



PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
JONAS STEPHÂNI DE AQUINO

**DECISÃO JUDICIAL: uma análise acerca da necessária fundamentação na
valoração da prova.**

CURITIBA
2021

JONAS STEPHÂNI DE AQUINO

**DECISÃO JUDICIAL: uma análise acerca da necessária fundamentação na
valoração da prova.**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito promovido
pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER

Orientando(a): Jonas Stephâni de Aquino

Orientador(a): Me. Igor Fernando Ruthes

CURITIBA

2021

SUMÁRIO:	1
RESUMO:	4
ABSTRACT:	5
INTRODUÇÃO:	7
DO PROCESSO PENAL COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO:	7
II.I. DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA:	8
II.II. DA TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA:	9
II.III. DO PROCESSO PENAL COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO:	10
BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS:	12
III.I. DO SISTEMA ACUSATÓRIO:	12
III.II. DO SISTEMA INQUISITÓRIO:	13
III.III. DO SISTEMA ADOTADO PELO BRASIL:	15
DA PROVA NO PROCESSO PENAL:	16
IV.I. DOS SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA:	16
IV.I.I. DO SISTEMA DA PROVA TARIFADA:	16
IV.I.II. DO SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO:	17
IV.I.III. DO SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO:	18
IV.II. DA PROVA COMO ELEMENTO DE PERSUASÃO:	19
DA SENTENÇA COMO ATO DE CONVENCIMENTO DO JULGADOR:	19
V.I. DA APRECIÇÃO DOS FATOS COMO BRICOLAGEM:	19
V.II. DA ABORDAGEM DAS QUESTÕES DE DIREITO TRAZIDAS PELAS PARTES:	21
CONCLUSÃO:	23
REFERÊNCIAS:	25

RESUMO:

O presente trabalho visa examinar a fundamentação na valoração da prova pelo magistrado no processo penal. Para cumprir tal *mister* no primeiro capítulo foi tratado da natureza jurídica do processo penal como procedimento em contraditório, ressaltando a teoria esculpida pelo professor italiano, Elio Fazzalari. No segundo capítulo foi feita uma análise dos sistemas processuais, ressaltando o sistema adotado pelo ordenamento pátrio. No terceiro capítulo fitaram-se os olhos à prova, seu conceito, sua função no processo penal bem como os sistemas de valoração da prova. No quarto e derradeiro capítulo foi trabalhado o papel da sentença como o ato final de convencimento do julgador.

ABSTRACT:

The present work aims to examine the reasoning in the assessment of evidence by the magistrate in criminal proceedings. To fulfill this task, the first chapter dealt with the legal nature of criminal proceedings as a contradictory procedure, emphasizing the theory sculpted by the Italian professor, Elio Fazzalari. In the second chapter, an analysis of the procedural systems was made, emphasizing the system adopted by the national legal system. The third chapter looked at the eyes of the evidence, its concept, its role in the criminal procedure, as well as the systems for valuing evidence. In the fourth and final chapter, the role of the sentence as the final act of convincing the judge was worked out.

I. INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem por objetivo analisar a discricionariedade do magistrado na valoração da prova no processo penal.

Num Estado Democrático de Direito, em que a fundamentação dos atos dos poderes públicos são princípios constitucionais, a análise que aqui será feita circunda na necessidade de ter-se uma maior fundamentação na valoração das provas que são levadas ao processo penal. Como fazer para que o magistrado profira uma sentença devidamente fundamentada, pautado na prova produzida, de forma a garantir um justo e satisfatório contraditório.

A presente pesquisa utilizou-se da metodologia dedutiva, com consultas a material bibliográfico e artigos científicos.

No primeiro capítulo será feita uma abordagem acerca da natureza jurídica do processo penal como procedimento em contraditório. Ressaltando sua fundamental importância para o processo penal democrático.

No segundo capítulo analisaremos os sistemas processuais, enfatizando a importância do sistema acusatório para um processo penal democrático. Repudiando, com sua adoção, qualquer atuação do magistrado, principalmente no que concerne à produção probatória.

No terceiro capítulo será feita uma exposição à prova, seu conceito, sua finalidade, e os sistemas de avaliação das provas no processo penal, principalmente do sistema do livre convencimento motivado.

No quarto e derradeiro capítulo analisaremos a sentença como sendo o ato de convencimento do julgador. Qual é a postura do magistrado no enfrentamento dos significantes probatórios que são introduzidos no processo.

II. DO PROCESSO PENAL COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO:

Ressalta-se, antes de se adentrar, de fato, no tema objeto do presente trabalho, que há vários outros autores e teorias que empenharam esforços para tratar acerca da natureza jurídica do processo penal. No entanto, por terem atraído poucos olhares, e por não terem o condão de emancipar a ciência processual, será afastada sua análise. (HARTMANN, 2010, p. 140).

II.I. DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA:

A natureza jurídica do processo como relação jurídica deu-se com a obra do autor Oscar Von Bülow, A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais, publicada em 1868. (HARTMANN, 2010, p. 141).

O autor, segundo HARTMANN:

“Defendeu, sobretudo, a necessidade de se pensar o direito processual apartado do direito privado, ou melhor, de se estabelecer definitivamente o limite entre eles. Reconhecia que a ciência processual tinha ainda um longo caminho a percorrer para se livrar das amarras tradicionais do direito medieval e alcançar o mesmo progresso dos demais ramos do direito”. (HARTMANN, 2010, p. 141).

Com o objetivo de soltar as amarras do direito processual frente ao direito material, Bülow “se propôs, então, a esclarecer alguns conceitos que tinha como fundamentais a tal evolução, especialmente no que tange às exceções processuais e aos pressupostos processuais”. Foi nesse momento que se visualizou a emancipação da ciência processual frente ao direito privado. (HARTMANN, 2010, p. 141).

“Porém, em que pesem os referidos antecedentes, pode-se sustentar que a concepção do processo como relação jurídica é genuinamente alemã: HEGEL a vislumbrou, BETHMANN-HOLLWEG a sustentou e BÜLOW a aprofundou”. Portanto, embora não se possa afirmar que foi Bülow que concebeu a teoria em estudo, atribui-se-lhe o mérito de tê-la desenvolvido. (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 51).

Para a teoria em comento o processo é considerado como uma relação jurídica entre os sujeitos processuais, sendo eles autor, réu e juiz, todos com direitos e obrigações recíprocas. Essa relação jurídica possui natureza pública, pois é desenvolvida pelos funcionários do Estado e os cidadãos. Ainda, para Bülow, o processo desenvolve-se em etapas, todas de forma contínua. Enquanto a relação jurídica material, ou seja, aquela que lhe serviu de fundamento, mostra-se concluída, o processo é ainda considerado um ser em evolução. (HARTMANN, 2010, p. 142).

Outra grande colaboração de Bülow para o processo foi estruturar, pela primeira vez, os pressupostos processuais e distingui-los dos pressupostos do direito material. Para Bülow (1964, p. 5), são pressupostos processuais:

- “1) competência, capacidade e ausência de suspeição do tribunal; capacidade processual das partes (pessoa legítima para estar em juízo) e a legitimidade de seu representante,
- 2) as qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa civil,
- 3) a redação e comunicação (ou notificação) da demanda e a obrigação do autor pelas custas processuais,
- 4) a ordem entre vários processos.” (apud HARTMANN, 2010, p. 143).

Tais pressupostos “determinam precisamente entre quais pessoas, sobre qual matéria, através de que atos e em que momento pode se dar uma relação jurídica de caráter processual. ” (HARTMANN, 2010, p. 143).

Ainda, entendia o autor que enquanto no direito material a relação é bilateral, no processo a relação é triangular, dando-se entre as partes, e entre as partes e o julgador, este cuja função é promover a tutela jurisdicional. (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 57).

Embora a teoria de Bülow tenha sido objeto de inúmeras críticas devido a sua incompletude, é ela a mais aceita pela doutrina processualista. (JUNIOR, 2020, p. 277).

II.II. DA TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA:

Atribui-se a James Goldschmidt a elaboração da teoria do processo como situação jurídica, apresentada na sua memorável obra ‘O processo como situação jurídica’, publicada em 1925. Goldschmidt era um obstinado crítico à obra de Bülow. Para ele o processo não era uma relação jurídica constituída de deveres e obrigações recíprocas. O processo era visto, para o autor, como um conjunto de situações jurídicas em que as partes atravessavam até chegar ao provimento final. Para ele, entre as partes não há uma relação, e sim, sujeição àquilo que determina o ordenamento jurídico. O juiz atua não porque faz parte de uma relação jurídica, mas, porque sobre ele recai um dever funcional. (JUNIOR, 2020, p. 278).

Goldschmidt refutou a característica estática do processo, defendida por Bülow. Segundo ele, estática é qualidade afeta ao direito material. Já o processo, caracteriza-se por ser dinâmico. Em outro dizer, uma vez iniciado o caminhar processual, o direito ganha uma nova roupagem, abandonando sua condição estática e assumindo uma condição dinâmica, carregada de expectativas, possibilidades e ônus. Aquilo que víamos como direito, no processo, transforma-se em mera possibilidades, expectativas e cargas. (HARTMANN, 2010, p. 147).

O autor equiparava ainda o processo a uma guerra, pois, segundo ele, o processo eleva seu direito, que de início é certo e estático, ao mundo da incerteza. Na guerra não se sabe quem vai ganhar ou perder, de igual modo, no processo também não se pode ter de antemão a certeza de um ou de outro resultado. Não se sabe se a sentença final irá condenar o inocente ou absolver o culpado. O processo, assim como uma guerra, não o vence quem tem razão, e sim quem tem as melhores armas e estratégias, ou seja, quem aproveita suas 'chances' quando lhe são apresentadas. O juiz é somente árbitro dessa situação jurídica, nada mais que isso. Devendo fundamentar sua decisão naquilo que lhe for apresentado nos autos, estando inteiramente adstrito aos autos. (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 61).

Ainda, segundo Goldschmidt, o processo é marcado por cargas e riscos, a acusação tem a carga de provar a imputação que faz e a defesa tem o risco de, uma vez provada a imputação, suportar o gravame de uma sentença condenatória. Frise-se que no processo penal o ônus probatório está depositado inteiramente nas mãos da acusação, pois sobre o réu paira a presunção de inocência. Assim, embora não recaia sobre a defesa o encargo de provar sua inocência é-lhe facultado aproveitar as oportunidades de prová-la para, quanto antes, desvencilhar-se do processo e amenizar os riscos da mencionada sentença condenatória. (JUNIOR, 2020, p. 282).

II.III. DO PROCESSO PENAL COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO:

A teoria do processo como procedimento em contraditório foi esculpida pelo professor italiano Elio Fazzalari. Importante que se situe, do ponto de vista histórico, e compreenda-se em que momento a teoria do procedimento em contraditório foi criada. Por volta de 1920 até o término da segunda guerra foi vivenciado na Itália um regime de exceção extremamente autoritário promovido pelo fascismo. Fazzalari, então, escreveu sua teoria como função precípua de definir a natureza jurídica do processo, mas não só isso, escrevia com uma entonação de crítica a realidade que o circundava. (HARTMANN, 2010).

Fazzalari apresentou então sua teoria primeiramente conceituando procedimento. Segundo ele há uma infinidade de procedimentos (judicial, legislativo, administrativo), pois procedimento corresponde a uma sequência ordenada de atos, interligados de maneira lógica, de forma que os antecedentes operam como

pressupostos dos consequentes, e os consequentes como corolário dos antecedentes. O processo, segundo o autor, representa uma espécie específica do gênero procedimento, no entanto, um procedimento mais complexo que se desenvolve inteiramente em contraditório. (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 82).

Para Fazzalari (1965, p. 27):

“há processo, quando no *iter* de formação de um ato há contraditório, ou seja, é consentido aos destinatários dos efeitos do ato de participar da fase de reconhecimento de seus pressupostos, em recíproca e simétrica paridade, desenvolver atividade que deve ser levada em conta pelo autor do ato, cujos resultados ele pode até desconsiderar, mas não apagar.” (apud HARTMANN, 2010, p. 176).

Para a existência do processo não basta que vários sujeitos dele participem. É necessário que essa participação seja dialética, por intermédio do contraditório. Os sujeitos devem agir em paridade, permitindo-lhes escolhas, reações e que efetuem controles uns sobre os outros. (HARTMANN, 2010, p. 177).

O contraditório é edificado como sendo o núcleo intangível desse complexo procedimento de atos e normas chamado processo. Sendo a sentença, provimento final para o qual se caminha o processo, construída e, até mesmo, legitimada pelo contraditório. (JUNIOR, 2020, p. 307).

Contraditório, no que lhe concerne é representado pelo binômio, *informazione* (informação), que consiste nas partes terem ciência de tudo que está sendo alegado pela parte contrária, e *reazione* (reação), traduzindo-se, este último aspecto, na possibilidade de manifestação em paridade de armas. Para que se possa afirmar a existência do efetivo contraditório não se necessita que a parte venha a, de fato, refutar a alegação da parte contrária, basta que seja possível essa refutação. (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 83).

As partes, são os destinatários finais do ato, reservando-lhes o protagonismo da atuação nesse procedimento. O julgador não é parte, reservando-se, nesse complexo esmerilhado de atos e normas, a tão-somente garantir esse efetivo contraditório. Recusando-se, portanto, o juiz inquisidor, e ao odiável ativismo judicial. (JUNIOR, 2020, p. 307, 308).

Nas palavras de Érica de Oliveira Hartmann:

Para que seja possível um processo penal mais democrático, dentre tantas medidas necessárias, parece imprescindível adotar, de uma vez por todas, a teoria de ELIO FAZZALARI sobre a natureza do processo, para que seja

possível, definitivamente, embutir na essência do processo a real participação dos sujeitos processuais. (HARTMANN, 2010, p. 167).

Indiscutivelmente, a teoria do professor Elio Fazzalari é, dentre todas as aqui estudadas, a que mais se coaduna com o sistema acusatório, e por consequência, com o Estado Democrático de Direito. Pois, releva o contraditório a não só um simples princípio norteador do processo, mas, mais que isso, coloca-o como seu fundamento de existência.

III. BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS:

III.I. DO SISTEMA ACUSATÓRIO:

O surgimento do sistema acusatório remonta à Grécia Antiga. Lá todo crime grave poderia ser acusado por qualquer pessoa do povo, igualando-se ao que hoje é denominado de *delatio criminis*. Assim, uma vez denunciado a existência de um crime a acusação incumbia à quem o Estado reconhecesse como sendo uma pessoa de reputação ilibada. Nesse cenário havia uma tímida separação das funções (acusador, defensor e julgador), pois tal pessoa, de boa reputação, acusava, promovia a defesa do acusado e, ao final, o Estado julgava. (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 83).

Com o passar do tempo esse sistema processual passou a mostrar-se insuficiente para a repressão dos delitos, sucedendo-lhe alguns obstáculos. De um lado teve-se o aumento da vingança privada, pois não se tinha um filtro eficaz das denúncias que eram feitas, e muitas vezes, empregavam-nas como meio de promover o anseio de vingança. Outro obstáculo que se levantou foi que muitos crimes ficavam sem punição por não haver quem os denunciasse fazendo com “que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar”. (JUNIOR, 2020, p. 217).

Em razão dos juízes terem invadido a atribuição dos acusadores, e somando-se a isso, a hegemonia do Império Romano e do Direito Canônico surgiu um modelo diferente. O sistema acusatório foi gradualmente deixado de lado, entrando em cena o sistema inquisitório (que será objeto de estudo em tópico próprio) que teve um longo reinado. (JUNIOR, 2020, p. 217).

No entanto, no final do século XVIII e início do século XIX, com os ideais iluministas circundando a sociedade, momento de várias revoluções, a exemplo, a revolução francesa. Fez com que o sistema inquisitório carecesse de compatibilidade com essa realidade, resultando, inevitavelmente, em seu declínio e ressurgindo, assim, o sistema acusatório. (JUNIOR, 2020, p. 218).

Embora o sistema acusatório tivesse ressurgido, não o ressurgiu da maneira como era na antiguidade. Ressurgiu da maneira como o conhecemos hoje, (portanto, denotem-se às características do sistema acusatório como o é hoje) com clara separação das funções de acusar e julgar, no entanto, com a diferença de que agora a incumbência de acusar não é mais afeta ao povo. Tal encargo reserva-se a um órgão do Estado, sendo vedado ao juiz qualquer iniciativa no processo. (JUNIOR, 2020, p. 218).

Assim, havendo uma clara separação entre as funções de acusar, defender e julgar, o juiz no sistema acusatório torna-se mero espectador. O protagonismo da atuação recai sobre as partes. Ao juiz se lhe reserva a função de conduzir o processo de acordo com a legalidade, e ao final dar o provimento jurisdicional. (JUNIOR, 2020, p. 218).

Ressalta-se que a separação das funções (acusador, defensor e julgador) é o que mais bem marca o sistema acusatório, no entanto, não se limita a isso. Hoje, doutrinariamente, entende-se que outro maior ponto de distinção entre os sistemas acusatório e inquisitório recai sobre quem está legitimado para a iniciativa probatória durante a persecução penal. Aqui ao juiz não é dada tal iniciativa, o encargo do julgador reserva-se a análise de sua legalidade, pois o protagonismo, frise-se, é das partes. (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 7, 8).

III.II. DO SISTEMA INQUISITÓRIO:

Nas palavras de Sylvio LOURENÇO “o antípoda do sistema processual penal acusatório é o sistema processual penal inquisitório, ou seja, aquele regido pelo princípio inquisitivo”. O sistema inquisitório foi robustecido, em detrimento do sistema acusatório, pela igreja católica em repressão ao que se chamava de práticas hereges. (SILVEIRA FILHO, 2011, p.20).

No sistema inquisitório o Estado assume as funções que antes eram divididas entre acusação e defesa, e entrega-as ao próprio juiz. Assim, ao juiz incumbe a iniciativa do processo, a iniciativa probatória e, além disso, o provimento final. O

mais inusitado nesse sistema, é que a produção das provas também ficava a encargo do julgador, não só a produção, mas também, como órgão julgador que também era, a valoração dessas provas. A defesa, se é que pode se afirmar que havia, também estava nas mãos do juiz. Em outros dizeres, todos os poderes estavam concentrados nas mãos do juiz. (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 20).

Nas lições do professor Aury Lopes JUNIOR:

“O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação”. (JUNIOR, 2020, p. 222).

Foi com o vigor do sistema inquisitório que se vislumbrou o ápice da barbárie em termos de processo penal. O acusado, por não ter voz no caminhar processual, era tratado como mero objeto do processo. Em tal modelo não há o que se falar em direitos ou em garantias, pois o que há é a supressão deles. (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 31).

Com o sistema inquisitório houve o nascimento da prova tarifada, e mais que isso, teve-se, como sua decorrência, a institucionalização da tortura aos acusados, tudo em nome da falácia verdade real. Como bem elucida SILVEIRA FILHO:

“a consolidação definitiva da Inquisição canônica se dá sob o papado de Inocêncio IV, em 1252, com a edição da bula *Ad Extirpanda*, que institucionaliza a tortura aos acusados: incorporada ao arsenal judiciário, a tortura aí permanece por cinco séculos”. (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 30, 31).

Ainda:

“A tortura e suas conseqüentes palavras forçadas era um meio clássico para se arrancar a verdade dos acusados, sendo notável a fome investigativa dos inquisidores que, providos de instrumentos virtualmente irresistíveis, torturam os pacientes como bem querem; no interior do seu marco cultural pessimista o animal humano nasce culpado e, encontrando-se corrompido o mundo, basta se escavar um ponto qualquer para que o mal aflore: o acusado é uma besta que deve confessar e que deve ser explorado a fundo”. (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 31).

Como já estudado, quando tratado do tema ‘renascimento do sistema acusatório’, houve no final do século XVIII e início do século XIX, o nascimento e

afloramento dos ideais iluministas onde se vivenciou um momento de várias evoluções e revoluções, a exemplo, a revolução francesa. Isso fez com que o sistema inquisitório padecesse de compatibilidade com essa realidade, resultando, inevitavelmente, em seu declínio e ressurgindo, por felicidade, o sistema acusatório. (JUNIOR, 2020, p. 227, 228).

III.III. DO SISTEMA ADOTADO PELO BRASIL:

Os sistemas acusatório e inquisitório, são, acertado dizer, antagônicos, o que torna incompatível a convivência harmônica entre eles. Todavia há dizeres que no Brasil o sistema processual adotado é o misto. Isso porque, para os defensores de tal afirmação, é adotado o inquisitivo no inquérito (pois lá o delegado produz a prova e por fim indicia, sem que se fale em contraditório e ampla defesa), e acusatório na ação penal (pois uma vez oferecida a denúncia está formado o tríduo processual, característico do sistema acusatório). No entanto, Pacelli entende que quando se está analisando um sistema processual deve se reservar à análise no processo. Como o inquérito policial é um procedimento prévio ao processo, não deve ser considerado quando da análise do sistema processual, o que é o mesmo que afirmar que nosso sistema não é um sistema misto. (PACELLI, 2020, p. 10)

Segundo Aury Lopes Júnior, todo sistema contém resquícios de outro, visto que um sistema puro são relíquias históricas. A análise que resta a fazer é para saber se as raízes desse sistema são predominantemente acusatório ou inquisitório. (JÚNIOR, 2020, p. 45)

No Brasil predomina o entendimento que se adotou um sistema acusatório, pois a Constituição Federal enfatiza no seu artigo 129, inciso I, que compete ao Ministério Público promover a ação penal pública. Assim, é possível concluir que uma vez dado a um órgão, diferente do poder judiciário, a competência de oferecer denúncia, e iniciar a ação penal pública, o constituinte está afirmando que a opção dele é pela adoção do sistema acusatório. Embora seja reconhecido que se adotou no Brasil um sistema acusatório é facultado ao juiz, durante a persecução penal, algumas funções que devem ser reservadas exclusivamente às partes, tornando, por essas peculiaridades, nosso sistema processual em um sistema processual acusatório impuro. (ART. 129, I, CRFB)¹, (JUNIOR, 2020, p. 231).

¹CRFB, Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

IV. DA PROVA NO PROCESSO PENAL:

Como bem descreve o professor Aury Lopes JUNIOR “O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico.” Nesse diapasão de buscar-se a verdade aproximada de um fato pretérito, entram em atuação as provas que nada mais são que os meios que se utilizará o magistrado para obter essa verdade. (JUNIOR, 2020, p. 383).

IV.I. DOS SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA:

IV.I.I. DO SISTEMA DA PROVA TARIFADA:

No sistema da prova tarifada (também chamado de sistema da verdade legislativa ou, ainda, sistema da certeza moral do legislador), “o legislador previa *a priori*, a partir da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova (estabelecendo uma tarifa probatória ou tabela de valoração das provas).” (JUNIOR, 2020, p. 419).

Era chamado de prova tarifada justamente porque a lei pré estabelecia (tarifava) o valor de cada modalidade de prova ou fazia a exigência de que determinados fatos fossem provados por meios específicos. Nesse sistema o juiz estava inteiramente adstrito ao valor que a lei atribuía a cada prova. Trata-se de um sistema de valoração da prova característico do sistema inquisitório, pois nele, houve o tarifamento das provas adotando-se a confissão como a rainha delas. E com o fim de alcançá-la tudo era admitido, até mesmo, a tortura. (JUNIOR, 2020, p. 419).

Aqui o juiz está inteiramente amarrado à lei, não lhe é reservado qualquer senso crítico. Nas lições do professor Aury Lopes Junior:

“Saltam aos olhos os graves inconvenientes de tal sistema, na medida em que não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso.” (JUNIOR, 2020, p. 419).

Tal sistema, via de regra, está afastado do nosso ordenamento jurídico, no entanto, traços dele ainda são encontrados. Excepcionalmente ainda é empregado

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

para demonstrar o estado civil das pessoas, pois para demonstrar o estado civil a lei preestabelece de qual modo deve ser feito (é o legislador dizendo qual prova deve ser utilizada para demonstrar uma determinada situação). Segunda situação, quando o crime deixa vestígios (crimes não transeuntes) o Código estabelece que a demonstração da existência do crime será por meio do exame de corpo de delito. (Art. 155, PU e 158, ambos do CPP)², (JUNIOR, 2020, p. 419).

IV.I.II. DO SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO:

O sistema da verdade judicial, também chamado de sistema da íntima convicção, o magistrado está inteiramente livre para decidir, prescindindo, aqui, até mesmo a motivação do ato. Ora, tem-se, em verdade, uma legitimação para a ditadura da toga. O julgador não tem nenhuma formalidade a ser seguida para proferir julgamento, podendo impulsionar seu ato, até mesmo, por aquilo que sequer foi colacionado aos autos do processo. (JUNIOR, 2020, p. 420).

Nos ensinamentos do professor Aury Lopes JUNIOR:

“Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar”. (JUNIOR, 2020, p. 420).

Por evidente, o sistema da verdade judicial foi afastado de nosso ordenamento jurídico, pois não há nenhuma compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. No entanto, embora afastado, ainda restam resquícios na Carta Constitucional, ao prever que no procedimento do júri o veredicto dos jurados prescinde de motivação. (ART. 5.º, XXXVIII CRFB)³, (JUNIOR, 2020, p. 420).

²CPP, 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.

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

³CRFB, 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:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

IV.I.III. DO SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO:

O sistema do livre convencimento motivado, também chamado do sistema da persuasão racional, visualiza-se o meio-termo do pêndulo, (que anteriormente via-se nas extremidades, de um lado dando muita liberdade ao julgador, de outro, nenhuma) o magistrado tem liberdade para decidir, no entanto, toda decisão proferida deve ser adequadamente motivada. (JUNIOR, 2020, p. 421).

Para o professor Aury Lopes JUNIOR:

“o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle. Não se pode pactuar com o decisionismo de um juiz que julgue “conforme a sua consciência”, dizendo “qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK). Não se nega a subjetividade, por elementar, mas o juiz deve julgar conforme a prova e o sistema jurídico penal e processual penal, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional”. (JUNIOR, 2020, p. 422).

O sistema do livre convencimento motivado é o que mais se harmoniza com o Estado Democrático de Direitos. Pois, afasta a ditadura da toga como há com a adoção do sistema da verdade judicial, e também, solta as amarras do julgador, (viabilizando-lhe senso crítico), como há na prova tarifada. (MILANEZ, 2012, p. 140).

Nos dizeres de Bruno MILANEZ:

A experiência histórica demonstra que tanto a liberdade plena de convicção do julgador (íntima convicção) como a sua vedação estanque (provas tarifadas) resultam em sistemas totalizantes e arbitrários, optando-se, na atualidade – e salvo algumas exceções – por um sistema eclético de valoração de provas, no qual o magistrado, muito embora livre para formar sua convicção, esteja limitado às regras processuais que determinam quais elementos de convicção podem ou não ser introduzidos e valorados no processo, bem como à exposição dos motivos através dos quais formulou sua convicção. (MILANEZ, 2012, p. 139 e 140).

-
- a) a plenitude de defesa;
 - b) o sigilo das votações;
 - c) a soberania dos veredictos;
 - d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

Por fim, é o sistema adotado hoje pelo ordenamento jurídico pátrio como regra geral. (ART. 93, IX CRFB⁴, e ART. 155, CPP⁵), (JUNIOR, 2020).

IV.II. DA PROVA COMO ELEMENTO DE PERSUASÃO:

O processo penal pode ser compreendido como o instrumento que confere efetividade ao direito penal, fornecendo os instrumentos e o caminho para materializar a aplicação da pena ao caso concreto. Deve-se ter em vista que o *jus puniendi* (direito de punir) concentra-se na figura do Estado e é por ele exercido. No entanto, para haver tal exercício é necessário o respeito de diversas formalidades, princípios, e normas que regem e legitimam essa punição estatal. (ALENCAR e TÁVORA, 2019, p. 46).

Nesse marear complexo objetivando buscar o exercício do *jus puniendi* é necessário “fazer uma reconstrução... de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença.” Todavia, o convencimento motivado do magistrado só será formado diante das provas que lhe são apresentadas, outorgando, assim, às partes a função de convencer-lhe de alguma situação fática ou jurídica, frise-se, por meio das provas. (JUNIOR, 2020, p. 384).

Portanto, é factível afirmar que a prova é o instrumento de reconstrução histórica que tem por objetivo a persuasão do magistrado, de onde ele tirará o *standard probatório* para emanar o provimento final.

V. DA SENTENÇA COMO ATO DE CONVENCIMENTO DO JULGADOR:

V.I. DA APRECIÇÃO DOS FATOS COMO BRICOLAGEM:

Compreendendo o que vem a ser bricolagem, nas palavras do professor Alexandre Morais da ROSA:

⁴CRFB, 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;

⁵CPP, 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.

“Atualmente a atividade do *bricoleur* é o daquele que executa um trabalho sem que exista um plano rígido previamente definido, mas que se deixa levar pelos utensílios que possui à mão, construindo, remontando, colando, integrando, com o material disponível. Comparada a atividade do engenheiro com a do *bricoleur*, o primeiro possui um projeto a ser cumprido, enquanto o *bricoleur* cola os fragmentos que aparecem, não se subordinando à obtenção de matérias-primas e de utensílios concebidos e procurados na medida de seu projeto.” (ROSA, 2004, p. 376 e 377).

Equipara-se-lhe, pois, o julgador que, durante o caminhar processual, não pode dispensar um significativo probatório, desde que sua produção tenha sido condizente com as regras processuais e legais, reservando-se a atribuí-lhe seu respectivo valor de modo a formar sua convicção “devendo construir sua decisão consoante o que lhe for trazido”. (ROSA, 2004, p. 377).

O juiz-bricoleur não está vinculado a um projeto, portanto, os elementos colhidos deverão ser levados em consideração no momento da prática do ato, pouco importando seu resultado final. Há, portanto, uma aproximação com o juiz do sistema acusatório, tendo em vista sua função que é a de mero gestor da prova. Diferentemente do engenheiro, que se guia pelo projeto, o *juiz-bricoleur*, deixa-se guiar pelos significantes probatórios produzidos pelas partes, estruturando-os, ao final, com o ato decisório. (ROSA, 2004, p. 378).

As regras processuais, como forma dos atos, prazo para sua produção, etc. são os limites para o emprego dos significantes probatórios no ato de bricolagem. O provimento final, será formado “lançando-se mão das provas, dos significantes produzidos validamente, manejando a técnica de *‘bricolage jurídica’*, ou seja, construindo com o que tem à mão, sem o pretendido controle racional total.” (ROSA, 2004, p. 378).

Um dos pontos mais importantes nessa conjuntura, consiste em examinar de onde o juiz partirá para analisar os significantes probatórios produzidos. Como define o professor Alexandre Morais da ROSA “somente muito ingenuamente pode-se partir da premissa de que a premissa maior é a lei, porquanto já se demonstrou que a apreensão semântica é incapaz de conferir a almejada segurança jurídica, ilusão matreira capaz de manter, todavia, a crença.” O *juiz-bricoleur* desliza na cadeia de significantes que lhe são postos, sendo a fundamentação e motivação dos seus atos o meio de dar-lhes guarida e legitimação, sendo eles inafastável no Estado democrático de Direito. (ROSA, 2004, p. 379).

É consistente, ainda, ressaltar que o juiz-bricoler veleja pela linguagem, estando aberto para ser influenciado pelos significantes, desnudo de crenças a serem preenchidas, “abandona, assim, a função de ‘juiz-engenheiro-inquisidor’ enclausurado em seu projeto.” (ROSA, 2004, p. 380).

Alexandre Morais da ROSA defende que:

“Não é, contudo, uma partida de futebol, tênis ou qualquer outro esporte em que o resultado depende exclusivamente do desempenho dos atletas, mas de algo que se aproxima de uma ‘luta de boxe’. Dividindo-se em duas fases, pode-se perceber que existe um juiz responsável pela produção dos significantes. É ele que garante o cumprimento das regras do jogo – *fair play* –, evitando a chicana, punindo os que dão golpes ilegais, levando a ‘instrução’ até que a luta termine. Finalizados os ‘rounds’ a tarefa do árbitro de significantes se finaliza”. (ROSA, 2004, p. 380).

O provimento final consistirá no deslinde dessa partida, com a estruturação dos significantes que foram postos ao juiz-bricoler. (ROSA, 2004, p. 380).

Em síntese, na apreciação dos fatos como *bricolage*, o juiz não pode se guiar por suas convicções, ao contrário, deve estar aberto para ser influenciado pelas provas que as partes em igualdade de condições apresentará.

V.II. DA ABORDAGEM DAS QUESTÕES DE DIREITO TRAZIDAS PELAS PARTES:

No curso da narrativa judicial localiza-se a dicotomia matéria de facto/ matéria de direito. Impondo-se a distinção entre o fato e o direito, ambos intimamente conectados e devidamente articulados, na medida em que compõem a sentença penal. Nessa dicotomia “os factos surgem como uma dimensão de reconstrução de acontecimentos valorados e o direito como conclusão da relevância jurídica desses acontecimentos”. (MENDONÇA, 2014, p. 34).

Especificamente no estudo da abordagem das questões de direito trazidas pelas partes examinar-se-á a “interconexão metodológica entre as razões que justificam o modo como se *efectuou* essa reconstrução e as conclusões da relevância jurídica desses acontecimentos”. (MENDONÇA, 2014, p. 40).

Nas palavras de Sara MENDONÇA:

“Nas dimensões endoprocessual e extraprocessual, uma justificação simplista e rígida da fundamentação jurídica não basta, pelo que «a motivação de direito deve conceber-se como exposição dos critérios interpretativos onde o juiz se escuda para aplicar a lei, tornando pública e

transparente uma decisão onde se assumiu uma escolha que, a não ser assim, «permanece mascarada através de um guarda-chuva da voluntas legis». (MENDONÇA, 2014, p. 40).

E também

“No âmbito da aplicação dos tipos penais, que estruturalmente não são todos iguais, suscitam-se algumas problemáticas de interpretação. Relembre-se a existência de tipos de crime cujos elementos normativos exigem uma valoração jurídica mais intensa do que outros, o que acarretará uma argumentação diferenciada e mais exigente. Tome-se o exemplo das normas penais em branco... onde a argumentação deve justificar a escolha da norma e o critério que fundamenta essa valoração.” (MENDONÇA, 2014, p. 41).

No processo de abordar as questões de direito levadas ao processo pelas partes, o magistrado deve ter em mente que o seu guia será sempre os direitos inerentes à pessoa humana do qual é titular a pessoa sobre quem recai a imputação. (MENDONÇA, 2014, p. 41).

No entanto, tal feito encontra severas dificuldades, pois o magistrado no caso concreto pode chegar a diversas interpretações. O caso posto nunca será algo objetivo, cuja interpretação seja igual ao resultado de uma equação matemática. (MENDONÇA, 2014, p. 41).

Diante disso surge a necessidade da fundamentação, em que, por meio dela, o magistrado vai expor por qual razão se valora determinada circunstância de uma maneira e não de outra. Ao magistrado cabe enfrentar todas as questões que são postas pelas partes, se escudando sempre na fundamentação. A decisão do magistrado, edifica-se e legitima-se pela devida fundamentação. (MENDONÇA, 2014, p. 41).

VI. CONCLUSÃO:

A fundamentação dos atos dos agentes públicos, em especial, do magistrado na valoração da prova no processo penal constitui não só um princípio constitucional inerente a prestação jurisdicional⁶, mas também a um direito de qualquer cidadão ter ciência, pelos argumentos expostos pelo julgador, de quais provas utilizou-se ele para formar seu convencimento e, assim, externar a sentença penal.

É inafastável do presente estudo enfatizar que o Estado Democrático de Direito consubstancia-se num Estado garantidor dos direitos fundamentais e das liberdades individuais. Noutra giro, o Estado Democrático de Direito é marcado pelo repúdio ao arbitrarismo e totalitarismo.

De sorte que se lhe alinhando o processo penal, afigura-se como necessário reconhecermos a natureza jurídica do processo penal como um procedimento em contraditório, pois como supracitado releva o contraditório não mais como sendo um simples princípio norteador no processo penal, eleva-o como seu fundamento de existência. Sendo a sentença, provimento final para o qual se caminha o processo, construída e, até mesmo, legitimada pelo contraditório.

O fim proposto pelo presente trabalho leva inevitavelmente a escudar o sistema processual acusatório, porque, como já enfatizado, é o mais harmônico com o Estado Democrático de Direito, pois trata o réu como sujeito de direitos, e não como objeto do juiz-inquisidor/processo. Acoberta o réu com o manto da presunção de inocência, atribuindo à acusação a incumbência de provar o que lhe imputa. Ainda, fornece ao acusado meios para promoção de sua defesa, visto que, com a separação das funções de acusar, defender e julgar, o acusado não fica a mercê do juiz promover-lhe sua defesa como outrora era.

Imperioso, ainda, centrar os olhos para a prova, e com isso enaltecer o sistema do livre convencimento motivado, não há dúvida de que ele é o mais valioso, dentre os que aqui foram apresentados, pois afasta a ditadura da toga como há com a adoção do sistema da verdade judicial, e também, solta as amarras do julgador, (viabilizando-lhe senso crítico), como há na prova tarifada.

⁶ CRFB, 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;

Como já exposto, as provas são os elementos de retrospectiva que exercem sobre o magistrado o papel primeiro de persuadir-lhe, e, em segundo plano, afigura-se como um limite à cognição do magistrado. Portanto, como todo ato de cognição, este também pode ser contornável, em qualquer de seus aspectos.

Nesse cenário objetivando garantir que o magistrado fundamente devidamente o valor que ele atribuiu a cada prova é indissociável ressaltar que o juiz é o destinatário imediato das provas, no entanto, não é o protagonista delas. O protagonismo recai sobre as partes.

Portanto, fazendo uma alusão ao envio de um correio eletrônico, o destinatário não vai ao seu encontro, simplesmente aguarda-o. De igual modo o juiz no processo, embora seja o destinatário das provas não pode ir ao seu encontro. Se introduzidas no processo tê-las-á, se não, deverá construir a sentença com o que tem nas mãos, repudiando-se todo ativismo.

Por derradeiro, o processo deve assumir a feição de um procedimento em contraditório, respeitando-se as regras constitucionais e legais de introdução das provas no processo. Essas que devem ser valoradas racionalmente pelo magistrado demonstrando os significados e os valores a elas atribuídos. Caso isso não seja respeitado, teremos apenas um ato de poder, sem qualquer essência democrática.

VII. REFERÊNCIAS:

ALENCAR, Rosmar Rodrigues, e TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 14. ed. Bahia. JusPodivm, 2019.

Avena, Norberto. Processo penal. -- 12. ed., – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

Hartmann, Érica De Oliveira. PROCESSO PENAL E RITO DEMOCRÁTICO: A simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa. 2010. 341f. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2010.

Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

Lopes Jr., Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

Lopes Jr., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Marcão, Renato. Curso de processo penal. 4. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MENDONÇA, Sara Daniela Figueiredo Resende. EM BUSCA DA FUNDAMENTAÇÃO PERFEITA A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA PENAL NUMA PERSPECTIVA GARANTÍSTICO-CONSTITUCIONAL. 2014. 74f. Dissertação de mestrado. Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa. 2014.

Milanez, Bruno Augusto Vigo. Sobre A Superação da Verdade: Hermenêutica Filosófica, Teoria da Linguagem, (Ir)Racionalidade e Dogmática da Prova no

Processo Penal. 2012. 205f. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2012.

Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Pacelli, Eugênio. Curso de Processo Penal. -24. ed.- São Paulo: Atlas, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Decisão No Processo Penal Como Bricolage De Significantes, 2004. 443f. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2004.

Silveira Filho, Sylvio Lourenço da. O processo penal como procedimento em contraditório: (re)discussão do locus dos sujeitos processuais penais. 2011. 156f. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2011.