursos de esclarecimento. Belo Horizonte: 3i Editora, 2017.

STRUCHINER, Noel, Shecaira, Fábio P. **Teoria da argumentação jurídica.** Rio de Janeiro: Editora Puc-Rio, 2016.