

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

GUILHERME DORIGO TOMEDI

**O PRINCÍPIO DA "LIVRE" CONVICÇÃO MOTIVADA
UMA ANÁLISE CRÍTICA**

**CURITIBA
2015**

GUILHERME DORIGO TOMEDI

**O PRINCÍPIO DA "LIVRE" CONVICÇÃO MOTIVADA:
UMA ANÁLISE CRÍTICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. José Laurindo de Souza Netto

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME DORIGO TOMEDI

O PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA UMA ANÁLISE CRÍTICA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	06
2 CONCEITOS, FUNDAMENTOS E BREVE HISTÓRICO.....	07
3 A LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA - ANÁLISE CRÍTICA.....	13
3.1 A BUSCA PELA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.....	13
3.2 AS SOCIEDADES COMPLEXAS E A (TRANS)FORMAÇÃO DOS CONCEITOS.....	21
3.3 FETICHISMO PUNITIVO - MANIFESTAÇÕES DO SENSO COMUM NA SOCIEDADE DAS APARÊNCIAS.....	28
3.4 A IMPRESCINDIBILIDADE DA CORRETA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	32
4 CONCLUSÃO.....	37
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisará criticamente a situação dos magistrados frente à prolação das decisões judiciais, relacionando-as ao princípio do livre convencimento motivado. Para tanto, serão necessários aprofundamentos científicos acerca das principais características e limitações do mencionado instituto. No presente estudo, foi realizada pesquisa bibliográfica, tendo sido adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias com vistas a alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: Jurisdição, Livre Convencimento Motivado, Decisionismos, Prestação jurisdicional efetiva, Análise Crítica da Realidade.

1 INTRODUÇÃO

A garantia aos sujeitos de direito a um judiciário atuante, capaz de exercer o poder-dever da prestação jurisdicional efetiva e promover equanimidade é um tema que se renova, relevando-se sempre atual. Nesse sentido, a problemática deste trabalho se apresenta sob a forma da seguinte indagação: Como garantir o respeito de fato ao princípio da livre convicção motivada dos magistrados?

Ou seja, como garantir que as sentenças sejam motivadas de forma a proporcionar cientificidade ao direito como condição à justiça.

Para tanto, estudar-se-á o princípio da livre convicção motivada do magistrado com enfoque na existência de pré-compreensões e dos preconceitos - inerentes à condição humana - relacionando-as à necessidade de uma prestação jurisdicional efetiva.

Este trabalho está dividido em diversas etapas com a finalidade de torná-lo mais didático ao leitor.

Inicialmente, propõe-se a análise de aspectos teóricos acerca do princípio do livre convencimento motivado. Nesse tópico serão analisados seu conceito, fundamentos e algumas das principais vertentes científicas que se relacionam ao mencionado princípio.

Em seguida, far-se-á uma análise acerca do processo de formação da convicção do magistrado, que culmina no procedimento da decisão.

É nesse ponto do estudo que serão vistos os aspectos relacionados à formação do convencimento do juiz no processo; os conceitos de pré-compreensão comparados à visão de doutrinadores; a influência que os aspectos psíquicos dos magistrados exercem sobre a decisão proferida; as ideias de solipsismo, subjetivismo e decisionismos, bem como a forma de evitá-los.

Ao final a principal questão proposta se mostra sob a perspectiva da filosofia da linguagem em substituição à filosofia da consciência como paradigma jus-filosófico direcionado à uma prestação jurisdicional efetiva.

A escolha do tema se fundamenta na preocupação com o combate às decisões judiciais arbitrárias, discricionárias, subjetivas, e com a correta interpretação do

que seria o princípio da livre convicção motivada do magistrado, visando, assim, com que o direito alcance seu objetivo social.

A prolação de sentenças judiciais gera consequências sociais de enorme importância na vida dos jurisdicionados. Por tal razão, os juízes devem considerar os fatos e provas atrelados à lide e, além disso, sopesar as diversas particularidades de cada caso concreto, relacionando esses aspectos aos princípios constitucionais e normas infraconstitucionais para que se materialize a prestação jurisdicional efetiva.

Neste trabalho, portanto, serão vislumbrados os conceitos e fundamentos relacionados ao instituto, sua evolução histórica e as implicações práticas de utilização, no intuito de demonstrar a necessidade do respeito, de fato, ao princípio da livre convicção motivada para que possam ser afastadas, de forma concreta, as arbitrariedades, subjetividades e decisionismos presentes nas sentenças prolatadas pelos nossos tribunais.

2 CONCEITOS, FUNDAMENTOS E BREVE HISTÓRICO

O princípio do livre convencimento motivado está consubstanciado em nosso ordenamento jurídico como uma obrigação imposta aos julgadores, logo, seu status de garantia fundamental demonstra a carga de importância que tal princípio traz consigo.

Em um Estado democrático, voltado aos interesses da sociedade em geral, prima-se pela segurança nas relações entre sujeitos e administração pública como uma manifestação de democracia. O Estado deve agir de forma a proporcionar aos jurisdicionados a efetivação de seus direitos, a concretização de seus anseios, almejando e motivando o avanço social.

É neste contexto que se insere o princípio em análise. Considerando que apenas o Estado é o legítimo detentor da função jurisdicional, atualmente, este tem o dever de cumprir seu múnus de maneira a propiciar a convivência social mais harmoniosa.

Contudo, apenas a prestação jurisdicional não é bastante por si só para que exista uma factual efetividade na prestação do direito. Esta deve ser fundada no or-

denamento jurídico, nos princípios e garantias fundamentais e, acima de tudo, na busca por uma resposta efetiva às necessidades dos jurisdicionados.

A exigência de motivação das decisões judiciais está intimamente relacionada à democracia, eis que traz aos sujeitos de direito a explicação lógica das razões que levaram o julgador a seguir o entendimento materializado na sentença.

Este princípio está previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal:

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;

Verifica-se, assim, que a carta fundante de nosso atual Estado prevê como garantia aos sujeitos, além da fundamentação das decisões judiciais, a publicidade dos julgamentos, sob pena de nulidade e em casos nos quais a lei não preveja o contrário.

Tais garantias limitam a voracidade Estatal e subjetiva (dos intérpretes e aplicadores da lei), funcionando como um recurso em favor da democracia, ou seja, uma segurança ao cidadão frente ao poder público.

O princípio do livre convencimento motivado está incluso no que conhecemos amplamente como devido processo legal, princípio previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal que prenuncia que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Ora, para que o processo seja válido, deve ser devida e cuidadosamente instaurado, respeitando-se todos os princípios e garantias previstos em nosso ordenamento, dentre eles o princípio do livre convencimento motivado.

Uma sentença sem motivação suficiente ou não fundamentada não pode ser considerada como sentença em seu entendimento mais correto, pois desrespeita frontalmente o devido processo legal.

Outros artigos que trazem manifestações do princípio em análise são:

a) Artigo 131 do Código de Processo civil que define:

Art. 131: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

b) Artigo 436 do Código de Processo Civil:

Art. 136: O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

c) Artigo 155 do Código de Processo Penal:

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.

d) Artigo 881, III, do Código de Processo Penal:

Art. 381: A sentença conterá:

III - A indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

Como integrante de nosso ordenamento jurídico em nível constitucional e infra-constitucional o princípio do livre convencimento motivado é produto de sucessivos avanços históricos.

Nas lições de José Laurindo de Souza Netto:

A Revolução Francesa foi o marco da transição do sistema da prova legal (prova hierarquizada) para o sistema de livre convicção do juiz. As mudanças legislativas, pós-revolução, reconheceram a importância do juiz para valorar a prova, de acordo com cada caso concreto.

(...)

O princípio do livre convencimento nasceu, em certo sentido, em oposição ao princípio da prova legal. Nele, o juiz pode levar em consideração, para sua própria decisão, cada elemento legalmente admitido no processo, sem estar ligado a qualquer vínculo que atribua valor privilegiado a um elemento em detrimento de outro.¹

¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 141.

Ora, o princípio em análise, por ser fundado na ocorrência histórica, tem como seu fundamento uma importante característica, qual seja, a liberdade dada ao juiz para, em cada caso, analisar as provas legais que lhe chegam e, assim, verificar qual delas tem maior utilidade para a formação de seu convencimento. Isso permite uma atuação mais humana por parte dos aplicadores da lei na medida em que lhes confere autonomia. Afinal de contas, há muito tempo, os juízes deixaram de ser meros aplicadores cegos da lei.

Vejam os históricos dos sistemas probatórios conforme doutrina de Nilo de Bairros Brum²:

a) a fase étnica ou primitiva que, correspondendo ao período em que a organização das sociedades era muito rudimentar, não existia nada que pudesse chamar-se sistema probatório. Cada povo, aldeia ou clã adotava formas diferentes e transitórias na solução de seus conflitos, variando os critérios com a sucessão dos chefes ou líderes;

b) a fase religiosa ou mística que, influenciada principalmente pelo direito dos povos germânicos, difundiu-se em toda a Europa. Baseava-se na ignorância e no fanatismo religioso. O sistema ficou conhecido como 'Juízos de Deus' ou 'Ordálio' e consistia em submeter os acusados a determinadas provas ('prova de fogo', 'prova da água' etc.) ou, então, submeter acusado e acusador a um duelo. Acreditava-se que os deuses favoreciam quem tivesse razão, fazendo prevalecer a verdade e a justiça;

c) a fase da certeza legal, ou da tarifa legal, em que se estabeleciam tabelas de prévia valoração das provas. Dependendo da natureza do fato ou da qualidade da pessoa acusada, a lei previa, o tipo e a quantidade de provas que deveriam ser consideradas pelo juiz;

d) a fase sentimental, ou da certeza moral, segundo qual os juízes não estavam limitados por nenhuma regra prévia de avaliação. Esta fase teria surgido, após a Revolução Francesa, como reação ao sistema da tarifa legal;

e) a fase científica seria a vigente nos sistemas processuais contemporâneos, nos quais os juízes possuem capacitação técnica e podem socorrer-se do conhecimento de técnicos de outras áreas quando a prova depender de saberes alheios à sua capacitação.

Como explicitado, a fase do sistema probatório em que vivemos tem como objetivo a formação do juiz de acordo com suas capacitações técnicas, bem como com auxílio de quaisquer outros profissionais que os ajudem a entender as particularidades das provas trazidas a juízo.

² In SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003, pp. 140 e 141.

A efetividade dessa análise de provas é imensamente maior e mais avançada se compararmos aos sistemas anteriores e, além disso, traz maior segurança aos jurisdicionados, uma vez que considera amplamente os elementos do processo e a estes atribui sua própria valoração, fundamentado seu convencimento, contrariamente ao que ocorria no sistema da “tarifa legal”.

Contudo, há que se considerar a atribuição de maiores poderes de julgamento aos magistrados como uma ocasião de duplo efeito prático, como já nos foi demonstrado historicamente no período denominado como “fase sentimental” ou da “sentença moral”:

O princípio da íntima convicção surge como uma superação do modelo de prova tarifada ou tabelada. O juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer a critérios de avaliação de provas. Estabelece, aqui, um rompimento com os limites estabelecidos pelo sistema anterior, caindo no outro extremo: o julgador está completamente livre para valorar a prova (íntima convicção, sem que sequer tenha de fundamentar sua decisão). Para sair do positivismo do sistema anterior, caiu-se no excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento, em que o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão. Evidentes os graves inconvenientes que traz esse sistema.³

Primeiramente, a valoração de provas e prolação de sentenças motivadas, fundadas naquilo que o julgador considera relevante em termos de direito, traz o benefício de transformar a atividade jurisdicional em uma operação mais humana e, por isso, possibilita a efetivação de direitos de forma mais direcionada. Porém, há certo inconveniente na atribuição de maior liberdade decisória, que devem ser levados em consideração no momento da prolação da sentença.

Os juízes que não aplicam, essencialmente, o raciocínio de que a atividade decisória deva ser uma função técnica, fundada na compreensão e interpretação conforme as balizas do ordenamento jurídico, podem capazes de subverter o sentido do direito, transformando o ato de sentenciar em um pleno exercício de limitação da democracia. Tais aplicadores do direito demonstram que, ideologicamente, não acompanharam os momentos jus-filosóficos até a atualidade e, logo, demonstram estarem estagnados no período da “fase sentimental” que vigorou pós revolução francesa.

³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 561.

Atualmente, o princípio do livre convencimento motivado vive uma etapa intermediária entre o positivismo e a liberdade extremada. O ordenamento jurídico confere autonomia ao julgador, porém limitada.

Conforme Aury Lopes Jr.:

Como sistema intermediário em relação ao radicalismo dos dois anteriores, o livre convencimento motivado ou persuasão racional é um importante princípio a sustentar a garantia da fundamentação das decisões judiciais, estando previsto no art. 157 do CPP.

Não existem limites e regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção).

Cumpra então analisar mais detidamente o alcance dessa liberdade que o julgador tem para formar sua convicção.

Ela se refere à não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido ao processo.

(...)

Contudo, essa liberdade não é plena na dimensão jurídico-processual, pois, como aponta LEONE, não pode significar liberdade do juiz para substituir a prova (e, por conseguinte, a crítica valoração dela) por meras conjeturas ou, por mais honesta que seja, sua opinião.⁴

Para Edilson Mougnot Bonfim:

Essa liberdade conferida ao juiz encontra equilíbrio na obrigatoriedade de que este exponha, motivando as decisões que proferir, os elementos de prova que fundamentam suas decisões e razões - pois os fundamentos devem ser racionais -, pelas quais esses elementos serão considerados determinantes (Art. 381, III, do CPP). Ao decidir, o julgador apresentará, assim, os argumentos que sustentam sua decisão. Nesse sentido, conclui a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: "Nunca é demais... advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social."⁵

O intérprete/aplicador que fundamenta seu juízo na sua consciência, naquilo que emana de uma experiência subjetiva, egoísta, não faz justiça, pelo contrário, corrompe a ciência do direito, ignorando os muitos séculos de evolução filosófica e social.

⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 562.

⁵ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55.

Isto faz configurar uma realidade de insegurança, desequilíbrio, vulnerabilidade das garantias fundamentais e, portanto, tirania. Se a sentença for baseada na convicção de cada sujeito que a profere, tão heterogêneos serão o número de decisões quanto o número de casos levados a julgamento, mesmo quando casos idênticos estejam sendo analisados.

Conforme Lênio Streck:

... a resposta correta (adequada à Constituição e não à consciência do intérprete) tem um grau de abrangência que evita decisões ad hoc. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para outros casos idênticos; mas, mais toque isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da constituição.⁶

Assim, concluída a análise inicial das questões que balizam o presente estudo, em seguida, serão estudadas as consequências práticas do princípio do livre convencimento motivado bem como sua aplicabilidade e efetividade na concretização de direitos e garantias.

3 A LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA - ANÁLISE CRÍTICA

3.1 A BUSCA PELA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Muito se discute acerca de prestação jurisdicional efetiva como a concretização do conjunto de garantias básicas dos sujeitos de direito que recorrem ao poder judiciário.

Tutela jurisdicional efetiva significa, em ampla acepção, a garantia aos jurisdicionados de acesso à justiça, ao exercício efetivo do contraditório e ampla defesa, à uma duração razoável do processo e a uma decisão judicial que tenha considerado os aspectos singulares do caso concreto, voltada à promoção dos valores constitucionais.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 117.

É nesse contexto que surge a necessidade de se limitar eventuais arbítrios cometidos pelos julgadores.

O princípio do livre convencimento motivado se mostra pertinente em relação à limitação de decisões tendenciosas, alheias ao caso concreto, ou que tenham como premissa conceitos preexistentes nos valores individuais do intérprete/aplicador da lei.

Para Lênio Streck:

Portanto, a tarefa da teoria do direito é a de construir as condições para diminuir e/ou eliminar os espaços de discricionariedade judicial. Menos subjetivismo é igual a mais democracia. Não é o fato, por exemplo, de a Constituição estar repleta de princípios de uma linguagem aberta”, que justifica dizermos que a interpretação constitucional seja uma área especial ou peculiar da teoria do direito.⁷

Contudo, o mencionado princípio, apesar de ter demonstrado eficácia, ainda pode apresentar incongruências se utilizado compreendido de maneira superficial.

Há casos em que a motivação da decisão é considerada apenas uma formalidade legal, eis que o convencimento do magistrado já havia sido formado por motivos psicológicos, resultantes de (pre)conceitos existentes anteriormente aos fatos e provas trazidas pelas partes litigantes. Tal ocorrência é inadmissível no contexto jus-social atual. A manifestação de critérios não jurídicos como fundamento da decisão não pode ser vista como uma forma de aplicar o direito.

Sobre a existência natural da manifestação de critérios não jurídicos nas sentenças, Taruffo ensina:

O verdadeiro problema, portanto, não é o de demonstrar ou negar que o juiz vá *além* do direito. Que isso acontece é óbvio e, além do mais, o direito não pode ser concebido como algo autônomo e destacado da realidade social e da cultura em cujo seio o juiz atua. Na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por *direito* e em individualizar as garantias de racionalidade e razoabilidade, de confiabilidade, de aceitabilidade e de controlabilidade dos numerosos aspectos da decisão judiciária que verdadeiramente não são nem direta nem indiretamente controlados ou determinados pelo direito.⁸

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 59.

⁸ TARUFFO, Michele. **Senso comum, Experiência e Ciência no raciocínio do juiz.** Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2001, p. 8.

Considerando que os valores e ideais do juiz, assim como o de todo ser humano, são formados, em significativa parcela, pelas suas experiências ao longo da vida, é natural que haja certo grau de subjetivismo nas decisões. A análise do caso concreto por parte do julgador depende de um exame minucioso de fatos da vida, os quais devem ser relacionados às regras trazidas pelo ordenamento jurídico.

Como observado por Michele Taruffo, é óbvio e natural que a realidade social e a cultura estejam diretamente atreladas à atividade jurisdicional. Nesse sentido, portanto, a sentença é um ato jurídico emanado por uma representante do poder judiciário que, convencido sobre certa posição/tese contida nos autos, concede direitos e obrigações (que anteriormente à sentença estariam nebulosos pela incerteza da existência do direito pleiteado) às partes, resolvendo uma questão controvertida, de pertinência social.

Sobre a sentença, Moacyr Amaral Santos defende:

Esta é ato de vontade, mas não ato de imposição de vontade autoritária, pois se assenta num juízo lógico. Traduz-se a sentença num ato de justiça, da qual devem ser convencidas não somente as partes, como também a opinião pública. Portanto, aquelas e esta precisam conhecer dos motivos de decisão, sem os quais não terão elementos para convencer-se do seu acerto. Nesse sentido diz-se que a motivação da sentença redundava de exigência de ordem pública.⁹

Naturalmente, o juiz da atualidade deve ser um intérprete das leis e não apenas um mero aplicador destas, deve, ainda, conferir cientificidade às suas decisões. A atual concepção é resultado de avanços históricos e da efetivação da separação de poderes e redução progressiva de arbitrariedades políticas.

Em tempos passados, por influência das teorias de Montesquieu, o Estado orientava a atuação do juiz como sendo tão somente a “boca da lei”. Tal característica fazia com que o poder judiciário exercesse mera função de “apêndice” do poder legislativo.

Conforme ensinamentos de Luis Guilherme Marinoni:

O direito liberal eliminou os poderes do juiz, mantendo-o não só escravizado à lei, como, também, sem qualquer poder de imperium. Como é sabido, nos países em que o pensamento de Montesquieu teve maior repercussão chegou-se

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11.ed. 1986. p. 407.

a proibir o juiz de interpretar a lei. O julgamento deveria ser apenas 'um texto exato da lei', como disse Montesquieu, se os julgamentos 'fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos'.¹⁰

Naquela época os arbítrios advindos de valores pessoais do julgador não tinham espaço em decisões judiciais, contudo, essa noção de um juiz limitado a dizer o direito, tendo por base tão somente a lei, não se fundamenta em tempos de um Estado democrático e social.

Nos Estados liberais a jurisdição refletia a filosofia individualista dos direitos. O modelo napoleônico de organização Estatal, então vigorante, não se preocupava com as necessidades sociais, dirigindo atenções à exegese formal da dogmática. No iluminismo racionalista a norma estava desconectada de uma indagação de sua justiça intrínseca. O dogma da completude da lei não admitia a existência de lacunas como forma de evitar a distorção do espírito legal. A interpretação era vedada, sendo a tarefa da jurisdição voltada unicamente para resgatar o direito violado através da aplicação mecânica das normas, sob a lógica da subseção e do silogismo.

O Estado Liberal sempre buscou uma jurisdição capaz de oferecer certeza e segurança, através de regras vinculantes, num processo decisório sistemático, legal, racional e formal. A racionalidade do modelo de cientificidade em que se fundamentou a jurisdição liberal individualista, lastreada numa concepção normativista, se apresentou como reação contra a magistratura exercida de forma parcial e abstrata, pela pobreza do antigo regime.

(...)

A visão reducionista do direito como um sistema completo e autossuficiente possibilitou à jurisdição apenas uma interpretação exegética. Com o formalismo lógico da lei, lhe foi retirada qualquer possibilidade criativa, pois com o rigor conceitual seriam desnecessárias considerações de justiça material dos resultados.¹¹

Um dos mais fundamentais exercícios de efetivação da justiça no caso concreto a ser resolvido é a possibilidade de interpretação normativa e a consequente adequação deste caso aos valores jurídicos vigentes. Essa atuação objetiva a formação de tutelas jurisdicionais singulares, de acordo com as particularidades dos casos trazidos a julgamento, sem desconsiderar a necessidade de uniformidade da jurisdição.

A análise do caso concreto não é empecilho à prolação de sentenças uniformes (quando se trata de casos que devam ter o mesmo desfecho).

¹⁰ MARINONI, Luis Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4.ed. 2000. p. 42-43.

¹¹ SOUZA NETTO. José Laurindo de. **A centralidade da jurisdição como fonte reveladora do direito: A Busca da Cientificidade Perdida**. 3º Encuentro de Internacionalización del Consejo Nacional de Pesquisa e Post-Graduación en Derecho - CONPEDI, 2015.

A interpretação das particularidades de cada caso trazido ao judiciário faz com que a resposta da justiça à necessidade do cidadão seja mais efetiva. Porém, dada à existência de um corpo limitado de normas que se adequam à universalidade dos fatos, com a correta compreensão e interpretação dos institutos de direito, cada caso poderá ter sua sentença, sem desconsiderar que muitas delas levarão ao mesmo desfecho jurídico, infirmando assim a uniformidade da jurisprudência e a segurança jurídica.

Isso é possível graças a uma análise técnico-jurídica elaborada pelo julgador que insere cientificidade e racionalidade à sentença, desconsiderando a influência exercida por sua consciência e seu subjetivismo. O ato decisório não deve ser um ato de "sentimento" mas sim um exercício da razão.

A atuação participativa dos juízes no processo é consequência do avanço social e promove maior grau de democracia e efetividade das tutelas jurisdicionais.

Nas palavras de Marinoni:

Com o surgimento da democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das 'regras do jogo', cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir (a) a justa aplicação das normas de direito material, (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual. Um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado. O processo, como é óbvio, exige que os fatos sejam verificados de forma adequada, ou melhor, para a jurisdição dos nossos dias não é concebível que os fatos não sejam devidamente verificados em razão da menor sorte econômica ou da menor astúcia de um dos litigantes.

(...)

O juiz moderno, portanto, ciente de sua responsabilidade, deve participar ativamente do processo. Entende-se, na linha da evolução ocorrida, que o princípio dispositivo não tem qualquer ligação com a instrução da causa, mas apenas com as limitações impostas ao juiz, em razão da disponibilidade do direito. O princípio da imparcialidade do juiz não é empecilho para a participação ativa do julgador na instrução; ao contrário, supõe-se, na fase atual, que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte. Nem mesmo o contraditório é arranhado pela nova postura assumida pelo juiz. O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador, a que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa a eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje.¹²

¹² MARINONI, Luis Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4.ed. 2000. p. 101-103.

Não se pode negar que a participação mais ativa dos juízes no processo é fruto do desenvolvimento do Estado e da Sociedade. Mesmo havendo a existência do princípio da imparcialidade, os juízes apenas o são até o momento da prolação da sentença.

É somente quando se profere uma decisão judicial (conferindo-se o direito pleiteado pela parte em litígio) que magistrado toma parte, ou seja, aplica o direito de acordo com a interpretação resultante de sua participação no processo, conferindo razão ao sujeito litigante que a detém. A imparcialidade do juiz, portanto, mantém-se até o momento decisório.

Apesar de ser um instrumento que beneficia a sociedade, conferindo maior aplicabilidade aos institutos jurídicos, a ampliação dos poderes do magistrado é uma via de mão dupla. Enquanto promove maior possibilidade de justiça social, pode abrir espaço para decisões arbitrárias e tendenciosas caso o magistrado produza sentenças carentes de cientificidade.

A limitação ao poder arbitrário dos juízes é intentada, por exemplo, pelo princípio do livre convencimento motivado, que torna obrigatória a fundamentação das decisões judiciais, além disso, é necessário considerar que arbitrariedade e discricionariedade não se confundem.

A discricionariedade em certo nível está sempre presente na realidade de jurisdição, contudo, limitada por princípios fundante da ordem jurídica, a existência de tal característica não significa dizer que haverá decisões arbitrárias, infundadas, inseguras e tirânicas.

Segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva:

Parece curial não confundir discricionariedade com arbitrariedade. O juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não – uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, permanecerá sujeito aos princípios da razoabilidade, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado. Para isso, é indispensável que os magistrados cumpram o dever constitucional de fundamentar adequadamente seus atos jurisdicionais explicitando os motivos reais que os levaram a decidir da maneira como lhe pareceu mais justa e conforme com o direito.¹³

¹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Verdade e Significado**. Revista Magister de direito civil e processual civil. v. 1. p. 97.

Para a apreciação dos fatos trazidos pelos litigantes, além dos elementos jurídicos, naturalmente, outros elementos externos ao processo formam a convicção do julgador.

A motivação das decisões judiciais se constitui, portanto, como garantia de justiça social, tendo como objetivo a promoção da segurança jurídica e da justiça.

A necessidade de fundamentação das sentenças por parte dos magistrados visa dificultar a produção de decisões de índole subjetivista - arbitrárias, persecutórias, tendenciosas e/ou fundadas em preconceito.

Nesse sentido, José Laurindo de Souza Netto explica:

Entretanto, foi Cal Schmitt que esboçou o decisionismo como teoria jurídica, revelando as relações existentes entre direito e política. Para este pensamento, o fundamento último do direito seria uma decisão política do soberano, e a fonte jurídica estaria no comando e autoridade de uma decisão final. (SCHMITT, 1934).

A jurisdição decisionista estabeleceria o justo através de uma decisão pessoal, segundo a ciência privada do julgador, podendo estar em conflito com a legalidade, previsibilidade e segurança que o Estado de Direito visa tutelar, revelando-se vazia de cientificidade e condutora de arbitrariedade (MACEDO JR, 2001).

As máximas da experiência e o senso comum do julgador configuram-se meramente como valores aproximativos da verdade, sendo regras de experiência e cultura gerais, extraídas da observação da sociedade, não podendo conferir certeza e cientificidade diante da relatividade em que operam. (LOPES, 2002, p. 68-69).

A aplicação do direito baseada na teoria dos decisionismos dá margem a decisões fundadas em alto grau de subjetividade, resumindo-se, muitas vezes, à formatação do direito por intermédio da valoração essencialmente pessoal do julgador. (LORENZETTI, 2009, p. 33).

Tal postura conduziria à total imprevisibilidade e o incremento do arbítrio, com potencial perigo à cientificidade da jurisdição.¹⁴

Sabe-se, contudo, que o mencionado princípio não é suficiente para extirpar eventuais decisionismos e arbitrariedades.

Se faltar cientificidade à motivação da decisão, não se pode afirmar que o princípio em estudo (Livre Convencimento Motivado) cumpre seu papel fundamental.

A motivação deve ser baseada em uma racionalidade, considerando as particularidades do caso concreto e, ainda, exercendo a compreensão e interpretação dos institutos jurídicos relacionados ao caso que se mostra ao magistrado.

Conforme Manoel Arruda Alvim:

¹⁴ SOUZA NETTO. José Laurindo de. **A centralidade da jurisdição como fonte reveladora do direito: A Busca da Cientificidade Perdida**. 3º Encuentro de Internacionalización del Consejo Nacional de Pesquisa e Post-Graduación en Derecho - CONPEDI, 2015.

É preciso que o juiz, decidindo a controvérsia, justifique porque acolheu a posição do autor ou do réu. Justamente porque o juiz não decide arbitrariamente - em função de sua mera vontade - ; e que deve constar expressa e explicitamente da sentença a sua fundamentação, que é pressuposto do controle jurisdicional. A parte que sofre prejuízo se insurge contra os mesmos; recorrendo, tentará comprometer a fundamentação, pois, logrando fazê-lo, ipso facto, seu recurso será provido e modificada a sentença. Conquanto não se recorra dos fundamentos, mas da conclusão, os fundamentos hão de ser atacados também, e como premissas do pedido de reforma da decisão.¹⁵

A motivação da decisão proferida tem por escopo a justificação do julgamento, a introdução de validade formal a ele advém da demonstração das razões de fato e de direito que formaram o caminho decisório seguido pelo magistrado.

Logo, trata-se uma atividade de natureza argumentativa que tentará comprovar a legalidade e legitimidade da decisão proferida¹⁶.

A legitimidade de uma decisão jurídica apenas será firmada se for proferida por juiz de direito, de acordo com o conjunto de leis aplicáveis ao caso concreto e, conseqüentemente, de acordo com os valores socialmente instituídos e amplamente aceitos.

Acerca da justificação, Chaïm Perelman menciona:

Toda justificação pressupõe a existência, ou a eventualidade, de uma apreciação desfavorável referente ao que a pessoa se empenha em justificar. Por isso, a justificação se relaciona intimamente com a ideia de valorização ou de desvalorização. Não se trata de justificar o que poderia ser objeto de uma condenação ou de uma crítica, o que poderia ser julgado, ou seja uma ação ou um agente. A justificação pode concernir à legalidade, à moralidade, à regularidade (no sentido mais lato), à utilidade, à oportunidade. Não há porque justificar o que não se deve adequar a normas ou a critérios ou o que não deve realizar certa finalidade; tampouco há por que se justificar o que, incontestavelmente, se ajusta às normas, aos critérios ou às finalidades consideradas. A justificação só diz respeito ao que é a um só tempo discutível e discutido. Daí resulta que o que é absolutamente válido não deve ser submetido a um processo de justificação e, inversamente, o que se tende a justificar não pode ser considerado incondicional e absolutamente válido.¹⁷

Ora, a ciência jurídica está intimamente vinculada ao estudo das relações sociais e de suas conseqüências. A sociedade, como conjunto de seres humanos que aderiram a um pacto social, limitando seus direitos, com o objetivo de promover a

¹⁵ ALVIM, José Manoel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 11.ed. 2007. p. 593.

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. 1.ed. 2001. p.91-117.

¹⁷ PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. 4.ed. 1999. p.169.

convivência pacífica é a titular de direitos e deveres. Assim sendo, as regras de direito que ordenam os núcleos sociais, naturalmente, seguem os anseios sociais da época em que se vive.

3.2 AS SOCIEDADES COMPLEXAS E A (TRANS)FORMAÇÃO DOS CONCEITOS

As concepções de mundo são variantes de acordo com a mutabilidade e avanço dos tempos e, portanto, a própria ciência do direito vislumbra tal versatilidade como uma de suas principais características.

Conforme Michele Taruffo:

Os mitos das sociedades homogêneas e estáveis e das csentimentalples, claras e comum a todos, se em algum tempo tiveram um sentido, uma correspondência à realidade, já foram subvertidos pelas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais da época moderna, especialmente da época que agora se costuma chamar de pós-moderna. Por muitas razões, está hoje em crise o arquétipo do Estado-nacional, que por muito tempo representou a moldura tradicional (geralmente não-conscientizada_ das usuais ideias de sociedade e de cultura, e a múltipla fragmentação social e cultural tomou o lugar das velhas imagens totalizantes e coerentes da sociedade e da cultura (...).¹⁸

A complexidade dos seres-humanos é recriada no direito. Assim, a instabilidade, a mutabilidade e os conflitos sempre serão os principais aspectos relacionados à convivência em sociedade. Por tal motivo, o julgador deve acompanhar a lei e os princípios normativos e sociais para que exerça a jurisdição de maneira completa e coerente.

Ainda, para Taruffo:

(...) neste mundo globalizado é inevitável que o juiz se veja ao centro de muitos problemas novos e no ponto de encontro de tendências diferentes e conflitantes: cabe por isso às cortes a tarefa de resolver os conflitos entre valores universais e regras cada vez mais gerais, de um lado, e, de outro, situações cada vez mais particulares e culturalmente individualizadas. Assim como o juiz não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) a boca inanimada da lei, teorizada por Montesquieu, nem um passivo aplicador de norma simples mediante deduções formais, ele não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) um passivo usuário de noções metajurídicas fornecidas *ready made* pela experiência coletiva, ou um elementar consumidor de regras e critérios dispostos de modo claro, completo e coerente no depósito constituído pelo senso comum.¹⁹

¹⁸ TARUFFO, Michele. **Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz**. 1.ed. 2001. p.39.

¹⁹ Ibid. p. 9.

O senso comum é uma ferramenta que se apresenta na formação do raciocínio lógico-jurídico elaborado pelo magistrado ao se proferir qualquer decisão.

TARUFFO, M. (2001, p. 9) indica que:

O senso comum está em todo o raciocínio do juiz: ele não representa apenas o fundo, como a lâmina dourada das mesas medievais, mas também uma parte importante do material de que o juiz se serve, fornecendo-lhe um repertório de formas de argumentação e esquemas interpretativos empregados em seu raciocínio.²⁰

Outro elemento externo que se constitui como ferramenta indissociável na formação do raciocínio decisório são as chamadas “máximas da experiência”, que consistem em:

definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, precedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.²¹

Além das máximas da experiência, a compreensão da realidade pelos juízes também exerce forte influência dos valores que todo e qualquer ser humano carrega consigo. Tais valores se formam em paralelo à formação do indivíduo inserido em uma realidade de mundo.

É certo que as, ultrapassando as experiências e conceitos que os juízes carregam em seu sistema psicológico, as normas e princípios se constituem como base para toda e qualquer aplicação do direito, em homenagem ao princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Para Costa, R. (2006, p.45):

A articulação racional do sentido tem servido para ajudar o ser humano a se situar no mundo e, portanto, ajudá-lo a orientar racionalmente sua autoconcepção e conduta e, com isso, ajudá-lo a construir uma realidade humana, pautada pelas ideias da verdade e do bem.

²⁰ Idem.

²¹ STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. ed. 1999. p.27.

Ora, uma vez incontroverso que a fundamentação decisória já existe na mente do julgador anteriormente às fundamentações de matiz jurídico que se mostram na fundamentação da sentença - eis que sofre influência da compreensão de mundo do julgador, e que tal característica pode beneficiar a promoção da justiça - deve-se atentar a alguns fatos. A formação de falsas compreensões e a existência de uma motivação falha das sentenças impossibilita a promoção da justiça, pois consiste em atentado às garantias individuais e da democracia.

Nesse sentido, conforme Luis Alberto Warat:

Mas o caráter impreciso das expressões legais nem sempre é manifesto. Muitas vezes seus destinatários não percebem as mudanças de sentido propostas pelo emissor. Deste modo, os defeitos endêmicos das palavras da lei cumprem importante função retórica em relação às práticas tribunalícias. Constituem algumas linhas argumentativas utilizadas pelos juízes para alterar os critérios decisórios predominantes, sob a aparência de estarem aplicando conteúdos fixados pelo legislador (...) Generalizando, é possível afirmar ao se estabelecer que A, e não B é característica definitiva de um termo contido na norma, está-se alterando as conseqüências jurídicas da mesma. Noutra perspectiva constata-se que nas definições jurídicas toda característica definitiva é também uma característica decisória, isto é, forma parte da decisão.²²

As interpretações normativa e fática que integram a formação da convicção do julgador estão adstritas à necessidade de fundamentação das decisões judiciais de acordo com aquilo que o plexo normativo prevê. Contudo, se essa compreensão for baseada em falsas premissas, subjetivismos e sentimentos íntimos, por exemplo, a aplicação do direito estará contaminada desde a origem da formação do pensamento do magistrado.

O princípio da "livre" convicção motivada mostra que a convicção do julgador não há de ser "livre" conforme o significado mais amplo do termo.

A liberdade conferida pelo legislador aos magistrados no nosso sistema jurídico é, sem dúvida, limitada pela necessidade de fundamentação apropriada, teórico-científica, considerando a amplitude das normas constitucionais fundantes, das demais normas aplicáveis ao caso concreto, bem como dos fatos singulares trazidos à lide.

²² WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da Lei. Temas para uma reformulação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. pp. 38-39.

Deve-se atentar que a interpretação das matérias de fato e de direito por parte do magistrado será justa na medida em que sejam corretas as suas próprias compreensões sobre como se deve fundamentar uma decisão (se a partir da consciência ou não) bem como dos institutos jurídicos aplicáveis a cada caso concreto.

Como sustentado anteriormente, a formação de uma convicção de qualquer natureza é, invariavelmente, um produto de exercícios mentais, de racionalização, compreensão, interpretação e julgamento.

É um processo psicológico intenso e complexo sobre o qual não temos total controle. Busca-se, ao decidir, a união de pedaços de uma espécie "quebra-cabeças" que, na maioria das vezes, tem diversas peças faltantes e em relação ao qual não se tem uma imagem pré-concebida do que se deva montar. Tal característica torna a tarefa de decidir uma atividade complexa e de responsabilidade ímpar.

A individualização das decisões faz com que os juízes, em cada caso concreto, verifiquem um grande número de elementos capazes de sustentar uma tese jurídica e, considerando esses tantos elementos, a decisão deverá ser fundamentada e com rigor técnico e metodológico sob pena de ser invalidada. Logo, com vistas a conferir maior segurança às relações sociais, bem como limitar o ímpeto subjetivo do julgador, engendrou-se em nosso ordenamento o princípio do livre convencimento motivado.

Para Lênio Streck:

...quando se fala da formação do convencimento do juiz, está-se a tratar de uma questão filosófica, representada pela discussão acerca das condições de possibilidade que o juiz/intérprete possui para decidir.

Para mim, entretanto, o principal problema aparece quando se procura determinar como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial. O juiz decide por "livre convencimento"? Mas, o que é isto, "o livre convencimento"? A decisão não pode ser produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle inter-subjetivo.²³

A atividade jurisdicional traz consigo um amplo conjunto de elementos. Na prolação das decisões, além de se analisar as petições, documentos, teses das partes litigantes, é natural que os magistrados também se atenham a elementos não essencialmente jurídicos. As características humanas como imagem, personalidade,

²³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 53.

modo de agir são exemplos elementos que não passam despercebidos por nenhuma pessoa. E nesse sentido também podem acabar por influenciar o magistrado (em maior ou menor grau) no momento da decisão. Nesse aspecto, a existência de pré-conceitos, pré-concepções, traumas etc. pode funcionar como um antagonista na busca por uma tutela jurisdicional efetiva.

A multidisciplinaridade faz do direito, inegavelmente, uma ferramenta social que conjuga em si aspectos da psicologia, sociologia, filosofia etc. Essa característica multifacetada da ciência jurídica afirma a sua importância como instrumento social mas, por outro lado, nos sugere que deve ser manuseada com muito zelo, circunspeção e reflexão.

Conforme José Laurindo de Souza Netto:

A dinâmica na interpretação torna o direito como instrumento de transformação social. Todavia, para que a jurisdição esteja na perspectiva transformadora, é necessário que conheça e compreenda a realidade. Fazer uma leitura da realidade exige esforço, sendo certo que a sua aparência mais esconde do que revela, cabendo ao juiz debruçar-se sobre ela para “indagar e aprofundar-se no real.”²⁴

A variedade de ideais, pensamentos, teses e dogmas sempre influenciará o direito pois, afinal de contas, cada juiz pensará e agirá de acordo com a sua própria experiência no mundo e, assim, toda e qualquer decisão sempre estará acompanhada por uma carga subjetiva - em maior ou menor grau - da pessoa que a prolatou.

Deve-se ter consciência de que as experiências pessoais influenciam todo e qualquer ser nas atividades que ele desenvolva. Logo, no exercício da jurisdição, o magistrado consciente deve, além de analisar o caso que se lhe apresenta, verificar se não está tendente a aceitar uma ou outra tese pautado em seus preconceitos e experiências subjetivas - que muitas vezes não cabem no caso analisado - e engendrar sua decisão de forma racional, pautando-se na análise, compreensão e interpretação do direito e de seus institutos, dotado de conhecimento técnico para que possa produzir ciência e, assim, garantir a correta aplicação da norma.

Ainda, para José Laurindo de Souza Netto:

²⁴ SOUZA NETTO. José Laurindo de. **A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: A Necessária Compreensão Crítica da Realidade**. RIDB, Ano 1 (2012), nº 5, p. 3130.

A falsa compreensão das estruturas de significação impossibilitou a perspectiva normativa de realizar a sua principal incumbência, qual seja, a segurança jurídica.

As ponderações principiológica também não foram satisfatórias para controlar o raciocínio do julgador e o sentido normativo, que oscilam sensivelmente de acordo com a visão de mundo e os condicionamentos ideológicos do aplicador. A constatação de ineficiência de juízos ponderativos e a efemeridade da visão da existência deusa só resposta correta reclamam a individualização das garantias pelas quais a jurisdição opera sua própria discricionariedade.

(...)

Não se pode esquecer que o direito é dinamismo, e por isso deve se adequar às transformações sociais em um contínuo processo de adaptação de seus textos normativos. O âmbito da pré-compreensão sofre modificações em face dos novos conhecimentos, sendo o ordenamento jurídico incapaz de suportar o contínuo e indefectível processo de transformação da realidade, pelo qual passa a sociedade.²⁵

A decisão conforme a consciência, a vontade, que considera os conceitos subjetivos existentes na mente do intérprete, formados pelas suas experiências, abre margem à existência de subjetivismo extremado e arbitrariedades na aplicação das leis.

Conforme Lênio Streck:

Se fizermos uma análise do problema “de como decidir” à luz da filosofia da linguagem, ficará evidente que as teorias que apostam na vontade do intérprete (e esse é, efetivamente, o problema “do livre convencimento”) acabam gerando/possibilitando discricionariedade e arbitrariedades.²⁶

Essa complexidade toda gera uma espécie de desordem na hermenêutica jurídica em relação às mais diversas áreas do direito.

Sobre a crise hermenêutica no ramo Penal, Alexandre Morais da Rosa explica:

Embora tenha sido editada uma nova Constituição em 1988 há um inescandível déficit hermenêutico nos campos do Direito e Processo Penal no Brasil. A compreensão do Direito Penal e Processual válido precisa de um realinhamento constitucional do sentido democrático, uma vez que tanto o Código Penal como o Código de Processo Penal são documentos editados, na matriz, sob

²⁵ SOUZA NETTO. José Laurindo de. **A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: A Necessária Compreensão Crítica da Realidade**. RIDB, Ano 1 (2012), nº 5, p. 3130.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 53.

outra ordem constitucional e ideológica, bem assim porque houve significativa modificação desenho político criminal contemporâneo.²⁷

Ora, por si só a complexidade do Direito - por tratar de relações sociais - já se constitui como uma grandeza extraordinária mas, como se tal característica não bastasse, o próprio ordenamento jurídico acaba por se transformar em um conjunto por vezes delirante, contraditório e incompatível em alguns de seus pontos.

O princípio da livre convicção motivada é um dos instrumentos que age como limitador do ímpeto inventivo dos julgadores, contudo, não bastando por si só para afastar das decisões eventuais tendências não jurídicas.

Como lembra Alexandre Morais da Rosa:

No campo do Direito Penal o manejo do poder no 'Estado Democrático de Direito' deve ser dar de maneira controlada, evitando a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do poder Estatal. Desta forma, para que as sanções possam se legitimar democraticamente precisam respeitar os direitos fundamentais, apoiando-se numa cultura igualitária e sujeita à verificação de suas motivações..."²⁸

O fundamento de validade das decisões não advém tão somente do respeito ao princípio da livre convicção motivada por parte do magistrado. O efetivação de uma decisão pautada em ideais de justiça, assim como a validade do sistema jurídico, advém do respeito ao mandamentos constitucionais:

A Constituição passa a ser, em toda sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico.²⁹

Nesse sentido, José Laurindo de Souza Netto adverte:

A extração do significado, a partir dos direitos fundamentais, exigiu da jurisdição tutela e proteção como deveres de atuação em prol da efetividade. A atuação judicial se tornou, pois, exigência de um direito à tutela efetiva, cabendo à jurisdição assegurar-la adequadamente.

²⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **"Por uma leitura garantista do sistema de controle social"** In Constituição, Estado e Garantismo Jurídico: Diálogos cruzados. Org. Antonio Marcos Gavazzoni e Julio Cesar Marcellino Jr. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 115.

²⁸ Idem.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.244

Com a necessidade de extração do significado constitucional da norma, numa concepção semântica, alterou-se substancialmente o papel da jurisdição, fazendo a moral parte do ponto de vista interno do direito. Além de uma função técnica-científica, à jurisdição foi exigida uma função axiológica, voltada para os efeitos, trazendo como consequência o risco da falta de controle jurídico das decisões, e a possibilidade de que casos iguais sejam tratados de maneira desigual, com a desestabilização das expectativas.³⁰

Ora, para que a segurança jurídica seja respeitada com vistas à efetivação da tutela jurisdicional, a compreensão dos significados constitucionais e infraconstitucionais de maneira racional e científica é um imperativo.

3.3 FETICHISMO PUNITIVO - MANIFESTAÇÕES DO SENSO COMUM NA SOCIEDADE DAS APARÊNCIAS

O controle das decisões judiciais tem importância incondicional em um Estado democrático em que se busca reduzir as arbitrariedades, os despotismos e qualquer tipo de inobservância aos direitos fundamentais e históricos.

Nesse particular, Alberto Binder observa:

“El poder es sumamente intenso y, por lo tanto, debe ser cuidadosamente limitado. Si la sociedad ha tomado la decisión de dotar a algunos funcionarios (los jueces) del poder de encerrar a otros seres humanos en ‘jaulas’ (las cárceles) esse poder no puede quedar librado a la arbitrariedad y la falta de control”³¹

A atual ânsia social em garantir a punição daqueles vistos como “criminosos” vem erroneamente indicando que o direito penal não seja mais visto como ultima ratio, em uma completa inversão de valores técnicos.

A importância da correta fundamentação das decisões ganha força ímpar quando se está diante da necessidade de proferir uma decisão criminal, nesse aspecto, o presente estudo se propõe no sentido defender que a correta motivação das decisões (quaisquer que sejam) é condição básica à existência de um Estado social, que considere a importância do substrato social e que trate com respeito e garantido as manifestações dos sujeitos que compõem a sociedade.

³⁰ SOUZA NETTO. José Laurindo de. **A centralidade da jurisdição como fonte reveladora do direito: A Busca da Cientificidade Perdida**. 3º Encuentro de Internacionalización del Consejo Nacional de Pesquisa e Post-Graduación en Derecho - CONPEDI, 2015.

³¹ BINDER, Alberto M. **Iniciación al Proceso Penal Acusatorio**. Campomanes: Buenos Aires, 2000, p. 70.

O núcleo básico do direito penal atual é a concepção de que vítima e acusado devam ter suas garantias constitucionais para que se possa chegar à melhor resolução do caso em análise. Quando se fala em melhor resolução de um caso, tem-se como ideal a aplicação correta dos direitos em sua mais ampla concepção. Deve-se portanto respeitar, por exemplo, de maneira completa o devido processo legal, a legalidade, o princípio da presunção de inocência etc.

Os indivíduos que se encontram à margem do substrato social por motivos de baixa escolaridade, reduzido discernimento, carência de atributos intelectuais profundos causados pela baixa possibilidade de instrução são, em grande parte das vezes, vistos como condenados desde a fase do inquérito policial.

A cegueira das massas diante da complexidade social faz com que seja frívolo e irrelevante o fato de que o sistema prisional nacional tem agido apenas no sentido de marginalizar cada vez mais aqueles que são recolhidos nos cárceres. De qualquer forma, o senso comum, guiado pelo fetichismo punitivo, encontra certa tranquilidade na ideia de que o encarceramento age como redutor da violência.

Vivemos em um contexto nacional no qual, paradoxalmente, a falta de estrutura sociopolítica forma um grande grupo de "delinquentes" e logo os envia aos depósitos humanos nos quais se pratica a crueldade institucionalizada.

Busca-se com maior intensidade investir em punições aos sujeitos (como em um ciclo vicioso que transita pelas gerações), do que tentar modificar o que, sem dúvida, não vem surtindo efeitos na promoção da defesa social.

Na nossa "Civilização do Espetáculo"³² lamentavelmente vale mais a imagem do juiz "mãos de ferro" que, tal como um justiceiro - que atropela garantias constitucionais - sai pelas ruas enviando as "ameaças sociais" a um lugar sombrio, à parte do nosso tão sereno mundo. Quando, na verdade, precisaríamos reavivar o humanismo voltado à ressocialização nos nossos tribunais, reafirmando também os anos de evolução histórica que por vezes parece ter sido abandonado no tempo. A vontade de punir vem, sucessivamente, no campo prático, constringendo as bases do direito penal contemporâneo.

³² Expressão utilizada por Mario Vargas Llosa que dá título a seu livro: *A Civilização do Espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.³³

Nosso grande distúrbio em termos de direito penal está em aplicar políticas punitivas com fundamento em si mesmas que contribuem apenas para melhor deseducar o sujeito que entra no sistema prisional. Formamos assim um grande grupo de sujeitos marginalizados que são o espelho da nossa sociedade, vítimas da repressão social e da falta de estrutura.

Para Luigi Ferrajoli:

Que não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior. Mas para tal não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas.³⁴

Nesse sentido, há de ser reavaliar a posição do julgador para que se consiga garantir a todo e qualquer sujeito tudo o que os princípios e garantias fundamentais vinculam a nós. Por isso as decisões judiciais têm o condão de influenciar fortemente na sociedade presente e no seu futuro.

O ânimo de punir, que se configura como uma característica essencial da sociedade atual, influencia na formação dos sujeitos e atua para a concretização de uma sociedade em que o populismo penal impera. Nesse viés, por motivos de formação emocional ou ideológica, cada vez mais sujeitos, infeliz e superficialmente, consideram a sociedade policialesca e autoritária como o melhor caminho a ser seguido.

A paixão por punir, alimentada pelo populismo penal, é imposta, sobretudo, pelo afeto. Quebra-se qualquer olhar compreensível quanto ao acusado, na medida em que a indignação coletiva relega este olhar ao mal personificado. Mas de que forma se pode resistir à fragilização que se abate sobre as democracias por estarem envolvidas nesta ostentação penal, sendo que acaba sendo seu próprio valor democrático, e suas demandas mal canalizadas pela fixa-

³³ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**. Madrid: Trotta, 2002, p.310.

³⁴ Idem, p.319.

ção ao poder de punir que induzem sua autoimunização? Como manter à distância a embriaguez (alucinação) de uma demagógica comunidade de emoção? O perigo adirá propriamente, revelado em irracionalidade, através da melhor justificativa democrática possível: os direitos do homem, ou seja, da formação de uma política penal dos direitos do homem? A desnaturação de sua função de limitar o exercício punitivo é o arquétipo anunciado de sua própria corrosão.³⁵

Mesmo com as limitações principiológicas que recaem sobre a prolação de decisões, como por exemplo o princípio da livre convicção motivada, pode-se verificar em um variado número de casos a condenação como seu próprio fundamento, aplicável desmedida, desordenada e irresponsavelmente por alguém que pensa estar praticando a justiça e oferecendo respostas às vontades sociais, desconsiderando, por vezes, a real lesividade das condutas em julgamento guiado pela de necessidade de repressão e criminalização.

A formação de uma sociedade criminalizadora na qual vigora a cultura da punição pode ter efeitos sórdidos para o futuro do nosso Estado. A formação de um número crescente de sujeitos guiados por tais ideais punitivos alcançará (como vem ocorrendo) o judiciário.

Nesse sentido, Lenio Streck afirma:

Um fator instigante, nem sempre mencionado nesse âmbito de discussões, é que, no meio dessa operação matemática” que afere pesos e medidas, pode acontecer da balança pender com mais força ora para o lado do punitivismo estatal, ora para o lado da defesa ilimitada do acusado. Isso leva a um tipo muito específico de suspensão da juridicidade criando uma espécie de estado de Exceção”, na medida em que esse recorte teórico tende a pender ora para um lado (jus puniendi) ora para outro (status libertatis). Explicamos: tanto o excesso de punitivismo quanto a deficiência no desempenho da persecução criminal, conduz o ambiente processual para um lugar do não direito, para uma dimensão fora do nomes (daí o caráter “e quase exceção”).³⁶

Logo, Deve haver um equilíbrio entre punição e persecução criminal para que o próprio direito penal esteja equilibrado.

³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.57.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 19.

3.4 A IMPRESCINDIBILIDADE DA CORRETA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A importância da efetivação do princípio do livre convencimento motivado do magistrado, relacionada ao tema até então exposto, se amplia.

A motivação da qual trata este princípio, naturalmente, não é livre no sentido amplo do termo eis que deve estar de acordo com as balizas do nosso ordenamento jurídico. Além disso, essa motivação deve existir no sentido de estar de acordo com os preceitos fundamentais, apenas dessa maneira uma decisão poderá seu fundamento de legitimidade.

Uma motivação meramente retórica, que possa ser engendrada de acordo com a consciência do julgador, que tenha o condão de convencer os jurisdicionados - e não de fundamentar a decisão - pode ser considerada talvez como um sub-produto do imaginário, da tendência social, da ruminação intelectual, da superficialidade e do preconceito mas estará completamente distante daquilo que a nossa ordem jurídica define como uma decisão judicial.

Por isso merecem especial cuidado as decisões que lançam mão especialmente da "razoabilidade" (com ou sem "ponderação de valores"), argumentação que se transformou em autêntica "pedra filosofal da hermenêutica" a partir desse caráter performativo. Excetuando os casos em que, teleologicamente, decisões calcadas na ponderação de valores podem ser consideradas corretas ou adequadas à Constituição (o que por si só já é um problema, porque a interpretação não pode depender dessa "loteria" de caráter finalístico), a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismos.

Como se sabe, em nome do "sopesamento entre fins em meios" (a assim denominada "ponderação"), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da "ponderação" e suas "decorrências".³⁷

O livre convencimento motivado, no atual contexto, não deve guardar relação com qualquer julgamento proveniente da consciência do magistrado solipsista. Além disso, esse princípio deve ser respeitado de maneira efetiva, isso significa dizer que o magistrado que fundamenta sua decisão apenas para tentar atribuir legitimidade a um julgamento arbitrário não está cumprindo o requisito constitucional e acaba por cometer uma atitude ofensiva à democracia.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 55.

Para Lênio Streck::

O perigo de tal afirmação - a de que o juiz decide conforme a sua consciência (...) - reside na possibilidade de o juiz valer-se, por exemplo, de argumentos metajurídicos criados ad hoc para legitimar sua decisão, que segundo 'sua consciência' deveria apontar em certa direção (e que talvez pudesse ser diferente dependendo do juiz ou do humor do mesmo juiz naquele dia) para mitigar as consequências indesejáveis de sua decisão.³⁸

Ora, mesmo sendo o princípio em análise propiciador de melhores condições de julgamento dos processos, este princípio encontra algumas limitações de ordem basilar que podem torná-lo irrelevante para a promoção da justiça. Como, por exemplo a utilização de argumentos retóricos e não-jurídicos tendentes a convencer os jurisdicionados acerca da decisão proferida.

Mesmo havendo tal princípio como limitador do ímpeto criativo dos magistrados, pode-se com razoável facilidade manipular a decisão para que a sua fundamentação esteja de acordo com o que dispõe o referido princípio.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho alerta-nos:

(...) E a questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual - e em particular no processo penal -, pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da "segurança jurídica". "verdade" e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados, que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida; só não podem servir de justificação descentrada (e ser aceitos como tal), isto é, legitimado de uma mera aparência.³⁹

O combate às arbitrariedades nas decisões judiciais é condição para que o esforço das partes litigantes e de todo o maquinário do poder judiciário continuem sendo socialmente benéficos.

O sistema judiciário é estruturado e fundamentado para a efetivação da justiça (prestação jurisdicional efetiva), logo, a existência de vícios na formação de

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. "O "decido conforme a consciência" dá segurança a alguém?". <http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em 22/09/2015.

³⁹ In SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal - modificações da lei dos juizados especiais criminais**. Curitiba: Juruá, 1998, pp. 86 e 87.

quaisquer ideais de justiça proferidos em sentenças é algo que envenena o sistema como um todo, afastando-o de sua razão de existir.

O estudo proposto busca estimular o debate e a análise crítica em relação ao complexo processo de prolação de sentenças judiciais.

Busca-se atentar ao fato de que todo e qualquer sujeito traz consigo pré-compreensões e pré-conceitos os quais podem exercer influências na prolação de sentenças por parte dos magistrados.

É de fundamental importância o respeito de fato e a correta compreensão do princípio da livre convicção motivada dos magistrados para que não se fomente uma vertente decisória viciada, pautada em argumentos retóricos e sustentada por uma análise incompleta, precipitada ou tendenciosa do caso a ser julgado, motivada por aspectos psicológicos pré-existentes na mente do magistrado.

Sobre a pré-compreensão, José Laurindo de Souza Netto afirma:

A jurisdição na perspectiva transformadora exige a modificação do que for necessário em vista do bem comum, não se conformando com a aparência ou pré-compreensão, deslocando-se sempre para outras situações que possam ampliar o espaço de atuação dos direitos. Deve ser articulada por meio de uma compreensão crítica da realidade, isto é, buscando a essência dos fatos, estimulando a conscientização da substância ética que resgate o indivíduo como cidadão.

Além de um conhecimento significativo, uma superação ética da relação sujeito-objeto para sujeito-realidade, numa concepção em que o preparo científico do juiz coincide com sua retidão ética. Essa realidade pode ser estruturada e racionalmente explicada na ambiência do contraditório dialético, pautado no reconhecimento do outro como outro eu.⁴⁰

Não se deve admitir que elementos baseados em convicções pré-existent advindos da consciência do julgador, alheios ao caso concreto, ditem ao lado da lei o caminho decisório a ser seguido pelo magistrado, mesmo que tais elementos não tenham sido propositadamente colocados na análise do caso.

Nesse particular reside a importância da compreensão por parte dos juízes de que os conceitos que acompanham os seres humanos desde o início de nossa formação exercem influências em todo e qualquer tipo de julgamento/decisão.

Conforme vimos sustentando até o presente momento, o “decidir conforme a consciência” é capaz de ampliar/possibilitar arbitrariedades e subjetivismo nas decisões judiciais.

⁴⁰ SOUZA NETTO. José Laurindo de. **A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: A Necessária Compreensão Crítica da Realidade**. RIDB, Ano 1 (2012), nº 5, p. 3131.

A figura do julgador solipsista, ou seja, aquele que considera apenas o seu "eu" e as suas convicções subjetivas, acaba por ser um sujeito que oferece adversidades tanto à efetivação da justiça, quanto à democracia.

Superado os momentos histórico-filosófico do positivismo e da carência de garantias ao sujeito face o Estado, não há como se conceber a ciência jurídica atual pautada na concepção subjetivista e tendenciosa relacionada à filosofia da consciência.

Para Lênio Streck:

Repito: para o solipsismo filosófico - e pensemos aqui na discricionariedade positivista, louvada até mesmo pelos setores críticos da teoria do direito -, o mundo seria/é apenas o resultado das representações que realizamos a partir de nosso "feixe de sensações"⁴¹

O pensamento atual deve ser dotado de capacidade crítica, analisei e científica para que a prestação jurisdicional atual revele os avanços históricos enfrentados pela humanidade até o presente momento.

A razão egoísta, solipsista, individualista é superficial por desconsiderar as complexidades existentes entre as múltiplas relações sociais e as mais variadas maneiras de se experimentar um evento no mundo. A ameaça criada pela consciência à democracia reside no fato de que cada julgador vislumbra a realidade tática por meio de sua particular maneira e, se o íntimo sentimento do magistrado for utilizado como supedâneo à promoção de justiça, não haverá segurança ou unidade.

Conforme Lênio Streck:

Insisto, assim, em ancorar a presente discussão na evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pelo giro ontológico-linguístico. Quem melhor explicou essa problemática foi Heidegger, para quem, de Descartes a Husserl, o sujeito da subjetividade "imaneente" é o ponto comum que atravessa a metafísica moderna. Esse sujeito é o *Selbstsüchtiger* ("solipsista", que quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado). É ele que se "encarrega" de fazer a "inquisição". E a verdade será a que ele, o "sujeito" estabelecerá a partir de sua "consciência".⁴²

E ainda:

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 66.

⁴² Idem, p. 65.

Em síntese - e quero deixar isso bem claro -, para superar o positivismo, é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência (sem desconsiderar a importância das pretensões objetivista do modo-de-fazer-direito contemporâneo, que recupera, dia a dia, a partir de enunciados assertóricos, o “mito do dado”). Não há como escapar disso. Apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos escapar das armadilhas positivistas.

Pois, de efetivo, a hermenêutica se apresenta nesse contexto como um espaço no qual se pode pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial, livre que está, tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática, como daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas.⁴³

Nessa realidade subjetivista, tão logo, poder-se-ia afirmar que a justiça seria como um jogo de azar, em que os caminhos são tão incertos quanto os desfechos, e tal realidade, sem dúvida deve estar absolutamente distanciada de qualquer ciência, sob pena de desnaturalizá-la como tal.

Nesse sentido, José Laurindo de Souza Netto defende:

A sociedade complexa pugna por uma objetividade científica na racionalidade jurisdicional, como condição de possibilidade de um modelo de um conhecimento crítico da realidade.

As exigências de racionalidade, de cientificidade devem ser inseridas na práxis judiciária, para dar bases aceitáveis à decisão feita a partir da construção empírica do fato.

Todo fenômeno jurídico é invariavelmente um fenômeno social, sendo que a regulação da sociedade através da jurisdição parte das práticas sociais e não o contrário. A jurisdição, enquanto complexo de regulação da vida social interfere na configuração das relações em sociedade, pois juiz interpreta a consciência social e, ao fazê-lo, ele modifica a consciência que interpreta.

(...)

O repensar epistemológico permite a possibilidade de inserir novos paradigmas e novos padrões jurídicos articulados de maneira a alcançar patamares mínimos de cientificidade. Os princípios epidêmicos propostos por uma jurisdição científica têm por objetivo trazer à plena consciência os objetivos não declarados do sistema jurídico.

(...)

A construção de cientificidade da jurisdição se torna imperiosa para a sua possível utilização para casos futuros similares, passando pela substituição da operação normativa-dedutiva para aquela casuística indutiva, se situando na radio decidindo da motivação.⁴⁴

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 111 e 112.

⁴⁴ SOUZA NETTO. José Laurindo de. **A centralidade da jurisdição como fonte reveladora do direito: A Busca da Cientificidade Perdida**. 3º Encuentro de Internacionalización del Consejo Nacional de Pesquisa e Post-Graduación en Derecho - CONPEDI, 2015.

Não se pode, portanto, sustentar que o paradigma da consciência ainda encontre espaço em Estados de soberania popular que visem à promoção dos valores relacionados às garantias fundamentais como aquelas previstas em nossa constituição.

CONCLUSÃO

Este trabalho monográfico objetivou demonstrar a importância da efetiva compreensão e aplicação do princípio do livre convencimento motivado na atividade jurisdicional. Sem a pretensão de esgotar o tema - cuja profundidade se mostra na mesma proporção em que se apresenta a complexidade do ato de decidir - o maior objetivo do estudo é o de alertar que a atividade jurisdicional traz consigo uma vasta responsabilidade social.

Os diversos avanços jus-filosóficos ocorridos ao longo da história detêm intensa importância atualmente, a partir deles podemos repensar o direito como um todo, e, ainda sua aplicabilidade voltada ao avanço social. Essa característica faz com que a ciência jurídica adquira maior sofisticação, tornando-se um potente instrumento voltado ao combate de quaisquer atitudes despóticas, violentas e antidemocráticas.

A problemática que se buscou enfrentar neste estudo foi a de como garantir o respeito de fato ao princípio da livre convicção motivada dos magistrados?

Entendendo-se, nesse ponto, “respeito de fato” como a necessária e correta fundamentação das decisões com base em raciocínio jurídico, interpretação e compreensão dos fundamentos jurídico-constitucionais e aplicação de cientificidade para que se possa garantir um julgamento válido.

É apenas com a superação do que ainda resta dos paradigmas filosóficos arcaicos na atividade jurisdicional que poderemos nos aproximar de um exercício do direito mais efetivo e democrático.

As tendências sentimentalistas existentes no momento histórico da “certeza moral” não podem ser aplicadas no direito atual, aliás, devem estar completamente distantes do pensamento do magistrado hoje. O solipsismo jurídico, fortificado pela individualidade e subjetivismo, não tem espaço em Estados preocupados em combater arbitrariedades, preconceitos e despotismos, uma vez que o julgamento base-

ado em sentimentos, na consciência do magistrado e no substrato emocional que este carrega, é um instrumento tirânico que contraria os anseios sociais.

No atual contexto, a ciência jurídica não pode servir para fundamentar despotismos e desigualdades e, portanto, deve ser uma ferramenta à disposição dos indivíduos por meio da qual se façam efetivar e reafirmar todas as conquistas sociais logradas ao longo da história da humanidade.

Com vistas à existência de uma tutela jurisdicional (realmente) efetiva, além do respeito às demais garantias constitucionais, a motivação das decisões judiciais deve estar pautada na racionalidade, dotada de cientificidade.

Em suma, a maior aproximação entre direito e justiça só é possível com a superação da filosofia da consciência e a substituição de seus fundamentos pelo paradigma da filosofia da linguagem. Não se pode ficar refém da filosofia da consciência, de seu subjetivismo e arbítrio eis que tal prática, antidemocrática, apenas gera insegurança social, instabilidade jurídica, e desigualdade.

É apenas por meio de uma compreensão/interpretação dos fundamentos constitucionais e aplicação de cientificidade na solução dos litígios que será possível produzir julgamentos mais corretos, benéficos socialmente, e voltados à promoção e evolução das garantias dos cidadãos frente aos arbítrios do poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinsos Schild da Silva. ed. São Paulo: Landy, 2001.

ALVIM, José Manoel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**, vol. 2, n. 295. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006/2007.

BINDER, Alberto M. **Iniciación al Proceso Penal Acusatorio**. Campomanes: Buenos Aires, 2000.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Reginaldo da. **Ética e Filosofia do Direito**. ed. Fortaleza: ABC, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Madrid: Trotta, 2002.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LLOSA, Mario Vargas. **A Civilização do Espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MARINONI, Luis Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PERELMANN, Chaïm. **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. 4.ed. São Paulo: 1999.

PERELMANN, Chaïm. **Retóricas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROSA, Alexandre Morais da. “**Por uma leitura garantista do sistema de controle social**” In Constituição, Estado e Garantismo Jurídico: Diálogos cruzados. Org. Antonio Marcos Gavazzoni e Julio Cesar Marcellino Jr. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da Punição: A Ostentação do Horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1986.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Verdade e Significado**. Revista Magister de direito civil e processual civil. v. 1 (jul./ago. 2004). Porto Alegre: Magister, 2004.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal - Modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Curitiba: Juruá, 1998.

SOUZA NETTO. José Laurindo de. **A centralidade da jurisdição como fonte reveladora do direito: A Busca da Cientificidade Perdida**. 3º Encuentro de Internacionalización del Consejo Nacional de Pesquisa e Post-Graduación en Derecho - CONPEDI, 2015.

SOUZA NETTO. José Laurindo de. **A Evolução da Jurisdição para uma Perspectiva Transformadora: A Necessária Compreensão Crítica da Realidade**. RIDB, Ano 1 (2012), nº 5.

STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. “**O “Decido Conforme a Consciência” dá Segurança a Alguém?**”. <http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em 22/09/2015.

TARUFFO, Michele. **Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz**. Trad. Cândido Rangel. Dinamarco. Curitiba: Ibej, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da Lei. Temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.