

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

ARNALDO LARES CAMPAGNANI

**A motivação sobre a valoração da prova testemunhal pela perspectiva
de adequação ao dever de fundamentação das decisões judiciais no
modelo constitucional de processo penal.**

Belo Horizonte

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

A motivação sobre a valoração da prova testemunhal pela perspectiva de adequação ao dever de fundamentação das decisões judiciais no modelo constitucional de processo penal.

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

Orientador: Professor Doutor Felipe Martins Pinto

Belo Horizonte

2019

C186m Campagnani, Arnaldo Lares
 A motivação sobre a valoração da prova testemunhal pela perspectiva
de adequação ao dever de fundamentação das decisões judiciais no modelo
constitucional de processo penal / Arnaldo Lares Campagnani. – 2019.

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

1. Processo penal – Teses 2. Prova (Direito) – Teses 3. Testemunhas –
Teses 4. Sentenças (Processo penal) – Teses I.Título

CDU 343.1(81)

ARNALDO LARES CAMPAGNANI

A motivação sobre a valoração da prova testemunhal pela perspectiva de adequação ao dever de fundamentação das decisões judiciais no modelo constitucional de processo penal.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais na linha de pesquisa “Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade”, no projeto coletivo “A construção democrática das decisões judiciais. Garantias judiciais como direitos humanos”, área de estudo “O Modelo Constitucional de Processo Penal”, a qual foi _____ pela Banca Examinadora composta pelos professores abaixo indicados.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2019.

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

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

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

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e à minha irmã que, para além de todo amor e apoio, proporcionam meu norte, base de onde parti e para a qual posso sempre retornar quando me achar perdido nessa aventura que é viver.

Ao professor Felipe Martins Pinto, especialmente em virtude deste trabalho mas não apenas por ele, pelas inestimáveis orientações, exemplos de respeito e sensibilidade não para impor caminhos e escolhas, mas para desvendá-los em conjunto a fim de que eu pudesse percorrê-los atrás de meus objetivos.

Aos amigos, de escola, da faculdade, do trabalho, de infância, da família, enfim, da vida, pela disposição em estar ao meu lado nesta e em todas as demais travessias.

Aos membros da banca, por me honrarem com suas críticas em meu crescimento como acadêmico e profissional e no aperfeiçoamento deste trabalho.

*A maior riqueza
do homem
é sua incompletude.
Nesse ponto
sou abastado.*

(Manoel de Barros – Retrato do artista quando coisa)

RESUMO

O trabalho busca estudar a motivação das decisões judiciais desde uma perspectiva que atenda aos parâmetros democráticos impostos pela Constituição da República ao modelo de processo penal. Para isso, primeiro se caracterizou a matriz inquisitória do processo penal brasileiro e, a partir de suas origens, ele foi compreendido como uma determinada forma jurídica de enunciação da verdade que corresponde a uma forma de saber-poder. Desde a perspectiva de saber-poder implícita no processo penal, a pesquisa direcionou-se então ao estudo de como esse poder poderia ser exercido de forma democrática, estabelecendo-se assim a relação entre estado democrático de direito e processo penal. Nessa relação, assumiu relevo a definição de um processo de partes e sua repercussão no objeto mesmo da pesquisa: o dever de fundamentação das decisões judiciais. Mais do que a indicação dos motivos do julgador, pretendeu-se demonstrar como a fundamentação deve ser o corolário de um processo democrático e, assim, viabilizar a fusão de horizontes das partes no arrazoamento do julgador, permitindo a construção de um provimento que conte com a efetiva participação dos afetados. Para testar a hipótese de que, atualmente, a motivação das decisões quanto aos fatos não atende a esses parâmetros democráticos, foi feito o recorte na análise da fundamentação da valoração da prova testemunhal no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujos acórdãos analisados compõem a amostra empírica de controle quanto aos resultados da pesquisa.

Palavras-chave: Processo Penal. Contraditório. Dever de Fundamentação. Valoração da prova. Prova testemunhal.

ABSTRACT

This work seeks to study the reasoning of judicial sentences from a perspective that meets the democratic parameters imposed by the Constitution to the criminal procedure. The inquisitorial genesis of Brazilian criminal procedure was first distinguished and then it was assumed that criminal trials are a juridical form of enunciating the truth that relates knowledge and ruling. Established these grounds it was addressed the problem of how sentencing can be performed in a democratic way, thus moving the attention to the relationship between democratic rule by law and criminal procedure. The duty to state reasons for judicial decisions on criminal adjudication is then established in a very specifically relation with the definition of criminal procedure framed a adversarial parties system, which has its repercussion in the very object of the research. More than the indication of the reasons by the judge, it was tried to demonstrate how reasoning should be the corollary of a democratic process that shall enable the merge of views presented by the parties during the trial, providing the means for a sentence that lies on the effective participation of those possibly affected by it. In order to test the hypothesis that currently the reasoning of the decisions regarding the facts does not meet these democratic parameters, it was made the analysis of evaluation basis of the testimonial evidence in the scope of the Tribunal de Justiça de Minas Gerais. The analyzed judgments compose the empirical control sample regarding the results of the research.

Keywords: Criminal procedure. Adversarial procedure. Legal reasoning. Evidence evaluation. Testimonial Evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A INVENÇÃO INQUISITÓRIA COMO PARADIGMA AUTORITÁRIO DO PROCESSO PENAL	14
1.1. De invenção eclesiástica a instrumento secular	15
1.2. Os mecanismos inquisitórios	22
1.2.1. O juiz-ator	22
1.2.2. A autorreferencialidade do processo na apuração da verdade	24
1.2.3. As perguntas como meio de exercício do poder	27
1.2.4. O segredo do procedimento.....	30
1.3. Sobre o caráter autoritário do método inquisitório	33
1.4. Continuidades inquisitórias no processo penal brasileiro	37
2. A PARTICIPAÇÃO EM CONTRADITÓRIO COMO BASE DE UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO	43
2.1. Democracia como participação.....	45
2.2. O lugar do processo penal na estrutura democrática brasileira.....	49
2.3. Princípio do contraditório como fundamento da democracia no processo.....	53
2.3.1. O conceito clássico de contraditório formal e sua insuficiência para conformação de um processo de partes.....	56
2.3.2. A revisão do contraditório a partir da teoria de Elio Fazzalari	60
2.3.3. O destinatário do contraditório no processo penal	65
3. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	68
3.1. Do surgimento do dever de fundamentação em bases democráticas à sua consolidação em termos burocráticos	69
3.2. O renascimento da concepção política do dever de fundamentação.....	73
3.3. A motivação quanto aos fatos	81
3.3.1. Primeiro nível de controle: o estabelecimento das hipóteses pela acusação e defesa.....	82
3.3.2 Segundo nível de controle: a motivação da valoração da prova	89
4. A VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS	99
4.1. A prostituta das provas	100
4.2. Critérios de valoração da prova testemunhal	103
4.2.1. Critérios objetivos de valoração do testemunho	104
4.2.2. Aspectos subjetivos da valoração da prova testemunhal	109
4.3. Pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	113

4.3.1. Encobrimento da falta de análise da hipótese fática.	116
4.3.2. Falta de indicação dos parâmetros de valoração do testemunho.....	123
4.3.3. Inexistência de justificação para a utilização de testemunhos indiretos	126
4.4. O que a análise dos acórdãos desvela	130
CONCLUSÃO.....	134
BIBLIOGRAFIA	140

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa parte de um questionamento simples quanto à adequação da fundamentação das decisões judiciais a um modelo democrático de processo penal.

Na tentativa de responde-lo, foram necessários recortes metodológicos para circunscrever o objeto de estudo e melhor definir o tema-problema e a hipótese, de maneira que o questionamento que se faz é o seguinte: é possível afirmar que a fundamentação das decisões judiciais quanto à valoração da prova testemunhal no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é compatível com o modelo constitucional de processo penal?

A hipótese que se levanta é que não, que ainda hoje são encontrados modelos de justificação de decisão autoritários, os quais a despeito de parecerem satisfatórios não são coadunáveis com as exigências democráticas de um modelo constitucional de processo penal.

O modo de realização da pergunta que guia o trabalho já demonstra que a pesquisa apresenta um cariz jurídico-dogmático¹, pois busca a compreensão do seu objeto a partir das estruturas normativas do ordenamento jurídico, sem extrapolar a explicação para discutir o tema desde uma vertente jurídico- sociológico – que seria, por exemplo, o questionamento acerca dos motivos pelos quais os juízes fundamentam de tal ou qual forma, as variáveis envolvendo réus de diferentes estratos socioeconômicos etc. Embora se reconheça que fatores sociológicos são importante e podem influir na eficácia do direito, já que o ordenamento jurídico se encontra inserido como ordenador de uma sociedade, a intenção aqui não é entender a motivação quanto à valoração da prova desde as dinâmicas sociais que influem nela. A adequação ou inadequação da motivação das decisões quanto à valoração da prova é abordada em face do ordenamento jurídico, particularmente do paradigma de Estado Democrático de Direito em que se constitui o Brasil desde que promulgada a Constituição da República de 1988, das regras previstas no Código de Processo Penal e demais normas que porventura influam nesse caso.

Optou-se por uma abordagem a partir de material documental e bibliográfico. O primeiro consiste em documentos diretos, desprovidos de qualquer apreciação analítica, como o são as leis, os acórdãos trabalhados especialmente no capítulo 4. Por sua vez, o

¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21.

segundo se refere ao seu oposto, materiais nos quais já está incluída a análise, como livros, artigos, vídeos².

Explicada a forma de abordagem e os materiais utilizados, a escolha por iniciar o primeiro capítulo a partir do estudo das raízes inquisitoriais do processo penal foi fruto não apenas do entendimento de que “ainda bebemos muito das fontes inquisitoriais e vê-las como um momento histórico de histeria coletiva já ultrapassado apenas garante a repetição de suas lógicas”³, como da vantagem de se perquirir o que é democracia a partir do contraste negativo proporcionado pelo conhecimento da experiência autoritária na qual se fundou o processo penal. Não se pode olvidar que

a história abarca fatos humanos passados só quando direta ou indiretamente condicionam o presente; por isso, o saber histórico não coleciona curiosidades do passado, mas sim o conhecimento que permite orientar-se no presente. Sua ignorância é amnésia social. Quando o ser humano perde a memória de seu passado, apaga sua identidade. Irremissivelmente montados sobre a flecha do tempo, quando não sabemos de onde viemos, ignoramos onde estamos, e, além disso, ignoramos para onde vamos.⁴

Mais do que expor a invenção inquisitória como uma “curiosidade” desprovida de interesse, demonstrar apenas a linha de continuidade que liga o processo penal à Inquisição Medieval, o que inspirou foi a aproximação ao tema do trabalho a partir da indicação de mecanismos autoritários da matriz inquisitória que ainda hoje têm o condão de permanecer sob camuflagens no processo penal do Estado Democrático de Direito, particularmente na associação a um decisionismo subjetivista por parte dos juízes. Por isso se explica, na indicação desses mecanismos e sua exposição no primeiro capítulo, a exclusão da tortura, porquanto embora infelizmente presente não diga respeito diretamente à motivação sobre a valoração da prova, mas a uma deturpação na forma de obtenção do elemento de prova.

Ademais, na pesquisa do primeiro capítulo não se olvidou que “toda visão histórica é ideologicamente comprometida, vez que não há pesquisa neutra”, de forma que “a perspectiva histórico-regressiva, assumindo-se que o presente (e a presença do pesquisador) sempre condiciona e delimita o retorno ao passado”⁵. Assim, mais do que

² GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 66.

³ PEREIRA, Eduardo Baker Valls. Uma leitura da Inquisição através da análise do discurso e do saber jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 20 n. 97, p. 451-481, jul/ago, 2012, p. 453.

⁴ Eugenio Raul ZAFFARONI, prólogo à obra BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I. 2*. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 11.

⁵ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 219.

julgar o acerto ou erro no contexto histórico, no que ademais se incorreria o risco do anacronismo, entender o passado foi tratado como uma forma de descobrir permanências ajustadas e desajustadas ao momento atual, com vistas a superação.

Passando ao segundo capítulo, ele é iniciado pela conceituação de democracia, fundamental no Estado Democrático de Direito e no modelo constitucional de processo penal. Nesse ponto surge importante aquele contraste com os mecanismos inquisitórios do primeiro capítulo e já se poderá perceber a partir do autoritarismo histórico que se descreveu o reforço à concepção de que a democracia implica em participação, pressuposto desse trabalho.

Assim, se chegará, ainda no capítulo 2, à exposição do processo penal como procedimento realizado em contraditório. A compreensão desse marco é imprescindível para todo o restante do trabalho, pois a própria inserção da dissertação na linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais guarda relação direta com a abordagem que estrutura todo o restante do trabalho. Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade. Como se verá, pela concepção de processo penal como procedimento realizado em contraditório, e a conceituação desse princípio em termos materiais, toca-se particularmente no sentido de democracia como participação. Insere-se, assim, o marco da pesquisa no âmbito da compreensão do sentido de participação democrática no modelo de processo penal constitucionalmente adequado, de maneira a garantir a legitimidade do ato proferido.

Central para essa legitimidade democrática do ato de poder e em estreita correlação com o princípio do contraditório será, então, a abordagem do tema da fundamentação das decisões judiciais, a partir do qual se adentrará na motivação sobre a valoração da prova.

No estudo tanto do contraditório quanto do dever de fundamentação das decisões judiciais foi feito também o recurso a uma abordagem que demonstre as insuficiências das concepções formais desses princípios para garantir a efetividade da participação dos possíveis afetados e a legitimidade democrática dos atos de poder. Buscou-se destacar não apenas como ambos estão intimamente conectados, mas a imprescindibilidade deles para que o processo penal possa ser chamado democrático.

Em seguida, é a teoria da valoração da prova apresentada por Jordi Nieva FENOLL na obra *La valoración de la prueba*⁶. Para o autor, a valoração da prova pode e deve ser traduzida em termos objetivos, não dependendo apenas da intuição, passível de ser subjugada por emoções, preferências e inclinações⁷.

É a preocupação metodológica com a busca de critérios de valoração que sejam objetiváveis e a realização de sua crítica que permitiu inserir a teoria de FENOLL no marco que baliza esse trabalho, a fim de contribuir para a reflexão e construção de um modelo constitucional de processo. O que permeou toda a pesquisa foi o propósito de aperfeiçoamento desse modelo pelo fortalecimento da participação dos possíveis afetados no processo penal. Em tal momento avançado do trabalho, a teoria do autor espanhol possibilitou a conversão dos pressupostos teóricos discutidos a um dos aspectos cruciais da motivação das decisões, a fundamentação sobre a valoração das provas.

Assim, num último momento, como teste da hipótese e grupo de controle, se fez a pesquisa jurisprudencial. Não bastasse a importância advinda do aspecto teórico do trabalho, ao relacionar o princípio do contraditório com a motivação sobre a valoração da prova e a democraticidade do ato de poder proferido ao final do processo penal, a pesquisa justificou-se por uma contribuição prática: o apontamento, na pesquisa jurisprudencial em moldes qualitativos, de esquemas argumentativos das decisões apresentados nas praxis forenses, indispensáveis para identificação de desvios, crítica e avanço em direção a uma jurisdição mais democrática.

Por isso, num primeiro momento foi realizada a leitura e compreensão dos dados provenientes dos acórdãos pesquisados, separando-se a forma de valoração da prova em categorias conforme adequada ou inadequada ao marco teórico utilizado neste trabalho. Posteriormente, ao indicar os problemas que se encontrou nos acórdãos, alguns deles foram selecionados como exemplos dos vícios indicados para integrar o texto final, a fim de que fossem claramente apontadas as falhas e se possibilitasse mais amplamente a compreensão e discussão do trabalho realizado.

Feitas as explicações quanto ao método de abordagem do problema identificado, às fontes utilizadas e ao caminho que se percorreu, finaliza-se essa introdução para iniciar efetivamente a discussão proposta.

⁶ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

⁷ FENOLL, Jordi Nieva. Obra citada, p. 209.

1. A INVENÇÃO⁸ INQUISITÓRIA COMO PARADIGMA AUTORITÁRIO DO PROCESSO PENAL

Vivo sempre no presente. O futuro, não o conheço.
 O passado, já o não tenho. Pesa-me um como a
 possibilidade de tudo, o outro como a realidade de
 nada.
 (Fernando Pessoa – Livro do Desassossego)

Em 27 de novembro de 1095, o Papa Urbano, discursando no Concílio de Clermont, França, incitou os cristãos a lutar em nome de Deus. Com a guerra proposta em nome da cruz, Cruzada, rompia-se a tradição do primeiro milênio do cristianismo, em que as formas de salvação oficiais eram menos belicosas e preponderavam alternativas mais pacíficas como o martírio, a auto-mortificação, a meditação, a contemplação, a solidão, a penitência, a comunhão e os sacramentos⁹. Num total de sete – a Primeira Cruzada a Jerusalém ocorreu de 1096 a 1099 e a última foi em 1270 – as cruzadas alternaram períodos de guerra e paz no Oriente Médio durante a última década do século XI, por todo o século XII e por quase todo o século XIII.

Ao menos segundo a propaganda oficial, a batalha cristã foi proposta para recuperar a cidade de Jerusalém e o Santo Sepulcro, locais sagrados para o catolicismo, das mãos muçulmanas¹⁰. Contudo, não tardou até que a “guerra santa” fosse empreendida não apenas contra “infieis” islâmicos no intuito de resgatar as áreas por onde Jesus passou, mas também para purgar a Europa de seitas e credos que no entendimento da Igreja não se adequavam à verdadeira fé católica. A Cruzada deixava de voltar-se exclusivamente ao muçulmano, ao estrangeiro distante, e passava ao domínio europeu sob escopos de homogeneização dentro da própria cristandade.

⁸ O termo invenção é usado no sentido retomado por Foucault na obra “A verdade e as formas jurídicas”, a recobrando uma distinção feita por Nietzsche. Opõe-se *invenção* ao termo *origem*, sendo que esta alude a uma certa naturalidade no desenvolvimento de algo que já é dado a priori, de alguma forma inscrito na natureza humana. A *invenção*, por sua vez, traduz uma ruptura e, ademais, é “algo que possui um pequeno começo, baixo, mesquinho, inconfessável”. A *invenção* refere-se àquelas coisas fabricadas pelo ser humano, que surgiram em algum momento, em vez de simplesmente retroceder numa continuidade natural em direção à uma fundação transcendente inscrita na própria natureza humana. Assim, foram inventadas a religião, a poesia, o conhecimento e, no que interessa primordialmente a este trabalho, o inquérito, enquanto forma processual adotada na inquisição para se estabelecer a verdade. Todos estes conceitos surgiram em algum momento da história humana, não foram simplesmente desenvolvidos naturalmente a partir de uma imposição universal e metafísica. Possuem, portanto, uma *invenção*, não uma *origem*. Cf. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 13-17.

⁹ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 19.

¹⁰ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. Obra citada, p. 20-1.

Foi assim que em 1208, antes mesmo de findado o movimento das cruzadas no Oriente Médio, foi lançada pelo Papa Inocêncio III a chamada Cruzada Albigense, desse modo denominada porque foi devotada à eliminação dos cátaros, seita que se disseminou com especial força no sul da França ao final do século XII e início do século XIII, especialmente na cidade de Albi¹¹.

Não obstante possa se afirmar o relativo sucesso da Cruzada Albigense na consecução de seus objetivos¹², a forma de a Igreja combater heresias seria modificada para sempre pela apurada e singular percepção do frade Dominic de Gúzman quanto ao contexto social em que a heresia cátara se espalhou e fortaleceu, após a passagem do religioso pela região em 1206. Começava assim a história da Inquisição Medieval e, de maneira mais ampla, das inquisições, cuja invenção e desenvolvimento posterior potencializariam como nunca o poder associado ao saber¹³ e influenciariam a concepção do processo penal no âmbito dos Estados Nacionais a partir da modernidade.

1.1. De invenção eclesiástica a instrumento secular

Percebendo os meios de convencimento utilizados pelos pregadores cátaros, que “impunham respeito pela cultura, eloquência e conhecimento teológico”¹⁴, Dominic de Gúzman – à época subprior dos monges da catedral de Osma – concebeu uma estratégia de enfrentamento do catarismo que o tornou “o primeiro indivíduo na história da Igreja a defender a cultura como ajuda e instrumento integrais da pregação”¹⁵. Fundada oficialmente a Ordem dos Dominicanos no ano de 1216, foi sob a influência das ideias de Dominic de Gúzman – morto em 1221 – e das diretrizes procedimentais dadas pelo Papa Inocêncio III no Quarto Concílio de Latrão (1215)¹⁶ que o Papa Gregório IX

¹¹ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 22-31.

¹² Michael BAIGENT e Richard LEIGH dão notícia da devastação na região e da imolação de diversos cátaros durante a Cruzada Albigense. A última fortaleza foi tomada em 1255. Todavia, ressaltam que o credo sobreviveu na clandestinidade no sul da França, além da Lombardia e Catalunha, para onde fugiram diversos hereges. (Obra citada, p. 30-31.)

¹³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 29-78.

¹⁴ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. Obra citada, p. 33.

¹⁵ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. Obra citada, p. 34.

¹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 81. É interessante o fato de que o ano de 1215 assistiu também à outorga da *Magna Charta Libertatum* pelo Rei João Sem-Terra da Inglaterra, documento que, embora seja da tradição jurídica do *common law* e não faça parte diretamente dos institutos ligados à tradição processual penal do continente europeu, talvez seja até mais estudado e citado no senso comum do que o IV Concílio de Latrão, cujas repercussões foram tão profundas e graves na história jurídica da tradição continental europeia, particularmente dentre os países latinos.

oficialmente estabeleceu a Inquisição Medieval na Bula de 1233. Dirigindo-se aos bispos, exortou-os a receber os frades pregadores que enviava ao sul da França contra os hereges que, à época, grassavam não apenas na região como por toda a Europa¹⁷. Dois dias depois, uma segunda Bula conferiu aos dominicanos a tarefa específica de erradicar a heresia¹⁸.

A Inquisição Medieval foi criada num cenário de busca de homogeneização da fé cristã na Europa pela Igreja Católica Apostólica Romana, que ansiava extinguir seitas, formas de culto na cristandade que fugiam à ortodoxia oficial e, portanto, desafiavam o poder central da Igreja. Para além do objetivo da Inquisição, é relevante a forma que se passou a adotar para consecução desse propósito, deixando de lado o recurso à guerra eventual como na Cruzada Albigense em direção à institucionalização da violência através emprego da perseguição organizada, em que se ditava tanto o que deveria ser perseguido quanto a forma de realizar repressão. Por consequência, foi um movimento de instauração de um aparato institucionalmente sistematizado e autorreferencial de supressão da diversidade – ainda que nos primórdios pudesse ter tido uma autêntica preocupação com a fé e se remetesse aos textos sagrados¹⁹ – em substituição a outro mais indiscreto, dispendioso e ineficaz, qual seja, a “guerra santa”.

O fato de a Igreja ter eleito os cátaros como antagonistas da primeira cruzada contra cristãos e de terem servido de fonte de inspiração e catalisadores para a criação da Inquisição Medieval é sintomático, se considerado desde a dualidade *autoritarismo/democracia* que se adota neste trabalho, para a qual é relevante a noção de *autonomia*. Inseridos numa tradição ao lado de bogomilos, maniqueus e dualistas gnósticos, os cátaros “enfativavam a importância do contato direto com o divino e o seu conhecimento (...), de um tipo especificamente sagrado (...), [e logo] excluía a necessidade de um sacerdócio, de uma hierarquia eclesiástica”²⁰. Talvez em prenúncio do autoritarismo que as inquisições exacerbariam a graus até então inéditos durante os

¹⁷ SOUZA, Ney de. et. al. Aspectos da Inquisição Medieval. *Revista de Cultura Teológica*. São Paulo. v. 19. n. 73. jan/mar 2011, p. 59-88.

¹⁸ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 38.

¹⁹ Deve-se ter o cuidado para não atribuir categorias de forma anacrônica na análise histórica (sobre a questão, cf. BARROS, José d’Assunção Barros. Os conceitos na história: considerações sobre o anacronismo. *Ler História* [Online]. n. 71, 2017, posto online em 04 jan. 2018, disponível em: < <http://journals.openedition.org/lerhistoria/2930> >.). Essas dificuldades se acentuam quando são debatidas as intenções e a “boa-fé” dos primeiros inquisidores, cujo estudo não prescinde de uma abordagem do que seria o próprio conceito de boa-fé numa sociedade estruturada em valores tão distintos da atual, como foi a sociedade medieval. Essa discussão escapa aos objetivos deste trabalho que, como dito na introdução, se restringe a entender o processo de criação da Inquisição, alguns de seus mecanismos e sua íntima relação com as categorias e institutos do processo penal contemporâneo, razão pela qual, a despeito da alusão, não se debaterá a “pureza” das intenções dos primeiros inquisidores em termos morais.

²⁰ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. Obra citada, p. 23.

próximos séculos, no processo de criação da Inquisição Medieval a atenção da Igreja voltou-se para uma seita que propunha um exercício da fé que alijava a própria estrutura oficial. Seita que acreditava na autonomia dos indivíduos para estabelecer contato direto com o divino. Tratou-se, já desde a partida, de garantir a intermediação com o divino e o verdadeiro através da instituição oficial.

A partir de sua criação, a Inquisição Medieval passou a ser a instituição por excelência no combate às seitas consideradas heréticas pela Igreja. Não apenas com a devida aprovação papal, também com seu endosso e instigação, “estabelecia-se a maquinaria de extermínio em massa numa base legal, oficial, com uma sanção e mandados formais derivados diretamente da mais alta autoridade da cristandade”²¹.

Se a Inquisição Medieval foi essencialmente católica, instrumento a serviço da Igreja no combate à heresia, o advento da Idade Moderna e a gradual substituição do poder religioso pelo secular serão acompanhados primeiramente por uma associação do poder estatal ao poder clerical no âmbito da Inquisição Espanhola e da Inquisição Portuguesa e, na sequência, pela emulação das principais características autoritárias do regulamento inquisitorial na gênese do processo penal do Estado Moderno, de que os melhores exemplos são o caso francês da Ordenança Criminal de Luís XIV (1670) e o caso ibérico das Ordenações Filipinas (1603) – estas aplicadas no Brasil até o Código de Processo Criminal de 1832, já durante o Império. Em um processo de secularização primeiro por associação entre Igreja e Estado, depois por emulação e substituição à Igreja, pode-se verificar uma linha de continuidade conceitual que torna as inquisições indissociáveis da história e compreensão do exercício do poder penal pelo Estado.

A inicial associação entre poder estatal e inquisição é fruto das circunstâncias políticas em que os dois países da Península Ibérica se encontravam no principiar da Idade Moderna.

Menos de 300 anos após o esfacelamento do Império Romano do Ocidente no século V, a Península Ibérica foi invadida por mouros no processo de expansionismo muçulmano da segunda metade do primeiro milênio. De 711 até o fim da Reconquista no século XV, católicos, islâmicos e judeus conviveram na Península Ibérica entre períodos de batalhas e de paz, marcando intensamente todos os aspectos da vida local²². Os mais de 700 anos de Reconquista deixaram um legado belicoso na sociedade espanhola e

²¹ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 39.

²² GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*. Trad. De Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 46-9.

tornaram necessário o direcionamento das pulsões destrutivas introjetadas ao longo de séculos. Na configuração sócio-política logo após a recuperação da península, essas pulsões foram direcionadas a grupos socialmente demarcados e minoritários, no intuito de evitar possível desmoronamento advindo das guerras internas que se espalharam durante a primeira metade do século XV na Espanha²³.

Esse movimento foi potencializado pelos “reis católicos” Isabel de Castela e Fernando de Aragão e sua ânsia em estabelecer e consolidar a unidade nacional do recém-criado Estado espanhol, associados à preocupação quanto aos judeus convertidos ao cristianismo, os denominados cristãos-novos, e seu possível efeito deletério na nova formação política. Nessa conjuntura, o estabelecimento do Tribunal do Santo Ofício na Espanha “consistiu em instrumento eficaz na manutenção do controle social e na preservação da hegemonia recém-conquistada”²⁴.

A singularidade do estabelecimento da Inquisição Espanhola com relação à Inquisição Medieval é que na Península Ibérica “pela primeira vez, assistia-se ao estabelecimento de uma ligação formal entre a jurisdição eclesiástica e a jurisdição civil”, caracterizada porque a “intervenção do príncipe no processo de nomeação dos inquisidores alterava as relações de fidelidade desses agentes”²⁵. Essa delegação de poder pelo papa decorreu da ameaça de perda do amparo bélico espanhol, garantidor da proteção dos domínios da Igreja²⁶.

Assim, o controle maior por parte da Coroa em vez da Igreja fez com que a Inquisição Espanhola fosse utilizada não apenas com desígnios religiosos, mas no interesse do nascente Estado Espanhol²⁷. Igualmente, a Inquisição Portuguesa, instaurada no século XVI, espelhou-se na experiência espanhola e assegurou “desde o início um forte apoio das autoridades civis”²⁸. De fato, Espanha e Portugal consistiram nos primeiros modelos consolidados do que viria a ser denominado Estado Nacional,

²³ GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*. Trad. de Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 49.

²⁴ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 9.

²⁵ BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

²⁶ PINTO, Felipe Martins. A Inquisição e o sistema inquisitório. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, jan./jun. 2010, p. 193. Contudo, o estabelecimento da Inquisição com autonomia em relação ao poder da Igreja em Roma não foi um fato que passou sem resistência do Papado. Houve resistências e tentativas de recuperação do domínio, e Felipe Martins Pinto também noticia inclusive a tentativa de volta quanto à concessão de poderes na Inquisição Espanhola por parte do Papa Sisto IV. A tentativa, porém, foi infrutífera. (PINTO, Felipe Martins. Obra citada, p. 193-4.)

²⁷ RAWLINGS, Helen. *The Spanish Inquisition*. Malden: Blackwell Publishers, 2006, p. 1-2.

²⁸ BETHENCOURT, Francisco. Obra citada, p. 18.

formação que durante a Idade Moderna se consolidaria como paradigma na Europa. Caracterizados pela centralização nas mãos do monarca – como o foram os primeiros Estados Nacionais, por isso chamados Absolutistas – tratava-se de uma reorganização das estruturas de poder controladoras da sociedade, em contraposição à descentralização política característica da Idade Média.

O processo de instauração de um poder secular unificado teve como conseqüência o enfraquecimento do poder religioso. Não que a Igreja tenha se tornado irrelevante: inicialmente era da fé que provinha a legitimação de reis e da ação inquisitorial, e tudo era praticado oficialmente no interesse supremo da fé católica. Entretanto, se no discurso os inquisidores eram movidos pela crença religiosa, na prática eram os reis, não o papa, que detinham o controle das engrenagens do Tribunal do Santo Ofício. A redução do poder direto da Igreja em Portugal e Espanha é tão claro que mesmo a Inquisição Romana, estabelecida no século XVI diretamente sob comando papal e com pretensões universais, jamais exerceu jurisdição na Península Ibérica, onde agiram apenas os tribunais sob mando das próprias realezas²⁹. É por esse motivo que Toby GREEN afirma que “o abuso do poder inquisitorial na Península Ibérica era mais político do que religioso”³⁰.

Se “a utilização do Tribunal do Santo Ofício como braço do poder real é um dado indiscutível” e a Inquisição “consistiu no principal instrumento apto a preservar o poder dos soberanos e conferir efetividade a suas determinações”³¹, não se pode perder de vista seu elemento centralizador, que pela primeira vez institucionalizava no âmbito de uma (nova) organização política (o Estado) uma máquina persecutória com ampla capacidade de alcance. “A novidade na Inquisição espanhola não foi a perseguição, e sim sua institucionalização”³².

A Inquisição estabeleceu-se no mundo ibérico como uma organização relativamente autônoma e hierarquizada, cujos fluxos de comunicação nos revelam toda a complexidade do sistema. A informação aos organismos centrais sobre todas as atividades dos tribunais de distrito estava prevista nos regulamentos e nas instruções internas, em disposições reforçadas por diretrizes precisas emanadas dos conselhos gerais. O ponto central desses esforços de compilação de informações era controlar o processo de tomada de decisões, sobretudo no que dizia

²⁹ BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 28.

³⁰ GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*. Trad. De Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 36.

³¹ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 11.

³² GREEN, Toby. Obra citada, p. 60.

respeito à produção de sentenças (ao fim e ao cabo, a conclusão de todo o trabalho inquisitorial).³³

Tanto a Inquisição Espanhola quanto a Portuguesa tiveram seu raio de ação estendido às colônias, extravasando o alcance geográfico para além da Europa³⁴. Na América Latina, demonstraram não apenas a brutal faceta persecutória como, ainda, reforçaram uma característica que já desenvolvida na Península Ibérica: seu uso para fins de arrecadação do Estado. Embora no Novo Mundo a missão oficial continuasse, de forma declarada, a ser a purificação da fé católica,³⁵ nota-se por exemplo que a Inquisição no México em sua maior parte “ocupou-se em amealhar riqueza, administrar e lucrar com os bens e propriedades que confiscou” e que “não raro, fabricava acusações contra indivíduos com o único objetivo de obter seus bens e propriedades – que jamais eram devolvidos, mesmo sendo o acusado inocentado”³⁶.

A falta de escrúpulos não foi uma exclusividade da Inquisição Espanhola na América. A Primeira Visitação da Inquisição Portuguesa foi marcada por sua interrupção prematura, causada pelo comportamento inadequado do visitador, Heitor Furtado de Mendonça, que gerou queixas entre os colonos por prisões arbitrárias, gastos exorbitantes e prejuízos³⁷. Também é interessante notar que as duas visitas ocorreram durante o período da União Ibérica (1580-1640), período em que mais fortemente se cogitou a instauração de um Tribunal da Inquisição na América Portuguesa, para o que pesou o aumento da população e o risco de invasões estrangeiras³⁸. Essas circunstâncias demonstram, mais uma vez, o caráter secular que muitas vezes guiou os propósitos e ações da Inquisição na Península Ibérica.

Outro exemplo foi a preocupação espanhola, já no século XVIII, com o acesso a materiais ligados ao iluminismo e, particularmente, com a Revolução Francesa, em razão

³³ BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 38.

³⁴ Há uma diferença na forma de atuação: na América Espanhola foram efetivamente instaurados três Tribunais do Santo Ofício, em Lima, Cidade do México e Cartagena das Índias. No América Portuguesa não foi estabelecido tribunal fixo, ocorreram apenas visitas do Santo Ofício ligados ao Tribunal de Lisboa. (MOTT, Luiz. *Bahia: inquisição e sociedade*. Salvador: EDUFBA, 2010, p. 11.)

³⁵ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 101.

³⁶ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 105.

³⁷ SOUZA, Grayce Mayre Bonfim. *Poder episcopal e oficiais da Inquisição portuguesa na Bahia Colonial*. Trabalho apresentado no XXVII Simpósio Nacional de História. Disponível em: http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1364530988_ARQUIVO_ANPUH-PoderepiscopaleoficiaisdaInquisicaoportuguesanaBahiaColonial_GrayceSouza_.pdf, p. 6-7. Também dando notícia dos abusos, cf. CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 226-7.

³⁸ SOUZA, Grayce Mayre Bonfim. Obra citada, p. 9.

da possível instigação a movimentos independentistas nas colônias que poderia ser causada.

Por volta de fins do século XVIII, a Guerra de Independência americana e depois a Revolução Francesa iam fornecer à Inquisição no México uma nova *raison d'être*. Os chamados “livre pensadores” eram encarados como hereges. Qualquer coisa relativa aos recém-formulados “Direitos do Homem”, qualquer coisa que tocasse os pensamentos de Tom Payne ou escritores franceses como Voltaire, Diderot e Rousseau, era julgada maculada pelo “livre pensamento”. E também sediciosa – como inimiga do Estado e da Igreja. A Inquisição, portanto, começou a funcionar não apenas como instrumento de ortodoxia católica, mas também como polícia secreta do governo. Seus alvos agora tornavam-se quem comprava, vendia, imprimia, circulava, disseminava ou mesmo possuía material que expunha ideias inflamatórias, além de quem promulgasse tais ideias de forma oral. Livros e panfletos revolucionários, importados da França, Grã-Bretanha ou das ex-colônias britânicas nas Américas, tornaram-se contrabandos perigosos. Qualquer um que traficasse com tal contrabando se tornava sujeito a processo.³⁹

O combate às ideias tidas como “heréticas” que caracterizaram o fim do século XVIII e deram combustível à Revolução Francesa e à Independência Americana também teve lugar no Peru e em Nova Granada, e a tradução espanhola da Declaração dos Direitos do Homem (1789) foi proibida nesses locais, pois foi vista “como inimigo da estável ordem da sociedade e conducente à mais insidiosa forma de subversão, a tolerância”⁴⁰.

Todavia, ressalvado o caso da Inquisição Romana, que sobreviveu até o século XX, as Inquisições Espanhola e Portuguesa perderam seu poder ao longo do século XVIII e foram extintas na primeira metade do século XIX. Suas marcas foram deixadas na legislação penal que foi elaborada durante a Idade Moderna sob o influxo das práticas inquisitoriais. Com o deslocamento definitivo do poder para o Estado, a ordem jurídica estatal monopolizou o regramento social coativo⁴¹ e alijou a ordem religiosa. *A perseguição dos indivíduos e sua punição passou a ser um monopólio do Estado, em substituição à Igreja.*

Fala-se em *substituição* porque é sob a influência da herança inquisitorial que a Ordenança Criminal francesa refletia a “obsessão inquisitória beirando a pureza metafísica. Afastado de um ritual acusatório, em que um debate contraditório é exercitado, o que se garante, afinal, com a postura inquisitorial é a entrada no espaço

³⁹ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 106-7.

⁴⁰ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *Obra citada*, p. 115.

⁴¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 105-113

psíquico de um trabalho prospectivo”⁴². A *substituição* da Igreja pelo Estado se deu muito mais ao nível da troca do perseguidor, não ao nível da substituição da lógica de operação.

No âmbito da Península Ibérica, foi destacadamente marcante a institucionalização do processo penal através das Ordenações Filipinas, em seu capítulo V que “não distinguia direito da moral e da religião”⁴³, indicador da confusão denunciadora da inspiração inquisitorial.

Embora tenha que se ter cuidado quanto à eficácia da aplicação direta das Ordenações Filipinas no Brasil⁴⁴, haja vista um contexto social muito mais próximo do feudalismo em razão do enorme poder que os donos de terras possuíam no Período Colonial, o que se quer reforçar é o modelo institucionalizado criado pela Igreja, que serviu de guia no nascedouro do Estado Moderno e do processo penal no contexto da tradição jurídica continental europeia, da qual o Brasil é herdeiro.

1.2. Os mecanismos inquisitórios

Estabelecida a linha que levou da criação da Inquisição pela Igreja à sua substituição pelos Estados Nacionais no exercício do poder penal, convém analisar mecanismos inquisitórios na forma de exercício do poder, a fim de averiguar as possíveis continuidades no âmbito do processo penal. Em razão do recorte deste trabalho, serão abordados os seguintes mecanismos: a alteração do papel do juiz, que passa de árbitro inerte a um juiz ator; a autorreferencialidade do critério de afirmação da verdade; o uso de perguntas para se atingir a verdade; o segredo como forma de constrangimento e recurso para deturpação do procedimento.

1.2.1. O juiz-ator

⁴² AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 103.

⁴³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56. *Apud* CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 226-7. Haroldo Valladão classifica o processo das Ordenações como “bárbaro” e “inquisitorial”, vindo a ser substituído em 1830, destacando ainda a instituição do júri, numa aproximação à tradição inglesa que foi feita à época. (Apud. PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro: das origens lusas à Escola Crítica do Processo*. Manole: Barueri, 2002, p.

⁴⁴ CASARA, Rubens R. R. Obra citada, p. 228-9. Para um estudo sociológico quanto poder pessoal dos donos de terra sobre seus escravos e também sobre os pobres libertos, que marcará a formação social brasileira e terá relevantíssimas repercussões no estabelecimento do poder impessoal do Estado em nosso país, cf. SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

O primeiro mecanismo inquisitório a ser ressaltado é a alteração do papel do juiz, de árbitro inerte que apenas acompanhava a regularidade do procedimento, como ocorria no direito tradicional dos povos bárbaros da Europa na Alta Idade Média, ao juiz-acusador, um *ator* que *toma parte*, busca ativamente saber dos delitos, desvendar o ocorrido por meio de provas e, descobrindo a verdade, punir os infratores para purgá-los do pecado, concedendo-lhes a chance de salvação divina e restabelecendo a ordem transgredida.

Foi a legislação romana que influenciou a mudança inquisitorial no papel do juiz: a *cognitio extra ordinem* do Império Romano e, também no direito romano antigo, a *inquisitio* “que representava a formulação de uma acusação pela autoridade judicial, quando ausentes denúncias ou acusações sustentadas por testemunhas”⁴⁵, inspiraram a alteração do papel do juiz no procedimento inquisitório.

Franco CORDERO ressalta igualmente a relevância da interpretação de fontes bíblicas legitimadoras da intervenção do juiz-acusador. Assim como Deus interferiu em Sodoma e Gomorra, caberia à Igreja imiscuir-se na punição dos pecados dos indivíduos em defesa da fé e da salvação, o que é “conclusão eclesiasticamente óbvia, pois a enorme tarefa (estão em jogo as almas) exclui uma repressão penal confiada a uma escolha privada”⁴⁶. O sistema de perseguição inquisitório retirava a atuação da mão dos particulares e a passava ao inquisidor, ao mesmo tempo acusador e juiz da causa. O inquisidor, “além de decidir o litígio, era incumbido de elaborar a acusação penal, *ex officio* e perscrutar as provas, incluída aí a investigação sobre o acusado que, despido de garantias processuais, era considerado um mero objeto de investigação”⁴⁷.

Michel FOUCAULT esclarece como essa transformação do papel do juiz é fruto de uma radical alteração na compreensão do que se punia e dos fundamentos para a punição, uma metamorfose eminentemente política⁴⁸.

Aos povos bárbaros faltava a noção de infração, que FOUCAULT considera uma das maiores invenções⁴⁹ do pensamento medieval. No direito germânico, havia o dano de

⁴⁵ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 6.

⁴⁶ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal* – Tomo I. Bogotá: Temis, 2000, p. 20-1. Tradução livre. No original: “Conclusión eclesiásticamente obvia, pues la enorme tarea (están en juego las almas) excluye una represión penal confiada a una elección privada.”

⁴⁷ PINTO, Felipe Martins. Obra citada, p. 14.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 65-77.

⁴⁹ Mais uma vez, o termo é tomado por oposição a *origem*. Cf. nota de rodapé número 8, supra.

um particular a outro e, identificado um indivíduo como vítima, ele buscava a reparação e a questão se resolvia no âmbito de uma disputa ritualizada, uma “forma ritual de guerra”⁵⁰. A disputa não transcendia os particulares e, assim, era solucionada apenas entre eles num conflito que não envolvia terceiros, exceto na condição daquele árbitro inerte que zela pela regularidade procedimental.

Já no marco inquisitório, o que há de novo é o próprio conceito de infração que leva à publicização do delito⁵¹. A centralização do poder – e não é por acaso que essa revolução política ocorre primeiro na Igreja, a instituição mais organizada e centralizada na sociedade da Idade Média – e o amadurecimento das formas embrionárias de Estado levaram à concepção de que o delito ofende não apenas o indivíduo, mas a ordem como um todo (inicialmente a ordem religiosa centralizada na Igreja, posteriormente a ordem jurídica estatal). Há uma paulatina substituição da vítima pelo poder soberano, e o delito, nessa concepção, deixa de ser questão privada resolvida no âmbito vítima-infrator e passa à esfera pública, transgressão de uma ordem que transcende as meras individualidades e que por isso reclamará a dura atuação do legítimo representante da ordem soberana, primeiramente a Igreja, posteriormente o Estado.

1.2.2. A autorreferencialidade do processo na apuração da verdade

A concentração do poder de ação e de decisão na figura do julgador, enquanto expressão de uma radical mudança na concepção do delito, acarretou igualmente uma mutação nas formas que seriam empregadas para se chegar à punição. Se se altera o fundamento – do dano aos particulares à infração à ordem soberana – transformam-se, também, os meios de apurá-lo. A partir da inquisição, o processo passa a ser meio de estabelecimento da verdade, sob a forma inquisitorial do inquérito.

A rigor, sequer se poderia falar, no sistema de direito germânico, em apuração. A resolução da disputa não tinha como pressuposto o desvelamento dos fatos, pois “uma pesquisa da verdade nunca intervém em um sistema desse tipo”⁵². A forma ritual de disputa dos povos germânicos era mais uma medida de força do que uma busca da verdade e seu sistema de provas demonstra bem isso: entre provas sociais, provas de tipo verbal, provas mágico-religiosas e provas físicas (as conhecidas ordálias), a preocupação do

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 56-57.

⁵¹ FOUCAULT, Michel. Obra citada, p. 65-67.

⁵² FOUCAULT, Michel. Obra citada, p. 58.

procedimento não era chegar a uma verdade, mas determinar um vencedor. O sistema binário germânico da Alta Idade Média não conhecia verdade, conhecia vitória e fracasso, vitória determinada pela força nas provas.

Por outro lado, no modelo inquisitivo a prova passa a ser um operador apofântico, não um indicador de força⁵³. Temos aqui um contraste que permanece na polissemia do termo “prova”, signo tanto daquilo que serve para o estabelecimento da verdade de uma afirmação (o operador apofântico) quanto daquela situação que testa um indivíduo, seja uma prova física ou mental (o indicador de força). Remanesce ainda hoje algo dos dois sentidos na palavra prova.

Assim, com a inquisição,

em primeiro lugar, houve a proibição da *purgatio vulgaris* (ordália) e, em um segundo momento, mitigou-se o conceito de certeza moral e impôs-se o dever de o juiz sentenciar *secundum acta et probata*. Ademais, proporcionalmente ao enfraquecimento da íntima convicção, houve o incremento do formalismo probatório que culminou com a adoção do sistema das provas legais, em que o juiz, limitado em sua tarefa de julgar, resta adstrito aos valores abstratos e predeterminados pelo legislador para cada um dos meios de prova.⁵⁴

O sistema de provas da inquisição reflete bem a guinada em direção a um racionalismo calcado na verdade para punição. Nele foram determinados valores legais para cada uma das provas, o que suprime a liberdade do magistrado na análise do valor concreto em cada caso e da coerência do que era produzido. A confissão passou a rainha das provas nesse sistema⁵⁵. Essa importância – inclusive do ponto de vista religioso, reforçado pela obrigação do sacramento no IV Concílio de Latrão – leva a que o essencial esteja “no inaudito trabalho secreto sobre a confissão, que pode inclusive (por que não?) ser desprezada”⁵⁶.

Não por acaso se adverte que o princípio da verdade real foi um dos fundamentos estruturais do sistema inquisitório, posteriormente adaptado na modernidade.⁵⁷ Um caso histórico recuperado por Nilo BATISTA ilustra bem o valor político, retórico e sistemático que a verdade adquiriu no sistema inquisitório:

⁵³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 58-61.

⁵⁴ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 17.

⁵⁵ PINTO, Felipe Martins. Obra citada, p. 18-20.

⁵⁶ AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 93.

⁵⁷ PINTO, Felipe Martins. Obra citada, p. 5.

Conta Marc Bloch que, no final do século IX, o papa Urbano II recriminava o conde de Flandres escrevendo: “Pretendes dizer que até agora te conformaste apenas com o costume mais antigo da terra? No entanto, deves sabê-lo, o teu Criador disse: o meu nome é Verdade. Ele não disse: o meu nome é Costume”. O *dogmatismo legal* inaugurava lapidarmente sua aversão ao direito produzido pelas práticas sociais, à diversidade jurídica. Do ponto de vista político, o direito romano – em última instância, aquilo que o príncipe queria que fosse lei (*quod principi placuit*) – alinhava-se de bom grado ao direito canônico, que o papa guardava completa e ciosamente no cofre de seu peito (*omne ius in scrinio sui pectoris*).⁵⁸

Escapar à Verdade, escrita com maiúscula porque a única existente, equivalia a escapar de Deus, inaceitável numa sociedade teocrática. Essa Verdade somente poderia estar em um lugar, na Igreja, estabelecida pelo próprio filho de Deus, aquele que era “o caminho, a verdade e a vida”. O único caminho para a salvação era a comunidade da Igreja. Segundo o dogma oficial, a Igreja Católica Romana, herdeira direta de Pedro, guardava em si a Verdade, por designação do próprio Jesus Cristo.

Há, aí, uma estrutura paternalista – e não é sem motivo a origem etimológica no *pater*, comum a *pai*, *padre* e *papa* – que nega a autonomia dos sujeitos, onde reside o autoritarismo da noção de verdade. A Igreja adquiria o papel de verdadeiro pai, *pater* do direito romano⁵⁹, que de forma autorreferencial dita a Verdade, oferece o caminho e a misericórdia e cobra a obediência e a penitência.

Não se pode olvidar que a remissão à verdade representa um avanço em direção à racionalização dos pressupostos da punição. Ainda que a verdade real tenha se mostrado um conceito sujeito a diversas manipulações e servido de pretexto aos mais diversos arbítrios, a atribuição do sentido da punição à verdade foi um progresso em face da lógica da força em que se baseavam ordálias ou a simples vingança privada⁶⁰. Embora encerre seus próprios problemas, a adoção de um sistema que leve em consideração o valor verdade parece ser mais adequado, ao menos, para a estruturação democrática da sociedade atual⁶¹.

⁵⁸ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 167.

⁵⁹ BATISTA, Nilo. Obra citada, p. 164.

⁶⁰ Uma representação da lógica de operação de um sistema baseado na vingança privada dos afetados pode ser verificada no filme brasileiro *Abril Despedaçado*. ABRIL despedaçado. Direção: Walter Salles, Produção: Arthur Cohn. Rio de Janeiro: Videofilmes, 2001.

⁶¹ Em vez de negar a importância da inclusão da verdade, parece mais eficaz a abordagem que faz Rui Cunha Martins ao advertir dos riscos do paradigma que denomina da verdade exilada do sistema processual e propor “uma simples operação de ‘banalização sistêmica’ do valor verdade” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 69.) Este trabalho se estrutura no sentido dessa “banalização sistêmica”, na compreensão de que a verdade não é o referencial único em

Ainda que tenha representado um avanço, a verdade produzida nas bases inquisitoriais é especialmente tendencial à tautologia, porque parte de pré-concepções da autoridade que estabelece os critérios sem abertura para que eles sejam discutidos. A verdade e o procedimento retiram sua legitimidade da condição pessoal do emissor da decisão e da sua inserção nos quadros de uma instituição tida por infalível. O isolamento abre espaço ao quadro paranoide de que fala Franco CORDERO⁶², e é nesse sentido que se pode interpretar a afirmação de Afrânio Silva JARDIM de que “a prova não era fator de convencimento do juiz, mas instrumento para este convencer os outros do acerto da acusação que apresentara liminarmente”⁶³. O processo, como forma de apuração da verdade, foi assim estruturado de maneira a permitir a autorreferencialidade do juiz-acusador, ao mesmo tempo coisificando o réu.

1.2.3. As perguntas como meio de exercício do poder

A reificação do investigado, objeto no processo inquisitório, também está na base da percepção de um poder que se exerce por perguntas⁶⁴. Na inquisição, o investigado é interrogado não para apresentar sua versão e colaborar na construção legítima da decisão, já que a legitimidade dependia do emissor da decisão. O interrogatório é feito porque o réu é um objeto e dele deve ser extraída a verdade, e “a própria semântica do *nomen juris* ‘inquisição’: averiguação minuciosa e indagação, já remete à essência da concepção inquisitiva sustentada pelos doutrinadores e ratificada pela prática judicial do período”⁶⁵. Nesse ponto, as reflexões de Elias CANETTI permitem perceber o poder que o ato de perguntar outorga ao inquiridor.

O autor italiano destaca que a pergunta é um instrumento de poder. Como uma intromissão de quem pergunta, ela expõe aquele a quem é perguntado, que deve revelar o que traz dentro de si e que até então era de seu conhecimento privado. Coloca-o numa posição defensiva pois, ainda que a resposta à pergunta seja inocente, ela sempre está atada a algo mais e pode levar a outras partes “mais ocultas, a qual ele [inquirido] atribui

um sistema democrático, mas que somente pode ser atingida de maneira válida com o respeito aos direitos humanos e pela participação dos afetados em contraditório.

⁶² CORDERO, Franco. *Procedimiento penal* – Tomo I. Bogotá: Temis, 2000, p. 20.

⁶³ Apud PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 14

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 69.

⁶⁵ PINTO, Felipe Martins. Obra citada, p. 16.

valor muito maior”⁶⁶. Pelo lado do inquiridor, o desvelamento do inquirido traz a sensação de poder, aumentando-a gradualmente e levando ao desejo de mais questionamentos. Afinal, obter uma resposta é incorporar algo alheio sem oferecer nada de si em troca. Por isso, CANETTI arremata que “a liberdade das pessoas reside em boa parte em estar a salvo de perguntas. É a tirania mais vigorosa que se permite as perguntas mais enérgicas”⁶⁷.

Uma boa alegoria desse “tirano” que as perguntas tornam viável pode ser retirada de um personagem clássico do cinema, o Sargento Hartman de *Full Metal Jacket* (Nascido Para Matar), filme dirigido por Stanley KUBRICK. Dominando a ação na primeira parte do filme, o Sargento Hartman mostra-se um tipo autoritário na relação com os recrutas e, já em sua primeira fala, apresenta sua arma: os recrutas só devem falar quando assim determinado e “a primeira e a última palavra a sair de suas bocas imundas deverá ser ‘senhor’”⁶⁸. Para além da truculência no trato e da violência física, não é facultada a réplica aos recrutas, mas apenas a resposta, que começará e terminará pelo vocativo denunciador da relação hierarquizada. A importância das perguntas na relação de poder fica explícita momentos depois quando, ao ser retorquido pelo Soldado Cowboy com uma indagação – por não ter entendido uma pergunta que, de resto, realmente não faz qualquer sentido – o Sargento Hartman diz-lhe que é ele quem faz as perguntas:

Sgt. Hartman: Qual sua desculpa?

Sd. Cowboy: Senhor, desculpa para o que, senhor?

Sgt. Hartman: Eu faço as malditas perguntas aqui, soldado! Você entendeu?

Sd. Cowboy: Senhor, sim, senhor.

Sgt. Hartman: Bem, muito obrigado. Posso comandar por um tempo?

Sd. Cowboy: Senhor, sim, senhor.⁶⁹

Ao personagem autoritário, naquele momento, importa menos a resposta à pergunta feita do que deixar claro que sua posição e seu poder não admitem que seja perguntado. Durante os 40 minutos que se seguem no filme, a palavra será o instrumento de poder que mediará a relação autoritária entre recruta e sargento. Este renomeará os

⁶⁶ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 285.

⁶⁷ CANETTI, Elias. Obra citada, p. 285.

⁶⁸ FULL Metal Jacket. Direção: Stanley Kubrick, Produção: Stanley Kubrick. Londres: Harrier Films, 1987. Tradução nossa. No original, a fala completa: “I am Gunnery Sergeant Hartman, your senior drill instructor. From now on you will speak only when spoken to, and the first and last words out of your filthy sewers will be “Sir”. Do you maggots understand that?”

⁶⁹ FULL Metal Jacket., Obra citada, 1987. Tradução nossa. No original: Gunnery Sergeant Hartman : What's your excuse? Private Cowboy : Sir, excuse for what, sir? Gunnery Sergeant Hartman : I'm asking the fucking questions here, private! Do you understand? Private Cowboy : Sir, yes, sir. Gunnery Sergeant Hartman : Well, thank you very much! Can I be in charge for a while? Private Cowboy : Sir, yes, sir.

soldados e, mais importante, reservará somente para si o poder das perguntas: o tirano questiona sobre tudo e em hipótese alguma consente em ser questionado sobre o que quer que seja.

Deve-se ter em mente que o jogo de perguntas e respostas de um interrogatório como o do sistema inquisitório, em que há uma diferenciação hierárquica, não é um processo dialético aberto, mas uma estrutura desigual e autoritária porque a resposta

sempre aprisiona aquele que a deu. Ele não pode mais simplesmente abandoná-la. Ela [a resposta] *o obriga a posicionar-se num determinado lugar e permanecer ali, tendo o inquiridor a alvejá-lo de todas as direções*. Este o circunda, por assim dizer, escolhendo a posição que lhe convém. Pode rodeá-lo, surpreendê-lo e confundi-lo. A mudança de posição confere-lhe uma espécie de liberdade da qual o inquirido não pode desfrutar. Com sua pergunta, o inquirido lança-se sobre ele e, se logra tocá-lo com ela – ou seja, se logra obrigá-lo a responder –, ele o capturou, aprisionando-o num determinado lugar. “Quem é você?” “Sou fulano de tal”. Este já não pode mais ser outra pessoa; do contrário, sua mentira enredá-lo-á em dificuldades. *Subtraiu-se-lhe já a possibilidade de escapar valendo-se da metamorfose. Se se prolonga por algum tempo, esse processo pode ser encarado como uma espécie de acorrentamento.*⁷⁰

Saber e, principalmente, saber pela resposta dada, constrange porque individualiza, fixa posições. Responder é vincular-se, é eleger uma identidade que deverá ser defendida e mantida, se a coerência está no horizonte de objetivos de quem deu a resposta. Não se permite mais a transfiguração completa ou mesmo simples alteração pontual conforme às circunstâncias, pois a palavra, uma vez lançada, não tem volta, e a mudança não esclarecida pressagia o desajuste. Responder traz o ônus da explicação. Esse caráter aprisionador é tamanho que inclusive o passado não se põe a salvo, e no interrogatório judicial “os caminhos que uma pessoa percorreu, os lugares em que esteve, as horas que viveu e que outrora lhe pareceram livres (...) passam subitamente a sofrer perseguição (...) até que reste o mínimo possível daquela liberdade passada”⁷¹. Pela dialética de perguntas e respostas aprisiona-se até mesmo o passado que outrora pareceu livre.

Boa parte do poder da Igreja repousava na vedação ao questionamento de seus métodos e das autoridades que agiam em seu nome. O poder de perguntar lhe era reservado e o interrogatório invasivo, incessante, constrangedor, era a principal forma de acessar a verdade através da confissão. Obviamente, não se dispensava o recurso à tortura,

⁷⁰ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 286-7. Destacou-se.

⁷¹ CANETTI, Elias. Obra citada, p. 289.

à mentira, ao medo. Do contrário, o interrogatório era tanto mais eficaz porque associado a um outro mecanismo inquisitório que jogava com todas essas possibilidades sem a necessidade de descortiná-las imediatamente: o segredo.

1.2.4. O segredo do procedimento

A verdade no procedimento inquisitório é um empreendimento solo do juiz-acusador porque há uma oposição entre a virtude do inquisidor e o pecado do investigado, que destituído da condição de sujeito e como objeto da investigação, nada pode fazer para lograr se atingir a verdade⁷². Cabe-lhe responder as perguntas que são feitas, de forma satisfatória, para que o inquisidor atinja a verdade pretendida.

Decorre do moralismo impregnado na doutrina oficial a impossibilidade de ativa participação do investigado. A Igreja é boa por natureza, em oposição aos pecadores, cuja defesa seria vista como resistência à punição e persistência no pecado. “A repressão às heresias cria o maniqueísmo penal, onde uma ordem virtuosa representada pelo tribunal canônico, contempla o desviado inerme cuja alma deve ser reconduzida ao grande programa salvacional da igreja”⁷³.

Aqueles que atuam em nome da Igreja, mesmo quando se utilizam de subterfúgios, escamoteiam provas, distorcem testemunhos e ordenam a torturam, agem sempre em nome da bondade encarnada na Igreja. No *Malleus Maleficarum* de Heinrich KRAEMER e James SPRENGER constavam diretrizes para a mentira e a enganação dos interrogados por parte dos inquisidores:

E finalmente, que o Juiz entre e prometa que será piedoso, com a reserva mental de que quer dizer que será piedoso consigo mesmo ou com o Estado; pois o que se faça pela segurança do Estado é piedoso.⁷⁴

A verdade surge em conjugação com o segredo. No trecho citado, o segredo encontra-se na reserva mental do inquisidor e o investigado ficava vulnerável, sem

⁷² BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I. 2.* ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 22 e 168. É por essa crença de que se pode atingir a verdade real pela busca solitária do inquisidor ou do juiz que se afirma que “a ambição de verdade historicamente se mostrou danosa aos interesses do acusado e, logo, por excelência contrária às exigências de contenção do poder punitivo que devem pautar o instrumental processual penal.” (KHALED JR, Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michelle Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 289-317, p. 295.)

⁷³ BATISTA, Nilo. Obra citada, p. 164-5.

⁷⁴ Apud BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 135.

qualquer informação, sem sequer poder compreender o que se passa como hipótese para o inquisidor. Este, por sua vez, mantém como propriedade sua um procedimento que pode distorcer como melhor entender, procedimento potencialmente deturpável no qual produz um conhecimento e predica-o com o nome de verdade. A verdade, a despeito de ser tachada de real, em vez de uma construção baseada em um procedimento ostensivo e coletivamente controlável⁷⁵, torna-se uma *classificação* do que já estava aprioristicamente formulado na cabeça do inquisidor e que somente foi “legitimada” por esse “procedimento”. Assim, o inquisidor faz é apenas transformar sua hipótese em verdade, sem de fato averiguá-la. Dessa forma, a manifestação mais assertiva do que se denomina “primado das hipóteses sobre os fatos”⁷⁶.

O segredo foi indispensável na intimidação e na formulação da verdade pela inquisição: testemunhas ouvidas, atos praticados, confissões realizadas, todo o procedimento era encoberto por um véu. Cabia ao inquisidor revelar o que no seu entendimento fosse mais adequado para conseguir a confissão – e essa revelação podia ser falsa até mesmo quanto à misericórdia do próprio inquisidor, como se viu. O segredo dava ao inquisidor o poder de manipular provas, formas e atos, de construir o procedimento como quisesse. Não foi por acaso que a publicidade dos atos foi tão destacada no iluminismo, pois desempenhou papel muito importante na distinção entre o

⁷⁵ A importância da ostensividade e do controle de outros indivíduos além do enunciador é relevantíssima para este trabalho e será melhor trabalhada nos capítulos seguintes, quando se discutir o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais. Por ora, um exemplo fora da inquisição e do processo penal pode jogar luzes sobre o quanto o isolamento e segredo podem ter efeitos nefastos para a produção de conclusões tidas como racionais pelo sujeito que as formula: Isaac Newton e seus trabalhos de alquimia. Embora tenha sido responsável pela criação da mecânica clássica, cujo rigor metodológico e universalidade das respostas fornecidas foi o paradigma científico por excelência da modernidade e melhor exemplo desse padrão de racionalidade, Newton manteve por anos estudos de alquimia nos quais fazia observações tão excêntricas em seu caderno quanto “dissolver leão verde volátil no sal centra de Vênus e destilar. Esse líquido é o leão verde, o sangue do leão verde Vênus, o dragão da Babilônia que mata tudo com seu veneno, mas conquistado, por ser mitigado pelos pombos de Diana, é a ligação de Mercúrio”. Comentando essa relação de Isaac Newton com a alquimia, Leonard Mlodinow afirma que o fato que se destaca é o “isolamento. Assim como o isolamento intelectual levou à proliferação da má ciência no mundo árabe medieval, o mesmo parece ter atrapalhado Newton, embora em seu caso o isolamento tenha sido voluntário, pois ele mantinha em sigilo suas convicções relativas à religião e à alquimia, sem querer se arriscar ao ridículo ou mesmo a censuras, se expusesse o debate para a comunidade intelectual. Não havia um ‘Newton bom’ e um ‘Newton mau’, um Newton racional e outro irracional, escreveu W. H. Newton-Smith, filósofo de Oxford. O que ocorreu foi que Newton se perdeu ao deixar de submeter suas ideias ao debate e à contestação ‘no fórum público’, uma das mais importantes ‘normas da instituição científica’.” (MLODINOW, Leonard. *De primatas a astronautas: a jornada do homem em busca do conhecimento*. São Paulo: Zahar, 2015, versão ebook kindle, pos. 2488.)

⁷⁶ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal* – Tomo I. Bogotá: Temis, 2000, p. 20.

sistema acusatório característico da antiguidade de Grécia e Roma e se opunha ao poder absoluto do segredo nas inquisições e no Estado Moderno⁷⁷.

CANETTI afirma que “o segredo encontra-se no mais recôndito cerne do poder”⁷⁸, e podemos ver um traço usual de regimes autoritários nesse duplo movimento de invasão da intimidade e da vida privada dos cidadãos por um lado e opacidade nos procedimentos do poder público por outro⁷⁹.

O método inquisitório era perverso porque, em seus mecanismos, jogava com a dominação total do inquisidor através do segredo e com o medo maximizado através da obscuridade dos métodos em contraponto à ostensão das punições. Se no procedimento a sombra das masmorras era o terror que levava à cooperação do réu, na execução era a luz espetacular das fogueiras que espelhava o medo disseminado na população⁸⁰. Segredo e espetacularização, em conjunto, criavam o mito que embasava o temor reverencial⁸¹. E, todavia,

na prática, tanto na Inquisição Medieval quanto na Inquisição Moderna não se preocuparam em extirpar todos os hereges, os quais, na verdade, eram aleatoriamente caçados e se não fossem encontrados, eram criados para servirem de símbolo visando, dessa maneira, incutir-se no imaginário visando, dessa maneira, incutir-se no imaginário popular o risco abstrato de uma condenação pelo Tribunal do Santo Ofício. Para tal intento, bastavam poucos processos, um número reduzido de execuções públicas de cenografia bem chocante e impressionante, a manutenção do mito dos segredos inquisitoriais e das terríveis torturas a que eram submetidos os acusados, a exaltação da vergonha e da ruína econômica de uns poucos infelizes, para, assim, manter-se a totalidade

⁷⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49.

⁷⁸ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 290.

⁷⁹ Elias Canetti assevera que “o poderoso percebe o que abrigam os outros, mas não permite que percebam o que ele próprio abriga. Ele tem de ser o que mais cala. A ninguém é permitido conhecer-lhe o pensamento e a intenção” (CANETTI, Elias. Obra citada, p. 292.). A história é profícua em exemplos da importância do segredo para o poder e, nesse sentido, algumas das mais violentas ditaduras do Século XX foram temidas por seus infames serviços e polícias secretas, tais como a Gestapo na Alemanha Nazista, a KGB na Rússia e a Stasi na República Democrática da Alemanha, durante a Guerra Fria. De mais a mais, situações atuais como a questão do WikiLeaks, de Edward Snowden e a crise desencadeada pelo vazamento de informações e grampos realizados pela Agência de Segurança Nacional (NSA) dos Estados Unidos da América – que atingiu inclusive o Brasil – evidenciam o papel crucial do segredo e do saber nas relações de poder. Sobre as repercussões devastadoras da invasão da privacidade na vida de indivíduos, o cinema novamente fornece uma excelente representação no filme alemão “A Vida dos Outros” (DAS Leben der Anderen. Direção: Florian Henckel von Donnersmarck, Produção: Quirin Berg; Max Wiedemann. Munique: Wiedemann & Berg, 2006.)

⁸⁰ A propósito da ostensividade das execuções da inquisição, Luiz Nazário afirma que “os autos-de-fé, verdadeiras festas de congraçamento entre o Povo, a Igreja e o Estado, os hereges eram obrigados a desfilar como feras domadas, dóceis à execração pública, reconciliados com o todo social ou cremados vivos por sua cegueira”. NAZÁRIO, Luiz. *Autos-de-fé como espetáculos de massa*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas – Fapesp, 2005, p. 34.

⁸¹ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 169.

das pessoas em um estado de plena submissão à autoridade moral da Igreja, agora visceralmente vinculada ao poder secular.⁸²

Não poderia ser diferente: todo o instrumental exposto era fruto de uma revolução política de exercício do poder⁸³. Nesse novo modo de exercício do poder, “o magistério é portador de uma verdade absoluta, defendida pelo inquisidor, que é o protetor (intolerante) do dogma. Não há lugar senão para o discurso totalitário e intolerante, do contrário, a verdade não é absoluta”⁸⁴.

Por trás dessa intolerância há o dogma e pode-se encontrar tanto a transformação do texto em autoridade quanto a metamorfose do juiz de árbitro em perpetuador de uma estrutura de poder. A fonte da legitimidade é una e seu intérprete qualificado possui uma relação mítica com o texto e com a verdade, pois é o herdeiro do todo-poderoso ausente⁸⁵.

Há um mito ainda presente da transcendência do juiz que remonta ao inquisidor, como aquele que age para além dos interesses das partes em prol do eterno e intrinsecamente bom, em nome da fonte de legitimidade a cuja verdade ele acessa de forma cândida. O *juiz-ator*, por meio de um *processo de busca da verdade que objetifica o réu*, pode utilizar-se do *segredo* e da *manipulação* que este permite para atribuir de forma *autorreferencial* o valor de verdade à hipótese pré-concebida (pelo próprio julgador, no caso). Todos esses mecanismos só poderiam fazer sentido no marco de legitimação política que a inquisição inaugurou, adequado a um poder central, baseado no bem transcendente que o acesso à verdade proporciona e na neutralidade daqueles que agem em nome desse binômio bem/verdade. Por contraste, se no direito germânico tínhamos provas de força para as quais a verdade não importava, no marco inquisitório é apenas a verdade que importa. Sabê-la (ou acessá-la de um lugar privilegiado) é poder. E um poder, no caso inquisitório, como já se disse, autorreferencial.

1.3. Sobre o caráter autoritário do método inquisitório

Os mecanismos inquisitórios acima descritos se voltam a uma forma bastante específica de saber-poder que subjuga os indivíduos investigados. Não é surpresa que os dominicanos tenham sido a ordem religiosa responsável pela implantação da inquisição,

⁸² PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 12.

⁸³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 77-8.

⁸⁴ AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 72.

⁸⁵ AMARAL, Augusto Jobim do. Obra citada, p. 120-3.

já que seu fundador foi o primeiro na história da Igreja a defender a cultura a serviço da fé, como já se afirmou. Ao substituir duelos por perguntas⁸⁶, as inquisições consolidavam uma nova forma de dominação autoritária pelo conhecimento.

Essa forma de conhecimento se encontra por toda parte no método inquisitório, tributária de uma cultura que se embasou na classificação e identificação⁸⁷: sistematização das heresias, catalogadas em categorias distintas e devidamente classificadas; organização de compêndios bem detalhados quanto ao modo de proceder para desvendar pecados e evitar possíveis tentações feitas pelos réus-pecadores. O *Directorium Inquisitorium* (Manual do Inquisidor – 1376) de Nicholas Eymerich e o *Malleus Maleficarum* (Martelo das Feiticeiras – a 1476) de Henrich Kramer e Heinrich Sprenger são exemplares dessa cultura classificatória que desde a Idade Média vinha se estabelecendo.

O ímpeto classificatório, todavia, não pode ser confundido como auto-construção por parte da Igreja, mas como potencializador da dominação pelo saber. A tenacidade das inquisições deve-se muito à sua maleabilidade na eleição dos grupos considerados heréticos do que a uma suposta rigidez que seria de se esperar de um esforço de categorização da importância e magnitude assumida. Para ficar apenas na Inquisição Medieval, ela perseguiu, em seu início, bogomilos, cátaros e *paterini*. Posteriormente, voltou-se aos waldenses e aos Irmãos Do Espírito Livre, tratando como heréticos também os Templários e os Franciscanos⁸⁸. Os primeiros foram perseguidos por defenderem uma forma de acesso ao divino não intermediada pela Igreja; os waldenses, que sequer rejeitavam ou rivalizavam com a doutrina oficial de Roma, cometeram o terrível mal de produzir livros em língua vernácula, tal como os Irmãos do Espírito Livre; Templários rivalizavam internamente na Igreja com os dominicanos e, da mesma forma, os franciscanos. Em comum, sempre, a questão do poder: poder da Igreja como única intermediária de Deus; poder da Igreja enquanto autêntica intérprete das escrituras, cujo acesso não poderia ser vulgarizado; ou disputas internas de poder entre ordens religiosas, pura e simplesmente.

Também a infame perseguição às feiticeiras pode ser interpretada como uma reserva de poder, pois

⁸⁶ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 15.

⁸⁷ BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 49.

⁸⁸ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 61-79.

em quase todas as comunidades (...) havia invariavelmente pelo menos uma velha reverenciada pela sabedoria, a capacidade de ler a sorte ou ver o futuro, o conhecimento de ervas e meteorologia, a habilidade de parteira. Muitas vezes confiavam mais nela – e a consultavam, sobretudo as outras mulheres – que no padre local. O padre representava poderes que talvez determinassem a sorte e o destino futuro das pessoas. Mas em muitas questões esses poderes frequentemente pareciam juízes majestáticos, intimidantes, severos e abstratos ou distantes demais para ser incomodados. A típica velha da aldeia, por outro lado, oferecia um canal para poderes mais imediatos e prontamente acessíveis. Era a ela, mais que ao padre, que consultavam em questões como o clima e as colheitas, a saúde do gado, a saúde pessoal e a higiene, sexualidade, fertilidade e parto.⁸⁹

O saber na base da inquisição, oriundo do acesso privilegiado ao texto que continha a verdade eterna, servia ao combate de um inimigo também eterno, o diabo e suas várias expressões. A pretexto de combater a multiplicidade das manifestações demoníacas e pecaminosas, o saber sustentava basicamente uma *máquina manipuladora de discursos e procedimentos*, que se voltava a qualquer grupo ou credo que representasse uma ameaça ou desvio do poder estabelecido.⁹⁰ A própria origem da palavra *heresia*, grego para *escolha*, é denunciadora de um projeto que visa menos purgar o mundo do mal do que impor uma forma “única de visão de mundo, de estruturação dos poderes oficiais e de estratificação social, escoradas em argumentos religiosos”⁹¹.

O poder associado ao saber na forma como foi instrumentalizado pelo inquérito – esse método que se adotou nas inquisições e, posteriormente, na enunciação da verdade nos sistemas jurídicos ocidentais – *é característico de um método de submissão dos indivíduos a um poder externo*, conforme a análise de Michel FOUCAULT. Saber e poder se associam no objetivo de submeter o indivíduo a uma ordem que lhe é exterior. A ordem submete até mesmo a própria vítima, pois via de regra o processo e a punição não mais dependerão da vontade dos indivíduos lesados. Assim, ao lado do já exposto conceito de infração, surgem três categorias novas que viabilizam a externalidade da ordem que se impõe: o judiciário, o procurador e o soberano⁹².

O soberano é aquele que irá reclamar a reparação pela infração. Na publicização do delito, ao mover-se a centralidade do conceito de dano para o conceito de infração, a nova categoria do soberano surge ao lado do particular não apenas como lesado pelo

⁸⁹ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 118-9.

⁹⁰ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 23.

⁹¹ PINTO, Felipe Martins. Obra citada, p. 7-8.

⁹² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p.65-67.

delito, mas como quem efetivamente vai reclamar a devida punição pela transgressão de sua ordem. FOUCAULT destaca ainda que essa apropriação da justiça pelas monarquias garantiu um mecanismo eficaz de arrecadação que contribuiu em muito para o fortalecimento do poder do monarca.

Para reclamar a reparação, o rei contará com essa outra categoria inventada, o procurador. É por ele que se personaliza a substituição da vítima nos casos individuais. Sua relação com o acusado se dará não pelo dano direto, mas mediada pela infração, porque o procurador age em nome da ordem, da lei do soberano.

Já o judiciário é o componente que se desenvolve para impor a punição de forma exclusiva e submeter dessa forma tanto autor quanto vítima ao poder. É interessante que, como a infração é o novo pressuposto de punição em substituição ao dano, o judiciário surge para decretar a pena nos novos moldes reclamados e não pode mais se valer dos jogos de força do antigo sistema de provas (ordálias, provas de força etc.), sistema que somente fazia sentido numa disputa autor-vítima. Ausente a disputa, que era protagonizada por autor e vítima e cuja resolução em favor de um ou outro era apreensível de forma imediata pelo resultado do jogo disputado, a punição será pela declaração da infração, o que traz um elemento também estranho ao direito germânico: a sentença, a decisão em que se estabelece a verdade apurada.

Na concepção inquisitória, a verdade enunciada na sentença é real, correspondência com a realidade. Saber a verdade é ligar-se ao metafísico, ao transcendente e absoluto de onde provirá o bem. Remanesce nessa crença algo do mito ocidental iniciado com Platão, de que “onde se encontra saber e ciência em sua verdade pura, não pode mais haver poder político”⁹³. Para descobrir a verdade real, esse valor reportado como neutro e que nada teria além da correspondência com a realidade, permite-se tudo. E permitir tudo não é visto como poder, mas como um imperativo: não o fazer é opor-se à própria verdade e, afinal, quem o poderia?

Os processos inquisitório e acusatório mostram uma relação diferente com a verdade. Num caso, parte-se do princípio de que a verdade existe, *acede-se diretamente à mesma por via da ascese intelectual e da proibidade de um homem*; no outro, uma argumentação mais cerrada deve excluir a dúvida e escolher aquilo que se lhe afigura mais verossímil. Num caso, a verdade é já um facto que necessita de ser confirmado; no outro, é preciso andar completamente às apalpadelas para a encontrar.⁹⁴

⁹³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 51.

⁹⁴ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 164. Destacou-se.

Assim, no marco inquisitório, a punição é definida por uma decisão, e essa decisão é duplamente externa em relação ao investigado: ele não é o sujeito prolator da sentença, tampouco pode participar enquanto construtor da verdade, que já existe de antemão (geralmente pela hipótese do julgador, naquele quadro paranoide já citado).

Ignora-se que a própria enunciação da verdade já traz consigo um poder, pois ao tentar se buscar a exata correspondência “o conhecimento produzido provavelmente corresponderá ao signo do *Outro* (essencialmente distinto do evento passado), estruturado em torno de um decisionismo que ignora completamente a opacidade da consciência e fato de que o juiz é ser-no-mundo”⁹⁵. No método da inquisição, o poder associado ao saber decorre de uma via dupla: poder do julgador que, em busca de saber, pode fazer de tudo para averiguar a verdade real; saber do julgador que, alçado à posição de autoridade neutra, tudo fez para averiguar a verdade real. Os enunciados do julgador tornam-se verdades autopoieticas e a legitimação do ato acaba por remeter-se ao seu prolator. Na autorreferencialidade e conseqüente exclusão dos afetados pela decisão é que se pode encontrar a base autoritária do método inquisitória.

1.4. Continuidades inquisitórias no processo penal brasileiro

Repessada a base do processo penal na inquisição, compreendidos os mecanismos e o caráter autoritário dessa invenção, para finalizar este capítulo deve-se apontar brevemente como sua lógica permanece contemporaneamente no processo penal.

Não bastasse a gênese da processualística penal pós-Revolução Francesa ser a recuperação do Ordenança de Luís XIV pelo Código de Instrução Criminal napoleônico de 1808, inaugurador do sistema misto e influenciador de toda a legislação criminal na tradição continental superveniente, o que se vê é que o sistema processual, a despeito dos muitos avanços, ainda é marcado por traços inquisitoriais⁹⁶ que são fonte de autoritarismo incompatível com o modelo constitucional vigente no Brasil.

Apesar das críticas realizadas pelos iluministas aos métodos da inquisição e do processo penal do Antigo Regime, essas críticas – responsáveis por importantes

⁹⁵ KHALED JR, Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michelle Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 289-317, p. 296.

⁹⁶ AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 107-8 e 116.

conquistas, ressalte-se – não chegaram a questionar a essência do modelo inquisitório, e a verdade material permaneceu – e para muitos ainda hoje permanece – fundamentando o processo penal⁹⁷. Sob um discurso maniqueísta, que opõe o bem (punição de criminosos) ao mal (excesso de garantias), ainda se pretende encobrir ou mesmo se ignora que o ato de julgar configura um exercício de poder (que deve ser democraticamente balizado). Trata-se o julgamento, ainda, como uma revelação da verdade, como se fosse um método de saber puro e neutro em vista de um bem comum e universal, algo que não pudesse ser instrumentalizado e que não tivesse, em sua base, uma estrutura autoritária.

A exacerbação do maniqueísmo bem vs. mal foi transferida, modernamente, para a oposição sociedade vs. indivíduo. Sociedade tomada de maneira artificial e imaterial, como se fosse um ente autônomo e independente dos indivíduos que a compõem. Essa oposição é particularmente marcante em regime fascistas, e não é preciso lembrar que a redação original do Código de Processo Penal brasileiro é baseado no denominado “Código Rocco” da Itália Fascista. Incessantemente beligerante no combate à criminalidade – sempre colocada no superlativo, em situação que apresenta curiosa semelhança com o quadro mental paranoico de que fala CORDERO –, o fascismo tem como reflexo no Processo Penal o “paradigma da necessidade de combater o acusado, a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade”⁹⁸. Apesar de trecho um pouco longo, nada mais eloquente do que a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 para referenciar o que se afirma:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. *Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.* O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à

⁹⁷ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 25-6.

⁹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015, p. 146.

elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. *O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.*⁹⁹

O discurso contra formas e garantias legítimas, que são transformadas em “excesso de formalismo”, não poderia ser mais próximo daquele de Nicholas Eymereich quando afirma que os inquisidores “não estão obrigados a seguir a ordem judicial e por isso a omissão de uma formalidade legal não torna o procedimento ilegítimo”¹⁰⁰. Essa postura autoritária defende que os indivíduos identificados como alvo, taxados de maus e de transgressores da ordem, devem-se punir com todo rigor e regras legítimas do processo não podem servir como empecilho à restauração da ordem.

Não se trata apenas de um pré-julgamento do legislador que leva a um rigor anti-formalista, há algo mais que isso, de fundo moralista. Nesse marco autoritário, delinquir não é apenas descumprir uma norma, é a materialização da oposição entre ordem jurídica virtuosa e caos infracional, de que decorre a sacralização da ordem jurídica¹⁰¹. A regra adquire, nos países latinos, um caráter transcendente de dever-ser ideal e a lei, nesse contexto, é uma religião laica. A própria ideia de completude da codificação guarda uma inquietante semelhança com as religiões do Livro¹⁰², além do uso do latim e do emprego indistinto do termo *justiça* para designar tanto o judiciário como a virtude da *justiça*¹⁰³ – nota que é válida para o idioma francês de que fala GARAPON no original e para o português. Nessa “religião laica” do direito, guardamos ainda a “teatralidade de um dogmatismo não mais localizado na Igreja, mas na figura do Estado: Pai imaginário agora projetado na Pátria – novamente a alusão verídica do amor ao sagrado sendo vivificada”¹⁰⁴.

As manifestações do processo e do direito como algo da esfera do sagrado podem ser vistas, ainda, no particular gosto pela pompa atribuída ao rito e ao julgador em

⁹⁹ BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941. Ministro Francisco Campos. Rio de Janeiro, 08 de dezembro de 1941. Destacou-se.

¹⁰⁰ *Apud* GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*. Trad. De Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 103.

¹⁰¹ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 239.

¹⁰² GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 174.

¹⁰³ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2 ed. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 71-2.

¹⁰⁴ AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 126.

contraste com o despojamento do réu de sua condição de pessoa – e não é demais recordar a condição de objeto que o investigado possuía na inquisição, somente superada na revolução francesa, quando o réu passa a ser sujeito de direitos. Remanesce forte a “ideia latina de uma confrontação com o sagrado”¹⁰⁵.

Esse dogmatismo referenciado na e reverenciado à figura do Estado, que no processo penal será personificado na pessoa do juiz, traz o culto ao chefe, condutor, pastor, pacificador, ser superior¹⁰⁶. Atribui-se ao juiz tais qualidades sobre-humanas que as exigências que se fazem quanto às condutas deles desumanizam. Magistrados cuja valorização vai se dar mais pela retidão moral e disposição para realizar a justiça do que pelas qualidades técnicas¹⁰⁷. Na cultura latina, busca-se Juízes-Héreis-Combatentes-do-Crime que sejam moralmente engajados na luta contra o mal. É dessa lógica que atualmente no Brasil as atuais representações do embate juiz vs. corrupção ou, de maneira mais ampla, juiz vs. criminalidade, que opõe aos transgressores da ordem não a sociedade representada pelo Ministério Público, mas o juiz amparado no e protetor do bem contido na lei – lei que ele mesmo deverá adequar como quiser para punir os criminosos. A legitimação, por consequência, depende mais da pessoa do juiz do que da adequação de seu trabalho à Constituição, aos Tratados Internacionais sobre direitos humanos ou à legislação. O juiz, no papel de guardião da moral pública¹⁰⁸, passa a ser autorreferencial no seu mister de erradicar o crime.

A atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal, concebido como instrumento da jurisdição é o que alça o juiz a uma posição de superioridade com relação às partes¹⁰⁹ e embasa toda a narrativa constitucionalmente dissonante de que cabe ao juiz prevenir o crime, realizar a justiça e combater criminosos *a posteriori* a partir dos processos que sentenciam no fórum. Nesse sentido, não apenas o imaginário social está impregnado dessa imagem e a legislação atribui poderes ao juiz que não são compatíveis com a democracia e o sistema acusatório derivados da ordem constitucional, como “existe

¹⁰⁵ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 170.

¹⁰⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015, p. 148.

¹⁰⁷ GARAPON, Antoine. Obra citada, p. 165-6.

¹⁰⁸ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. 2 ed. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 55.

¹⁰⁹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*. Maringá, v. 15, n. 2, p. 379-398, jul./dez. 2015, p. 394.

toda uma linha de pensamento teórico centrada nessa proposta. Para essa base teórica, o processo se volta para sua instrumentalidade, como meio de pacificação social”¹¹⁰.

Ao tratar o processo penal como instrumento à disposição do julgador na sua busca pela verdade como arma de combate ao crime, descarta-se o elemento autoritário e a própria característica potestativa que compõe a dualidade apresentada por FOUCAULT. Paradoxalmente, é negando o elemento “poder” do processo penal, atribuindo-lhe apenas um “saber”, que se exacerba a própria potestade punitiva em termos autoritários. Assim, o processo penal deixa de ser voltado à consolidação do Estado Democrático de Direito, abandona sua função de espaço destinado à construção legítima de um ato de poder. Torna-se permeável à infiltração de concepções, visões de mundo, sentimentos próprios do julgador, pessoa que, encarnando uma moral pretensamente pública e em nome de busca da verdade, conduzirá o processo em defesa da sociedade, sem quaisquer limites normativos e sob retórica vazia de conteúdo harmonizável com a Constituição da República e com tratados internacionais sobre direitos humanos, mas detentora de proselitismo em (nome do sedutor argumento de) defesa da sociedade.

A crítica que se pode fazer a uma tal apropriação do espaço processual transcende o maniqueísmo ingênuo que substitui os limites normativos por concepções de natureza moral, como honestidade, confiança, e em que boas intenções, condutas morais adequadas, seriam suficientes sobrepor-se aos parâmetros jurídicos na busca de realização dos escopos sociais. Não se trata de desconfiar ou confiar em juízes, atribuindo-lhes as melhores intenções e características morais ou, ao reverso, imputar-lhes o sadismo e uma personalidade tirânica. Se assim fosse, “isolaríamos as práticas perversas num tempo e espaço precisos, particularmente sob sujeitos portadores de um mal, simplesmente cegando a estrutura tirânica que subjaz e pode espreitar permanentemente o corpo social”¹¹¹, e estaríamos ainda ao nível da premissa inquisitória, que transfere o que deveria ser encarado como problema da estruturação institucional para as qualidades e defeitos morais dos indivíduos.

O ponto nevrálgico do debate encontra-se em outra parte e a questão que ele coloca talvez possa ser reputada mais simples do que a fulanização decorrente do enfoque nas virtudes morais do juiz. Mais do que tratar de indivíduos, trata-se da construção de

¹¹⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 7.

¹¹¹ AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 122-3.

uma estrutura democrática, trata-se de compreender o projeto constitucional que foi colocado em 1988, validá-lo e torná-lo efetivo no âmbito do processo penal, conferindo normatividade à Constituição da República¹¹². O processo penal deve ser um processo de partes e disso decorre que a questão sensível é a demarcação dos papéis que cabem a cada uma dessas partes. Como salientado por Antônio Augusto Jobim do AMARAL, “a *posição do juiz* é o ponto sensível do *imbróglio*, pois a ele, num processo acusatório, corresponde aquela de um *juiz-espectador*, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais *sábio* que *experto*”¹¹³. O processo penal, no Estado Democrático de Direito, deve servir como instrumento de democracia modulado pelos direitos humanos. Seus institutos, princípios e regras devem ser modulados, aplicados e interpretados visando a participação dos possíveis afetados pela decisão e a máxima eficácia dos direitos fundamentais. Com isso em mente, no próximo capítulo será realizado o estudo do que deve ser o processo penal no marco de um modelo democrático compatível com a Constituição da República.

¹¹² GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77.

¹¹³ AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 181.

2. A PARTICIPAÇÃO EM CONTRADITÓRIO COMO BASE DE UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Como decifrar pictogramas de há dez mil anos / se
nem sei decifrar / minha escrita interior?
Interrogo signos dúbios / e suas variações
caleidoscópicas / a cada segundo de observação.
A verdade essencial / é o desconhecido que me
habita / e a cada amanhecer me dá um soco.
Por ele sou também observado / com ironia,
desprezo, incompreensão. / E assim vivemos, se ao
confronto se chama viver, / unidos,
impossibilitados de desligamento, / acomodados,
adversos, / roídos de infernal curiosidade.
(Carlos Drummond de Andrade – O Outro)

Em pesquisa realizada com cerca de 20.000 pessoas em 18 países da América Latina, a ONG Latinobarómetro concluiu que o número de insatisfeitos com a democracia no subcontinente subiu de 51% para 71% entre 2017 e 2018. De todos os países pesquisados, o Brasil foi aquele em que a população apresentou o nível mais baixo de satisfação com a democracia, apenas 9%, o que representa também a menor percentagem da série histórica, iniciada em 1995. Além disso, o apoio à democracia chegou a apenas 34%¹¹⁴, segundo patamar mais baixo desde que a pesquisa começou a ser feita. O grau de descrédito e a insatisfação com a democracia no país apontados pela pesquisa não deixam de ser sintomáticos tanto de uma falha na consolidação do regime democrático quanto de um déficit na percepção geral do que seja democracia.

Sem ignorar os diversos entraves socioeconômicos ao avanço de práticas democráticas no Brasil, os quais possuem raízes históricas e sociológicas¹¹⁵, a abordagem

¹¹⁴ LATINOBARÓMETRO. *Informe 2018*. Santiago: 2018, p. 34-8. Disponível em: < <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp> >. Acesso em 15 nov. 2018. A assertiva feita para apurar o apoio à democracia foi “A democracia é preferível a qualquer outra forma de governo”. Os entrevistados deveriam, então, afirmar se concordam ou não com essa afirmação.

¹¹⁵ Quanto a essas matrizes histórico-sociais, Jessé SOUZA afirma que “*nosso atraso real foi nunca ter realizado os aprendizados sociais e políticos que conduziram em outros lugares a sociedades mais justas e igualitárias*” (SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, versão e-book Kindle, pos. 3415.) . Partindo da visão de uma sociedade dividida entre cidadãos e subcidadãos (a “ralé”, no termo por ele empregado), o sociólogo relaciona a subcidadania de massa que se espalha pelo Brasil e por outros países periféricos à modernização tardia, que aconteceu de forma exógena pela cópia de modelos econômicos estrangeiros introduzidos de forma descontextualizada por não ser acompanhada no aspecto social do compartilhamento de crenças quanto ao valor de indivíduos e de grupos sociais inteiros. Em outras palavras, não foi realizada a inserção da maioria dos indivíduos na mitologia que deveria ser universalmente compartilhada e que daria a cada pessoa seu lugar econômico-social, possibilitando uma cidadania plena. A transição das formas de poder pessoal senhor-escravo para as formas impessoais do Estado Moderno, acontecida tardiamente em finais do século XIX e início do século XX, não revogou o alijamento econômico-social dos descendentes de escravos e até

que se fará neste capítulo se restringirá à compreensão dos requisitos para legitimação democrática no processo penal com base nos postulados para o exercício do poder contidos na Constituição da República de 1988. Será dado especial foco à conceituação do contraditório e à sua relação com o dever de fundamentação das sentenças. Cingindo-se ao âmbito jurídico, o intuito é evitar a tentação de se atribuir os já referidos escopos metajurídicos ao processo, finalidades que, por mais nobres que sejam, abrem espaço ao aviltamento da democracia pela indevida instrumentalização do processo penal¹¹⁶. Se o aperfeiçoamento democrático possui duas dimensões, a de geração de condições sociais igualitárias e a de aumento dos instrumentos de participação¹¹⁷, cabe estabelecer no âmbito do processo penal a consolidação da participação dos possíveis afetados (réus) no ato de poder, sem pretender, a partir dele, resolver todos os problemas da democracia. Inicia-se essa exposição, portanto, explanando o núcleo da democracia, contido num sentido de participação, para estabelecer sua relação com o processo.

de boa parte daqueles que eram libertos na ordem colonial e imperial, mas pobres e dependentes do senhor de terras tal como os escravos. Eram esses, enfim, os formadores da ralé, uma multidão de indivíduos fungíveis e dispensáveis economicamente. Nessas circunstâncias, tornou-se habitual uma organização social que não conferia – e não confere em boa medida – a dignidade de cidadão a uma grande massa populacional. Mais grave, introjetou-se essa postura diferenciadora, que se naturalizou. O problema é que, nas palavras do sociólogo, “*é essa dignidade, efetivamente compartilhada por classes que lograram homogeneizar a economia emocional de todos os seus membros numa medida significativa, que me parece ser o fundamento profundo do reconhecimento social infra e ultrajurídico, o qual, por sua vez, permite a eficácia social da regra jurídica da igualdade, e, portanto, da noção moderna de cidadania. É essa dimensão da dignidade compartilhada, no sentido não jurídico de ‘levar o outro em consideração’, e que Taylor chama de respeito atitudinal, que tem de estar disseminada de forma efetiva numa sociedade para que possamos dizer que, nessa sociedade concreta, temos a dimensão jurídica da cidadania e da igualdade garantida pela lei. Para que haja eficácia legal da regra de igualdade, é necessário que a percepção da igualdade na dimensão da vida cotidiana esteja efetivamente internalizada.*” (SOUZA, Jessé. Obra citada, pos. 3008-3015.) Assim, se são corretas, por um lado, a afirmação de Giorgio Agamben de que o “*totalitarismo moderno pode ser definido (...) como a instauração (...) de uma guerra civil legal que permite a eliminação não só de adversários políticos, mas de categorias inteiras de cidadãos*” (AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13.), e por outro lado a lição de Alexis de Tocqueville – lembrada por Antoine Garapon – de que “*a democracia tanto é uma organização política quanto uma sociedade que coloca a igualdade de condições em seu âmago*” (apud GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2 ed. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 27), é na contraposição diametral entre democracia e totalitarismo que podemos perceber como o regime democrático brasileiro foi forjado em uma sociedade desigual e, mesmo hoje, é ainda incipiente. Há ainda “pouca democracia” ou uma “quase democracia”, na medida em que se garante o voto por um lado e por outro se excluem grandes contingentes populacionais do exercício de direitos humanos básicos, de direitos fundamentais.

¹¹⁶ Quanto à instrumentalização do processo penal para a estabilização de expectativas sociais, com especial enfoque no escopo do processo como meio de combate à corrupção, confira-se: MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

¹¹⁷ BINDER, Alberto M. Entre democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. *Nuevo Foro Penal*. Medellín, n. 64, p. 36-60, abr. 2003, p. 51. Tradução livre. No original: “la idea de profundización de la democracia tiene dos dimensiones paralelas: el aumento de los instrumentos de participación y la generación de condiciones sociales igualitarias.”

2.1. Democracia como participação

Sem perder de vista a historicidade de conceitos como democracia e Estado de Direito¹¹⁸, note-se que a pergunta realizada na citada pesquisa da ONG Latinobarómetro restringe a democracia à “forma de governo”, conforme seus próprios termos. É feito um recorte na formulação atinente a seu aspecto político-eleitoral. Conquanto justificável no contexto de que o objeto de interesse da pesquisa seja a democracia como sufrágio, a democracia na política, a resposta induzida por esse estreito contorno pode ser associada a uma nada irrelevante limitação conceitual. Essa presumida obviedade do que seja democracia se apresenta diuturnamente em movimentos como a convocação do povo para comparecimento às urnas, como se o sentido do conceito fosse de tal forma circunscrito e unívoco¹¹⁹. Na banalizada e infame expressão “festa da democracia” é denunciado o caráter redutor de uma concepção que não apenas se limita ao voto e à eleição dos governantes, como transfigura a democracia de exercício constante e múltimodo em festa ritual.

Não se pretende afastar a importância do voto para uma democracia, mas reforçar que atualmente não é possível circunscrevê-la à eleição formal do governo e à participação pelo sufrágio¹²⁰. Ao menos desde o segundo pós-guerra, a superação das noções de Estado Liberal de Direito e de Estado Social de Direito se deu justamente pela inserção do elemento “democrático” na caracterização do que foi denominado Estado Democrático de Direito. Se os direitos políticos básicos, a participação pelo voto e a eleição dos governantes, já estavam inseridos nas tradicionais concepções de Estado de Direito desde o século XIX¹²¹, o termo “democrático” apostado a este “Estado de Direito” tem que se referir a algo mais do que a participação pelo sufrágio. Do contrário não se alteraria nada no conceito, seria mais do mesmo.

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 125.

¹¹⁹ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 142.

¹²⁰ PINTO, Felipe Martins. Obra citada, p. 143.

¹²¹ Para fins deste trabalho, o que importa notar neste ponto é que a indispensabilidade das eleições para a democracia já estava assentada desde o século XIX, num movimento histórico que teve início no iluminismo e é bem resumido no slogan de protesto americano “no taxation without representation”. Rafael Barretto irá ressaltar que historicamente os direitos políticos pertencem à primeira geração de direitos fundamentais e representam conquistas das revoluções liberais. (BARRETTO, Rafael. *Direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital ePub, pos. 25/144.) Não se olvide, porém, que a universalização do direito de voto percorreu um longo caminho em boa parte do mundo. No Brasil, por exemplo, somente no Código Eleitoral de 1932 foi introduzido o voto feminino, enquanto o voto censitário permaneceu ainda na Constituição de 1934 ao se excluírem os mendigos do sufrágio. (SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 350-3.)

A restrição da democracia a termos formais é um retorno ao marco teórico liberal do século XIX. À noção de Estado de Direito então vigente bastava a limitação do poder do Estado pela legislação. Impunha-se uma ordem jurídica igualitária de cunho formal em que eram privilegiadas as liberdades negativas – em outras palavras, em que eram cobradas abstenções do Estado¹²². O que resume o Estado de Direito em sua formulação clássica é o ideal de controle dos poderes públicos e de submissão do soberano ao império da lei, no sentido de que o Estado está autorizado a agir apenas nos termos da legislação (princípio da legalidade da administração)¹²³. Luigi FERRAJOLI, ressaltando o formalismo decorrente dessa concepção, identifica com o marco positivista a concepção clássica do Estado de Direito de que a validade de uma norma jurídica depende de sua correspondência aos critérios de produção segundo o ordenamento jurídico (legitimação interna)¹²⁴, o que ele denomina um Estado Legislativo de Direito.

A superação dessa concepção formalista no segundo pós-guerra foi fruto do aprendizado histórico adquirido a duras penas com as atrocidades dos regimes totalitários europeus dos anos 30 e 40. A experiência com as ditaduras do período entreguerras revelou que não basta o formal respeito às leis ou mesmo a outorga de alguns direitos sociais, há um conteúdo mínimo e universalizante de direitos humanos que se impõe ao Estado de Direito. Foi como reação à catástrofe humanitária, principalmente a do regime nazista, que o tema dos direitos humanos foi inserido na Carta da ONU e, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (também denominada “Declaração de Paris”) foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas¹²⁵.

O Estado de Direito aparece, então, sob a formulação de Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional de Direito). CANOTILHO adverte que

se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual “todo o poder vem do povo” assegura e garante o direito

¹²² STRECK, Lenio L.; MORAIS, José L. B. de. Comentário ao artigo 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, versão digital, pos. 214-216/5554.

¹²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 96-7.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 285-296.

¹²⁵ RAMOS, André Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, versão digital, pos. 46/629.

à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.¹²⁶

No pós-guerra, após a catástrofe humanitária que o formalismo não foi capaz de evitar, passa-se a exigir o respeito aos direitos humanos, por um lado, e a legitimação democrática para o exercício do poder pelo Estado em todas as esferas em que ele se manifesta, por outro. Não basta mais a adequação formal à lei, expressão da vontade do povo. A legitimação se dá pela participação efetiva na construção dos atos de poder e, ademais, exige a modulação pelos direitos humanos, que os atos não poderão mais infringir.

Isso significa *superar a confusão entre democracia e maioria*. A democracia pode e deve, sim, utilizar-se de esquemas majoritários para a produção de decisões, como ocorre, por exemplo, nas eleições de governantes, nas votações legislativas etc. Todavia, *a democracia não se resume à esquemas majoritários*, à vontade da maioria. “Se todo o poder emana do povo, cada indivíduo constitutivo desse povo é um sujeito igual em direitos e deveres, surgindo daí o princípio da *igualdade* como consequência lógica da democracia”¹²⁷. O termo povo, portanto, não pode significar uma abstração retórica utilizada para supressão de direitos fundamentais do indivíduo em prol da alegada vontade geral, da maioria ou para atender ao clamor popular. Simplificar a democracia como maioria é o retorno a concepções sufragistas que, como já se disse, deram margem às tragédias humanitárias do período entreguerras.

Democracia é democracia participativa, é participação dos possíveis afetados pelo ato de poder.

Essa exigência remonta à percepção de que o ser humano se realiza no diálogo. Nos realizamos na linguagem que é, afinal, um colocar-se no mundo, colocar-se em contato com os demais sujeitos. O diálogo pressupõe um outro indivíduo dialogante, e sua plenitude exige o reconhecimento do outro como igual, o que implica enxergar esse outro não apenas como *alter*, mas como *alter ego*, um *outro eu*¹²⁸. Por conseguinte, enxergar na participação o fundamento da democracia é atinar não apenas para a

¹²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100.

¹²⁷ NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, ano 24, vol. 119, p. 75-101, mar./abr. 2016, p. 76-7.

¹²⁸ NEVES, António Brito. Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional. *O Direito*. Ano 144º, n. 3, 2012, p. 680.

igualdade imprescindível a qualquer estrutura democrática, mas para o reconhecimento de que cada pessoa possui o direito à autonomia, à autodeterminação, possui o direito de não ser alijado das decisões que repercutem sobre sua própria vida. Ver na participação o fundamento da democracia é o que possibilita responder a uma demanda de fundo no reconhecimento da capacidade de todos de serem sujeitos autônomos, afinal “ser verdadeiramente pessoa não é condição garantida, à partida, ao indivíduo, é antes uma possibilidade (vocação) ontológica e (...) uma tarefa existencial”¹²⁹.

Assim, o Estado Democrático de Direito é estruturado sobre uma linha tênue de modo que, por um lado, permita a participação dos cidadãos nas decisões que lhes afetam, de que provém a legitimidade democrática, e, por outro lado, garanta o respeito aos direitos básicos para o reconhecimento do *status* de pessoa, do que provém a modulação da democracia pelos direitos humanos, particularmente na proteção do indivíduo em face do Estado.

Essa estruturação é pensada a partir da necessária contenção do poder pela sua diluição em várias instituições que sirvam uma de forma de controle às outras, raiz da doutrina dos *checks and balances*. Essas instituições, porém, não devem ser autorreferenciais, mas devem prestar contas e estar submetidas ao controle dos cidadãos, destinatários e detentores supremos do poder.

A classificação de um sistema político como democrático constitucional depende da existência ou carência de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder político esteja distribuído entre os detentores do poder, e por meio dos quais os detentores do poder estejam submetidos ao controle dos destinatários do poder, constituídos em detentores supremos do poder. Sendo a natureza humana como é, não cabe esperar que o detentor ou os detentores do poder sejam capazes, por autolimitação voluntária, de livrar os destinatários do poder e a eles mesmo do trágico abuso de poder. Instituições para controlar o poder não nascem nem operam por si apenas, mas devem ser criadas ordenadamente e incorporadas conscientemente no processo do poder.¹³⁰

¹²⁹ NEVES, António Brito. Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional. *O Direito*. Ano 144, n. 3, 2012, p. 677.

¹³⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 149. Tradução livre. No original: “La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder. Siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder. Instituciones para controlar el poder no nacen ni operan por sí solas, sino que deberían ser creadas ordenadamente e incorporadas conscientemente en el proceso del poder.”

O governo democrático demanda que o povo possua sentido de participação¹³¹ e, como bem ressaltado por Karl LOEWENSTEIN, exige um desenho institucional que permita o efetivo exercício de controles do poder estatal por meio dessa participação popular. É a partir desse conceito de democracia como participação que o sistema judiciário e o processo penal devem ser pensados.

2.2. O lugar do processo penal na estrutura democrática brasileira

Focando no contexto brasileiro, a imposição de legitimidade democrática se apresenta em toda e qualquer atuação do Estado, não apenas para os poderes cujos membros são eleitos, pois o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”¹³².

No caso do Judiciário brasileiro pode-se afirmar que “a particularidade dos juízes não é estar fora do sistema, mas a ele estar ligado de uma maneira diferente dos outros”¹³³, pois os juízes não são eleitos pelo povo, não são escolhidos na forma majoritária. A colocação dos juízes em sua posição de poder não se funda no escrutínio popular, já que a seleção dos magistrados é técnica, por concurso. Assim, a possibilidade de legitimação dos provimentos jurisdicionais em face do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República, instituidor de uma democracia participativa, só pode decorrer da participação direta dos destinatários dos efeitos produzidos pela decisão¹³⁴.

Deve-se dar relevo ao fato de que, além do modo de seleção dos juízes, há um conjunto de normas constitucionais que regulam não apenas a autonomia e independência administrativa-financeira do Poder Judiciário, mas que inscrevem vedações e garantias singulares dos magistrados. Apenas citando-as e sem pormenorizar a análise de cada uma dessas vedações e garantias¹³⁵, pois foge aos objetivos desta dissertação, o que interessa

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro. El “formidable problema” del control judicial. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, n. 13, p. 61-104, jan./fev. 1998, p. 96.

¹³² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

¹³³ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2 ed. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 171-2. A constatação é feita no contexto francês, mas válida para o brasileiro e importante para reforçar que também do judiciário se demanda legitimação democrática.

¹³⁴ JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 227, p. 335-359, jan. 2014, p. 339.

¹³⁵ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de

é notar que elas são instituídas com vistas à imparcialidade dos membros do Judiciário no exercício da função jurisdicional, em face dos demais poderes e também contra indevidas influências da sociedade. Destarte, garantias “são instituídas em favor dos destinatários da justiça, não para privilegiar os magistrados”¹³⁶, sendo perfeitamente compreensível que também as vedações constitucionais aos magistrados sejam estabelecidas em favor dos cidadãos, não por mero capricho do constituinte.

Afirmar que essas garantias e deveres são voltadas ao cidadão faz sentido quando se compreende sua função em consonância com a legitimação democrática pela participação dos afetados. O julgador demanda garantias para que possa proferir suas decisões livre de pressões indevidas, quaisquer que sejam elas e de onde quer que provenham – dos demais Poderes instituídos no Estado ou da sociedade. Do contrário, corre-se o risco de que a decisão seja uma forma de arbítrio a pretexto de tutela da sociedade¹³⁷. A imparcialidade do magistrado é condição necessária para que a decisão seja democrática, no sentido de que o ato de poder seja um produto legítimo oriundo da participação dos possíveis afetados.

A estruturação dada ao Judiciário com o objetivo de blindá-lo de pressões externas indica que, no quadro institucional brasileiro, esse poder é exercido desde uma lógica que permita que a decisão seja contramajoritária sem maiores repercussões no seu prolator, pois não contempla uma forma majoritária na seleção dos juízes, além de as garantias outorgadas aos magistrados visarem que eles não se curvem às maiorias, sejam maiorias circunstanciais ou não. E, conforme já se afirmou, isso não necessariamente significa que a decisão seja antidemocrática, pois democracia não é sinônimo de maioria.

Todavia, “contramajoritário” também não é sinônimo de “democrático”, pois como se viu democracia implica participação, não contramajoritariedade. Para além da forma de seleção dos magistrados, de suas garantias e vedações, é preciso que a forma de

subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

¹³⁶ NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.) *Tratado de direito constitucional*: volume 1. 2. ed. São Paulo, Saraiva: 2012, versão digital epub, pos. 1386/1528.

¹³⁷ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 175.

exercício do poder no âmbito do Judiciário garanta a participação dos afetados para que se possa dizer que há legitimidade democrática. Colocando em termos claros: *o processo deve garantir que os atos de poder do Judiciário sejam proferidos com a participação dos possíveis afetados por esses atos*. O processo deve ser arquitetado de maneira que outorgue às partes a efetiva construção do ato de poder. Caso contrário, considerando o modo de escolha dos membros do Judiciário e as garantias de que gozam, o processo se torna o “feudo soberano do juiz”¹³⁸ e o próprio juiz, sobre o qual não se possui qualquer controle, vê-se verdadeiro *fuhrer* do processo, na expressão de Rubens CASARA¹³⁹.

A centralidade do processo na possibilidade de um exercício de poder democrático é tamanha que Rui Cunha MARTINS afirma que o processo é o microcosmo do Estado de Direito¹⁴⁰. Para o professor de Coimbra, processo e Estado de Direito se influenciam reciprocamente enquanto componentes de uma circularidade sistêmica, em que o sistema processual se insere no judiciário e este no constitucional.

A alteração do que se entende por Estado de Direito implica em mudanças no processo, porque ele precisa atender ao propósito de correspondência que lhe é imposto. Quando o Estado de Direito passa a Estado *Democrático* de Direito, a inserção do elemento democrático traz algo novo para a relação entre processo e Estado de Direito. Se se elege esse novo componente como princípio unificador, como o faz Rui Cunha MARTINS, ele se torna o parâmetro para aferir a adequação entre Estado de Direito e processo. Portanto, a questão que se colocará daí em diante é a da *conformidade democrática* das práticas processuais penais, institutos jurídico-processuais, decisões etc.

Como o parâmetro de adequação do processo ao sistema constitucional é a democracia participativa, pode-se compreender porque a afirmação de que o processo é um “instrumento a serviço da paz social”¹⁴¹ não pode ser aceita no marco que aqui se propõe, pois o referencial do processo penal não é uma cláusula aberta como a “paz social”. O mesmo se aplica às noções de que o processo serve como instrumento para aplicar o direito penal¹⁴². O referencial do processo não é o direito penal, o processo não existe para a aplicação da pena e para a tutela de bens jurídicos. Portanto,

¹³⁸ ROSA, Alexandre de Moraes; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático*: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 85-6.

¹³⁹ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 283.

¹⁴⁰ MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 02-10.

¹⁴¹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 50.

¹⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*: volume I. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49. No mesmo sentido: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual*

não há como buscar fundamentação constitucional para o processo sem abandonar a matriz da relação jurídica e a lógica da instrumentalidade. A conhecida técnica processual que confere primazia ao juízo na relação jurídica e transforma o processo em instrumento por meio do qual ele decide, solitariamente, conforme sua convicção pessoal, não se enquadra na realidade democrática.¹⁴³

É por isso também refutada a interpretação dada por Eugênio Pacelli de OLIVEIRA à instrumentalidade do processo em vista do Estado Democrático de Direito, por que, apesar da instrumentalidade pretensamente voltada à democracia, o autor se envereda por um caminho de justificação da tutela penal e à inafastável “tarefa de definição de critérios mínimos de interpretação constitucional que leve em consideração a aludida tutela penal, (...) necessária à afirmação daqueles direitos (fundamentais) contra ações especialmente gravosas.”¹⁴⁴. Desconsiderando que o processo penal somente pode afetar os direitos humanos de uma parte – o acusado – acaba por desnaturar as imbricações entre processo penal, direito constitucional e direitos humanos, abrindo margem à restrição a direitos fundamentais do acusado a pretexto de tutelar bens jurídicos pela intervenção penal (bens já afetados, diga-se, haja vista que o crime é sempre passado), o que dá margem à expansão de espaços de arbitrariedade.

O processo penal não pode servir apenas como forma de exercício de um poder, mas deve conduzir a um poder exercido democraticamente. Não é demais lembrar que mesmo em regimes autoritários o Poder Judiciário pode desempenhar funções “legitimadoras”, no sentido de dar ares de democracia ao que na prática é puramente autoritário. Particularmente quanto à esfera penal, duas das funções primárias que o judiciário pode assumir em regimes autoritários é possibilitar um controle social mais efetivo e emprestar legitimidade a regimes autoritários¹⁴⁵. O risco autoritário ratifica a

penal. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2013, p. 33-35. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.

¹⁴³ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 43-55, 2016, p. 48-9.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32-3. O autor utiliza o princípio da proporcionalidade em sua formulação, e quanto à aplicação deste princípio no direito processual penal cf. PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

¹⁴⁵ Segundo Tom Ginsburg e Tamir Moustafa, são cinco as funções primárias que podem ser desempenhadas por cortes em um sistema autoritário: exercer o controle social; reforçar da legitimidade do sistema (dando-lhe base jurídica); fortalecer a obediência dos agentes administrativos ao regime e resolver disputas internas entre facções do próprio grupo dominante; facilitar a entrada de investimentos; implementar políticas controversas sem que seja necessária a intervenção do núcleo principal do regime. (GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. The functions of courts in authoritarian politics. In:

imprescindibilidade de dispensar a devida atenção às permeabilidades da democracia para as infiltrações de práticas autoritárias.

Assim, para que esteja em conformidade com a Constituição da República, voltado ao exercício de poder democraticamente legítimo, o processo penal deve ser estudado, compreendido, teorizado e estruturado a partir da necessidade de permitir a participação dos afetados pela decisão. No processo penal, a participação dos possíveis afetados se dará em e será garantida pelo princípio contraditório: processo será o procedimento realizado em contraditório.

2.3. Princípio do contraditório como fundamento da democracia no processo

As profundas implicações entre as ideias de democracia, participação e processo podem ser percebidas a partir da teoria de Elio FAZZALARI, que impôs uma revisão conceitual do processo alicerçado não apenas na reintegração do contraditório como elemento central, mas também na reformulação da própria noção de contraditório para que satisfizesse às exigências impostas pelo novo protagonismo que lhe foi conferido. Nesse sentido, ao definir o processo como “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”¹⁴⁶, a teoria do professor italiano tem especial relevo por permitir que a atribuição de um elemento deontológico ao conceito de processo compatível com a exigência democrática de participação dos possíveis afetados pelo provimento. Em outras palavras, *com a centralidade atribuída à noção de contraditório, levou-se a democracia*

GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. (Orgs.) *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1-22.)

¹⁴⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-9. Antes da formulação teórica de Elio Fazzalari, era dominante (como ainda pode-se afirmar que o é, no Brasil) a conceituação do “processo como a relação jurídica” entre juiz, autor e réu, procedente de Oskar von Bülow e com inspiração na fórmula medieval de Búlgaro “*judicium est actum trium personarum*”. Nessa concepção publicista, que teve o grande mérito de ser um marco na autonomia do direito processual em relação ao direito material, o processo era visto como um instrumento da jurisdição e o procedimento era conceituado como as sequências de atos concretamente previstos no ordenamento jurídico, donde se pode afirmar que os procedimentos eram espécies do gênero processo. Para uma análise crítica dos problemas suscitados por essa concepção, cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 70-101. Especificamente no que tange à natureza jurídica do processo penal, cf. PINTO, Felipe Martins. *A natureza jurídica do processo penal: o processo como espécie de procedimento realizada em contraditório entre as partes*. 2004. Dissertação (Mestrado em Ciências Penais) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte.

para dentro do processo, e somente será processo o procedimento que permitir a participação dos afetados.

Ademais, FAZZALARI deslocou a perspectiva de análise da jurisdição (com centralidade na figura do juiz) para o processo (o espaço procedimental de debate em contraditório)¹⁴⁷, e se pode afirmar que sua teoria “se adequa ao Estado Democrático de Direito, uma vez que ela é compreendida no papel desempenhado pelas partes, através do contraditório”¹⁴⁸.

O professor italiano parte da distinção entre processo e procedimento, invertendo a relação conceitual que imperava até o momento¹⁴⁹: se concebia o procedimento como espécie do gênero processo e FAZZALARI sustenta que o processo é uma espécie do gênero procedimento.

O procedimento é “uma sequência de ‘atos’, os quais são previstos e valorados pelas normas”¹⁵⁰. Dessume-se então que “o procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento”¹⁵¹. A multiplicidade de atos e sua distribuição ao longo de um tempo mais ou menos longo é uma característica do procedimento que, ademais, possui uma ordem de sucessão para o seu desenvolvimento. Um amontoado aleatório de atos imprevistos não é um procedimento, tampouco a prática de um ato isolado que não esteja normativamente ligado a outros precedentes e subsequentes.

A importância do hígido cumprimento da sequência de atos na teoria em questão não pode deixar de ser compreendida em toda sua extensão. O ato final, denominado provimento, tem sua validade e sua eficácia condicionados ao correto desenvolvimento do procedimento¹⁵². A validade do ato final exige a validade de todos os atos anteriores, assim como a validade de cada ato específico do procedimento requer o correto desenvolvimento da atividade prevista pela norma anterior e é requisito para a validade do ato valorado pela norma subsequente. Assim, se um ato da cadeia é desenvolvido em

¹⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 68.

¹⁴⁸ BRÊTAS C. Dias, Ronaldo; FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro, ano 4, vol. 5, p. 228-260, jan./jun. 2010, p. 236.

¹⁴⁹ Aroldo Plínio Gonçalves ressalta que “a renovação do conceito de procedimento já vinha despontando na doutrina do processo, mas de um modo incompleto, indiferenciado, ou ainda bastante informe, com várias questões não resolvidas ou resolvidas de forma insatisfatória”. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 103.)

¹⁵⁰ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 114.

¹⁵¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Obra citada, p. 108.

¹⁵² GONÇALVES, Aroldo Plínio. Obra citada, p. 109-110.

desacordo com a norma que o regula, maculará todos os atos seguintes, de forma que “o procedimento é mais que uma mera sequência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto”¹⁵³.

A nota distintiva do processo com relação a outras espécies de procedimento será, como já se adiantou, o contraditório. Isso significa que se poderá afirmar a existência de processo sempre que a atividade preparatória do provimento for realizada em contraditório entre os interessados no ato, entendido o contraditório essencialmente como participação em simétrica paridade¹⁵⁴. Toda e qualquer vez em que houver processo, aí também haverá a participação dos interessados em contraditório; do contrário, se falta esse tipo especial de participação, não haverá processo.

Asseverando que “a participação dos sujeitos no processo, enquanto prováveis destinatários da eficácia do ato emanado, constitui, como se verá, a sua ‘legitimação para agir’”¹⁵⁵, FAZZALARI não apenas define o conceito de interessado e a condição de legitimação para agir, como toca na função central do processo: permitir que os possíveis destinatários da eficácia do ato *participem*, tomem *parte* na construção desse mesmo ato. O processo em contraditório é um *processo de partes* e instrumento de democracia, não um *processo do juiz* encarado como mero instrumento da jurisdição, porque o que o diferencia de outros procedimentos é exatamente a composição do ato final por uma atividade conjunta dos seus destinatários, as partes, os possíveis afetados pela decisão. O essencial na conceituação do processo é a atividade das partes, o contraditório, que Antônio CRISTIANI alça a “coluna de sustentação de todo o edifício processual”¹⁵⁶.

O foco no contraditório não significa que o juiz tenha um papel desimportante. Enunciador da sentença, sujeito que tem a titularidade do ato final, o juiz atuará no processo, indubitavelmente, porém sem fazê-lo nas mesmas condições dos possíveis afetados. O juiz não atua como contraditor¹⁵⁷. Não é *parte* e, ao reverso, se demanda dele que seja terceiro *imparcial*¹⁵⁸. Sua atividade se dará durante o processo com vistas à

¹⁵³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 111.

¹⁵⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Obra citada, p. 111.

¹⁵⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 122.

¹⁵⁶ Apud PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 160.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Obra citada, p. 120.

¹⁵⁸ Giuseppe Bettiol e Rodolfo Bettiol destacam que a terceiridade do juiz é algo mais que a mera imparcialidade: “Lembramos a respeito que esta qualidade não deve ser confundida com a genérica imparcialidade, isto é, independência do Juiz de outros poderes ou de outros magistrados, ou sua serenidade de ânimo. A terceiridade expressa, ao contrário, a posição de um arbitrador do juiz com respeito a uma

efetivação do contraditório, para que a decisão prolatada seja efetivamente resultado da atuação das partes – e esta última imposição, como se verá, tem repercussões importantíssimas no conteúdo exigido para satisfação do dever de motivação do provimento.

Ademais, a observância do contraditório em todo o procedimento é imprescindível, nem se pode olvidar que o provimento faz parte, ele mesmo, do processo¹⁵⁹. Se faz necessário que o contraditório seja pleno e efetivo, que todos os atos do procedimento sejam marcados pelo contraditório e que a estruturação do procedimento seja direcionada à concretização do contraditório. Como “o objeto do contraditório refere-se à admissibilidade dos atos processuais, ou seja, à licitude, à utilidade e ao cabimento de cada um dos atos processuais que compõem a estrutura procedimental denominada processo”¹⁶⁰, importará fazer com que ele deixe “de ser mero atributo do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais”¹⁶¹. O contraditório, portanto, é princípio constitutivo do processo.

2.3.1. O conceito clássico de contraditório formal e sua insuficiência para conformação de um processo de partes

A necessidade de que o contraditório seja princípio constitutivo do processo, distinguindo-o de outros procedimentos, traz consequências para sua elaboração teórica. Como se afirmou, para além do mérito de colocar a centralidade do contraditório no conceito de processo, a teoria de FAZZALARI ainda contribuiu enormemente por não

lide conduzida pelas partes” (apud AMARAL, Augusto Jobim do. A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 135.) Quer se chame terçoireidade ou imparcialidade (em um sentido que transcende a mera independência), o importante é reter o conteúdo do que se pretende expressar: que o juiz seja *alheio aos interesses em causa*, porque é independente (por isso as garantias e deveres da magistratura, previstos constitucionalmente), porque é subjetivamente imparcial (donde as regras de impedimento e de suspeição previstos na legislação processual) e porque é objetivamente imparcial (em relação aos fatos objeto do juízo, ou seja, vedação ao conhecimento *privado* do juiz e proscrição de seu contato anterior com os fatos para que não seja vítima de pré-julgamentos). Particularmente quanto a este último aspecto, da imparcialidade objetiva, ainda pouco desenvolvido no Brasil, cf. UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Application no. 8692/79: Case of Piersack v. Belgium. Presidente: Gerard Wiarda. Decisão 01 out. 1982. Disponível em: <[http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/Piersack%20v.%20Belgium%20\[1%20Oct%201982\].pdf](http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/Piersack%20v.%20Belgium%20[1%20Oct%201982].pdf)>.

¹⁵⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 33.

¹⁶⁰ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 160-164.

¹⁶¹ CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 88.

prescindir da reformulação do próprio contraditório, cuja concepção clássica mostrava-se insuficiente ao cumprimento da nova função assumida.

Quando da elaboração da teoria do processo como procedimento em contraditório, o princípio possuía uma conceituação um tanto quanto simplória. Sua construção clássica “se deu à luz de uma visão estática que o confundia simplesmente com a bilateralidade da audiência das partes durante a sucessão dos atos do processo”¹⁶². Sintetizado no brocardo latino *audiatur et altera pars* (a parte contrária deve ser ouvida), a concepção do contraditório abarcava somente o direito de cada um dos litigantes de ouvir e de ser ouvido¹⁶³, num esvaziamento formal que “encontrou terreno fértil no chamado processo liberal, dominante no século XIX, em que a filosofia do *laissez faire* destinava ao órgão judicial um papel puramente passivo”¹⁶⁴.

De fato, a caracterização formal (ou estática) do contraditório repousa suas origens no instituto do direito processual austríaco do *Parteiengehör*, ou direito de audiência do sujeito interessado¹⁶⁵. Aos interessados, o direito de integrar o processo deveria ser garantido em aspectos meramente formais. Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA destaca como Pimenta Bueno, em célebre obra, se debruçou apenas sobre a citação inicial para a causa, ato considerado não suprimível¹⁶⁶, numa abordagem bastante sintomática de como a ideia dominante à época reforçava o aspecto formalista do contraditório e da participação dos interessados, olvidando-se de outras repercussões no processo e na legitimação do ato final.

Nicola PICARDI¹⁶⁷ demonstra que a conceituação dada ao princípio no século XIX foi a culminância de um longo percurso em que se substituiu o *ordo iudiciarius* medieval pela lógica do processo em sentido moderno.

O *ordo iudiciarius* era baseado numa ordem isonômica em que o fundamento do procedimento “é representado pelo complexo de regras que hoje retomamos na fórmula ‘princípio do contraditório’, e que se constitui mais propriamente em uma metodologia

¹⁶² THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, v. 2, n. 1, p. 64-71, jan./jun. 2010, p. 69.

¹⁶³ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 157.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998, p. 9.

¹⁶⁵ JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 227, p. 335-359, jan. 2014, p. 340.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Obra citada, p. 9.

¹⁶⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127-143.

de investigação da verdade”¹⁶⁸. Nesse contexto, OLIVEIRA destaca que o método judiciário se embasava numa *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, ou seja, num jogo dialético em que “era intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário”¹⁶⁹.

Segundo PICARDI, no que é acompanhado por OLIVEIRA, a dialeticidade característica desse sistema apoia-se na concepção de verdade *provável*, uma ideia que irá se opor ao fundamento da verdade a partir da Idade Moderna, esta resultante da distinção sujeito-objeto e da pressuposição da capacidade do sujeito de apreender por si a realidade objetiva. Assim,

no novo contexto, verificava-se contudo, uma instintiva desconfiança em relação à controvérsia, ao diálogo e à prova testemunhal. Neste período, em verdade, andava-se afirmando uma “*lógica não dialógica do diálogo*” que marca “*a passagem da arte do diálogo à arte da razão*”.

Efetivamente, com o jusnaturalismo moderno já se evidencia uma linha de decadência do princípio do contraditório. Abandonada a metodologia dialética da investigação, o contraditório tendia então a se resolver em uma mecânica contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças. Iniciava assim o processo de formalização e de transcrição do diálogo em termo de direitos e obrigações. À concepção clássica de verdade “*provável*” sucedia-se a confiança na existência de uma verdade objetiva, absoluta, pré-constituída. Outro problema era, depois, o de identificar – com base em postulados epistemológicos, respectivamente, empirísticos ou racionalísticos – tal verdade com a verdade “*material*” ou com a “*formal*”. Seja como for, tinha-se que tais verdades poderiam ser alcançadas mesmo sem o contraditório. Correlativamente, nesta época, delineava-se a tendência de desvalorizar a prova testemunhal e privilegiar o documento, a prova pré-constituída e a prova legal. O novo *ordo*, sob a direção do juiz, apresenta, de maneira definitiva, um caráter “*assimétrico*”, na medida em que fundamentalmente apoiado sob a autoridade, a hierarquia e a lógica burocrática. De resto, já Leibniz havia redimensionado a função do advogado, sustentando que o juiz é, de ofício, o advogado geral das partes.¹⁷⁰

É na consolidação de uma forma de enunciação de verdade bastante distinta (e pode-se ver aqui uma aproximação à lógica autoritária de enunciação da verdade de que se falou no capítulo 1 deste trabalho, inventada na inquisição), no estabelecimento de um

¹⁶⁸ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998, p. 8.

¹⁷⁰ PICARDI, Nicola. Obra citada, p. 136.

conceito de verdade com bases na filosofia da consciência da Idade Moderna¹⁷¹, que o contraditório regride da primazia que ocupava no *ordo iudiciarius* para sua caracterização formal enquanto direito de ouvir e de ser ouvido. Torna-se marginal no processo moderno.

Não se pode olvidar que esse modelo de processo e de enunciação da verdade eleva o papel do juiz, enquanto indivíduo dotado da razão, a um lugar privilegiado e solitário para a enunciação da sentença. Daí o solipsismo do juiz que decide conforme sua própria consciência¹⁷². Em contrapartida, reduz-se o papel das partes a meros colaboradores cuja efetiva intervenção não é considerada essencial para a legitimidade da decisão judicial. Sem perder de vista o marco de igualdade formal então predominante, não cabe ao juiz intervir na garantia de um contraditório efetivo, ao julgador é reservado “um papel puramente passivo, quase de mero árbitro do litígio, cuja principal função era apenas a de verificar e assegurar o atendimento às determinações formais do processo”¹⁷³. Como basta a presença do juiz que, com sua razão, decide de maneira considerada legítima, não há espaço para a reivindicação de um processo verdadeiramente de partes.

Sem ocupar o papel central na conceituação do processo, o contraditório passa a ser quase um acidente, mera formalidade cuja falta, na eloquente síntese de CARNELUTTI, “pode prejudicar, mas não prejudica em todos os casos o escopo do processo; o contraditório é um instrumento útil do processo, quando existem razões para contradizer, não as havendo, é um obstáculo”¹⁷⁴.

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. Como assim 'cada um analisa de acordo com seu convencimento'? *Consultor Jurídico*. São Paulo, 15 abr. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assis-cada-analisa-acordo-convencimento> >.

¹⁷² Lênio Luiz Streck adverte que “apesar da resistência encontrada nos defensores da decisão ‘conforme a consciência do juiz’, repercute na processualística brasileira – até aqui dominada pelo instrumentalismo – a necessidade de controle intersubjetivo das decisões.” (STRECK, Lênio Luiz. *Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. Sequência*. Florianópolis, n. 74, p. 115-136, dez. 2016, p. 117.) A necessidade de controle intersubjetivo e as repercussões para a concepção da decisão “conforme a consciência do juiz” serão abordadas abaixo, no capítulo 3.

¹⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998, p. 9.

¹⁷⁴ Apud PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140. Para se fazer justiça a Francesco Carnelutti, não se pode deixar de observar que o próprio a mudança de perspectiva do professor italiano, descrita nessa passagem de Picardi: “Escrevia o último Carnelutti: ‘nós havíamos estudado, com muita delicadeza, as relações jurídicas nas quais se entrelaçam os vários sujeitos do processo (...), mas as nossas ideias são muito menos claras no que se refere ao que seja julgar.’ É proposta, portanto, a questão: *quid este iudicium*. E se observa que ‘o processo não é outra coisa além de juízo e formação do juízo’. Vista em perspectiva, a sugestiva exortação ‘tornemos ao juízo’ representou um claro sinal do despertar do interesse do jurista para os mecanismos de formação do juízo e, antes de tudo, para o contraditório e a colaboração das partes na investigação da verdade.” (PICARDI, Nicola. *Obra citada*, p. 140-1).

Esse rebaixamento do contraditório possui, ainda, um efeito redutor em sua conceituação como princípio, pois “não está mais a indicar uma entidade pré-existente às normas processuais no qual estas deveriam ser inspiradas (...), mas sim o resultado de um procedimento de abstração, de diferenciação e de generalização das normas particulares ou de outros elementos compreendidos no sistema”¹⁷⁵. O contraditório, em vez de constituir e modular todo o processo, passa a ser por este constituído e modulado. Disso provém o espaço à conceituação meramente formal do princípio, pois o contraditório não modela o processo, é modelado pelo processo.

Assim, na confluência do conceito liberal de igualdade formal com o paradigma da filosofia da consciência e a concepção de processo como instrumento da jurisdição, abriu-se o espaço ao autoritarismo na decisão proferida em bases solipsistas pelo julgador, abertura decorrente da falta de percepção da centralidade do problema da efetiva participação dos possíveis destinatários na construção do ato de poder.

Assim, não obstante a inclusão do contraditório no processo penal tenha sinalizado um avanço que cumpriu a missão de impor a necessidade de informação e o reconhecimento formal do acusado como sujeito de direito, em oposição à tradição inquisitória que tratava-o como objeto de investigação e privava-o da condição de sujeito¹⁷⁶, a inserção desse princípio se fez em um marco teórico cuja falta de conteúdo próprio implicava na insuficiência do conceito para a posterior realização da tarefa de viabilizar a efetiva participação, que viria a ser exigida na democracia participativa.

2.3.2. A revisão do contraditório a partir da teoria de Elio Fazzalari

Por conta da insuficiência do conceito clássico de contraditório, na teoria de FAZZALARI esse princípio transcende o sentido de mera oitiva das partes¹⁷⁷ para significar não um requisito formal do processo, mas a imposição de um dever de proporcionar condições para que os contraditores sejam efetivamente construtores do ato final.

Se a problemática concepção de processo como relação jurídica, que implicava numa visão do processo como um instrumento da jurisdição, foi resolvida pelo professor

¹⁷⁵ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 136.

¹⁷⁶ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 151 e 157.

¹⁷⁷ PINTO, Felipe Martins. Obra citada, p. 160-164.

italiano através da introdução do contraditório na definição de conceitual de processo, a insuficiência do conceito de contraditório teve sua abordagem a partir da noção de simétrica paridade de armas: “a estrutura processual fica marcada pela posição de paridade dos interessados no contraditório, distinta da posição na qual se coloca o órgão público na fase em que – tendo conhecimento dos resultados do contraditório – executa o ato final”¹⁷⁸. Aroldo Plínio GONÇALVES ressalta que na teoria fazzalariana “o contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei”. Destarte, o autor mineiro conclui que “é essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo”¹⁷⁹.

Simétrica paridade de armas é mais que o mero cumprimento dos requisitos formais da lei. Significa que no âmbito estrutural do processo, devem ser garantidas todas as condições reais para que se aperfeiçoe e concretize o contraditório. Entretanto, isso não significa que distinções de índole individual devem ser levadas para dentro do processo, como se problema processual fossem e se tratasse de desconsiderar as desigualdades naturalmente existentes entre as pessoas¹⁸⁰. Fazê-lo seria desnaturar o contraditório: de princípio ancorado no respeito à liberdade e igualdade com vistas ao direito de participação na construção do ato de poder, a um instrumento de índole paternalista para satisfação de escopos que são alheios à legitimação democrática do processo.

Na teoria de Fazzalari, portanto, o contraditório é mais do que uma abstração formal das normas positivadas, é verdadeiro princípio estruturante do processo, fundador de um procedimento dialético. Essa dialeticidade pela participação em simétrica paridade de armas requer:

- (a) participação dos destinatários dos efeitos do ato final, em simétrica paridade de posições, na fase procedimental preparatória do provimento; (b) mútua implicação das atividades dos destinatários - partes - destinadas a obter um provimento conforme seus interesses; (c) efetiva capacidade de as atividades realizadas pelas partes influenciarem o autor do provimento final (juiz ou árbitro); (d) possibilidade de exercício, por cada interessado ou destinatário dos

¹⁷⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 124.

¹⁷⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 127. Fernando Gonzaga Jayme e Marcelo Veiga Franco concluem que essa “interrelação entre os princípios do contraditório e da igualdade foi contribuição de Elio Fazzalari e de Aroldo Plínio Gonçalves para a ciência jurídica”. (JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 227, p. 335-359, jan. 2014, p. 339.)

¹⁸⁰ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 162.

efeitos do ato final (denominados de contraditores), de um conjunto de escolhas, de reações e de controles; (e) existência de controle não só das atividades de cada um dos contraditores, mas também na possibilidade de fiscalização dos resultados da função exercida pelo autor do provimento final.¹⁸¹

A partir de FAZZALARI, os estudos em torno do princípio irão se voltar ao desenvolvimento de um contraditório material (substancial ou dinâmico), em superação à concepção meramente estática. O contraditório deixa de ser apenas *informação e reação*¹⁸² e passa a ser compreendido também pela óptica da *influência*.

Como ressalta Humberto THEODORO JÚNIOR, o contraditório “não pode mais ser analisado apenas como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa”¹⁸³. Na concepção dinâmica, permite-se que os contraditores deixem sua posição passiva de espectadores e passem a uma condição ativa, de influência na construção do provimento por meio de argumentos, provas, teses, alegações¹⁸⁴. Para exemplificação do efeito do

¹⁸¹ JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 227, p. 335-359, jan. 2014, p. 339. Luigi Paolo Comoglio, por sua vez também desenvolve o que denomina “uma tríplice ordem de situações objetivas processuais” a partir do contraditório: “(i) o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso de processo; (ii) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia; (iii) o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão.” (Apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, v. 2, n. 1, p. 64-71, jan./jun. 2010, p. 65.)

¹⁸² Nessa concepção, Antônio Scarance Fernandes afirma que “são elementos essenciais do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação. Entre nós, tem-se, em regra, adotado a noção clássica de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que abrange esses dois elementos e define o contraditório como a ‘ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los’.” (FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 61.)

¹⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Obra citada, p. 65. Destaque-se que, por “reduzidas possibilidades de surpresa”, no processo penal e em se tratando de decisão desfavorável ao acusado, somente pode-se compreender aquelas decisões de cunho cautelar cuja comunicação prévia ao investigado/réu a tornaria inócua como, por exemplo, a quebra de sigilo telefônico e a decretação da prisão em caso de risco de fuga, dentre outras medidas cautelares, e mesmo assim com a possibilidade de posterior contestação pelo interessado, após cumprida a medida.

¹⁸⁴ BRÊTAS C. Dias, Ronaldo; FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro, ano 4, vol. 5, p. 228-260, jan./jun. 2010, p. 236. Luigi Paolo Comoglio ressalta que o contraditório é “concebido de uma maneira dupla. De acordo com uma perspectiva jurídico-política, o contraditório representa o resultado de uma escolha prática legislativa, com o objetivo de aproveitar a contraposição dinâmica entre as partes para o alcance de metas mais elevadas (entre as quais se incluem: a adoção do método dialético na investigação racional da verdade controvérsia, a implementação da justiça substancial, a necessidade de auto-regulação interna no processo, por controle bilateral e recíproco dos riscos de “abuso” dos instrumentos processuais disponíveis para as partes). Por outro lado, sob uma perspectiva formal ou técnica, o ‘bilateralismo’ da ação, baseado no dualismo necessário entre ator e acusado, seria harmonizado com o caráter estruturalmente ‘trilateral’ do julgamento

contraditório dinâmico nos direitos das partes, vale lembrar a distinção de GARAPON de que a manifestação processual não é mero “direito de resposta”, mas verdadeira “contestação”, no sentido de que deve ser efetiva a possibilidade de os indivíduos envolvidos fazerem valer seus pontos de vista¹⁸⁵. Não basta poder dizer, é preciso ser ouvido e influenciar para ser efetivamente construtor do ato.

Assim, se se deve aderir algo, a influência não pode ser compreendida como mera “sombra” sobre a vontade do julgador, mas como vinculação efetiva.

Como o ato final deverá ser resultado da atividade das partes em contraditório, Luigi Paolo COMOGLIO ressalta que é direito do contraditor, notadamente no que interessa a este trabalho, o direito à prova e o de ser “julgado por um juízo imune à ‘ciência privada’ ou às ‘informações privadas’, que decida a causa unicamente com base nas provas e nos elementos obtidos através do contraditório processual”¹⁸⁶. Por isso,

- no qual a intervenção do juiz é dirigida para compor, numa ‘síntese’ superior, a contraposição entre uma ‘tese’ e uma ‘antítese’ - contribuindo para colocar racionalmente o contraditório como *naturalia processus* (sem o qual o ‘juízo’ não pode ser definido como tal)”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão: v. 48, n. 4, p. 1063–1111, dez. 1994, p. 1081.) Tradução livre. No original: *Ciò spiega perché il fondamento razionale di quel principio sia, alternativamente, concepito in modo duplice. Secondo una prospettiva giuridico-politica, il contraddittorio rappresenterebbe la risultante di una scelta legislativa di opportunità pratica, mirando a sfruttare la contrapposizione dinamica fra le parti, per il conseguimento di fini superiori (fra i quali si annoverano: l'adozione del metodo dialettico nella ricerca razionale della verità controversa; l'attuazione della giustizia sostanziale; l'esigenza di un'autoregolamentazione interna delle forze processuali, con un controllo bilaterale e reciproco dei rischi di "abuso" degli strumenti processuali a disposizione delle parti). Invece, secondo una prospettiva di tipo formale o tecnico, la "bilateralità" dell'azione, fondata sul necessario dualismo fra attore e convenuto, si armonizzerebbe con il carattere strutturalmente "trilatero" del giudizio - in cui l'intervento del giudice è diretto a comporre, in una "sintese" superiore, il contrasto bilaterale fra una "tesi" ed un' "antitesi" - contribuendo a collocare razionalmente il contraddittorio fra i c.d. *naturalia processus* (senza i quali, cioè, il "giudizio" non potrebbe neppure definirsi tale).*

¹⁸⁵ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2 ed. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 86-7. Também a partir de Antoine Garapon (Obra citada., p. 66-79.), a distinção entre direito de resposta e contestação pode ser vista também na inserção de ambos na mídia e no processo penal, respectivamente. Como forma alternativa ao processo, a mídia também possui pretensão de enunciar uma verdade. Todavia, a forma de operação da mídia é refratária à demarcação de locais de fala dentro de um espaço público de debate, particularmente no mundo atual, em que a mídia se assenta na pretensão de onipresença prometida pela tecnologia. Há, aqui, um certo aspecto mitológico de transparência total. Não demarcando espaços, a mídia impede a identificação de quem fala, essa que é uma das essencialidades do processo. A não delimitação de locais de fala dificulta que os destinatários das mensagens saibam de quem elas provêm, e a indiferença quanto ao enunciador somente pode estar assentada nas bases de acesso a verdade em sua inteireza, pois “a mídia desperta a ilusão da democracia direta, quer dizer, o sonho de um acesso à verdade, livre de qualquer mediação”. Nesse contexto, o direito de resposta passa a ser formal, a apresentação de uma versão que, todavia, não é tratada de fato como algo apto e necessário à construção da verdade que, de toda sorte, se apresenta de forma imediata.

¹⁸⁶ É importante ressaltar que esses não são os únicos direitos dos contraditores. O destaque dá-se em virtude dos escopos deste trabalho, mas os demais direitos são assim elencados por pelo autor italiano: “(a) o direito a uma citação regular, mediante adequadas formas de notificação dos atos introdutórios da lide; (b) o direito de ser constantemente informado de cada ulterior evento processual, que incida sobre as respectivas possibilidades de efetiva defesa no curso do procedimento; (c) o direito de se fazer representar e de ser defendido por um procurador legalmente habilitado; (d) o direito à prova, ou seja, o direito de reagir e de defender-se nos confrontos das alegações de fato e nas atividades probatórias da outra parte (deduzindo

pode-se afirmar que o contraditório substancial permite o estabelecimento de legítimas pretensões da parte com relação não apenas quanto à sua integração ao procedimento, mas com relação ao conteúdo que constará no ato final.

Ao vetar o conhecimento privado do juiz com o recurso ao contraditório, veda-se que o julgador despoje aqueles que irão sofrer os efeitos do provimento do direito de se manifestarem e terem seus argumentos e provas considerados. O princípio do contraditório veicula uma pretensão com relação ao conteúdo da decisão porque ela deverá se restringir ao que foi levado pelas partes e, assim, guarda estreita relação com o dever de fundamentação das decisões judiciais, pois “é inadmissível que uma pessoa seja privada de seus bens e direitos em geral sem ter tido seus argumentos jurídicos expressamente enfrentados pelo órgão julgador que os rejeita”¹⁸⁷. Deve-se

garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes afetadas. Fazendo uma pequena paródia, o contraditório não permite que o juiz, no processo jurisdicional, retire um coelho da cartola, como se fosse um mágico. Ou seja, a decisão não é produto somente do juiz, mas do esforço argumentativo das partes, pois o contraditório é princípio da influência e da não surpresa.¹⁸⁸

Ademais, não se pode olvidar que o contraditório, nos termos de influência e não surpresa, foi inserido no texto do Código de Processo Civil de 2015¹⁸⁹. Assim, ainda que se argumente contra a formulação teórica do contraditório dinâmico, a nova legislação positivou no ordenamento jurídico um novo conteúdo do princípio, densificando a

provas a seu favor ou contestando as provas contrárias); (e) o direito de produzir pessoalmente as provas juridicamente permitidas; (f) o direito de não sofrer obrigações por um juízo formado entre terceiros (incompetente), que não tenha sido possível impugnar no juízo competente; (g) o direito de ser ouvido e julgado por um juízo imune à ‘ciência privada’ ou à ‘informações privadas’, que decida a causa unicamente com base nas provas e nos elementos obtidos através do contraditório processual.” (apud FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 40, n. 247, p. 105-136, set. 2015.)

¹⁸⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Os princípios da fundamentação e do contraditório no Novo Código de Processo Civil. Primeiras impressões. In: coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. (Org.). *Novo CPC: doutrina selecionada*, v. 1, parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 340.

¹⁸⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: BALLESTEROS, Paula R. (Coord.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 347-360.

¹⁸⁹ “Art. 9º - Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.” (BRASIL. Lei 13.105. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 16 de março de 2015.)

previsão do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República¹⁹⁰, válida para todos os processos (penais, cíveis, trabalhistas). Por isso, não é necessária reforma no Código de Processo Penal para que se aplique o novo conteúdo do contraditório também nos processos criminais¹⁹¹, pois a formulação contida no Código de Processo Civil é compatível com a função do contraditório no processo penal de um Estado Democrático de Direito e expande a proteção do indivíduo. Tratando-se o processo penal da área em que as garantias dos cidadãos contra o arbítrio estatal têm a maior amplitude e alcance, por que se deveria permitir um ordenamento jurídico que garantisse às partes no processo civil maiores possibilidades de participação do que se garante ao acusado no processo penal? Dentro de uma visão ampliadora dos espaços de liberdade dos indivíduos e de contenção do poder do Estado, não há razão para a manutenção do contraditório em termos materiais no processo civil e do contraditório em termos formais no processo penal.

2.3.3. O destinatário do contraditório no processo penal

A percepção de que o processo penal é um procedimento em contraditório, instaurado para o devido acerto democrático do caso penal¹⁹² e, ademais, que nesses casos apenas o acusado poderá sofrer os efeitos da decisão, tem uma repercussão importante quanto à caracterização do contraditório no processo penal: o destinatário do contraditório será apenas o réu, pois “as prerrogativas de contraditor não são adequadas ao Ministério Público”¹⁹³.

O Ministério Público, ao propor a ação penal pública, age em função do princípio da legalidade. Sua posição de acusador não decorre de um papel de parte nem é condizente com a liberdade que essa posição predica àqueles que nela se colocam. Assim, o Ministério Público não se vê numa lide, obrigado a acusar sob qualquer pretexto e a

¹⁹⁰ “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL. *Constituição da República*. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.)

¹⁹¹ BARROS, Flaviane de Magalhães; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: BALLESTEROS, Paula R. (Coord.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 353.

¹⁹² Sobre a inexistência de lide no processo penal, substituída pela expressão “caso penal”, a indicar uma situação de dúvida, incerteza quanto à possibilidade de aplicação da penal, cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

¹⁹³ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 171.

qualquer custo, desvinculado de prestar contas de sua atuação. Pelo contrário, no seu mister constitucional de defesa da ordem jurídica e do regime democrático e, ademais, por tratar-se de órgão público, o Ministério Público age sob o princípio da legalidade nos termos do artigo 37 da Constituição da República: sua atuação está pautada nos estritos limites da lei. Quando presentes os requisitos legais para acusar, o Ministério Público deve oferecer e sustentar a acusação; se, todavia, verifica que não há motivos para tanto, deverá arquivar o inquérito policial ou, em alegações finais, pedir a absolvição.

Trata-se, na verdade, de um aspecto da “maneira pela qual o povo brasileiro em sua soberania resolveu aquele conflito antes mencionado: trançando com precisão as hipóteses e formas em que ao Estado é lícito interferir na esfera particular do cidadão”¹⁹⁴. Se ao Estado somente foi facultada a intervenção na liberdade mediante estreitos limites, por consequência também a atuação do órgão de persecutório deve ser balizada nesses limites legais.

Assim, a atuação do Ministério Público somente pode obedecer aos estritos limites legais. Se há previsão para sua interferência, deve fazê-lo, na forma descrita na lei. Todavia, se falta a previsão legal, não cabe invocar o princípio do contraditório para fundamentar sua participação além do previsto na lei: primeiro, porque isso feriria o próprio princípio da legalidade; segundo, porque o próprio fundamento do contraditório, qual seja, a possibilidade de ser afetado pelo ato, não é aplicável ao Ministério Público.

No caso de absolvição, o Ministério Público ou a sociedade não são atingidos em seus direitos fundamentais. Pelo contrário, a sociedade é vulnerada quando são indevidamente tolhidos os direitos fundamentais de qualquer um de seus membros, qualquer que seja o pretexto da violação. Ademais, enquanto amparado por toda a máquina persecutória estatal, o Ministério Público não necessita nem pode ser alçado a uma posição mais elevada do que aquela determinada pela lei, pois a pretexto da “simétrica paridade de armas” se faria exatamente o contrário. Não se deve esquecer que “fora de um ambiente que estipule limites, o Estado sempre se imporá sobre o indivíduo e não é por outro motivo que o processo penal é um instrumento de contenção do Estado”¹⁹⁵.

¹⁹⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3.

¹⁹⁵ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 171.

Nesse contexto, a previsão de garantias e deveres similares aos da magistratura foi instituída e faz sentido desde um órgão cuja atuação, processual e extraprocessual, esteja pautada na legalidade, a fim de que realize a defesa da ordem jurídica e democrática sem a interferência de poderes externos. Para além da dificuldade já percebida desde a Roma Antiga de resposta à pergunta “quem fiscaliza o fiscal?”, a estruturação do Ministério Público em um quadro institucional com extensas garantias ao qual seria associado, no processo penal, uma atuação transcendendo os limites da legalidade em nome do contraditório tornaria o fiscal um poder incontável, dotado de capacidades e armas incomparáveis.

Ademais, logicamente, se cabe ao Ministério Público defender a ordem jurídica e democrática, atuando nos estritos limites da ordem jurídica e democrática, é impossível que cumpra seu mister pleiteando a violação dessa mesma ordem jurídica e democrática.

Conclui-se, portanto, que o contraditório em sua concepção material (dinâmica ou substancial) viabiliza a construção da verdade a partir de um método intersubjetivo¹⁹⁶, única possibilidade de legitimação que cumpre as exigências democráticas de participação dos afetados na construção do ato de poder. Ademais, no processo penal, o único que age em contraditório é o acusado. Cabe, nesse momento, voltar-se então às significativas repercussões dessa concepção de contraditório no próprio provimento, especialmente em sua motivação.

¹⁹⁶ NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, ano 24, vol. 119, p. 75-101, mar./abr. 2016, p. 77.

3. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Uma parte de mim / pesa, pondera; / outra parte /
delira.
Uma parte de mim / é permanente; / outra parte / se
sabe de repente.
Uma parte de mim / é só vertigem; / outra parte, /
linguagem.
Traduzir-se uma parte / na outra parte / — que é
uma questão / de vida ou morte — / será arte?
(Ferreira Gullar – Traduzir-se)

A concepção de que a democracia no processo se dá pela efetiva participação em contraditório dos afetados pelo provimento e a noção de que esse princípio deve garantir a construção do ato de poder pelos contraditores implica numa relação bem específica com o dever de fundamentação, pois “a necessidade de que o provimento seja o resultado do debate isonômico entre os sujeitos processuais faz com que haja uma conexão direta entre o contraditório e a própria fundamentação das decisões judiciais”¹⁹⁷. Partindo da indissociabilidade entre contraditório e dever de fundamentação das decisões, fala-se em verdadeira “codependência” dos dois princípios – aos quais propõe-se também aderir a “necessidade de garantir a ampla argumentação, vista como uma proposta de releitura do princípio da ampla defesa”¹⁹⁸.

Essa íntima relação entre dever de fundamentar e contraditório, que remete em última instância à legitimação democrática do processo penal e do ato de poder ao final proferido, revela de que a imposição da motivação como um dever do julgador está relacionada ao contexto mais amplo das relações entre indivíduo e Estado¹⁹⁹. Por consequência, também a extensão do conteúdo desse dever depende do próprio referencial de legitimidade do ato de julgar nas relações entre indivíduo e Estado, como não poderia deixar de ser. Quer-se com isso dizer simplesmente que a satisfação do dever de fundamentação depende do que se pretenda ao impô-lo ao julgador.

¹⁹⁷ FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 40, n. 247, p. 105-136, set. 2015.

¹⁹⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: BALLESTEROS, Paula R. (Coord.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 350.

¹⁹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51-2.

Deve-se ter bem claro, porém, que a história de consolidação do dever de motivação não se confunde com a história da prática da motivação, tampouco constitui um movimento uniforme, harmonioso e universalmente concertado, como se fosse um “desaguadouro e consequência unitária de premissas homogêneas”²⁰⁰. Dessa forma, para compreender a essencial relação entre o dever de motivação das decisões judiciais e o contraditório com vistas à construção de um provimento democraticamente legítimo no marco proposto neste trabalho, mostra-se adequado partir da distinção das funções previamente historicamente assumidas a partir da inserção da fundamentação como um *dever* do julgador nos ordenamentos jurídicos modernos e no seu *iter* de consolidação. Não se trata, porém, de compreender a fundamentação em suas funções antigamente tidas como precípuas para simplesmente negar a atualidade dessas funções como ultrapassadas: elas compõem necessidades ainda relevantes e não descartáveis para a racionalidade do provimento. Impõe-se, porém, superar uma visão do dever de motivação centrada na jurisdição, em busca de um núcleo fundante desse dever consonante ao princípio do contraditório e à estruturação democrática do processo penal, a fim de que a obrigação de fundamentação das decisões compreenda o conteúdo necessário para garantir a participação dos possíveis afetados pelo ato.

3.1. Do surgimento do dever de fundamentação em bases democráticas à sua consolidação em termos burocráticos

A difusão da obrigação de motivar as decisões judiciais é tipicamente situada na segunda metade do século XVIII. Não obstante, a existência de fundamentação em decisões nos ordenamentos de *common law* e também em sistemas jurídicos medievais indicam que *há um desacoplamento entre a prática da motivação – que apresentou idas e vindas na história das práxis judiciárias – e sua imposição geral como um dever do julgador*. Em outras palavras, “a existência de motivação como elemento da praxe judiciária não inicia e não coincide com aquele do *dever* de motivação”²⁰¹. Ademais, essas práticas eram isoladas e inseridas em condições jurídico-políticas completamente distintas daquelas em que a Europa se encontrava nos últimos anos do século XVIII, quando afinal se deu o reconhecimento do dever de motivação.

²⁰⁰ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 280.

²⁰¹ TARUFFO, Michele. Obra citada, p. 278. Destacou-se.

Michele TARUFFO²⁰² salienta que o modo de operação do judiciário no Antigo Regime era refratário à motivação das decisões, tema que jamais foi tratado pela doutrina anterior à Revolução Francesa, à exceção de um texto de Condorcet pouco anterior a 1789. Ainda assim, a abordagem se fez quanto à necessidade de fundamentação das decisões penais desde uma prestação de contas à sociedade pela responsabilidade *moral* que foi outorgada ao julgador a partir do direito natural.

A concepção até então preponderante quanto ao exercício do poder estatal “pouco diferia da lógica inerente aos juízos de Deus: se o rei exercia os seus poderes terrenos ‘por graça de Deus’, nada mais natural que no exercício desses mesmos poderes ele e seus agentes estivessem isentos de dar qualquer justificação de seus atos”²⁰³. A estruturação político-institucional autoritária do Antigo Regime (de cunho essencialmente teológico-paternalista) desconhecia a limitação e responsabilização democrática dos reprodutores do poder e impediu que fosse realizada uma reflexão profunda quanto à imposição do dever de motivação das decisões direcionado ao controle do poder estatal no período pré-revolucionário.

Provém de Nápoles um exemplo importante da resistência apresentada à obrigação de motivar as decisões judiciais na conjuntura do modelo político autoritário então dominante na Europa continental: a *Prammatica* de 1774 recebeu forte oposição por prever sem exceções o dever dos juízes de apontar os motivos das sentenças, com a imprescindível remissão às normas legais. Em virtude do conservadorismo evidenciado na reação negativa da magistratura napolitana a essa limitação de poder, a *Prammatica* teve duração de apenas 17 anos e, em 1791, uma lei devolveu aos juízes o poder discricionário sobre suas decisões²⁰⁴.

Conforme a observação de TARUFFO, é bastante provável que até mesmo o responsável pela *Prammatica*, Bernardo Tanucci, não tivesse plena ciência das repercussões políticas da legislação, que somente teriam sido percebidas por Filangieri, quem colocou “claramente em evidência que com o dever de motivação submetia-se o trabalho do juiz ao controle difuso da opinião pública, tornando o próprio juiz, portanto, responsável perante a coletividade”²⁰⁵. Assim, o caso napolitano é exemplar não apenas

²⁰² TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 280-295.

²⁰³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 55.

²⁰⁴ CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 55-6.

²⁰⁵ TARUFFO, Michele. Obra citada, p. 280.

pela resistência da magistratura da época ao dever de fundamentação das sentenças, como pela falta de percepção sistematizada do legislador acerca da função democrática de transparência e controle do poder possibilitada pelo dever de motivação das decisões.

Pouco antes do retrocesso napolitano, foi prevista em França a obrigatoriedade da motivação no artigo 15, título V, da Lei de 16 de agosto de 1790. Após, e de forma mais importante, ela foi incluída no artigo 208 da Constituição do ano III da Revolução Francesa.

A inclusão do dever de motivação na Constituição do Ano III deveu-se mais às circunstâncias políticas concretas de reação às arbitrariedades judiciais do Estado Absolutista precedente do que a uma formulação doutrinária e filosófica adotada de forma clara e, ainda assim, é a primeira manifestação da importância política da fundamentação, calcada na intenção revolucionária de controle do juízo pela legalidade²⁰⁶. Deve-se ressaltar que, em consonância com uma concepção política que via no Legislativo o repositório da vontade geral do povo, o destinatário principal da motivação era o Tribunal de Cassação, a quem incumbia o controle último da legalidade e que era inicialmente entendido como manifestação do Poder Legislativo.

O aspecto democrático de controle do poder, implícito na concepção de que o dever de fundamentação exerce uma função extraprocessual, viria a ser o motivo de sua ausência em cartas constitucionais durante o século XIX, a partir da ascensão de Napoleão e mais marcadamente no período da Restauração. A ideologia política da época levou à dominância da concepção do dever de motivação enquanto exercendo função apenas endoprocessual, o que pode ser percebido pela cada vez mais ampla recepção desse princípio na legislação processual infraconstitucional, particularmente a partir da segunda metade do século XIX²⁰⁷.

Ficava latente nessa forma de inserção do dever de motivação no ordenamento jurídico uma orientação racionalista preponderantemente voltada à burocracia do Estado.

²⁰⁶ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 281-2.

²⁰⁷ TARUFFO, Michele. Obra citada, p. 294. Essa concepção do dever de fundamentação a partir de uma lógica endoprocessual remonta a formulação pré-revolucionária do *Codex Fridericianus Marchicus* da Prússia, datado de 1748 e escrito por Samuel von Cocceij, que previa a motivação para conhecimento das partes, em superação à práxis precedente da motivação secreta destinada apenas ao juízo recursal. Contudo, no *Codex* a obrigação de fundamentar não era universalizada e dependia do tipo de procedimento, além de não ser certa a publicidade da motivação e nos processos escritos não ser redigida concomitantemente à decisão. O caráter meramente endoprocessual da função atribuída ao dever de motivação estava expressamente previsto nas normas que regulavam o instituto, proposto à compreensão do conteúdo da decisão pelas partes e à facilitação do juízo recursal. A reforma do *Codex* pela *Allgemeine Gerichtsordnung*, a despeito de ter solucionado a questão posta pela publicidade restrita, não mudou o paradigma de concepção endoprocessual do dever de fundamentação. (TARUFFO, Michele. Obra citada, p. 282.)

O legislador não era focado tanto na racionalidade do juízo como forma de garantia do cidadão, quanto por uma perspectiva burocrática de otimização do funcionamento e da administração do Judiciário. Até mesmo o aspecto extraprocessual do dever de fundamentação surgido nesse contexto, qual seja, sua imposição aos órgãos superiores da jurisdição, é marcado pela intenção de esclarecer e simplificar a jurisprudência pela eficácia do precedente de fato²⁰⁸.

No decorrer do século XIX, a primazia do aspecto endoprocessual foi marcada por um cariz burocrático que correspondia à consolidação de um modelo de Estado Liberal baseado na formalidade de seus procedimentos²⁰⁹. Por isso, “a obrigação de motivar passou a ficar restrita às leis processuais, caracterizando-se, pois, como requisito técnico da sentença”²¹⁰.

Esse isolamento formal, como se a decisão judicial não guardasse qualquer conexão com o problema da legitimidade democrática, decorre de uma visão positivista do direito que se consolidaria também no século XIX, particularmente numa abordagem avaliativa e em um método de interpretação que é “geralmente *textual* e, em certas circunstâncias (quando ocorre integrar a lei), pode ser *extratextual*; mas nunca será *antitextual*, isto é, nunca se colocará contra a vontade que o legislador expressou na lei”²¹¹, encerrando-se no ideal de formalismo científico.

O que se pode verificar do exposto é que a primazia da concepção endoprocessual no século XIX está em consonância com o já citado conceito de democracia formal e a ideia correlata prevalecente à época de que o julgador deveria ser a “boca da lei”. Enquanto técnico, burocrata e submetido a um método jurídico reputado científico, cabia ao magistrado demonstrar com a fundamentação apenas a subsunção da decisão ao texto

²⁰⁸ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 287.

²⁰⁹ Max Weber estabelece uma diferenciação entre três tipos puros de dominação legítima: tradicional; carismático; legal. O tipo de dominação legal, característico do Estado Moderno, é aquele “em virtude do estatuto. Seu tipo mais puro é a dominação burocrática. Sua ideia básica é: qualquer direito poder ser criado e modificado, mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma. (...) Seu ideal: proceder *sine ira et studio*, ou seja, sem a menor influência de motivos pessoais e sem influências sentimentais de espécie alguma, livre de arbítrio e capricho e, particularmente, ‘sem consideração da pessoa’, de modo estritamente formal segundo regras racionais ou, quando elas falham, segundo pontos de vistas de conveniência ‘objetiva’.” (WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). Weber. São Paulo: Ática, 2005, p. 128-9.)

²¹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 65.

²¹¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135 e 214. Eros Grau destaca que a aspiração dos juristas do final do século XIX era “fazer ciência, no conceito positivista de ciência, dotada de rigor, axiomatizada. O clima positivista do final do século XIX clamava por uma ‘ciência do direito’. Todo o conhecimento, então, era expressado em termos de ciência positiva.” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.)

legal, razão pela qual a motivação desenvolveu-se no século XIX prioritariamente em termos de uma lógica dedutiva²¹², relacionada às questões de direito, sem muita preocupação com a análise probatória e dos fatos²¹³. Se a aplicação do direito era uma questão técnica interna ao processo, nada mais natural que sua justificação fosse tratada nos códigos da época, não nas constituições.

Contudo, assim como o conceito de contraditório em sua versão formal, enquanto mera abstração de normas processuais, é insuficiente para dar um conteúdo próprio que lhe permita exercer sua função de garantir a participação dos afetados na construção da decisão, voltar-se apenas para o aspecto endoprocessual do dever de motivação acaba por formular esse princípio em uma estrutura descritiva reducionista que remete apenas à técnica, como se a legitimidade do ato de poder não dependesse de algo mais do que a subsunção à lei.

Não se olvide que a universalização do dever de fundamentação foi um avanço, um primeiro passo importantíssimo para afastar o segredo²¹⁴ da estrutura de funcionamento do poder judiciário e estabelecer um incipiente controle sobre as decisões judiciais. Entretanto, não só se deve lembrar a observação de que, à época, “tudo indica que, na prática, os pretórios pátrios desrespeitavam, com certa frequência, o dever de motivação das sentenças”²¹⁵, como o fato de que essa concepção, por se referir a escopos internos de funcionamento da justiça, é incapaz de dar conteúdo concreto ao dever de motivação compatível com o balizamento democrático proposto neste trabalho.

3.2. O renascimento da concepção política do dever de fundamentação

O problema da legitimidade política que a fundamentação confere ao ato de julgar e, assim, o cumprimento de função extraprocessual passou a ter centralidade novamente a partir dos anos de 1940. Por isso, fala-se em um “renascimento” do objetivo político da motivação das decisões no segundo pós-guerra²¹⁶. Em superação ao positivismo, passa a

²¹² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 118-120.

²¹³ CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 58.

²¹⁴ Segredo que, conforme já se destacou, ocupa função importantíssima em uma estrutura autoritária, cf. item 1.2.4., supra.

²¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. *apud* GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Obra citada, p. 66.

²¹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Obra citada, p. 66.

ser cada vez mais discutido o papel do Judiciário na contenção do Legislativo e do Executivo, o que traz também o debate quanto à forma de estruturar o exercício do poder jurisdicional entre a necessária garantia dos direitos fundamentais e a legitimação democrática para satisfação dos novos desafios que lhe são propostos²¹⁷.

Na compreensão da legitimidade democrática dos provimentos jurisdicionais, vai-se um pouco além da análise de Michele TARUFFO quando atribui a democraticidade do dever de fundamentação preponderantemente ao controle popular difuso que esse princípio possibilita, analisando-o a partir do significado político da inserção do dever de motivação no artigo 111 da Constituição da Itália²¹⁸, promulgada em 1948 e uma das primeiras expressões do reavivamento em torno do objetivo político no pós-guerra:

²¹⁷ No pós-guerra, o constitucionalismo e a relação judiciário-política-democracia põe traz diversos novos questionamentos e problemas como o da representatividade nas deliberações políticas fundamentais, particularmente em questões relacionadas à jurisdição constitucional. Todavia, o aprofundamento na discussão dessas questões não é o objeto principal deste trabalho. O foco da dissertação é restrito à democracia no contexto do processo penal, área na qual a técnica de interpretação voltada a uma legalidade estrita, com vistas à contenção do poder do Estado e ampliação dos espaços de liberdade do cidadão impõe um direcionamento e uma certa simplificação, se comparados aos problemas postos por questões abstratas de controle de constitucionalidade. De qualquer forma, vale citar as palavras de Ran Hirschl, que coloca muito bem a problemática referida à representatividade e à democracia nas escolhas políticas fundamentais da sociedade, quando afirma que “*a deliberação por um público informado e a participação dos cidadãos estão no núcleo da governança democrática. Quando questões políticas controversas são transformadas em questões jurídicas, todavia, a massa dos cidadãos (que não é nem é de juízes, nem de advogados) é privada da oportunidade de moldar de forma significativa as decisões políticas e é forçada a abandonar a responsabilidade de trabalhar ela mesma por resoluções razoáveis e mutuamente aceitáveis quanto às questões que a divide. Consequentemente, os contornos do debate político são traçados por um restrito grupo de profissionais – normalmente advogados, acadêmicos e juízes, todos empregando terminologia técnica e razões jurídicas – em vez de através de um debate público e aberto moldado pelo povo e por seus representantes. Em outras palavras, a transferência de questões fundamentais sobre a identidade coletiva da esfera política para os tribunais favorece aqueles que tem um conhecimento técnico específico e melhor acesso e influência sobre o sistema legal. A ‘eles, os juristas’ é concedida uma elevada posição na determinação das decisões políticas, às custas de ‘nós, o povo’, leigos que formam a grande maioria da população.*” (HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2004, p. 186-7). Tradução livre. No original: “Informed public deliberation and citizen participation are at the heart of democratic governance. When contentious political questions are transformed into legal questions, however, the bulk of the citizenry (who are neither judges nor lawyers) are deprived of the opportunity to shape public policy outcomes in a meaningful way and are forced to relinquish their responsibility for working out reasonable and mutually acceptable resolutions of the issues that divide them. The contours of political debate are consequently shaped by a narrow class of professionals – usually lawyers, academics, and judges, all employing technical jargon and legalistic reasoning – instead of through open public deliberation framed by the people and their representatives. Put differently, the transfer of fundamental questions of collective identity from the political sphere to the courts favors those who have specific professional knowledge and better access to and influence upon the legal system. ‘They the jurists’ are granted and elevated status in determining policy outcomes at the expense of ‘We the People’, laypersons who make up the vast majority of the populace.”

²¹⁸ Dentre diversas outras disposições relativas à jurisdição, o artigo prevê que “todas as providências jurisdicionais devem ser motivadas”. (ITÁLIA. *Constituição da República*. Roma, 27 de dezembro de 1947. Disponível em português em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf> .)

Os destinatários da motivação não são apenas as partes, seus respectivos advogados e o juízo recursal, mas também a opinião pública, entendida seja no seu complexo, seja como opinião de *quisque de populo*. A conotação política desse deslocamento de perspectiva é evidente: a óptica “privatista” do controle exercido pelas partes e a óptica “burocrática” do controle exercido pelo juízo superior são integradas pela óptica “democrática” do controle que deve poder ser exercido por qualquer um do povo em cujo nome a sentença é prolatada. Então, o princípio constitucional em exame não exprime uma genérica exigência de controlabilidade, mas sim uma garantia de controlabilidade democrática sobre a administração da justiça.²¹⁹

É imprescindível esclarecer que não se desconhece tampouco se nega a importância do controle difuso do Judiciário. Este trabalho é particularmente inspirado pela crença na relevância do conhecimento da forma de operação do Judiciário e na formulação das necessárias críticas para seu aperfeiçoamento por parte da população e, especialmente, da comunidade jurídica. Assim, não se recusa o papel político que a motivação tem ao permitir que o povo tome parte na administração da Justiça, compreendendo-a, criticando-a e colaborando no avanço em direção a práticas mais democráticas e constitucionalmente adequadas.

Todavia, a oposição de uma óptica “democrática” do controle por qualquer um do povo a uma óptica “privatista” do controle pelas partes parece dar margem a uma interpretação que ignora que o controle e, mais importante ainda, a construção do ato pelos cidadãos potencialmente afetados em sua esfera jurídica é o que garante a democraticidade da decisão – ao menos no marco teórico adotado neste trabalho. Essa lógica é reforçada pela afirmação do professor italiano de que a “controlabilidade democrática” da decisão aparece em conexão com os princípios da publicidade e da participação, todavia referindo-se prioritariamente à “participação do povo na administração da justiça”²²⁰. Assim, TARUFFO chega a afirmar que “é correto o exercício do poder jurisdicional enquanto é satisfeita a garantia da controlabilidade externa e difusa, mediante a motivação, sobre a justiça e a legalidade dos provimentos em que se concretiza a jurisdição”²²¹.

Particularmente no caso do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a possibilidade de restrição da publicidade externa de alguns julgamentos, a lógica do autor italiano poderia ser usada para afirmar que em qualquer caso de segredo de justiça a decisão configuraria um errôneo exercício do poder jurisdicional, ainda que a restrição da

²¹⁹ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 341-2.

²²⁰ TARUFFO, Michele. Obra citada, p. 341-2.

²²¹ TARUFFO, Michele. Obra citada, p. 345.

publicidade seja justificada, que a decisão contemple apenas as provas dos autos e todas as alegações das partes, sendo um ato de poder efetivamente construído por elas e sujeito ao controle desses possíveis afetados. De outro lado, uma decisão proferida na TV Justiça, por exemplo, poderia ser considerada legítima se sua fundamentação permitisse compreender o raciocínio do juiz em termos de “justiça” e legalidade, ainda que essa sentença deixasse de contemplar alguns argumentos das partes.

O problema da concepção de Michele TARUFFO não está na percepção de que o controle difuso é importante – ele é, sim! O problema está no foco excessivo dado a esse controle difuso, que tende a colocar em segundo plano a já citada relação de codependência do contraditório com a obrigação de fundamentação das decisões como forma de se efetivar a participação do possível afetado, fundamento de legitimidade democrática do processo. Logo, desloca a *ratio* do dever de motivação da efetiva participação dos afetados pelo ato de poder para a controlabilidade do poder jurisdicional em uma perspectiva irradiada no povo.

Embora perceba a conexão entre o princípio da obrigatoriedade da motivação com os princípios de independência do juiz, de sujeição à lei e da garantia de defesa, o autor italiano ao mesmo tempo afirma que

não se diz (...) que da garantia de defesa deve ser deduzido um dever judicial de decidir e motivar expressamente todas as alegações e argumentações das partes – e semelhante dever, entendido de forma absoluta, produziria em muitos casos consequências evidentemente absurdas. Todavia (...) importa que a motivação justifique a decisão em relação às defesas formuladas pelas partes, porque apenas desse modo é possível verificar se concretamente não tenha ocorrido com a decisão uma violação ou um esvaziamento da garantia de defesa. Isso não impede que o juiz realize escolhas autônomas, seguindo uma imposição diversa daquela das partes, nem implica poder das partes de vincular com as próprias defesas o âmbito da decisão.²²²

Se o conteúdo do dever de motivação não deriva da necessidade de que o ato seja construído pelas partes possivelmente afetadas pela decisão, mas de sua controlabilidade difusa, há margem para que a fundamentação do ato contemple algo mais do que o alegado no processo, e assim o acusado e o Ministério Público deixam de vincular o âmbito da decisão, nos termos expressos por TARUFFO.

²²² TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 339. No mesmo sentido, afirma-se que o julgador “não é obrigado, entretanto, a analisar uma por uma das alegações formuladas pelas partes, rejeitando-as ou aceitando-as, individualmente”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 725.).

Defende-se, aqui, que não há espaço para a discricionariedade criativa do juiz, pois “em um processo de estrutura dialética, em que se garante a participação das partes pelo contraditório, a decisão judicial deve ser construída a partir dos argumentos e provas exibidos pelos litigantes”²²³. As decisões devem ser decorrência apenas da formulação das hipóteses e das provas do Ministério Público, órgão de acusação que age com base em e no estrito cumprimento da legalidade, e do acusado, que participa em contraditório enquanto possível afetado pelo ato de poder. Não há margem para sentenças fruto da interpretação única e subjetiva do juiz²²⁴, o que significa a proscrição de motivações que não levem em consideração as teses e provas levados por acusação e defesa, que o façam de modo incompleto²²⁵, ou se refiram a hipóteses distintas das apresentadas.

Nesse sentido, o dever de motivação da decisão judicial e o princípio do contraditório foram compreendidos em conjugação não apenas entre si, mas com o direito à tutela judicial efetiva, contemplado no Brasil no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República. GOMES FILHO destaca decisão paradigmática do Tribunal Constitucional espanhol²²⁶ e, não apenas na Espanha, mas também aqui já se proferiu o entendimento nesse sentido, e exsurge relevante o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes em paradigmático julgamento do Supremo Tribunal Federal:

“Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, 1969*, t. V, p. 234). (...) Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (cf. Decisão da Corte Constitucional alemã - *BverfGE 70*, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Grundrechte - Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p.

²²³ ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1007-1041, set./dez. 2017, p. 1025. No marco deste trabalho, e considerando a inexistência de lide no processo penal, propõe-se apenas a troca do termo “litigantes” por “acusado e Ministério Público”.

²²⁴ BRÊTAS C. Dias, Ronaldo; FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro, ano 4, vol. 5, p. 228-260, jan./jun. 2010, p. 236.

²²⁵ FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 40, n. 247, p. 105-136, set. 2015.

²²⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 68-9.

281; Battis, Ulrich; Gusy, Cristoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5.º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1 - *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

2 - *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3 - *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. Pieroth; Schlink. *Grundrechte - Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; Battis; Gusy. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig; Assmann. In: Maunz-Dürig. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (cf. Dürig; Assmann. In: Maunz-Dürig. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional - *BverfGE* 11, 218 (218); cf. Dürig; Assmann. In: Maunz-Dürig. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 97).²²⁷

De fato, se “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²²⁸, toda e qualquer prova e alegação levada pelo acusado deve ser analisada, pois do contrário, no caso de decisão proferida em seu desfavor, o réu terá sua liberdade tolhida sem que tenha sido analisada pela jurisdição a alegação de que essa punição configura lesão ou ameaça de lesão.

Nesse sentido, não andou tão bem o legislador ao prever que, quanto ao dever de fundamentação recentemente incorporado no Código de Processo Civil de 2015, na redação do inciso IV do artigo 489, § 1º. Confira-se:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.268. Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 05.02.2004, DJe 17.09.2004. Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes. Destaques no original.

²²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 5º, inciso XXXV. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.²²⁹

A própria afirmação de que um argumento não é capaz de, em tese, infirmar a conclusão do juízo não prescinde de explicação. Estabelecer que um argumento é inócuo para alteração do juízo já corresponde a analisá-lo. Ademais, quanto mais esdrúxulo ou descabido, mais simples de ser refutado. Assim, quando GOMES FILHO afirma que “devem ser objeto de justificação todos os passos do procedimento decisório; ou seja, todos aqueles momentos em que se apresenta ao juiz a necessidade de realizar uma escolha entre duas ou mais alternativas possíveis, solucionando assim uma questão”²³⁰, pode-se interpretar de forma ampliativa essa assertiva, em consonância com o artigo 489 do Código de Processo Civil, para se estabelecer que cabe ao juiz motivar as interpretações que faz a todos os textos legais (incisos I a III), de todos argumentos levados pela acusação e pela defesa (inciso IV) e, ademais, deixar claro que dispensa àquele caso e aos indivíduos nele envolvidos um tratamento isonômico e imparcial, que não produz uma decisão casuísta (incisos V e VI).

A percepção de codependência do dever de motivação com o contraditório, a obrigar o magistrado a responder aos argumentos das partes e motivar-se apenas no que

²²⁹ BRASIL. Lei 13.105. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 16 de março de 2015.

²³⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 128.

foi levado como prova e amplamente discutido nos autos, é apta a explicar a concepção da fundamentação como uma garantia de garantias, que

exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à *estrita legalidade*, e, de fato, à *prova* das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a "validade" das sentenças resulta condicionada à "verdade", ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o "poder desumano" puramente potestativo da *justiça de cádi*, mas é fundado no "saber", ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja *de direito*, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja *de fato*, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas.²³¹

Na esteira do que é afirmado por FERRAJOLI, os elementos aos quais é referido tanto o controle das partes quanto o exercido pelo povo são a legalidade da decisão e a imparcialidade do juízo. Na decisão o juiz deverá demonstrar, com sua motivação, que considerou os argumentos e provas levados pela acusação e pela defesa de forma imparcial e que suas conclusões possuem embasamento legal.

A vinculação do juízo pela legalidade decorre, como já se disse, da própria natureza do Estado de Direito, enquanto forma de regulação social através da lei. Como assevera Jordi FERRER BELTRÁN²³², a diferença do direito para outros denominados "métodos alternativos de resolução de disputa" é que o direito pretende resolver conflitos mediante normas gerais e abstratas. O juízo, então, na função de aplicar o direito, deve esclarecer porque sua decisão é embasada em razões jurídicas, não de cunho subjetivo ou moral.

Já a imparcialidade relaciona-se mesmo a um pressuposto do próprio contraditório e é a razão de ser das garantias da magistratura, como se viu – e aqui remete-se à já referida lógica de contramajoritariedade da lógica do Poder Judiciário. Entretanto, as garantias e vedações constitucionais não outorgam ao juiz um poder de decidir como

²³¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 497-498.

²³² FERRER BELTRAN, Jordi. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*. Cidade do México, n. 34, p. 87-107, abr. 2011, p. 99.

quiser sob o pretexto de ser independente, imparcial, pelo contrário, “importa que a imparcialidade seja verificada em cada decisão concreta”²³³.

Portanto, além das funções endoprocessuais relativas ao conhecimento das razões de decidir pelos destinatários e pelo próprio juízo recursal, o dever de motivação apresenta uma função extraprocessual que consiste em permitir que em viabilizar a legitimação democrática do ato de poder, satisfazendo a um duplo controle popular da decisão: pelos possíveis destinatários do ato de poder e, também, pela sociedade. Por isso, o princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões veicular uma “norma para o juiz”²³⁴, na feliz expressão de Michele TARUFFO, cujo cumprimento deve viabilizar àqueles que leiam a decisão avaliar a independência do juiz, sua sujeição à lei e a construção do ato em respeito à garantia do contraditório.

3.3. A motivação quanto aos fatos

Como a legalidade (fundamento para participação do Ministério Público) e o contraditório (fundamento de participação dos acusados) impõem que o controle da decisão dá-se não só pelo conhecimento das razões do provimento, mas pelo balizamento da decisão nos limites dos argumentos e provas levados pela acusação e pela defesa, isso significa que a decisão: a) não pode contemplar hipóteses além das apresentadas por acusação e defesa; b) não pode ser embasada em provas que não estejam contidas nos autos; c) não pode ser proferida além dos limites da legalidade estrita.

Não é objeto deste trabalho a análise da legalidade da decisão ou, melhor dizendo, da motivação de direito, que é relacionada às questões jurídicas suscitadas no processo. Essas discussões dão-se e resolvem-se em termos da validade de interpretações de textos legais, aferida com base em esquemas hermenêuticos juridicamente legítimos (em termos constitucionais e penais). Em outras palavras: trata-se de uma valoração ancorada no direito.

Cinge-se, aqui, às questões fáticas, entendidas enquanto aquelas relacionadas à prova da ocorrência de fatos. Cabe perquirir, nessa seara, como o dever de motivação, enquanto intimamente ligado ao contraditório, é balizado em dois níveis de controle da vinculação do juiz à atividade da acusação e da defesa: no estabelecimento das hipóteses fáticas e na necessidade de motivação racional da valoração das provas.

²³³ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 336.

²³⁴ TARUFFO, Michele. Obra citada, p. 340.

3.3.1. Primeiro nível de controle: o estabelecimento das hipóteses pela acusação e defesa

Como se sabe, a sentença penal constitui-se sobre dois temas: fato e direito. “A acusação formula hipóteses históricas e jurídicas, que é mister verificar”²³⁵. A decisão de mérito refere-se a hipóteses fáticas, relacionadas à ocorrência de um fato alegado, e a hipóteses jurídicas, que podem ser relacionadas à valoração desses fatos com base nas normas jurídicas e relacionadas à validade das próprias normas jurídicas dentro do ordenamento. Por exemplo, no caso de um réu X ser acusado de roubar a corrente do pescoço da vítima Y, puxando o objeto violentamente: a) há a hipótese fática pela qual a acusação postula que, nas circunstâncias descritas na denúncia, X puxou violentamente a corrente do pescoço de Y, subtraindo para si a coisa mediante violência, e testemunhas poderão ser ouvidas, perícias realizadas, documentos juntados para se averiguar a ocorrência desse fato alegado; b) há a hipótese jurídica quanto à configuração da elementar típica violência prevista no artigo 157 do Código Penal pelo puxão da coisa subtraída, a qual dependerá não mais das provas da ocorrência do fato, mas de uma valoração do fato já estabelecido em relação à norma, de que dependerá a argumentação jurídica quanto à incidência do tipo penal de roubo e ao significado do termo violência; e c) pode haver, ainda, a hipótese de que o tipo penal seja inconstitucional ou, por alguma outra razão, inválido.

No exemplo dado: em a), discutem-se provas em relação a uma hipótese fática e tem-se uma questão que, *prima facie*, transcende ao direito: quando um fato pode ser considerado provado?; em b), discutem-se pretensões interpretativas e tem-se um problema de hermenêutica jurídica: qual o alcance da norma do artigo 157 do Código Penal? Violência significa apenas aquela empregada diretamente contra a pessoa, ou está abarcada também a violência contra a coisa que repercute e atinge a pessoa? Se sim, em qual grau?; em c) há, também, um problema jurídico que deve ser resolvido hermeneuticamente, mas já entre a validade de uma norma com relação a outra, não quanto ao alcance de uma norma com relação a um fato dado.

Como já afirmado, o objeto deste trabalho cinge-se à motivação quanto à comprovação das hipóteses fáticas. Os problemas jurídico-penais decorrentes do alcance dos tipos incriminadores ou, de forma ampla, de incidência das normas penais, e os

²³⁵ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal* – Tomo II. Bogotá: Temis, 2000, p. 263. Tradução livre. No original: “La acusación formula hipótesis históricas e jurídicas, que es menester verificar.”

problemas jurídico-constitucionais decorrentes da validade das normas penais aplicadas num caso envolvem a hermenêutica própria do direito constitucional e do direito penal e não foram aqui abordados.

Todavia, ainda que não sejam objeto deste trabalho, é útil perceber que para a resolução dos problemas b) e c), sua formulação em termos jurídicos traz um elemento comum que em alguma medida direciona a discussão, baliza seus termos, no sentido já ressaltado de que a resolução de conflitos pelo direito se dá mediante normas gerais e abstratas²³⁶. Assim, no exemplo dado, embora o debate quanto ao alcance da elementar “violência” do tipo penal de roubo comporte argumento díspares e que igualmente se pretendam válidos, o simples fato de estar-se controvertendo um termo delimitado, “violência”, e sua inserção em um ordenamento jurídico estruturado a partir da Constituição, dos direitos humanos e de regras hermenêuticas mais ou menos rígidas, já permite um importante estreitamento em comparação com o que poderia ser, por exemplo, a discussão quanto à justiça ou à moralidade do fato e à necessidade da punição em termo abstrato.

Diferentemente, a discussão fática não permite um balizamento apriorístico simplesmente porque não é possível prever os fatos, como é óbvio, mas apenas imputá-los após o ocorrido. Por isso, o estabelecimento de uma hipótese fática pela acusação e, eventualmente, pela defesa²³⁷, serve como um primeiro limitador e ordenador da decisão. Para além de a imprescindível tarefa de permitir o exercício do direito de defesa através da descrição precisa dos fatos imputados ao réu, a narrativa da denúncia possibilita a própria racionalidade do processo no que concerne aos fatos em apuração, permite o estabelecimento de termos comuns a partir dos quais se dará a discussão processual em contraditório. Afirma Geraldo PRADO que

a definição do *nulla poena sine iudicio* requisita que se compreenda a função (re)cognitiva do processo, assumido como condição para fundamentar a obrigatoriedade da decisão que seja adotada, de modo a cobrar que esteja estruturado e seja capaz de se constituir em terreno jurídico de verificação e refutação das teses antagônicas deduzidas pela acusação e defesa.²³⁸

²³⁶ FERRÉR BELTRAN, Jordi. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*. Cidade do México, n. 34, p. 87-107, abr. 2011, p. 99.

²³⁷ No caso de ser alegado um alibi ou algum fato não descrito da denúncia. Fala-se eventualmente porque nem sempre a defesa será estruturada no estabelecimento de hipóteses fáticas alternativas à da denúncia, pois pode ser embasada apenas na desconstrução das provas da acusação ou, ainda, em matéria jurídica.

²³⁸ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19.

Nesse sentido, reputa-se que não é possível concordar inteiramente com Jordi Nieva FENOLL quando, a despeito de descrever com bastante precisão o que pode ocorrer ao juiz na análise das provas, referindo-se a uma sucessão de impressões e conjecturas quanto aos fatos²³⁹, afirma que o julgador “tem que chegar à elaboração de uma lista de fatos juridicamente relevantes”²⁴⁰.

Discorda-se porque tais fatos não são estabelecidos pelo juiz, mas pelo Ministério Público e pela defesa. Especialmente no processo penal, vigente o princípio da correlação entre acusação e sentença, o debate fático no processo se restringirá, via de regra, à hipótese acusatória nos exatos termos veiculados na denúncia. Não por outro motivo, os fatos devem ser descritos em todas suas circunstâncias na peça inicial e somente podem ser alterados mediante aditamento formal por parte do Ministério Público²⁴¹. Por óbvio, eventualmente a defesa pode ser baseada não apenas na falta de provas da hipótese acusatória, mas na alegação da ocorrência de um fato distinto e incompatível com a imputação do crime, como por exemplo, um alibi de que o réu não estava no local do delito no momento em que ele ocorreu. Nesses casos, a análise fática recairá também sobre à hipótese defensiva que, no caso de haver provas que demonstrem ao menos ser plausível, é apta a sustentar uma absolvição, quando menos, pela dúvida em relação à autoria do crime²⁴². Como, entretanto, nem sempre a defesa apresentará hipóteses fáticas

²³⁹ Descreve o autor espanhol: “Durante a produção da prova, várias ideias podem ter surgido na mente do juiz quanto à ocorrência dos fatos e sua valoração jurídica. A essas ideias, provavelmente, se haverão somado as que foram expostas pelos advogados na fase de alegações finais. E, inclusive, é possível, especialmente em processos complicados, que o juiz, repassando o resultado dos meios de prova, chegue a novas conclusões fáticas ou, pelo menos, a aspectos das mesmas em que ninguém reparou.” (FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 198.) Tradução livre. No original: “Durante la práctica de la prueba, pueden ser múltiples las ideas que habrán surgido en la mente judicial sobre el acaecimiento de los hechos y su valoración jurídica. A esas ideas, probablemente, se habrán sumado las que sean expuestas por los letrados durante la fase de conclusiones. E incluso es posible, especialmente en los procesos complicados, que el juez, repasando la resultancia de los medios de prueba, caiga en la cuenta de nuevas conclusiones fáticas, o al menos de matices de las mismas en los que nadie reparó.”

²⁴⁰ FENOLL, Jordi Nieva. Obra citada, p. 199.

²⁴¹ Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941.)

Não será feita, aqui, a discussão quanto à possibilidade de “*emendatio libelli*”, por não estar diretamente relacionada motivação quanto à valoração das provas no processo penal. Contudo, para fins de posicionamento, defende-se a impossibilidade de ser realizada nos moldes do artigo 383 do Código de Processo Penal, em virtude de violação ao princípio do contraditório, entendido na forma exposta no capítulo 2 desta dissertação.

²⁴² Nesse caso, a absolvição decorreria da aplicação da presunção de inocência como regra de juízo, pelo conhecido brocardo latino *in dubio pro reo*. Nesse sentido, Jordi Ferrer Beltrán, que recorre à noção de

alternativas à denúncia, pode-se dizer que via de regra o debate fático dá-se quanto à hipótese acusatória. E, de qualquer forma, essa é a hipótese que deverá ser provada, sem que nenhuma outra a infirme.

Isso posto, voltando à afirmação de FENOLL, o fato de a hipótese fática (ao menos no direito brasileiro) ser estabelecida pela acusação e eventualmente, outras hipóteses fáticas também serem estabelecidas pela defesa, impede a concordância com aquela assertiva do professor espanhol de que o juiz deve fazer uma lista de fatos juridicamente relevantes durante a análise da prova, se essa afirmativa é compreendida como outorga de proatividade ao juiz. Não cabe ao julgador estabelecer os fatos ou, em termos mais precisos, formular as hipóteses fáticas, quaisquer que sejam, mas testar aquelas hipóteses fornecidas pelas partes com base nas provas colhidas nos autos.

A mudança de perspectiva, embora sutil, é de primordial importância. Detenha-se um pouco mais sobre ela.

Como se ressaltou, enquanto faz a análise do conjunto probatório, o juiz pode imaginar diversas hipóteses que explicariam a existência das provas. Esse “pode imaginar” refere-se não a uma permissão legal, no sentido de que a lei permite que o juiz imagine, mas à constatação de uma possibilidade em termos meramente descritivos: é possível (até mesmo provável) que o juiz venha a imaginar diversas explicações para as provas com que tem contato. A legislação nada pode fazer para impedir que algumas hipóteses se passem na mente do juiz, sendo por diversas vezes até mesmo involuntário essas elucubrações sobre o que pode ter acontecido a partir das provas que foram fornecidas pelas partes.

Se nada pode ser feito quanto ao que se passa na cabeça do juiz, a estruturação democrática do processo deve impedir que essas hipóteses deixem a mera cogitação, o

standard de prova para o estabelecimento de mínimos probatórios, afirma que “no processo penal teremos standards de prova assimétricos para a acusação e para a defesa”, de forma que “se a defesa não consegue superar o standard de prova que lhe resulta aplicável, isso implica que não podemos considerar provada a inocência, mas não que a defesa não possa ganhar o caso mediante a absolvição do acusado. Por outro lado, se a acusação não consegue produzir corroboração suficiente à sua hipótese, isso implicará na perda do caso para esta parte.” (FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista brasileira de direito processual penal*. Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018, p. 176-177.) De fato, à parte a conceituação e a discussão quanto aos standards de prova no processo penal, pelo princípio da presunção de inocência e com base no disposto no artigo 386 do Código de Processo Penal, particularmente na cláusula geral do inciso VII, o fato de não estar provada a inocência não significa condenação, pois a plausibilidade da ocorrência de um alibi, de uma excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade afasta a certeza necessária à condenação. Ainda quanto ao princípio da presunção de inocência, cf. FÉRNANDES LÓPEZ, Mercedes. *Prueba e presunción de inocencia*. Madri: Iustel, 2005.

espaço de subjetividade do julgador, e passem ao procedimento. O risco é a criação do quadro paranoide citado por Franco CORDERO, de primazia das hipóteses sobre os fatos:

O inquisidor trabalha enquanto quer, trabalhando em segredo sobre os animais que confessam; concebida uma hipótese, sobre ela edifica suposições indutivas; a falta de debate contraditório abre um espaço lógico ao pensamento paranoide; tramas rebuscadas eclipsam os fatos. Dono do tabuleiro, dispõe as peças como lhe convém: a inquisição é um mundo verbal semelhante ao sonho; tempos, lugares, coisas, pessoas, acontecimentos flutuam e se movem em quadros manipuláveis. (...) a inspiração poética desencadeia um sentimento narcisista de onipotência, no qual desaparece qualquer cautela de autocrítica.²⁴³

De nada adianta vedar ao juiz a produção de provas²⁴⁴ para que ele não aja enviesadamente em busca de confirmação de sua hipótese, se se permite que ele formule hipóteses por si só a partir das provas fornecidas pelas partes. A delimitação temática pela qual são traçadas as fronteiras da prova²⁴⁵ deve ser referida não apenas à busca dos elementos de provas e à sua introdução no processo, mas à própria interpretação desses meios de prova juntados aos autos: essa interpretação somente pode ser referida à comprovação ou refutação das hipóteses estabelecidas pelo Ministério Público e pela defesa.

A intersubjetividade na produção da prova e no estabelecimento das hipóteses fáticas, a cargo da acusação e da defesa, é o freio estrutural que o processo erige à subjetividade do juiz na busca de se afastar o primado das hipóteses sobre os fatos. O viés de confirmação, “a tendência de prestar atenção em informações que suportam o que a pessoa acredita ou quer acreditar”²⁴⁶, tem sua possibilidade de incidência diminuída se, em vez de ser permitido ao juiz julgar segundo suas hipóteses, lhe é imposto analisar tão-

²⁴³ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal* – Tomo II. Bogotá: Temis, 2000, p. 263. Tradução livre. No original: “El inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábalas inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueño del tablero, dispone las piezas como le conviene: la inquisición es un mundo verbal semejante al onírico; tiempos lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctúan y se mueven en cuadros manipulables. (...) el estro poético desarrolla un sentimiento narcisista de omnipotencia, en el cual desaparece cualquier cautela de autocrítica.”

²⁴⁴ Como já o deveria ter sido feito no Código de Processo Penal, dada a incompatibilidade da atual redação do artigo 156 com os princípios do contraditório e da imparcialidade do juízo.

²⁴⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²⁴⁶ TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar. NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 70, p. 177-196, jan./jun. 2017, p. 180.

somente as hipóteses alheias. Em certa medida, vê-se aqui uma manifestação do antigo brocardo: “dai-me os fatos e te dou o direito”.

A motivação do juiz é uma justificação adequada da condenação só se, além de apoiar a hipótese acusatória com uma pluralidade de confirmações não contraditadas por qualquer contraprova, também estiver em condições de desmentir com adequadas contraprovas todas as contra-hipóteses formuladas e formuláveis. Daí o valor da separação, segundo o esquema triangular, entre acusação, defesa e juiz: se a acusação tem o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contraditar com contra-hipóteses e contraprovas, e o juiz, cujos hábitos profissionais são a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de ensaiar todas as hipóteses, aceitando a acusatória só se estiver provada e não a aceitando, conforme o critério pragmático do favor rei, não só se resultar desmentida, mas também se não forem desmentidas todas as hipóteses em conflito com ela.²⁴⁷

Ao juiz caberá, em vez de formular ou analisar suas próprias hipóteses (em favor das quais é possível e até mesmo provável que avalie enviesadamente, pré-disposto a adotá-la), motivar na sentença o porquê do acolhimento ou rejeição das hipóteses apresentadas por Ministério Público e réu. O texto da sentença deve ser referido às hipóteses fornecidas pela acusação e pelo acusado-contraditor, fundamentando porque elas serão consideradas comprovadas, refutadas ou plausíveis (este último, no caso de uma hipótese defensiva, cuja plausibilidade é suficiente para sustentar uma absolvição pela regra de juízo da presunção de inocência, como já se disse). Esses juízos deverão ser feitos com base exclusivamente nos elementos de prova levados ao processo pela acusação e pela defesa. A intersubjetividade é garantida, assim, tanto com relação à hipótese quanto às provas, e a decisão levará em conta efetivamente a atuação da acusação e da defesa no processo.

A aceitação de que as hipóteses fáticas e as provas não estão à disposição do juiz, mas efetivamente vinculam-no quanto ao *thema probandum* e quanto aos meios de prova, que serão aqueles levados pela acusação e pela defesa, importa na superação de um importante mecanismo inquisitório tratado no capítulo 1, o do juiz-ator.

Os juristas anglo-saxões ficam não raras vezes surpreendidos com a inconsistência do direito da prova, notoriamente subdesenvolvido nos direitos continentais. *Who gives you the facts?*, é a pergunta que os juízes ingleses colocam permanentemente aos seus colegas franceses. Ninguém, é o juiz de instrução que os encontra... à sua maneira! Em França, os fatos são dados pelo Estado e não pelas partes. A verdade é do domínio público. Quanto a isso, a diferença de estatuto do perito é

²⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 122.

bastante reveladora. Nos sistemas inquisitoriais, o relatório pericial só pode ser único: existe uma verdade objetiva e deve ser possível abordá-la diretamente através da ciência. Nos países da *Common Law*, existem apenas pontos de vista parciais sobre a realidade que o processo deve exprimir mais fielmente. Donde a resistência de um país como a França em reformar o seu processo penal ou civil no sentido de uma via mais acusatória, o que a faria abdicar de uma espécie de monopólio público sobre a verdade. O liberalismo adequa-se bastante bem a esse tipo de processo que coletiviza os meios de produção da verdade... para melhor introduzir neles a relação de força.²⁴⁸

Repele-se, assim, esse monopólio do juiz sobre a verdade, e o método que se defende aqui tem ainda o mérito de fazer essa superação do juiz-ator através da inversão de outro mecanismo inquisitório referido no capítulo 1, que era a atribuição do poder de perguntar ao inquisidor. Alude-se não apenas a impossibilidade de o magistrado realizar perguntas às testemunhas e aos réus interrogados, um primeiro passo importantíssimo que guarda relação com o método de produção da prova. Quer-se referir à prerrogativa de acusação e defesa de estabelecer exclusivamente as hipóteses para o juiz analisá-las e impor ao magistrado o dever de fundamentar a aceitação ou rejeição dessas hipóteses. Bem analisado o ponto, estabelecer o dever motivar ao juiz é obrigá-lo a fornecer *respostas* às partes intervenientes no processo, e as próprias hipóteses das partes podem ser vistas, assim, como *perguntas*, como questionamentos que se colocam para o magistrado.

Elias CANETTI, de forma perspicaz, ressalta que “antes que a pergunta seja feita, em geral não se sabe o que se pensa. É ela quem obriga à separação dos prós e contras. Se gentil e não aflitiva para com o inquirido, ela deixa a seu cargo a decisão”²⁴⁹. O estabelecimento das hipóteses como perguntas dirigidas pelas partes ao magistrado, dada a plêiade de garantias de que gozam os membros do Poder Judiciário e a impossibilidade de que eles mesmo sejam afetados pelo resultado do processo, afasta que essas perguntas sejam um instrumento autoritário de repressão ou constrangimento pessoal dos juízes. Trata-se, pelo contrário, de uma ferramenta para viabilizar a dialeticidade do processo e a qualidade da decisão através do controle intersubjetivo de seus motivos, pois os questionamentos postulados devem levar à efetiva reflexão sobre qual das explicações apresentadas para as provas é a mais adequada, ou mesmo se há alguma que seja adequada.

²⁴⁸ GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 176.

²⁴⁹ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 288.

Contudo, ainda que a decisão tenha um balizamento, um “roteiro” direcionado pelas hipóteses fáticas, afastando os mecanismos inquisitórios do juiz-ator e das perguntas a cargo do magistrado, isso não afasta ainda aquele outro mecanismo do segredo do procedimento, pois

o adequado tratamento da fundamentação exige a abertura de um espaço no qual se explique e se justifique por quê a partir do material apresentado, se chegou à conclusão que se expressa nos factos provados. O que requer um tratamento individualizado dos distintos elementos de prova que ilustre de maneira suficiente porque razão se lhes atribuiu um valor, positivo ou negativo, ao que se seguirá uma síntese.²⁵⁰

Assim, ao analisar as hipóteses apresentadas, é preciso que a fundamentação da decisão informe, transmita efetivamente as razões adotadas pelo juiz para valorar as provas apresentadas quanto àquelas hipóteses. Se uma hipótese fática é tomada por verdadeira com base nas provas, é preciso que se explique porque que essas provas são suficientes para demonstrar o fato. Chega-se, assim, à motivação quanto à valoração da prova.

3.3.2 Segundo nível de controle: a motivação da valoração da prova

As hipóteses fáticas, enquanto referidas à afirmação de uma verdade histórica, demandam uma valoração e uma motivação em matéria de prova que se apresenta distinta daquela que se faz sobre questões jurídicas. Complicadores são trazidos pelo fato de atualmente não haver, via de regra, normas legais que guiem o debate quanto à suficiência da prova do fato, vigorando o princípio do livre convencimento motivado.

A intenção aqui não é fazer um debate aprofundado dos sistemas de valoração da prova historicamente existentes, porquanto se busca é acertar a adequação e compreensão do denominado princípio do livre convencimento motivado no marco de uma legitimação democrática do processo. Deve-se destacar, porém, a afirmação de que não há, *via de regra*, normas legais quanto à valoração das provas. Diz-se *via de regra* porque sobrevivem, atualmente, um sistema de tarifação legal negativa de provas no que concerne, por exemplo, à imposição de que seja realizado exame de corpo de delito nas

²⁵⁰ IBANEZ, Andrés Perfecto. Sobre a formação racional da convicção judicial. *Julgar*. Coimbra, nº 13, p. 155-173, 2011, p. 172.

infrações que deixem vestígios²⁵¹. Trata-se, nesse caso, de uma tarifação legal, uma vez que a lei determina que seja realizada uma prova específica e, apenas na sua absoluta impossibilidade, permite-se a produção de outra prova²⁵².

Feito o esclarecimento, importa notar que o sistema vigente quanto à valoração da prova é o da livre apreciação:

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.²⁵³

O recurso ao caráter “livre”, entretanto, costuma ser referido não à apreciação da prova, mas ao convencimento: livre convencimento motivado. Por vezes, essa interpretação traz como corolário a sustentação de uma inadequada desnecessidade de explicitação dos motivos pelo juiz, como se ele fosse portador de ampla liberdade na apresentação ou não das razões de decidir. Lênio Luiz STRECK traz dois excertos de julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, abaixo reproduzidos:

Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, *não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados.*

(...)

Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, *não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através dela, a verdade material.* O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência.²⁵⁴

O solipsismo, o subjetivismo hermético dos critérios por uma tal concepção do que seja a “livre apreciação da prova”, confundida a liberdade de apreciação em oposição à tarifação legal com uma certa libertinagem epistemológica na valoração e motivação da

²⁵¹ 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. Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta. (BRASIL. Decreto-lei 3.689. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941.)

²⁵² Por não ser o objeto principal, não se alongará na análise dessa tarifação legal. Todavia, deve-se deixar clara a posição de que não se entende que sejam inconstitucionais os dispositivos legais em questão, porquanto imponham ao Estado o dever de provar o crime de uma determinada maneira ou, ao menos, o ônus argumentativo de demonstrar que o exame de corpo de delito era impossível. Assim, os dispositivos são colocados de forma a reduzir o espaço de arbítrio na apuração dos fatos tidos por criminosos e demandam do Estado maior critério na apuração e punição de delitos. Sobre o tema, cf.

²⁵³ BRASIL. Decreto-lei 3.689. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941.

²⁵⁴ Apud STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 26.

decisão, torna a decisão fechada a qualquer intersubjetividade e possibilidade de crítica. Como ressalta STRECK, “a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador”, para concluir que “consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo tema”²⁵⁵.

A “restituição do juiz à sua própria consciência”, nos termos constantes na decisão do STJ, transforma o sistema do livre convencimento motivado, na prática, num sistema de íntima convicção, este sim no qual o magistrado não tem que fornecer qualquer explicação de sua decisão²⁵⁶.

Essa postura acerca da desnecessidade de fornecer explicações, se manifestamente inconstitucional em sua forma mais contundente, acaba encontrando vazão de uma maneira muito mais sutil na deturpação da afirmação de que o magistrado não está vinculado a critérios apriorísticos de valoração da prova.

Trata-se da adoção de um modelo subjetivo na valoração da prova, que “tem como cerne a ideia de que algo estar provado vincula-se à crença, ao convencimento, à convicção do juiz acerca dos fatos”²⁵⁷. Em casos assim, “se o juiz alcançar a convicção, o fato estará provado. Caso contrário, não estará. E isso depende unicamente do aspecto subjetivo psicológico do juiz, que ninguém mais, além dele, pode determinar, chegando-se, necessariamente, a uma concepção irracional de prova”²⁵⁸. A própria possibilidade de erro na decisão é afastada, pois se o referencial de avaliação da prova e da motivação da decisão quanto a essa avaliação é a convicção do juiz, é a crença do julgador, e afinal a própria crença não pode ser justificada em si mesma²⁵⁹, então não se pode afirmar que o juiz *crê* certo ou que ele *crê* errado. O subjetivismo encontra-se, justamente, na impossibilidade de que quaisquer outros indivíduos controlem de alguma maneira efetiva a decisão, pois ela remete apenas a uma sensação íntima do juiz.

Hernando Devis ECHANDIA afirma que a convicção íntima ou o livre convencimento, nesses termos designados e assim compreendidos, é uma infausta modalidade da livre apreciação da prova pelo juiz, “a causa de que se fale do perigo da arbitrariedade, de que não se pode prever o resultado do processo nem se ter segurança

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 26-7.

²⁵⁶ VEGA, Mario A. Houed. *La prueba y su valoración em el proceso penal*. Manáguá: INEJ, p. 66.

²⁵⁷ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo; do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 22.

²⁵⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 71.

²⁵⁹ RAMOS, Vitor de Paula. Obra citada, p. 23.

probatória, e de que uma incógnita (a sentença) acabe dependendo de outra incógnita (a convicção íntima)”²⁶⁰.

O prejuízo ao contraditório e a tudo quanto se afirmou concernente à legitimação democrática da decisão manifesta-se de forma indisfarçável, pois a sentença será fruto, em última análise, de um poder discricionário e incontrolável do juiz. Ainda que as provas valoradas sejam apenas aquelas produzidas no processo, ainda que as hipóteses avaliadas sejam somente as hipóteses fornecidas pelas partes, ainda que todos os argumentos sejam considerados pelo juiz, remeter a decisão à crença ou à subjetividade do julgador é impossibilitar que o controle se faça no momento mais crítico, o da exposição e conhecimento das razões de decidir. Como pontua STRECK,

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 “o produto de um conjunto de *imperscrutáveis* avaliações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo”. Daí a minha indagação: de que adianta afirmar um novo modo de “gestão da prova” se o sentido a ser definido sobre o “produto final” dessa “gestão probatória” *permanece a cargo de um “inquisidor de segundo grau” que possui “livre convencimento”*?²⁶¹

Perde sentido a própria fundamentação, no sentido da ponderação de Rolf SARTORIUS de que “dizer que a decisão judicial é justificada não é somente dizer que há algumas boas razões para ela; é dizer que, todas as razões consideradas, a decisão representa a melhor solução”²⁶².

A degeneração da *livre apreciação da prova em livre convencimento motivado* nos termos de uma absoluta liberdade do juiz para apresentar suas razões dá na incompreensão da importante distinção entre “o contexto de descoberta (*context of discovery*) e o contexto de justificação (*context of justification*): o primeiro designa o procedimento que conduz a apresentar a solução de um problema, o segundo objetiva

²⁶⁰ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*: tomo I. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981, p. 105. Tradução livre. Trecho completo, no original: “Debemos observar, en primer término, que las críticas se enderezan por lo general contra el sistema del jurado de conciencia, que, como vimos, algunos denominan del libre convencimiento o de la convicción íntima, y que es en realidad una infortunada modalidad de la libre apreciación por el juez. Es ésa la causa de que se hable del peligro de la arbitrariedad, de que no puede preverse el resultado del proceso ni tenerse una seguridad probatoria, y de que una incógnita (la sentencia) queda dependiendo de otra incógnita (la convicción íntima).”

²⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49.

²⁶² Apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 128. Ressalva-se, apenas, que as razões consideradas, se referidas às hipóteses e argumentos, devem ser aqueles levados pelas partes, nos termos já apresentados.

demonstrar a validade dessa mesma solução”²⁶³. Não se pode confundir o momento em que o juiz toma uma decisão por absolver ou condenar, a partir de um contato e com base numa determinada valoração da prova, com o momento em que o julgador racionaliza a solução em um discurso justificativo. A diferenciação é relevante porque, muitas vezes, o cerne da compreensão de que o juiz seria livre para motivar, em vez de livre para apreciar²⁶⁴ a prova, advém da confusão entre as atividades de valorar/decidir e o discurso justificativo. E, contudo, são dois momentos distintos, ainda que se interpenetrem.

Ao confundir-se os dois, o passo seguinte é pretender que a justificação seja feita inclusive quanto ao contexto de descoberta, o que significa tencionar quase um regresso ao infinito para explicar o inexplicável: como se deu a atividade mental do juiz. Ante a constatada impossibilidade de justificar a atividade mental do julgador, cai-se na armadilha de que qualquer justificação é afinal válida ou, como dito, restitui-se o juiz à sua própria consciência. Na absoluta impossibilidade de razões que expliquem a decisão, qualquer decisão é válida, qualquer não-motivação é tratada como se motivação fosse.

Ocorre que “falar de estrutura justificativa da decisão significa fazer referência não ao *iter* lógico-psicológico mediante o qual as razões da decisão são individualizadas e formuladas, mas sim às características formais do discurso em que essas são objetivadas e explicitadas”²⁶⁵. Motivar não é refazer o caminho psicológico transcorrido pelo juiz de quando tomou o primeiro contato com a prova, explicitar o que passou por sua mente, as impressões de uma testemunha, como lhe impactou a leitura de uma perícia, do início do processo até a formulação da decisão. Enquanto discurso e, cumprindo sua função garantidora, a motivação tem como objetivo certificar o cumprimento de uma determinada forma de raciocínio decisório, especificamente a que conduza o juiz a formar o convencimento embasado apenas em razões confessáveis, funcionando como uma forma de constrangimento a priori que afaste influências que reconduzam à arbitrariedade²⁶⁶.

Não se trata, porém, da ilusão de que a motivação da decisão possa despir o juiz de seus valores, visões de mundo, preconceitos, ideologia²⁶⁷, crenças etc. Aceito o caráter

²⁶³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 112.

²⁶⁴ Liberdade em oposição ao prévio sistema de tarifação legal, repita-se.

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 197.

²⁶⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Obra citada, p. 113.

²⁶⁷ O termo, aqui, é tomado na forma como descrito por Žizek no filme *O Guia do Perverso Para o Cinema*, em que ele faz uma análise de uma cena do filme *They Live*: “De acordo com nosso senso comum, pensamos que ideologia é algo que embaça, confunde nossa visão das coisas. A ideologia seria como óculos, que distorcem nossa visão, e a crítica da ideologia deveria ser o oposto [da crítica do filme *They Live*], em

histórico da investigação sobre os fatos no processo penal, importa perceber que “todas as operações mentais realizadas por uma pessoa são condicionadas por suas concepções pessoais, até mesmo o esforço sem termo de desprendimento das noções próprias está cingido pelos mesmos conceitos”²⁶⁸. Não se pode rechaçar a condição humana do juiz, sua situação de pessoa, como se pudesse se desfazer de sua subjetividade.

A estruturação do processo penal como procedimento em contraditório e, particularmente, o dever de motivação existem porque pressupõem não um juiz sobre-humano, mas justamente a humanidade do juiz. Fossem os julgadores capazes de, por condição pessoal inata, atingir a verdade ontológica dos fatos e decidir imparcialmente independente de qualquer circunstância ou variável, não se faria necessário o próprio processo. Ele se impõe como freio à subjetividade. O juiz tem que saber porque acredita no que pensa, e a motivação é devida para que ele

explique ordenada e detalhadamente seu raciocínio probatório e, se não consegue fazê-lo, tome consciência de que não há outro remédio a não ser utilizar as regras de ônus probatório ante a falta de materiais seguros sobre os quais fundamentar sua decisão. Ou seja, com a motivação não se busca apenas que o juiz convença aos destinatários da sentença, mas que convença a si mesmo sobre a racionalidade de suas conclusões.²⁶⁹

que você tira os óculos e finalmente pode ver as coisas do jeito que elas são. (...) Aqui está precisamente a ilusão definitiva: a ideologia simplesmente não nos é imposta. Ideologia é a nossa forma espontânea de relação com o mundo social, é como nós percebemos cada significado, etc. De certa maneira, nós gozamos da nossa ideologia.” (ZIZEK, Slavoj. *In: THE pervert's guide to ideology*. Direção: Sophie Fiennes, Produção: Sophie Fiennes. Londres, 2012.) Tradução livre. No original: “According to our common sense, we think that ideology is something blurring, confusing our straight view. Ideology should be glasses, which distort our view, and the critique of ideology should be the opposite like you take off the glasses so that you can finally see the way things really are. This precisely and here, the pessimism of the film, of *They Live*, is well justified, this precisely is the ultimate illusion: ideology is not simply imposed on ourselves. Ideology is our spontaneous relation to our social world, how we perceive each meaning and so on and so on. We, in a way, enjoy our ideology.”

²⁶⁸ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 122.

²⁶⁹ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 110. Tradução livre. Trecho completo no original: “El juez tiene que saber por qué cree lo que piensa. Es cierto que no estamos acostumbrados a dar razones de nuestras intuiciones, y a veces hasta está socialmente mal visto buscar dichas razones. Pelo ello no puede suceder en una resolución judicial ya que, como afirma Jakob, la convicción probatoria debe ser una actividad principalmente producto de la razón, y no únicamente del sentimiento subjetivo. Una resolución judicial tiene que estar motivada. Y es justamente en el momento de la motivación en el que todo lo dicho por los autores dentro de este enfoque cobra pleno sentido, porque el juez se encontrará de frente a un papel en blanco en el que tiene que detallar por qué ha creído una determinada versión. Si se refugia en expresiones genéricas como ‘valorada conjuntamente la prueba’, o simplemente no explica su razonamiento, puede ser que lo haga porque lo considere obvio, o bien porque realmente dicho razonamiento no exista en realidad con unas bases lógicas fiables. Siendo así, sus conclusiones no son homologables y no pueden formar parte de la sentencia. Y ésta es la principal utilidad del enfoque epistemológico: que el juez explique ordenada y detalladamente su razonamiento probatorio y, se no puede, cobre consciencia de que no le queda otro remedio que utilizar las reglas de carga de la prueba ante la ausencia de materiales seguros sobre los que basar su decisión. Es decir, con la motivación no se busca solamente que el juez convenza a los destinatarios de la sentencia, sino que se convenza a sí mismo sobre la razonabilidad de sus conclusiones.”

A recusa ao subjetivismo na valoração da prova é uma recusa ao juiz-ator da inquisição, à autorreferencialidade, ao juiz que decide por si a despeito do que tenham alegado o acusado, o Ministério Público e até mesmo a despeito da sociedade, porque restituído à sua consciência. Como se viu, a fonte de legitimidade da decisão não é a consciência ou a pessoa do juiz, mas a efetiva participação do réu em contraditório e do Ministério Público, este que deve formular a acusação em observância da estrita legalidade, enquanto defensor da ordem jurídica e democrática.

E, porém, a recusa ao subjetivismo não pode embasar uma crença ingênua de que com a adoção de um esquema objetivo permita-se chegar não só à segurança das decisões, como se erigir um critério de verdade em moldes correspondistas. Quando Vitor de Paula RAMOS afirma que o processo “tem que lidar com formas objetivas de aceitação de hipóteses fáticas, que não dependam do juiz A ou do juiz B” e que, por isso, “a suficiência da prova, em outras palavras, será dada objetivamente pelo direito, independentemente da crença de um ou outro juiz”²⁷⁰, deve-se ter cuidado sobre dois pontos.

Primeiro, afirmar que a suficiência da prova será dada “objetivamente pelo direito”, bem analisada a assertiva, é remeter a um sistema de tarifação legal ou, ao menos, judicial, o que já se mostrou historicamente as mazelas e injustiças, a pretexto da segurança que transmite²⁷¹. Embora não pareça ser a intenção do autor uma tarifação legal ou mesmo judicial da prova, a afirmação é perigosa ao se remeter a critérios de segurança em bases jurídicas sem que se faça a imediata e devida contextualização do que se quer com isso dizer, quais são essas bases jurídicas e como elas viriam.

Segundo, e mais importante, pretender que as formas de aceitação das hipóteses fáticas não dependam em absoluto do juiz é negar o caráter histórico dessas hipóteses e mesmo a necessidade de que haja um julgador. Quando, seguindo em seu texto, o autor trata o teste de hipóteses em comparação com o que se faz nas chamadas *hard sciences*²⁷², desconsidera que para essas ciências o objeto está disponível para experimentação e verificação, ao contrário das hipóteses históricas, que visam a cognição de um evento passado que já não mais está disponível para comparação com os resultados das provas.

²⁷⁰ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo; do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 26.

²⁷¹ IBANEZ, Andrés Perfecto. Sobre a formação racional da convicção judicial. *Julgar*. Coimbra, nº 13, p. 155-173, 2011, p. 157.

²⁷² RAMOS, Vitor de Paula. Obra citada, p. 26.

O problema é que RAMOS, ao estabelecer que “sendo a busca da verdade o fim último da prova, essa passa a ser um *standard* externo de correção de todo o procedimento probatório”²⁷³, acaba por incorrer em um raciocínio circular pelo qual o referencial de correção do procedimento probatório é aquilo que se busca descobrir pelo próprio procedimento probatório. Confira-se:

O direito processual volta a cogitar a possibilidade de erro em uma decisão. Se o juiz decidir que Pedro matou Maria e, na realidade, no mundo lá fora, Pedro não tiver matado Maria, a decisão será errada. No modelo subjetivo, em que o juiz é a régua de si próprio, não há essa possibilidade.²⁷⁴

O problema é que com esse referencial de correção, para que a decisão seja errada, é preciso que se *saiba de antemão* que Pedro matou Maria. Das duas opções, só pode restar uma: se sabe previamente que Pedro matou Maria e o próprio procedimento torna-se desnecessário ou não se sabe previamente e o *standard* de correção não serve de nada em absoluto, pois não servirá para que se demonstre o erro da decisão.

Não se pode colocar como paradigma da decisão o próprio fato desconhecido que ela busca afirmar, particularmente quando esse fato não está mais disponível para confrontação, como no caso da afirmação de uma hipótese histórica. A busca de certeza quanto à ocorrência do crime e da efetiva condenação de seu culpado, em última análise, não pode ser satisfeita com pretensões de correspondência.

E isso não importa, contudo, que se diminua o valor da verdade proferida no processo, que se deva relegar ao relativismo de que qualquer decisão vale ou que se esteja fadado ao mais extremo subjetivismo do juiz.

Aceita-se, aqui, a proposição de FENOLL de que “a valoração da prova é objetivável. Não até as últimas consequências, evidentemente, mas é possível estabelecer critérios aos quais o juiz atualmente já observa em ocasiões, ainda que não o faça conscientemente”²⁷⁵. A pretensão não é o fechamento objetivo completo em torno de uma certeza próxima às ciências experimentais, que tenha como referencial a verdade correspondista. Trata-se de aceitar a limitação, aceitar que se em certos casos a prova trará certeza, mas em outros, mesmo com critérios objetiváveis, pode haver dúvida quanto à sua valoração – e havendo dúvida em matéria penal, deve-se resolver pela absolvição.

²⁷³ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo; do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 26.

²⁷⁴ RAMOS, Vitor de Paula. Obra citada, p. 27.

²⁷⁵ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 209.

Assim, a proposta desde uma valoração objetivável é que sejam *conhecidos* os critérios de valoração da prova, devidamente *utilizados e explicados* na motivação²⁷⁶. A motivação deve ser um discurso objetivo pelo qual o juiz demonstra, de forma clara e contextualizada com o caso penal, porque, em vista das provas levadas ao processo, ele (o julgador) considera as hipóteses fáticas apresentadas pela acusação e pela defesa como comprovadas, refutadas ou nem comprovadas nem refutadas, estabelecendo o nexos de cada circunstância e fato relevante com as provas colhidas, de forma detalhista e completa que abranja, no caso de condenação, por exemplo, a explicação de todos fatos imputados na denúncia.

Uma motivação suficiente em matéria de valoração da prova, portanto, é aquela que aponta critérios objetivos na apreciação probatória. Os critérios serão mais objetivos quanto mais se afastem da mera confiança ou do sentimento subjetivo do juiz e se aproximem de uma avaliação racionalizadora do porquê da atribuição de força probante a um determinado meio de prova apresentado. Devem ser repudiados argumentos como as impressões do julgador, sua imediação no contato com a prova ou o recurso a máximas de experiência que, em geral, “não são mais que convenções sociais (...) cheias de preconceitos e que não atendem ao método científico”²⁷⁷, pois eles não fornecem um parâmetro intersubjetivo, mas fundam-se no assentimento imotivado do juiz.

Tanto a acusação quanto a defesa, ao alegarem suas hipóteses e cotejá-las com as provas produzidas, têm a pretensão de demonstrar o acerto de suas próprias conclusões. Logo, suas alegações e os termos nelas veiculados acabam por tornar-se um guia da racionalidade do diálogo processual e da decisão. E, em razão da necessidade de a decisão se tratar de uma construção intersubjetiva e que deverá exprimir a imparcialidade do juiz, os critérios na valoração da prova deverão ser compartilhados e amparar da forma mais firme possível as conclusões judiciais quanto aos fatos. Por isso, os critérios não estão dados aprioristicamente em sistemas lógicos fechados, mas dependerão de cada prova específica em relação a cada caso: uma perícia pode ser refutada porque seu método não é o mais adequado dentre os atualmente disponíveis pela engenharia civil; uma interceptação telefônica pode ser considerada insuficiente para demonstrar um acerto de corrupção porque os trechos interceptados não afastam outras possibilidades de explicação; um documento pode não ter um texto claro que indique os limites e sentido

²⁷⁶ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 209-210.

²⁷⁷ FENOLL, Jordi Nieva. Obra citada, p. 209-210.

do contrato firmado etc. A cada prova caberá um tipo de análise que, ademais, não será descontextualizada das demais provas e das hipóteses fáticas levantadas em juízo.

Estabelecidos os termos em que uma decisão é suficientemente motivada para atender ao contraditório, deve-se verificar agora se as decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais atendem aos requisitos para que sejam consideradas democraticamente legítimas: se as hipóteses são fixadas pela acusação e defesa e, ademais, se a motivação sobre a valoração da prova é suficiente para que se compreenda os critérios utilizados pelos julgadores.

4. A VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Uso a palavra para compor meus silêncios.
 Não gosto das palavras
 fatigadas de informar.
 (...)
 Porque eu não sou da informática:
 eu sou da invencionática.
 Só uso a palavra para compor meus silêncios.
 (Manoel de Barros – O apanhador de desperdícios)

Antes de adentrar a análise dos critérios de valoração da prova testemunhal, faz-se necessário um esclarecimento terminológico: até então se usou indistintamente a expressão *prova*, sem se especificar se o uso era relativo à *fonte de prova*, ao *meio de prova*, ao *elemento de prova* ou ao *resultado probatório*²⁷⁸, mais um exemplo da polissemia do termo a que se referiu ainda no primeiro capítulo.

Doravante, quando se utilizar as expressões *prova* ou *prova testemunhal* será para significar de forma genérica tanto a *fonte de prova*, a pessoa que presta o depoimento, quanto o *elemento de prova*, por exemplo, a ata com o conteúdo depoimento ou sua gravação, essas a concretização de um *meio de prova* (nesse caso, o meio de prova testemunhal). Assim, quando se fizer referência à *valoração da prova testemunhal*, alude-se de forma geral à valoração da prova testemunhal. Quando se utilizar *valoração do testemunho*, a referência será ao elemento de prova (o depoimento, o que efetivamente foi dito), e quando se afirmar *valoração da testemunha*, será com relação às avaliações da fonte de prova, da pessoa que presta o depoimento.

Feito o esclarecimento, é primordial lembrar que, não sendo o objeto deste trabalho a valoração da prova, mas a motivação sobre a valoração, a exposição que será feita não tem por intenção discutir os critérios de avaliação em si. Particularmente em se tratando de valoração do testemunho, para o qual convergem estudos de ciências afins como a psicologia e a neurologia no que concerne à formação da memória e sua expressão, para ficar em dois exemplos, o debate quanto aos critérios demandaria um espaço e um aprofundamento na discussão sobre temas que fogem aos escopos e limites deste trabalho.

²⁷⁸ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

Assim sendo, os critérios apresentados – a partir da obra de FENOLL, cujo trabalho adotado no que concerne à valoração da prova se explicará em termos de adequação ao marco desta dissertação – não excluem a existência de outros parâmetros de valoração da prova testemunhal, nem estão isentos de discussão. Apenas não será feito o debate com foco no tema no âmbito desta dissertação. A exposição dos critérios serve, mais do que como um fechamento a quaisquer outros que se possam apresentar, de demonstração da amplitude e profundidade das abordagens à prova testemunhal que, como se verá, tem sua discussão de todo esvaziada nas práticas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

4.1. A prostituta das provas

O valor atribuído à prova testemunhal variou ao longo do tempo²⁷⁹. Ele já foi superior ao da prova documental, e Nicola PICARDI ressalta que a depreciação passou a tomar lugar a partir da assunção de uma lógica processual de obtenção da verdade desde um esquema sujeito-objeto²⁸⁰. Nicola Framarino dei MALATESTA declarou que “o fundamento (...) do testemunho em especial, é a presunção de que os homens percebam e narrem a verdade, presunção fundada por sua vez na experiência geral da humanidade”²⁸¹, enquanto Carl MITTERMAIER, por sua vez, advertiu que o

depoimento, concebe-se, pode bem facilmente opor-se à verdade objetiva; a individualidade da testemunha só por si pode influir muito no modo de observar; se aparece impensadamente ou por acaso, se nada a provoca a um exame sério, apenas prestará atenção aos caracteres mais salientes do fato; enfim, certos preconceitos, certa disposição a fazem dar aos objetivos cores imaginárias; e muitas vezes, acredita ter visto aquilo que defende.²⁸²

A diversidade de postura advém de uma crença na sinceridade do indivíduo, por um lado, ou da desconfiança com relação à possibilidade de objetividade da percepção, por outro. Foi percebendo exatamente a importância da percepção para a prova testemunha que Francesco CARNELUTTI afirmou que a testemunha não narra um fato,

²⁷⁹ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo; do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 31.

²⁸⁰ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 136.

²⁸¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 337.

²⁸² MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 2008, p. 301.

mas uma experiência, ter visto, ouvido, percebido algo com relação ao delito que é objeto do juízo. Daí, ressalta o professor italiano, que quando se prescreve que as testemunhas devem testemunhar quanto aos fatos, não quanto às suas apreciações pessoais, deve-se compreender uma vedação a valorações da testemunha com relação à experiência alheia, porquanto o testemunho seja, ele mesmo, uma expressão de uma experiência pessoal, não do próprio fato que se busca conhecer²⁸³.

Desde essa perspectiva, é importante o aporte de Franco CORDERO²⁸⁴ quando parte da constatação de que os testemunhos são relatos em primeira pessoa para criticar as normas processuais que pressupõem a captação objetiva dos acontecimentos pelo sistema sensorial. O processo neuropsíquico de experiência de um fato, preservação como memória e posterior expressão, para além de demasiadamente complicado, ainda não completamente compreendido pela ciência e por isso tido em boa parte como aleatório, de forma alguma se apresenta como um processo *objetivo*. Ademais, salienta o professor que “pode acontecer de todo narrador mentir; porém, se supomos sua sinceridade, é uma questão discutível até onde contam autênticas verdades”²⁸⁵. À parte a possibilidade de mentira, a sinceridade do depoimento não guarda relação direta com sua veracidade, de maneira que não necessariamente um testemunho sincero será apto a comprovar a ocorrência do fato que narra, pois bem pode ocorrer de a testemunha enganar-se.

É vital o discernimento de que a testemunha não narra objetivamente o fato, mas a experiência que teve de um acontecimento, sujeita a distorções voluntárias, a má-compreensões dos dados sensoriais, formação de memórias falsas e erros na comunicação do relato. A possibilidade de indução a respostas pela não adoção da técnica de colheita de um relato livre²⁸⁶, uma suposta maleabilidade das testemunhas na possibilidade de satisfação do interesse de uma das partes, toda a falibilidade humana que transparece na pessoa da testemunha, levou a que a prova testemunhal tivesse sua credibilidade deteriorada em comparação com outros meios de prova (pericial, documental), chegando a ser tratada por alguns como a “prostituta das provas”.

Ainda assim, numa conjuntura de pouca utilização desses outros meios de prova, como a realização de perícias e exames de DNA, a prova testemunhal permanece sendo

²⁸³ CARNELUTTI, Francesco. *Das provas no processo penal*. Campinas: Impactus, 2005, p. 38. A vedação às apreciações pessoais é prevista no artigo 213 do Código de Processo Penal: “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.” (BRASIL. Decreto-Lei 3.689. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941.)

²⁸⁴ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal* – Tomo II. Bogotá: Temis, 2000, p. 58-60

²⁸⁵ CORDERO, Franco. *Procedimiento penal* – Tomo II. Bogotá: Temis, 2000, p. 60

²⁸⁶ DI GESU, Cristina. *Proceso penal e falsas memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 80.

a principal forma de colheita de informações para cognição fática no processo penal brasileiro, a ponto de Fernando da Costa TOURINHO FILHO afirmar que “dificilmente, só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova. Em geral, as infrações penais só podem ser provadas, em juízo, por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento”²⁸⁷. Em tom mais crítico, Aury LOPES JR. analisa que “com as restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira – em regra – tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do nosso processo criminal”, apesar da “imensa fragilidade ou pouca credibilidade que tem (ou deveria ter)”²⁸⁸.

Se aqui se concorda com o diagnóstico da importância da prova testemunhal, não se lhe reputa uma baixa credibilidade que “deveria ter” de antemão. Os problemas decorrentes da formação de falsas memórias e da possibilidade de manipulação do testemunho são indisfarçáveis, mas é certo que prova a testemunhal é maculada pela falibilidade humana tal como os outros meios de prova também podem ser. A percepção dela como a “prostituta das provas” talvez se deva menos a um defeito intrínseco do que ao fato de que, dentre os principais tipos de prova previstos, a prova testemunhal é a única produzida em juízo, na presença do Ministério Público, acusado, advogados, magistrado e servidores. Suas falhas talvez sejam mais ostensivas do que exclusivas.

Reflita-se, por exemplo, sobre a prova pericial. Ainda que seja feita seguindo um método científico reconhecidamente apropriado para responder aos quesitos, pode ocorrer de o perito errar ou de deliberadamente prejudicar a acusação ou a defesa. Pode ainda acontecer de se enganar na interpretação dos quesitos, respondendo uma questão por outra. Todas essas possibilidades são reais e particularmente preocupantes se se atenta ao fato de que em um sem número de vezes os laudos periciais no Brasil são confeccionados sem que sejam acompanhados de filmagens da execução dos trabalhos, sem fotos dos materiais e objetos ensaiados antes e depois, sem descrição de como foram feitos os exames, sem a indicação da metodologia científica utilizada, sem a explicação de porque foi adotada tal ou qual metodologia de abordagem, se essa metodologia é a única ou se há outras possível, porque ela foi considerada a mais adequada etc. Muitas vezes, o laudo pericial vale não pela cientificidade do método de produção de suas conclusões, mas pelo

²⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*: vol. 3. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 335.

²⁸⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, versão digital, pos. 701/1440.

título do documento e pela autoridade do signatário, essa última ironicamente ignorada em inúmeros casos, pois a formação dos peritos nem sempre é condizente com a área de abordagem dos laudos que subscrevem.

Assim, não se deve descartar ou rebaixar a prova testemunhal apenas em razão da falibilidade humana, como de resto não se propõe fazê-lo com nenhum outro meio de prova, pois todos estão sujeitos à imperfeição decorrente da necessária intervenção de seres humanos em sua produção, juntada aos autos do processo. Como afirma FENOLL, “um litigante, um depoente e um perito são pessoas e os três podem igualmente mentir, voluntaria ou involuntariamente”²⁸⁹. Mais do que alardear a prova testemunhal como pior, convém questionar se o rótulo de “prostituta das provas” decorre de deficiências intrínsecas, exclusivas e insuperáveis desse meio de prova ou se esse tratamento desprestigiado é fruto de considerações preconcebidas, uma abordagem inadequada e pouco criteriosa por parte dos operadores do direito que exacerbam problemas que, de resto, soem ter todos os meios de prova, cada qual em um sentido próprio.

4.2. Critérios de valoração da prova testemunhal

O primeiro ponto a ser notado em matéria de valoração da prova testemunhal é que geralmente se parte da aferição da credibilidade das pessoas que testemunham para passar à fiabilidade das declarações em geral. Nesse sentido, o Código de Processo Penal prevê no artigo 203 que a testemunha deve declarar “se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”²⁹⁰.

O texto legal indica, de forma geral, que a prova testemunhal pode ter sua análise cindida (para fins prático-didáticos) a partir de um aspecto subjetivo, ou seja, de quem afirma, e de um aspecto objetivo, da declaração propriamente dita. A exposição será iniciada pelos critérios objetivos, aqueles relacionados ao *conteúdo* do depoimento, para

²⁸⁹ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 212. Tradução livre. Trecho completo, no original: “Uno de los lugares comunes en prácticamente todos los medios de prueba es la credibilidad de las personas. No en vano un litigante, un testigo o incluso un perito son personas, y los tres pueden llegar a mentir, voluntaria o involuntariamente, por igual. También en el reconocimiento judicial el principal protagonista es una persona con sus percepciones: el juez. Y en la prueba documental, el autor del documento es siempre y invariablemente un ser humano, que trata de reproducir una concreta realidad de una forma más rápida y cómoda que si la tuviera que ir explicando oralmente.”

²⁹⁰ BRASIL. Decreto-Lei 3.689. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941.

posteriormente passar ao aspecto subjetivos, concernente a *quem* depõe, pois, desde já se adianta, conforme a proposta adotada, a forma de ponderação de cada um dos critérios objetivos poderá (e deverá, na verdade) variar conforme o sujeito cuja declaração é valorada.

4.2.1. Critérios objetivos de valoração do testemunho

FENOLL destaca o salto qualitativo a partir do momento em que se passou a valorar a credibilidade do testemunho em vez da testemunha, ou seja, “quando se deixou de dar tanta importância aos aspectos de conduta do declarante, que curiosamente ainda são mais considerados tanto pelos juízes quanto, de fato, por qualquer observador”²⁹¹. Para deixar claro: analisar a prova testemunhal desde seu aspecto objetivo deve referir-se, prioritariamente, à análise do *conteúdo* do depoimento, do que foi efetivamente dito, não da *forma* como foi expressado.

Os dados atitudinais do depoente, aqueles relacionados ao seu modo de portar e de se expressar, costumam ser os mais avaliados pelos juízes, conforme diagnóstico de FENOLL (com o qual pode-se concordar a priori ou se tomar por certo, a despeito da falta de dados estatísticos)²⁹². Tal circunstância acaba por emprestar um peso desproporcional a impressões do magistrado que muitas vezes são enunciadas na sentença através de generalizações como “a testemunha afirmou de maneira firme e contundente” ou “os depoimentos contundentes e harmônicos das testemunhas”, expressões que nada dizem quanto à “contundência” ou “firmeza” da declaração da testemunha além da tautologia de que a declaração provocou a sensação de credibilidade no magistrado. Há dois pontos sobre os quais se deter a partir dessa constatação.

Primeiro, o tipo de fundamentação em termos tautológicos encobre, no fim das contas, uma tentativa de explicar o inexplicável. Em muitos casos sequer há uma tentativa de explicação e a motivação sobre a valoração da prova fica remetida à intuição do juiz,

²⁹¹ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 220. Tradução livre. No original: “en materia de psicología del testimonio se dio un salto cualitativo cuando se pasó de valorar la credibilidad del testigo, a examinar la credibilidad del testimonio. Es decir, cuando se dejó de dar tanta importancia a los aspectos conductuales del declarante, que son curiosamente los que siguen teniendo más en cuenta los jueces y, de hecho, cualquier observador.”

²⁹² Obviamente, essa avaliação somente é possível quando o juiz tem contato com a testemunha durante a produção da prova em juízo ou, no caso dos magistrados de segunda instância, quando o depoimento é gravado em mídia audiovisual. Essas circunstâncias de caráter formal, todavia, podem não ser sopesadas pelos julgadores dos tribunais quando o testemunho é registrado por escrito, tampouco podem ter efeito quando o magistrado que sentença não é o mesmo que presidiu a audiência ou ainda quando se passou tanto tempo que a própria lembrança dessa conduta por parte do juiz é apagada.

constando na sentença nada mais que o sentimento pessoal e subjetivo do magistrado quanto à credibilidade da testemunha. Apenas adjetiva-se o relato por sua “contundência” ou “firmeza” sem que se explique o que faz um relato ser “contudente” ou “firme”, nem que se ligue qual a relação dessas características com sua veracidade e porque deve ser tomado como prova da hipótese debatida em juízo.

Na prática, um “cheque em branco” é dado ao magistrado para que ele escolha discricionariamente quais fatos considerar provados e depois selecione as provas valoradas positivamente para amparar o veredito: tomada a decisão de forma solitária, solipsista, basta qualificar as provas que embasem a resolução, sem maiores explicações da valoração e remetendo-se à “confiança” inspirada no julgador.

Logo cai por terra tudo quanto se afirmou até o momento no tocante à construção participada do ato de poder, ao contraditório, ao dever do magistrado de fundamentar as decisões e ao rechaço a uma concepção subjetivista de valoração da prova. Bem vista essa “valoração” com base na atitude do depoente, trata-se do retrocesso ao mecanismo inquisitório do segredo por uma via oblíqua: os critérios de valoração da prova ficam indefinidos e são indefiníveis, permanecem ocultos na abertura semântica de termos e expressões genéricas que nada explicam. Nesses casos, ainda que todo o processo seja público e as provas produzidas pelas partes, a decisão é privada, impassível de crítica e inacessível a qualquer um que não o próprio julgador, pois dependerá apenas de sua vontade decidir num ou noutro sentido.

O segundo ponto é que, ainda que fossem expressos em termos claros os motivos pelos quais o juiz entendeu que o comportamento da testemunha confere credibilidade à prova, a *conduta* do depoente, a *sinceridade* do depoimento e não está necessariamente relacionada ao comportamento do agente²⁹³. Estudos de psicologia mostram que na análise de circunstâncias indicadoras de mentira “a maioria dos achados foram nulos, com poucos indicadores demonstrando aumento ou declínio quando as pessoas estavam mentindo’ e, mesmo nesses que demonstraram algum aumento ou declínio ‘a magnitude dos efeitos foi tão pequena que sua relevância prática é questionável’”²⁹⁴.

Por conseguinte, é no mínimo cientificamente questionável a conexão entre a forma como uma pessoa se porta ao relatar um fato – se gagueja, titubeia, gesticula pouco ou excessivamente, demonstra nervosismo ou calma – e a sinceridade de suas declarações

²⁹³ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 220-2.

²⁹⁴ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo; do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 31.

quanto a este mesmo fato. A variabilidade nas habilidades de expressão entre seres humanos são tamanhas que mesmo que se restrinja a amostra de indivíduos aos professores de uma faculdade, por exemplo, provavelmente se encontrará ali pessoas que se expressam mais claramente e outras de forma truncada, indivíduos que gaguejam ou que têm dificuldade de manter contato visual enquanto falam, que não conseguem manter uma linha de raciocínio bem definida, etc. Em um universo ainda mais plural como o de possíveis testemunhas em processos judiciais, a amplitude de distribuição dessas qualidades e defeitos é ainda maior. Além disso, as testemunhas prestam seus depoimentos sujeitas a tensão durante audiência, na qual o confronto com a autoridade do juiz influi, em que pode haver um desajuste com as formalidades do ambiente forense, dentre outras tantas variáveis que têm o condão de causar efeito sobre a já díspar capacidade comunicativa dos indivíduos. Portanto, o aspecto atitudinal fica absolutamente incontrolável pelo juiz.

Ademais, não se pode olvidar que via de regra os magistrados não são formados em psicologia e, assim, tendem a detectar as mentiras com base em “critérios” que não são mais que intuições carregadas de preconceitos sem base científica, parâmetros que estudos de psicologia demonstram ser errôneos. Caso se faça necessária a avaliação de um testemunho a partir do comportamento da testemunha, essa valoração deve ser levada a cabo por um perito²⁹⁵, que poderá fundar suas conclusões em razões explanáveis e, para além de subsidiar a decisão do juízo, permitir o debate contraditório dos critérios pelo acusado e pelo Ministério Público, especialmente porque eles poderão também nomear auxiliares para acompanhar o ato. Garante-se assim o contraditório e mais uma vez se realça sua conexão com o dever de fundamentação, a efetiva participação do afetado e a necessidade de uma verdadeira exposição dos motivos da decisão.

Em face da pouca objetividade da avaliação atitudinal e da fragilidade de seu embasamento, Jordi Nieva FENOLL propõe que a análise da prova testemunhal seja feita com base no testemunho e segundo critérios objetivos, em que se levará em conta 4 aspectos principais: a coerência do relato; sua contextualização; as corroborações periféricas; e a existência de detalhes oportunistas²⁹⁶.

²⁹⁵ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 222. O autor considera que essas avaliações da conduta do depoente são particularmente importantes quando ele possui problemas cognitivos, o que pode impedir a elaboração de um relato coerente.

²⁹⁶ FENOLL, Jordi Nieva. Obra citada, p. 222-230.

A coerência consiste na falta de contradições, na existência de um relato que não seja incongruente nos próprios termos, mas apresente uma história em que os dados sejam concatenados de maneira que um não torne absurda a presença dos demais. A experiência forense demonstra que o dado de coerência do relato costuma ser dos mais ressaltados pelos julgadores, que não raramente se referem à “harmonia”, “coesão” ou “coerência” dos depoimentos para lhes atribuir credibilidade. Porém, a coerência não deveria ser a única fonte de credibilidade da prova testemunhal, ainda que seja relevante. Afinal, um depoimento mentiroso também pode ser coerente, bastando que a falsidade seja construída de maneira criteriosa e que não sejam exploradas suas fragilidades. Até mesmo um depoimento sincero e coerente pode não ser prova suficiente de um fato, caso essa coerência seja fruto da percepção errônea do evento narrado.

Por isso, é imprescindível a verificação dos pontos incongruentes do relato, o que torna relevante o segundo critério objetivo de valoração do testemunho, a contextualização. Quer-se com isso referir à avaliação do depoimento concernente às circunstâncias em que se deu a experiência sensorial narrada pela testemunha. O tempo no momento do fato, o ângulo de visão, a luz, o que foi ouvido pelo depoente, quão alto era o som, o aspecto das pessoas que estavam no local, todas essas informações que não dizem respeito ao fato mas que permitem entender como a testemunha tomou conhecimento, experienciou o evento narrado.

A contextualização é importante porque permite aferir o grau de fiabilidade do depoimento: imagine-se, por exemplo, o testemunho de alguém que diz ter assistido a um assassinato em um bar e que, contextualizando seu relato, esclarece que o local possuía baixa iluminação no momento do crime, que o depoente já havia ingerido bebida alcoólica e que estava um pouco distante de onde ocorreu a briga que resultou na morte da vítima. Um relato coeso pode, nesse caso, mostrar-se impassível de credibilidade pelas frágeis circunstâncias em que se diz ter ocorrido a experiência sensorial.

Ademais, a contextualização do relato também torna mais difícil o encobrimento de uma mentira, porque a testemunha pode ser questionada sobre aspectos em relação aos quais não se preparou, caindo em contradições e denunciando a fabricação de uma história no que tange aos fatos principais.

Por sua vez, o terceiro parâmetro, a corroboração periférica do relato remete a uma primeira formulação na máxima *testius unus testius nullus*. Por ela, o que se busca é a ratificação das informações do depoimento em outros depoimentos e provas dos autos. Encontra-se no âmbito de aferição da corroboração periférica o denominado “acordo

intersubjetivo”, a coincidência de diferentes testemunhos de diversos sujeitos sobre um mesmo fato, que poderá ser respaldada por outras provas como uma perícia que demonstre a lesão na parte do corpo em que as testemunhas viram a vítima ser agredida, por exemplo.

Entretanto, note-se que pela necessidade de corroboração periférica não se exige que os relatos sejam absolutamente coincidentes em todos os pontos, pois demandaria uma correspondência de percepção que é impossível não só por se tratar de pessoas distintas e sujeitas a falhas de memória, mas também por experienciarem o evento por ângulos diversos. É perfeitamente aceitável que dois indivíduos que assistam a um mesmo fato, que compartilhem de capacidades similares de percepção e de análise desse fato, possam eventualmente narrar experiências distintas. A perspectiva pela qual se vivencia um evento afeta os estímulos e dados que os indivíduos decodificarão e posteriormente irão narrar em juízo. O que importa perceber, em matéria de corroboração periférica é justamente se os relatos não são excessivamente discrepantes e se as incongruências apresentadas têm uma explicação possível e plausível, não sendo de se descartar a priori dois depoimentos como reciprocamente falsos pela simples circunstância de que houve alguma divergência entre eles.

Por último, FENOLL destaca a existência de detalhes oportunistas a favor do declarante, aquelas informações via de regra desnecessárias surgidas no testemunho e que pretendem privilegiar alguma das hipóteses processuais a que o declarante adere. O autor espanhol exemplifica esses detalhes com “manifestações sobre o caráter ou a intencionalidade de uma das partes, ou bem justificações das próprias atuações – ou da pessoa que se pretende beneficiar – que vão além do que se tenha perguntado ao declarante”²⁹⁷. Essa circunstância aparece primordialmente em caráter negativo para sinalizar possível falta de objetividade no testemunho, uma vez que a inserção de detalhes oportunistas pela testemunha aponte uma tendência de voluntariamente beneficiar acusação ou defesa.

Os quatro critérios brevemente descritos são todos passíveis de uma explicação objetiva por parte do juiz a partir do elemento de prova, do testemunho colhido. Por exemplo, em um processo no qual se apure a responsabilidade criminal por lesão corporal, em que foram ouvidas quatro testemunhas e realizada a perícia da vítima, é possível e objetivável a valoração da prova testemunhal que leve em conta a coerência interna de

²⁹⁷ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 229.

cada relato, a contextualização na qual se verifique como cada uma das testemunhas teve acesso às experiências narradas em juízo, as corroborações periféricas dos relatos entre si e com a prova pericial, além da possível existência de detalhes oportunistas em cada uma das narrativas.

No entanto, essa consideração não afasta que, se no caso exemplificativo se tratar dos relatos da vítima, de uma testemunha presencial, do policial que realizou a prisão do acusado e de um vizinho que ouviu falar sobre a briga, a diversidade de condições pessoais dos depoentes e de sua relação com o acusado e com o fato influirão na valoração que deve ser feita de cada um dos depoimentos, ainda que sejam baseadas nos mesmos critérios. Faz-se necessária, portanto, uma abordagem da influência das condições subjetivas na valoração da prova testemunhal.

4.2.2. Aspectos subjetivos da valoração da prova testemunhal

O sistema judiciário brasileiro, como aponta Vitor de Paula RAMOS, “se preocupa em excesso com a *pessoa* da testemunha, partindo, a partir de uma análise abstrata de confiabilidade, a uma presunção de *sinceridade* e *veracidade* baseada na ausência de provas em contrário”²⁹⁸. A proposta aqui para superação desse quadro é falar-se não em critérios subjetivos de valoração da prova testemunhal, mas no aspecto subjetivo da valoração. De acordo com a proposta de FENOLL²⁹⁹, não se trata efetivamente da adição de novos critérios, mas de ponderar os critérios objetivos antes apresentados com relação especificamente a cada um dos tipos de testemunhas que podem surgir num processo e à sua relação com o acusado, com a vítima e com o fato em si. Mesmo levando-se em conta também que a avaliação da credibilidade dos diversos depoimentos tem bases comuns nos quatro critérios já expostos, deve-se distinguir a valoração que se faz em situações que envolvam o declarante, nas quais ele possua algum interesse como parte, daquelas que lhe são alheias, em que funciona como testemunha desinteressada, bem como pelo modo de obtenção do conhecimento dos fatos³⁰⁰.

É importante destacar que o objeto deste trabalho não diz respeito à declaração do acusado, do co-acusado e da vítima, pessoas com interesse direto no caso e cuja avaliação

²⁹⁸ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo; do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 80.

²⁹⁹ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 236-285.

³⁰⁰ FENOLL, Jordi Nieva. Obra citada, p. 212-3.

do relato demandaria outras ponderações quanto à própria natureza do ato de interrogatório e das declarações do ofendido, tornando o trabalho complexo além dos limites de recorte propostos. Assim, embora sejam tratados pelo autor espanhol em sua obra, não se fará referência aqui às ponderações quanto aos critérios na análise do interrogatório dos réus e dos ofendidos.

No que tange às testemunhas, uma primeira diferenciação é aquela relativa ao seu interesse na causa: embora toda pessoa possa ser testemunha³⁰¹, algumas podem apresentar uma ligação subjetiva com o réu ou interesse no fato objetivo a ser provado. O Código de Processo Penal permite que alguns dos familiares do acusado se recusem a prestar depoimento, salvo quando não for possível obter a prova por outro modo³⁰², e exime essas pessoas de prestar o compromisso do artigo 203 do Código, o que demonstra a existência na própria lei de uma certa intuição com relação à possível perda de objetividade decorrente dos afetos que ligam esses indivíduos. Igualmente, pode-se dizer que essa mesma percepção se encontra na base das perguntas usualmente feitas antes de se tomar o compromisso quanto à existência de amizade entre a testemunha e o réu ou a vítima.

Objetivamente, o exemplo mais óbvio e cotidiano que surge é aquele dos policiais e agentes de segurança que tenham atuado na investigação ou prisão do acusado e, assim, possuam o interesse em demonstrar a regularidade de sua atuação, regularidade que é reforçada pela condenação do réu. Além desses, pessoas que, embora não tenham sido vítimas diretas ou sejam parentes da vítima, tenham sido prejudicadas pelo delito podem ser consideradas nesse grupo, sem prejuízo de outras possibilidades que deverão ser arguidas pelos interessados em cada processo.

Em todo caso, é essencial compreender que, ainda que essas *testemunhas interessadas* possam se ver envolvidas em maior ou menor medida com os sujeitos e fatos do processo, elas poderão depor e, uma vez que tenham fornecido seu relato, ele deverá ser valorado pelo juiz. Assim, mais do que vedar ou desconsiderar uma prova que a lei não considera ilícita, é importante que a apreciação seja realizada tendo em vista algumas nuances decorrentes da fonte da prova, do sujeito que prestou o relato.

³⁰¹ BRASIL. Decreto-Lei 3.689. *Código de Processo Penal*. Artigo 202. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941.)

³⁰² Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941.)

Nos depoimentos de testemunhas interessadas é esperada a verificação de detalhes oportunistas e da coerência do relato: um familiar que queira a absolvição ou, de outro lado, um policial que tenha atuado na prisão e queira a condenação para demonstrar a regularidade e acerto de sua atuação profissional, estão sujeitos a fornecer depoimentos demasiado coerentes e inserir dados não perguntados para reforçar a credibilidade da narrativa apresentada. Dessa forma, buscam que o resultado do processo tenda a ser de acordo com aquilo que desejam. O excesso de coerência ou de detalhes oportunistas pode ser indicativo de um depoimento preparado, objetivamente alterado e, portanto, indigno de credibilidade.

Fala-se em indicativo porque, por óbvio, não será sempre assim. O relato de alguém interessado na causa direta ou indiretamente pode muito bem ser coerente sem que seja inadequado se lhe atribuir credibilidade. Assim, as corroborações periféricas e a contextualização do relato assumem especial relevo no que concerne a esses testemunhos, porquanto sirvam de referencial para expor se o nível de coerência e os detalhes oportunistas são fruto de um depoimento preparado ou, do contrário, se explicam de forma plausível essas características a ponto de não ser relegada credibilidade à prova testemunhal avaliada³⁰³.

Já com relação às *testemunhas desinteressadas*, aquelas que não possuem vinculação subjetiva de interesse na causa, podem ser subdivididas em testemunhas diretas, que têm conhecimento direto dos fatos, e testemunhas indiretas (ou de referência, na terminologia de FENOLL), as que não experienciaram o fato, mas tiveram conhecimento dele através do relato de outra pessoa.

É esperado que as testemunhas desinteressadas diretas apresentem um relato coerente, um primeiro indicativo de sua credibilidade já que, em princípio, não há qualquer motivo para se duvidar quanto da sinceridade de seu testemunho. Nesses casos, a avaliação leva em conta prioritariamente a possibilidade de percepção errônea por parte de quem relata, razão pela qual um depoimento coerente é um sinal importante de que a prova possui credibilidade.

³⁰³ A forma de produção da prova, embora influa na qualidade e na própria possibilidade de valoração, não é o objeto principal deste trabalho. Contudo, não se pode deixar de notar que a prática (ainda surpreendentemente presente) de ler para as testemunhas os depoimentos por elas prestados na fase pré-processual prejudica sobremaneira a possibilidade de valoração da prova testemunhal em questão, particularmente quanto a pessoas interessadas, dentre as quais policiais envolvidos na prisão, diga-se. A perda de espontaneidade da narrativa da testemunha relativa à contextualização do relato fica evidentemente prejudicada. Trata-se de uma praxe que já deveria ser superada, por violar o contraditório – uma vez que o relato de fato avaliado será aquele feito na polícia, apenas ratificado em juízo – e prejudicar a própria racionalidade dos critérios de valoração da prova, impedindo a construção intersubjetiva da decisão.

Todavia, não se pode esquecer a confiança do próprio depoente no acerto de suas impressões, algo que é esperado em alguém que se vê desinteressado narrando um fato em relação ao qual possui um certo distanciamento. Assim, a coerência, por si só, não empresta total credibilidade à prova mesmo no caso de uma testemunha direta e desinteressada.

A contextualização do relato é esperada em detalhes nesses casos e deve reforçar a credibilidade emprestada pela coerência do depoimento, na medida em que explique a inserção da testemunha direta na cena do fato e permita a avaliação do que foi presenciado e de possíveis erros de percepção não denunciados por aquele primeiro critério. Ademais disso, a credibilidade do relato se tornará mais forte pela corroboração periférica, que ratificará a coerência e contextualização não são fruto de uma deturpação, no sentido de afastar dúvidas quanto à veracidade do depoimento.

Finalmente, os detalhes oportunistas, caso surjam, geralmente ocorrem no sentido de reforçar a credibilidade do próprio declarante e não influem tanto na refutação da prova. A circunstância de uma pessoa destacar suas próprias capacidades e a fiabilidade daquilo que diz é não apenas aceitável como normal, não sendo o caso de desacreditar a prova testemunhal no caso de testemunhas desinteressadas diretas apenas por esse motivo, a menos que eventualmente o excesso de detalhes oportunistas denuncie um preconceito do depoente que seja capaz de afastar a pretensa objetividade com que narra os fatos.

Por último, quanto as *testemunhas desinteressadas indiretas*, é impossível que se aprecie a contextualização, a coerência e os detalhes oportunistas do relato original, porque eles são conhecidos apenas de “segunda mão” pela acusação, defesa e julgador, através do testemunho dado em juízo. Uma testemunha indireta que narra o que lhe foi contado bem pode fazê-lo de forma incoerente ou sem contextualização porque o que lhe foi narrado foi incoerente e sem contextualização ou porque a narrativa foi compreendida de forma incoerente e sem contextualização ou, ainda, porque a narrativa foi bem compreendida porém expressa de forma incoerente e sem contextualização.

Nesses casos, a prova testemunhal possui sua credibilidade diminuída já de saída. O recurso às testemunhas indiretas deve ser usado como a única alternativa possível, em situações absolutamente excepcionais e justificadas, e ainda assim impõe-se uma articulação bastante complexa entre os critérios de valoração da prova, tendo em vista o princípio da presunção de inocência e a fragilidade de testemunhos baseados em um “ouvi dizer”.

Como ressalta FENOLL, os critérios básicos para avaliação de testemunhas indiretas são: a pluralidade de testemunhas indiretas; a coerência da declaração de cada testemunha de referência; a coincidência na afirmação do que é relatado; a contextualização das circunstâncias em que a testemunha ouviu o relato; a verossimilhança do próprio relato; a existência de motivos que expliquem porque não é ouvida a testemunha direta; a diversidade de origem dos testemunhos de referência³⁰⁴. Vê-se que a corroboração periférica assume relevo especial, devendo-se avaliar se há uma diversidade de relatos que se apoiem mutuamente, para além das circunstâncias de obtenção de relato e que este seja coerente, sem o que não se poderá falar em credibilidade.

De forma sucinta, chega-se assim ao fim da exposição dos critérios de valoração. Pela proposta adotada, o juiz pode motivar a valoração da prova em face da decisão de aceitar ou rejeitar a hipótese acusatória e eventuais hipóteses defensivas.

A adoção dos critérios expostos na decisão permite não apenas seu conhecimento *a posteriori* pela defesa e pela acusação, mas a sua própria discussão antes mesmo da decisão. Afinal, se os critérios são racionalizáveis e exprimíveis, é possível que eles integrem não apenas a sentença (ou qualquer outra decisão que se tenha durante o processo) mas que façam parte da argumentação que precede à decisão, levando o juiz a ponderar a partir das razões apresentadas pelo acusado e pelo Ministério Público. Em consonância com tudo o que se afirmou, a rejeição ou a superação desses argumentos na decisão será democraticamente legítima, porque terá levado em conta efetivamente a atuação da acusação e do possível afetado na construção do ato de poder.

Passa-se agora, então, à análise dos julgados do TJMG para averiguar se, na prática, os critérios de valoração são discriminados, feitos compreensíveis e criticáveis por parte dos afetados pela decisão e, de maneira mais ampla, da própria sociedade, denotando uma construção do ato de poder legítima ou se, do contrário, a motivação da valoração da prova indica uma decisão autoritária e subjetiva do juiz.

4.3. Pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça de Minas Gerais

A pesquisa jurisprudencial foi realizada com dois parâmetros terminológicos. Como o objeto de discussão é a motivação sobre a valoração da prova testemunhal, feita

³⁰⁴ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 282.

em termos de credibilidade dessa prova, os termos pesquisados foram separados em dois grupos para inserção, na intenção de conseguir amostragem mais ampla no que concerne às expressões que definem o objeto de pesquisa. Assim, foram usados os parâmetros terminológicos “valoração E prova E testemunha” e “credibilidade E testemunha” e marcada a opção de retorno de *termos relacionados*, que permite a recuperação de acórdãos que possuam palavras sinônimas e/ou parecidas com as que serviram de parâmetro para a pesquisa jurisprudencial.

Por outro lado, dada a amplitude dos termos e a fim de restringir os resultados para que não ficasse inviável a análise de cada uma das decisões, foi utilizada a conjunção “E”, para que a pesquisa retornasse apenas acórdãos que tivessem todos os termos pesquisados, evitando-se assim a inserção de decisões que versassem sobre um ou outro verbete.

Da mesma forma, restringiu-se a pesquisa às decisões cujos termos aparecessem na ementa porque, conquanto a valoração da prova da prova esteja presente em quase todos os recursos em razão da importância da prova testemunhal para discussões de mérito, buscou-se direcionar a análise para aqueles casos em que o tema tenha sido debatido com centralidade tal que se justificou sua referência na ementa. Buscou-se nesses casos uma discussão que haveria de ser mais profunda que o usual, haja vista o efetivo debate quanto à valoração da prova testemunhal de tal forma que obrigasse o Tribunal de Justiça a estabelecer já na ementa esse objeto e um posicionamento mais ou menos sucinto quanto à deliberação do órgão julgador.

Em termos temporais, a pesquisa foi realizada com prazo de 06 (seis) meses, tendo como parâmetro a data de julgamento dos casos entre 01/01/2018 e 30/06/2018. A opção por um prazo de 06 meses é para que de um lado se evite o excesso de acórdãos no resultado e, por outro, não se restrinja de tal maneira o tempo de busca que no prazo da pesquisa se corra o risco de algum desembargador ou juiz convocado esteja licenciado ou de qualquer maneira afastado a ponto de ter os acórdãos de que é relator, revisor ou vogal excluídos da busca. Foram retornados 98 acórdãos, na soma das duas pesquisas.

No que concerne ao tribunal em que foi feita a pesquisa, a opção por um tribunal de segunda instância decorre de uma necessidade logística e do posicionamento jurídico dos tribunais superiores quanto à valoração da prova.

Em relação à necessidade logística, a opção que se fez foi pelo facilitado acesso às decisões de segunda instância através do sistema de busca do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nessa seara, as decisões de primeira instância, muito

mais pulverizadas e em maior número, ainda não têm a ampla e regular divulgação que as decisões dos Tribunais de Justiça possuem.

Embora não se olvide que, do ponto de vista qualitativo, talvez a melhor opção fosse a verificação de sentenças em processos já arquivados, com acesso aos elementos de provas e confrontação da valoração na decisão com o efetivamente arguido pela acusação e pela defesa. Assim, a pesquisa poderia ter resultados mais críticos inclusive no que concerne à atuação não apenas dos juízes, mas também dos promotores de justiça e advogados. Não obstante, os limites temporais de realização do mestrado tornam inviável a pesquisa nessa metodologia e voltada à primeira instância que, todavia se reconhece importante no aprofundamento da compreensão de como todos os profissionais do direito lidam diuturnamente com esse tema tão importante que é a prova, sua valoração e a correspondente motivação.

Por outro lado, se a pesquisa em primeira instância é inviável pelas dificuldades de acesso, a pesquisa nos tribunais superiores não se mostrou a melhor opção em virtude do Enunciado da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”³⁰⁵. A restrição à discussão de matéria fática e consequente exame de provas nos tribunais superiores circunscreve o objeto naquelas cortes, via de regra não há uma efetiva avaliação do valor de cada prova com relação às hipóteses fáticas apresentadas nos casos concretos.

Dessa forma, em virtude da opção por um tribunal de segunda instância, entre tribunais estaduais e tribunais regionais federais escolheu-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em razão do local de atuação e inserção profissional deste autor e da localização do Programa de Pós-Graduação da instituição de ensino superior ao qual está vinculado, a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Ressalte-se ainda que a dissertação, vinculada à linha de pesquisa “Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade” e, dentro desta, ao projeto coletivo “A construção democrática das decisões judiciais: garantias judiciais como direitos humanos”, na área de estudo “O modelo constitucional de processo penal”, ocupou-se das decisões proferidas por órgãos que julgam matéria criminal, como não poderia deixar de ser. Assim, foram buscados acórdãos nas 7 Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sem extrapolar o objeto para a análise de decisões proferidas por órgãos que julgam matéria cível.

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 7. Corte Especial, julgado em 28/06/1990, publicado em 03/07/1990.

Por último, destaque-se que essa pesquisa é qualitativa. O problema proposto, como já colocado na introdução e abordado a partir da análise da motivação de acórdãos em processos criminais nos quais se debateu a credibilidade da prova testemunhal, foi o seguinte: é possível afirmar que a fundamentação das decisões judiciais quanto à valoração da prova testemunhal no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é compatível com o modelo constitucional de processo penal??

A hipótese, por sua vez, foi a de que não, pois ainda hoje são encontrados modelos de justificação de decisão autoritários, os quais a despeito de parecerem satisfatórios não são coadunáveis com as exigências democráticas de um modelo constitucional de processo penal.

Via de regra, a valoração da prova testemunhal no âmbito do TJMG não é realizada segundo critérios objetivos e claros. Os critérios de valoração da prova (quando expostos) em regra não possuem outro amparo que não seja a ‘experiência’ do julgador, o que inviabiliza a efetivação a construção democrática do ato de poder”. A hipótese do trabalho é trazida em termos de “via de regra” porque, mais que identificar de forma exata quantas decisões têm fundamentação inadequada e quantas são adequadas, o foco é indicar falhas na fundamentação que mascarem a inadequação ou inexistência da motivação quanto à valoração da prova. Ou seja, não se atentou para saber a quantidade, a porcentagem de decisões com fundamentação legítima e de decisões com fundamentação ilegítima. O que se buscou foi, dentro do possível, indicar acertos e erros (em face do marco teórico aqui adotado) na motivação das decisões que foram feitas no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e, principalmente, tendo em vista os erros identificados, discuti-los amplamente com vistas à compreensão.

Assim, com esse objetivo e metodologia, não se buscam tanto os números, embora importantes em diversas circunstâncias e inclusive no diagnóstico da exata magnitude do problema da quantidade de decisões sem fundamentação. Recortou-se a pesquisa em um viés qualitativo para que se abrisse ao debate entre profissionais do direito e sociedade, a fim de tratar dos defeitos da motivação quanto à valoração da prova, para superá-los em direção à construção de decisões mais adequadas ao Estado Democrático de Direito. Sem mais delongas, passa-se então à análise dos acórdãos.

4.3.1. Encobrimento da falta de análise da hipótese fática.

Note-se a princípio na análise do seguinte acórdão, m recurso muito utilizado na valoração da prova testemunhal, a qualificação da testemunha:

A autoria também, ao contrário do alegado pela defesa, encontra-se seguramente demonstrada nos autos.

Apesar de o acusado negar a propriedade das drogas, assentido à acusação sobre o porte de arma de fogo, depreende-se dos testemunhos dos agentes policiais envolvido na ocorrência que a sacola com as diversas porções de cocaína foi arremessada do carro conduzido pelo recorrente, em visível ato de fuga, sendo indicação suficiente para impingir a autoria delitiva a L., que, então, deveria fazer prova de sua contraversão (CPP, art. 156).

Os testemunhos policiais, ratificado em Juízo sob o contraditório e a ampla defesa indicam:

"(...) que a arma foi lançada pela janela do lado esquerdo do veículo e a sacola pelo lado direito; (...) que L. admitiu ter arremessado a arma, o que fez quase capotar o veículo; que resolver abordar o Monza porque ele acelerou ao sino de parada da viatura; que a distância dos locais em que foram encontrada a arma e a droga era de uns 3 metros" (Policial M. F. de A., em Juízo, fls. 347).

No mesmo sentido têm-se os dizeres do Policial L. A. de O (fls. 348) e do Policial L. P. de S. (fls. 02/03).

Como é cediço, o valor probante dos testemunhos prestados pelos policiais é igual ao de qualquer outro. O artigo 202, do CPP, dispõe que "toda pessoa poderá ser testemunha", sendo que a condição de servidor do Estado não retira a confiabilidade das palavras do agente. Ao contrário, os militares são servidores públicos credenciados a prevenir e reprimir a criminalidade e seus relatos merecem crédito até prova robusta em contrário.

Sobre o assunto, já decidiu o Pretório Excelso:

"(...) VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos (...)" (STF - HC 73518/SP - Relator: Ministro Celso de Mello - julgado em 26-03-1996).

No caso em apreço, não há qualquer indício de que os policiais tenham interesse em prejudicar o apelante, imputando-lhe falsamente a prática da infração.

Isso contextualizado, indubitável é que L. A. S. S. estava envolto com o tráfico em comento, eis que, no mínimo, transportava, guardava ou mantinha em depósito substâncias proscritas.³⁰⁶

³⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0210.14.008210-3/001. 7ª Câmara Criminal, rel. des. Cássio Salomé, julgamento em 06/06/2018, publicação da súmula em 15/06/2018.

À primeira vista, destaca-se o lançamento da presunção de veracidade das palavras dos agentes de Estado, um recurso argumentativo que pressupõe a análise da prova por parâmetros que levem em conta o sujeito que depõe, não a credibilidade do que foi dito para comprovar as hipóteses.

De fato, há uma confusão conceitual que prejudica a adequada motivação da valoração da prova testemunhal nesse caso. Ela se apresenta na afirmativa de que “o artigo 202, do CPP, dispõe que ‘toda pessoa poderá ser testemunha’, sendo que a condição de servidor do Estado não retira a confiabilidade das palavras do agente”, em que se misturam a capacidade para ser testemunha e a confiabilidade do testemunho. As duas categorias devem ser separadas.

Uma questão é a capacidade de alguém de prestar depoimento, de ser testemunha em um processo criminal. Como já se afirmou, e o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça é correto nesse ponto, qualquer pessoa pode ser *testemunha*, o que ademais está escrito expressamente no artigo 202 do Código de Processo Penal. Não há vedação a que servidores do Estado testemunhem acerca de fatos que viram ou sobre os quais tiveram conhecimento.

Todavia, incorre em erro quem relaciona o artigo 202 do Código de Processo Penal à credibilidade do *testemunho*, *elemento de prova*, pois esse dispositivo legal versa sobre a testemunha, sobre a pessoa que depõe, não sobre seu depoimento ou a valoração dele.

Da premissa de que todos podem testemunhar não decorre como consequência lógica necessária a conclusão de que a palavra do servidor do Estado seja ou não seja confiável, mas apenas a conclusão de que o servidor do Estado pode ser testemunha. O fato de alguém poder ser *testemunha* não empresta nem retira confiabilidade do *testemunho*, porque como se viu a credibilidade de qualquer prova deve ser valorada no caso concreto. Sem efetivamente realizar a valoração do *testemunho*, não se pode afirmar ou negar a credibilidade da prova testemunhal em questão para afirmar ou negar os fatos.

No entanto, deixar de valorar o testemunho foi justamente o que se fez quando se adicionou que “os militares são servidores públicos credenciados a prevenir e reprimir a criminalidade e seus relatos merecem crédito até prova robusta em contrário”. Em vez de se analisar a credibilidade da prova testemunhal objetivamente a partir do *testemunho*, como é a proposta deste trabalho, adotou-se um esquema subjetivista, em que o valor da prova testemunhal é dado pela *testemunha*, pelo sujeito que depõe.

O artigo 203 do Código de Processo Penal é tornado inócuo em sua parte final, que prevê que a testemunha deve “relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”. Se se entende que a circunstância de ser servidor do Estado ou qualquer outra qualidade pessoal da testemunha isoladamente confere ou retira a credibilidade da prova, então essa parte do dispositivo legal finda-se por irrelevante, pois apenas a identificação do sujeito contida na primeira parte seria suficiente para valorar a prova.

Não bastasse, a valoração é embasada em uma incoerência lógica: afirma-se que “o valor probante dos testemunhos prestados pelos policiais é igual ao de qualquer outro” e, na conclusão do mesmo parágrafo, que “seus relatos merecem crédito até prova robusta em contrário”. Surgem concomitantemente dois critérios que podem ser usados tanto para afirmar quanto para negar o fato com base na mesma prova e, assim, é impossível controlar a motivação, saber quais as razões pela qual o julgador decidiu num ou noutro sentido.

Com base na mesma redação apresentada, seria possível concluir que “assim, em virtude de possuírem o mesmo valor probante e tendo em vista a robustez da prova em contrário, deve-se desconfiar das palavras do servidor do Estado e, por isso, a prova testemunhal não merece credibilidade”.

Não foi esclarecido o que seja a robustez da prova em contrário, pois ela não é analisada e não se sabe qual prova é suficiente para afastar o crédito merecido pelos servidores do Estado. Logo, ao se qualificar a prova em contrário como “robusta”, o que se faz é elevar abstratamente o patamar de credibilidade das palavras do servidor do Estado, negando que o valor probante de seus testemunhos seja igual ao de qualquer outro.

Apenas se troca o sinal da decisão através do uso de um argumento genérico apto a escamotear qualquer discrepância ou insuficiência das provas em relação à escolha do julgador, seja ela por condenar ou por absolver.

Há, porém, um outro ponto menos claro, que a ostensividade do recurso à presunção de veracidade esconde. Outro mecanismo tão violador do contraditório e danoso à adequada valoração da prova: a não vinculação do juiz à análise das hipóteses apresentadas pelas partes, do qual se falou no capítulo 3.

Antes de passar a discorrer sobre como esse ponto se apresenta, confira-se o voto do desembargador vogal no julgamento do mesmo recurso:

A inicial, em síntese, narra que durante uma perseguição policial um saco plástico contendo entorpecentes bem como uma arma de fogo foram atirados do interior do veículo que era ocupado pelo acusado e por terceiros, momento em que este prontamente assumiu a propriedade da arma, recaindo sobre si, ainda, a propriedade dos entorpecentes apreendidos.

Quanto a isto, tenho que restou incontroverso que os entorpecentes, de fato, foram jogados do interior do veículo em que o acusado se encontrava, não havendo provas, contudo, de que estes pertenciam ao ora apelante e que seriam destinados ao narcotráfico.

Sobre os fatos, os policiais militares, em ambas as oportunidades em que prestaram relatos sobre os fatos, destacaram que haviam dois veículos parados em via pública, sendo um deles um Monza, e que resolveram abordá-los, sendo certo que ao fazerem o contorno tal automóvel acelerou e começou a empreender fuga. Relataram que durante a perseguição um saco plástico contendo entorpecente e uma arma foram dispensados ao solo por integrantes do veículo, não especificando, contudo, qual dos integrantes teria efetuado tal conduta. O acusado, por outro lado, tanto na fase inquisitorial quanto em juízo destacou que são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia, momento em que, como já mencionado anteriormente, destacou que a arma de fogo apreendida de fato lhe pertencia, alegando que a adquiriu para ser utilizada em sua defesa pessoal, uma vez que estava sendo vítima de ameaças. Quanto aos narcóticos, destacou que sequer tinha ciência de que havia entorpecentes no interior do automóvel (fls. 06/358).

Ademais, data máxima venia, entendo que há elementos aptos a sustentarem a versão apresentada pelo acusado.

Restou incontroverso nos autos que o acusado era quem conduzia o veículo no momento em que se deram os fatos, seja pelos seus próprios relatos ou por aqueles prestados pelas demais testemunhas.

Pois bem. O policial militar M. F. A., em juízo, afirmou se recordar que a arma foi lançada pela janela posta ao lado esquerdo do veículo e a sacola contendo drogas naquela situada ao lado direito. Tal fato foi corroborado pelo seu colega de farda L. A. de O. que, em que pese afirmar não se recordar claramente se os objetos foram atirados por janelas diversas, destacou que estes foram localizados em lados opostos na pista, fato este que corrobora o depoimento anteriormente prestado. Sobre isto, é de notório conhecimento que os veículos fabricados em território brasileiro adotam um sistema único, segundo o qual o assento do condutor do automóvel será posto do lado esquerdo, e o do passageiro ao seu lado direito, bem como os passageiros na parte traseira.

Desta forma, sendo inconteste que o acusado era o condutor do automóvel e que os entorpecentes foram atirados pela janela do lado direito do veículo, entendo como pouco provável que tenha o motorista dispensado algo pela janela que estava posta em sentido oposto ao seu. Não há de se afastar a possibilidade de o agente ter repassado os entorpecentes à pessoa que estava ao seu lado, fato este que, porém, não deve ser considerado frente à ausência de provas neste sentido.

Cabe frisar ainda que em momento algum os policiais militares afirmaram terem visto o acusado em posse de qualquer substância ilícita, restando tal imputação pautada em meras presunções, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico.

Ademais, conforme resta inequívoco, o veículo contava com outros integrantes, de modo que, não tendo os policiais militares presenciado qualquer deles em posse dos referidos entorpecentes, não há que se falar em proliferação de condenação criminal em desfavor do acusado nos termos do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que sua propriedade por parte do réu sequer restou evidenciada.

Assim, não tendo o agente sido flagrado praticando qualquer das condutas tipificadas no art. 33 da Lei de Drogas, tenho que o édito condenatório foi proferido com base em meras conjecturas subjetivas, o que não é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme dito acima.

O direito processual penal brasileiro detém como preceito fundamental o princípio do *in dubio pro reo*, alicerçado pelo princípio constitucional da Presunção de Inocência, dispondo que só será proferida condenação em desfavor do acusado quando houver nos autos elementos probatórios eficazes a comprovar a autoria delitiva, o que, a meu ver, não ocorreu no caso em questão.³⁰⁷

Perceba-se que, nesse caso, é feita uma análise pontual de cada uma das circunstâncias que envolveu o crime, realizada a partir das hipóteses acusatória e defensiva.

O verbo provar é transitivo e à afirmativa “provei” a primeira pergunta de um interlocutor seria “o que?”. Valorar uma prova é fazê-lo com relação a algo, e esse algo no processo penal é uma hipótese fática levada ao processo. Provar é provar uma hipótese e, sem a descrição e a confrontação entre essa hipótese e os elementos com os quais se pretende comprová-la fica sem sentido o próprio raciocínio probatório. É um equívoco tomar os testemunhos na integralidade do seu conteúdo para, qualificando a testemunha, valorá-lo como prova de uma hipótese sem maiores considerações quanto a essa hipótese ou às demais, pois a aceitação de duas hipóteses distintas pode ser fundamentada nos mesmos elementos de prova, sem que as testemunhas estejam necessariamente mentindo ou omitindo algo em seus testemunhos.

O contraditório em sentido material vincula a decisão justamente para que o juiz não possa escolher uma hipótese e, deixando de analisar as demais, a decisão seja construída sem a participação do afetado. Por isso o magistrado é obrigado a analisar também as hipóteses defensivas a partir das provas produzidas, não apenas a hipótese que melhor explica os elementos de prova. Essa apreciação das hipóteses deve ser exaustiva, ou seja, ela deve levar em conta todas as circunstâncias apresentadas em confronto com

³⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0210.14.008210-3/001. 7ª Câmara Criminal, rel. des. Cássio Salomé, julgamento em 06/06/2018, publicação da súmula em 15/06/2018.

todos os elementos de prova produzidos, para que se verifique se a hipótese deve ser refutada, aceita ou se nem refutada nem aceita.

Foi exatamente o que ocorreu no voto acima transcrito. Note-se, e isso é importantíssimo, que as palavras dos policiais não foram negadas, mas tidas por coerentes. Do confronto da prova testemunhal produzida não se verificou incongruência pela qual fosse logicamente necessário que se tivesse o testemunho dos agentes de Estado por verdadeiro e as palavras do acusado por falsas ou vice-versa. Logo, até mesmo o recurso à presunção de veracidade da palavra dos servidores do Estado é prescindível.

No primeiro voto transcrito, a pretexto de se presumir verdadeira a palavra dos agentes de Estado, o que se fez foi presumir verdadeira a culpabilidade. Isso somente foi possível porque não houve uma esmiuçada descrição tanto da hipótese acusatória quanto da hipótese defensiva, de maneira que essa hipótese pôde ser afastada sem que fosse efetivamente ponderada.

Criou-se uma decisão que alijou a participação do afetado pelo ato, na qual o julgador foi a figura soberana por ter a liberdade e discricionariedade de escolher quais hipóteses efetivamente escrutinar e qual valoração fazer da prova³⁰⁸.

Portanto, o magistrado deve levar em consideração o que se produziu no processo pelas partes para analisar a suficiência da comprovação de suas hipóteses. Como demonstra o caso em questão, isso implica a necessidade de descrição detalhada de todas as hipóteses, a confrontação com a prova colhida e, se demonstrada a insuficiência de prova da hipótese acusatória ou que alguma hipótese defensiva seja também crível a partir das provas colhidas, nesses casos toma lugar uma presunção que é juridicamente embasada, qual seja, a presunção de inocência. Discordar ou concordar com a decisão, aquele que lê a fundamentação deve ser capaz de entender o nível de comprovação exigido para que se condene ou se absolva e qual o raciocínio empregado para a utilização

³⁰⁸ No mesmo sentido, utilizando-se da mesma estrutura argumentativa trabalhada neste tópico:
BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0290.16.009416-2/001. 1ª Câmara Criminal, rel. des. Edison Feital Leite, julgamento em 13/03/2018, publicação da súmula em 21/03/2018.
BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0210.16.005959-3/001. 2ª Câmara Criminal, rel. des. Catta Preta, julgamento em 08/03/2018, publicação da súmula em 19/03/2018.
BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0701.16.012534-3/001. 3ª Câmara Criminal, rel. des. Antônio Carlos Cruvinel, julgamento em 27/03/2018, publicação da súmula em 06/04/2018.
BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0106.17.002908-1/001. 4ª Câmara Criminal, rel. des. Fernando Caldeira Brant, julgamento em 06/06/2018, publicação da súmula em 13/06/2018.
BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0701.15.008733-9/001. 6ª Câmara Criminal, rel. des. Denise Pinho da Costa Val, julgamento em 08/05/2018, publicação da súmula em 21/05/2018.

da presunção no caso concreto, a partir das provas que foram produzidas. Isso somente pode ser possível, como se vê no caso analisado, a partir da exposição das hipóteses, pois sem ela falta o próprio pressuposto de se compreender o que se busca comprovar ou refutar.

4.3.2. Falta de indicação dos parâmetros de valoração do testemunho

Sobre esse grupo de argumentos, o estudo partirá do seguinte acórdão:

Trata a espécie de recurso de apelação interposto pelo representante do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face da sentença de fls. 170/175, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia e condenou P. H. O. C. e J. G. S. na sanção do artigo 28, da Lei 11.343/06, respectivamente, a pena de 03 (três) meses de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo voltado à prevenção do uso indevido de drogas e a pena de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 04 (quatro) meses.

Nas razões de fls. 181/188v, requer-se a condenação dos apelados nas sanções do artigo 33, da Lei 11.343/06, haja vista que nos autos do processo existem provas suficientes para respaldar a condenação.

Quanto aos fatos narram os autos que:

"...no dia 17/02/2016, por volta das 19h58min, na Av. Neusa Barsanulfo Arantes, nº 145, Residencial Mangueiras, os denunciados traziam consigo drogas para fins de traficância, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar..."

Merece acolhida a pretensão ministerial.

A materialidade do delito restou devidamente comprovada através do auto de constatação de fl. 28/29 e laudo toxicológico definitivo de fl. 30/31.

A autoria também é indubitosa.

Nota-se que policiais militares abordaram os apelados em virtude de uma denúncia anônima e apreenderam em poder dos apelados grande quantidade de drogas - 20 buchas de maconha e 151 pedras de crack - , tornando-se o que era uma suspeita, em realidade.

O policial militar D. J. D., esclareceu que:

"...durante operação antidrogas os Militares realizaram patrulhamento pelo bairro mangueiras quando receberam informações de um transeunte que na rua Neusa Barsanulfo Arantes, numeral 145, estaria ocorrendo intenso tráfico de drogas; QUE ao se aproximarem do local, os Milicianos deram com um indivíduo de nome W. S. M. em frente a residência, conversando com o autor de nome J. G. S.; QUE de imediato foi feita a abordagem à residência, onde foram localizados nos fundos os autores P. H. O. C. e F. M. P., sendo que o autor F., ao perceber a presença dos Policiais, evadiu-se pulando os muros dos vizinhos; QUE durante buscas pessoais no autor J. foi localizado em seu bolso um embrulho plástico contendo 151 (cento e cinquenta e uma) pedras de substância semelhante a crack, todas fracionadas e prontas para o comércio; QUE com o autor P. H. foi localizado um embrulho plástico contendo 20 (vinte) buchas de substância semelhante a maconha, todas também já fracionadas e prontas para o comércio; (...) QUE em

conversa com a testemunha W., abordado no portão da residência, este informou que é usuário e que estava ali para comprar drogas, e que faz isso com frequência ..." (fl. 02)

Em juízo, D. aduziu que:

"...confirma suas declarações de fls. 02; (...) ouviu a conversa entre o policial W. C. e o usuário W.; W. disse que já havia adquirido drogas no local outras vezes; participou da localização da droga na ocasião; tinha droga em poder dos dois réus; os réus admitiram a propriedade da droga mas negaram se destinar ao tráfico; a abordagem se deu em decorrência de denúncia que relatava a existência de tráfico; conhecia o local em decorrência de outras denúncias de tráfico...". (fl. 138)

No mesmo sentido foi o depoimento do policial W. C. O., fl. 03.

A testemunha W. S. M, afirmou que:

"...estava em frente a um ponto de venda de drogas no Residencial Mangueiras quando foi abordado pela Polícia Militar; QUE o declarante relata que estava para comprar crack, dizendo inclusive que já havia comprado crack mais cedo nesta data naquela mesma residência (...) QUE o declarante informou sobre a venda de drogas naquele local; QUE o declarante já comprou crack várias vezes naquele local; QUE foi mostrado ao declarante a imagem fotográfica dos três suspeitos presos, sendo que o declarante reconhece os três como os indivíduos que ali sempre estão para vender drogas; QUE nesta data, quando comprou crack mais cedo, o declarante afirma que o indivíduo que lhe vendeu trata-se do conduzido J. G. S., ocasião em que o declarante comprou uma pedra de crack por R\$ 5,00 (cinco reais); QUE o declarante alega que em outras oportunidades já comprou crack também do conduzido P. H. O. C.". (fl. 04)

Na fase judicial, W. confirmou seu testemunho de fls. 04, e afirmou de maneira evasiva que "não sabe o nome da pessoa de quem comprava a droga...".

Com efeito, tal afirmativa não passa de mera ilação numa tentativa de isentar os apelados de uma eventual condenação pelo crime de tráfico de drogas.

Pelo que se vê, os policiais foram firmes ao narrar que abordaram os apelados em razão de uma denúncia anônima que no local ocorria o tráfico de drogas; que, ao realizar a abordagem, fora encontrado em poder dos apelados quantidade relevante de drogas, já pronta para a venda.

Já se pacificou na Jurisprudência o entendimento de que os depoimentos dos policiais, quando uníssonos e coerentes, merecem a mesma credibilidade dos demais testemunhas, constituindo-se assim meio de prova idôneo para fundamentar a condenação.³⁰⁹

Nesse caso, a coerência dos depoimentos das testemunhas de acusação foi afirmada sem que fosse sequer transcrito o depoimento de uma delas.

Destaque-se que foi utilizado o recurso a elementos colhidos durante o inquérito policial, inadequado por não constituírem depoimentos sujeitos ao controle da defesa em

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0672.15.022492-7/001. 3ª Câmara Criminal, rel. des. Paulo César Dias, julgamento em 19/06/2018, publicação da súmula em 29/06/2018.

sua colheita, na produção do elemento de prova. Esse, no entanto, não é o foco principal da análise.

A sentença foi reformada para se condenar os réus por tráfico de drogas em virtude da alegada coerência entre os depoimentos das testemunhas de acusação. Um primeiro esclarecimento terminológico é que, tratando-se de uma congruência entre testemunhos distintos, o que foi denominado de coerência é o que se chamou de “corroboração periférica”, ou seja, a confirmação de informações de um elemento de prova por outro.

De qualquer forma, quer se trate de corroboração periférica, quer se trate coerência interna do depoimento, nem um nem outro foram analisados no acórdão.

Faltou para a motivação tanto da coerência quanto da corroboração periférica a transcrição do depoimento. Se no caso anteriormente visto foram as hipóteses que não foram esmiuçadas, nesse caso, tal como as hipóteses, também as provas não foram sequer apresentadas na decisão.

A motivação do raciocínio probatório, já se afirmou por diversas vezes, deve contemplar tanto a hipótese a ser provada quanto os elementos pelos quais se confirmam ou se refutam essas hipóteses. A indicação dos elementos auxilia sobremaneira a adequada explicitação do nexos entre o que eles significam e o que é por eles demonstrado, bem como para a afirmação de sua suficiência.

Para além da mera indicação dos elementos de prova, o essencial da motivação é a explicação da valoração desses elementos, dos parâmetros empregados e do nexos que os liga à comprovação das hipóteses fáticas. Embora seja relevante a transcrição dos testemunhos na decisão, de maneira a tornar a verificação do acerto da decisão mais simples para aqueles que não podem ter acesso aos autos completos, uma sentença ou acórdão podem ser motivados sem que isso seja feito. Todavia, a satisfação do dever de motivação não é suficiente se para além da falta dos depoimentos, as razões propriamente ditas são negadas na decisão, de maneira que permaneçam apenas cláusulas gerais e abertas pelas quais não se compreenda quais foram os motivos levados em consideração.

Ao se afirmar a corroboração periférica de um depoimento por outro ou, ainda, a coerência interna de um depoimento sem que ele seja demonstrado na íntegra ou ao menos indicando-se em quais pontos são coerentes, em quais se apresentam discrepantes e porque devem ser tidos por suficientes, a motivação da valoração da prova não foi suficiente para a indicação das razões de condenação.

Esse caso mostra-se emblemático porque houve a absolvição na primeira instância, de maneira que os mesmos elementos de prova que convenceram os

desembargadores no Tribunal de Justiça quanto à necessidade de condenação, foram aqueles considerados insuficientes pelo magistrado de primeiro grau para comprovar o crime, e o silêncio entre as duas decisões discrepantes é eloquente.

Isso é importante para se notar que mesmo a transcrição integral dos depoimentos não é suficiente para que seja satisfeita a motivação. Os mesmos elementos podem ser considerados suficientes por uma pessoa e insuficientes por outra, por se situarem numa zona em que a comprovação da hipótese acusatória seja complicada ou porque os parâmetros de valoração foram distintos. E, ainda que assim não seja, ainda que a condenação pareça ser a única decisão possível, é imprescindível a indicação dos elementos de prova suficientes para se vencer o óbice à condenação imposto pela presunção de inocência.

Assim, ainda que explicitada a hipótese fática para condenação, se de outro lado falta a minuciosa exposição das provas, ou seja, se falta o nexó explicativo entre aquela hipótese e os elementos colhidos, nexó que deve ser expresso no raciocínio probatório contido na decisão, faltará a própria possibilidade de participação dos sujeitos na decisão³¹⁰.

4.3.3. Inexistência de justificação para a utilização de testemunhos indiretos

Um terceiro problema identificado foi a utilização de testemunhos indiretos de forma inexplicada. Quanto a esse tema:

Conheço dos recursos, porque presentes todos os pressupostos do juízo de suas admissibilidades.

Cinge-se a imputação fática, in verbis:

(...) No dia 27/01/2015, por volta das 21h00min, na Rua Ulisses Alberto de Araújo, nº 364, Bairro Brasília, Sete Lagoas/MG, o denunciado F., imbuído de animus furandi e agindo com o já denunciado J. e outros comparsas ainda não identificados, no período noturno e mediante

³¹⁰ O mesmo esquema apresenta-se em:

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0331.17.001274-3/001. 2ª Câmara Criminal, rel. des. Beatriz Pinheiro Caires, julgamento em 19/05/2018, publicação da súmula em 28/05/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0194.17.002677-8/001. 4ª Câmara Criminal, rel. des. Doorgal Borges Andrada, julgamento em 09/05/2018, publicação da súmula em 16/05/2018

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.1.0518.15.002321-7/001. 5ª Câmara Criminal, rel. des. Adilson Lamounier, julgamento em 22/05/2018, publicação da súmula em 28/05/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0079.16.018497-8/001. 7ª Câmara Criminal, rel. des. Marclio Eustáquio Santos, relator para o acórdão des. Cássio Salomé, julgamento em 21/02/2018, publicação da súmula em 02/03/2018.

rompimento de obstáculo, subtraiu para si aproximadamente 72 semoventes pertencentes à vítima M. R. F.

Segundo consta do procedimento inquisitorial, na data dos fatos, os acusados e seus comparsas se dirigiram até o lócus criminis, no caminhão placa (...), pertencente ao primeiro e, nesse local, colocaram as reses no mencionado veículo de carga e empreenderam fuga logo em seguida. (...).

Passo à análise do recurso defensivo, por ser prejudicial ao apelo ministerial, tendo a defesa requerido, como tese principal, a absolvição do réu, diante da insuficiência probatória.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Da ilação do conjunto probatório, verifica-se que a materialidade do delito encontra-se devidamente comprovada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 03/06), documentos de fls. 9/12, 22/24 e 44/49 e Auto de Reconhecimento (f. 52/53), bem como pela prova oral colhida.

A autoria, de igual modo, não consente dúvidas.

O apelante negou a prática delitativa sempre que ouvido, alegando que sequer conhecia o corréu J. (fls. 48 e 245/247).

Todavia, o corréu J. B. C. assumiu a prática delitativa, apesar de alegar que não tinha conhecimento de que os bois estavam sendo furtados da fazenda vítima. Afirmou que foi contratado por 'K', que conduzia um veículo gol vermelho, para fazer carreto de boi, tendo transportado doze em seu caminhão. Na fase inquisitiva, afirmou que fez a transação comercial com 'K' pelo número (...) e que outros dois caminhões foram utilizados no furto, sendo um deles MB 113, cor azul. Em juízo negou que 'K' fosse o ora recorrente (fls. 42 e 243/244).

Insta registrar que F. confessou, na fase inquisitiva, que o número de celular supracitado era por ele utilizado e, em juízo, que seu filho possui um caminhão Mercedes Bens de cor azul, que poderia transportar onze ou doze semoventes.

De extrema importância para a elucidação do evento criminoso, tem-se o depoimento judicial do policial civil R. C. C. R., que foi um dos responsáveis pela investigação:

"(...) o próprio J. informou que o seu parceiro de furto seria a pessoa de 'K. do Lalado'; que ele também disse que K. se chamava F.; que J. chegou a levar os policiais na casa de F., conhecido como 'K. do Lalado'; que através da vizinhança, confirmaram que o local indicado por J. era a residência do acusado F.; foi cumprido mandado de busca e apreensão naquela casa do F. que foi informada pelo J.; (...) que em entrevista com diversas pessoas, sendo elas vizinhos dos acusados e outras pessoas que conheciam eles, praticamente todos afirmaram que os dois acusados são conhecidos como ladrões de gado; (...) que o réu J. teria dito que o K. em todos os seus depoimentos seria o F.; (...) que foi na data do cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência de J. é que este teria afirmado que K. seria F. e levou os policiais até a casa deste; (...) (f. 207/209).

Registrem-se ainda as declarações prestadas em juízo das vítimas M. R. F. e D. R. F. P., respectivamente:

"(...) foram subtraídas naquela propriedade setenta e sete cabeças de gado, do depoente, de seu irmão e de seu sobrinho; que do depoente foram subtraídos cinquenta e sete; que o prejuízo total do depoente e de seus familiares foi de aproximadamente duzentos e vinte mil reais; (...) que em razão do crime o depoente teve um princípio de infarto e atualmente toma oito remédios por dia; (...) que quem informou a participação de um tal K. no furto foi o acusado J. para o delegado; que

J. disse que a pessoa de K. que lhe pediu para buscar o gado na fazenda do depoente; (...) que aquele açougueiro em Contagem que informou que K. seria a pessoa de F., o depoente conheceu porque depois do furto perguntou a vários açougueiros se eles conheciam o tal de K.; que assim chegaram até esse açougueiro em Contagem, que conhecia o J. e através dele ficou sabendo que o K. seria o F. (...) (f. 204/206).

"(...) que foram subtraídos do depoente e de seu pai vinte e sete cabeças de gado, uma bomba d'água, uma sela, equipamentos de serviços rurais; (...) que não recuperou nada do que foi subtraído, pois a cela apreendida com o acusado ainda esta na delegacia; (...) (...) (f. 210/212).

Não bastasse, as testemunhas arroladas pela defesa, J. P. S. e J. E. T. S., atestaram que F. é conhecido por transacionar gados (f. 220/221).

Insta ainda salientar a Comunicação de Serviço de fls. 184/187, onde policiais civis esclarecem que o ora apelante é conhecido realmente como "K. do Lalado" e que este, juntamente com outros dois indivíduos, formaram uma organização criminosa, "furtando gado numa região e ocultando o produto do crime em outra", sendo F. o principal operador.

Pois bem, do exame das provas orais e circunstanciais, vejo que a negativa esboçada pelo recorrente encontra-se divorciada dos demais elementos probatórios, não passando de uma vã tentativa de eximir a sua responsabilidade criminal.

Saliente-se, por oportuno, que as declarações do corréu estão a merecer, in casu, crédito especial, porquanto, como se vê, ao delatar o ora apelante, não procurou livrar-se da sua cota de participação no evento criminoso, já que, em momento algum, demonstrou a intenção de incriminar o apelante para se safar da imputação que lhe pesava e, muito menos, de, pura e simplesmente, ver o recorrente condenado sem culpa. Nota-se que a defesa não procurou, em momento algum, produzir contraprova do conteúdo das declarações do corréu e das demais testemunhas inquiridas em juízo, limitando a negar a autoria, contudo, sem qualquer lastro de prova.

Cediço que vigora no sistema processual pátrio o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o julgador forma a sua convicção pela livre apreciação da prova, que não se sujeita a uma hierarquia. Logo, indícios veementes equivalem a qualquer outro meio de prova e são aptos para embasar uma condenação criminal, desde que justificada e fundamentada.

Sobre o valor probante dos indícios, ensina o emérito processualista Fernando Capez:

A prova indiciária é tão válida como qualquer outra - tem valor como as provas diretas -, como se vê na exposição de motivos, que afirma inexistir hierarquia de provas, isto porque, como referido, o Código de Processo Penal adotou o sistema da livre convicção do juiz, desde que tais indícios sejam sérios e fundados." (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 14.^a ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 363). Em seguida, acrescenta: "Há julgados que sustentam a possibilidade de condenação por prova indiciária (RT, 395/309-310). De fato, uma sucessão de pequenos indícios ou a ausência de um alibi consistente do acusado para infirmá-los pode, excepcionalmente, autorizar um decreto condenatório, pois qualquer vedação absoluta ao seu valor probante colidira com o sistema da livre apreciação das provas, consagrado pelo art. 157 do Código de Processo Penal. (op. cit., p. 364).

Realmente, a prova indiciária deve ser cercada de maior cautela, do prudente arbítrio judicial alicerçada no livre convencimento motivado.

Na hipótese, porém, de delitos cometidos na clandestinidade, como os da espécie, a prova indiciária é de grande valia na busca da verdade real, sob pena de muitas vezes grassar a impunidade. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado. Portanto, todos estes elementos nos dão a convicção necessária da autoria delitiva, uma vez que os vários indícios concatenados são suficientes para comprovar que o recorrente foi um dos autores do crime de furto sub judice.³¹¹

À parte a utilização de testemunhos prestados no inquérito policial, já citada e de todo reprovável por não haver contraditório na colheita do elemento de prova e não se tratar de prova perecível que a justifique, na fundamentação do voto do relator também se considerou a prova indiciária para condenação, com o qual os desembargadores revisor e vogal concordaram. A possibilidade de condenação criminal através da chamada prova indiciária – aquela em que os elementos de prova versam não quanto ao fato criminoso em si, mas sobre circunstâncias que permitem a indução do fato criminoso³¹² – não é o objeto principal deste trabalho, porquanto aborde menos a motivação da valoração e mais a suficiência da prova em face principalmente do princípio da presunção de inocência.

Todavia, a abordagem feita quanto à suficiência da prova indiciária no acórdão escamoteia uma ausência, essa sim diretamente relacionada ao tema desta dissertação: a falta de motivação quanto ao recurso à prova testemunhal indireta em vez da direta.

Nesse sentido, a prova indiciária utilizada no acórdão é, em boa medida, uma espécie de prova indiciária de “segunda ordem”, no sentido de que ela é duplamente indiciária: ela não só versa sobre fatos a partir dos quais é necessário induzir o crime, como ela é embasada no relato de testemunhas que ouviram de terceiros acerca dessas circunstâncias indiciárias.

As palavras das testemunhas nas quais foi embasada a condenação versa sobre informações obtidas na vizinhança do acusado, acerca de seu apelido, de sua moradia e de que ele praticaria furto de gado, o crime apurado no caso. No entanto, em momento algum sequer foi citado porque essas testemunhas diretas quanto a estes fatos não foram

³¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0151.17.000073-2/001. 6ª Câmara Criminal, rel. des. Jaubert Carneiro Jaques, julgamento em 12/06/2018, publicação da súmula em 18/06/2018.

³¹² Nesse sentido, o artigo 239 do Código de Processo Penal: considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. (BRASIL. Decreto-Lei 3.689. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941.

ouvidas pessoalmente em juízo – e os fatos não são o próprio crime, lembre-se. Há apenas o relato de quem tomou conhecimento por meio de terceiros.

O problema, nesse ponto, não é a suficiência dos indícios para afirmar a hipótese fática, matéria que até foi abordada no acórdão. Não se trata de questionar a correção de induzir o fato a partir dos indícios apontados, mas de questionar a própria *fonte* dos indícios. Ainda que se aceite a prova indiciária e que, ela aceita, eles se apresentem concatenados no caso concreto e o raciocínio seja suficiente, há a questão antecedente que sequer foi mencionada: por que os indícios partem de fontes indiretas? Por que não foram ouvidas as testemunhas que poderiam confirmar que o acusado é conhecido de tal ou qual forma?

Em vez de se trazer para o processo penal o elemento de prova, a partir da fonte originária, ou seja, da testemunha que sabe, traz-se um relato de segunda mão do policial que descobriu essa testemunha. A própria função do inquérito policial, de descobrimento e preservação das fontes de prova para apuração do crime, acaba por se desnaturar, pois o relato sobre essas fontes de prova (ou seja, em boa medida, o próprio inquérito) é que se transformará na prova do processo penal.

O julgador, a partir de um vazio na fundamentação, deixa mais uma vez de explicar à parte afetada o porquê da admissibilidade da prova para aceitação da hipótese acusatória. Não se tem a mínima ideia, nesse sentido, do motivo de se acolher o testemunho indireto em vez do direto, em quais circunstâncias. O silêncio, o segredo dá a entender que o acatamento ou a refutação desses testemunhos indiretos surge como uma opção completamente desvinculada pelo julgador, livre, e daí a indevida margem de discricionariedade no raciocínio probatório, pela inadequação da motivação da valoração da prova.

4.4. O que a análise dos acórdãos desvela

A análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi feita com vistas à compreensão de se pode ser inadequada a motivação sobre a valoração da prova, testando a hipótese acerca da suficiência da fundamentação das decisões em matéria de prova em vista dos parâmetros de democraticidade impostos por uma concepção de processo como procedimento em contraditório.

A falta de explicitação das hipóteses acusatórias e defensivas é um primeiro defeito que surge como indicador de que a decisão desconsidera a atividade dos demais

sujeitos do processo, voltando-se apenas para o juiz. Ignoradas as estruturas explicativas da prova apresentadas por acusação e defesa, o que se verifica é a livre eleição de uma das hipóteses ou, ainda pior, a criação de um fato que não foi discutido em juízo.

Um segundo problema é, de outro lado, a falta de explicitação do nexo entre as provas e as hipóteses. Se estas podem eventualmente ser bem explicadas, a motivação sobre a valoração que não leve em conta o nexo de explicação de cada um dos elementos de prova com relação às circunstâncias dos fatos prejudica que o raciocínio probatório se complete. Afinal, apenas indicar a prova como suficiente ou coerente é, em última análise, mantê-la no âmbito de discricionariedade do julgador.

Por último, um terceiro problema apresentado em um tipo de prova testemunhal específico foi o recurso à prova testemunhal indireta sem que fossem apontadas as razões de impossibilidade da prova testemunhal direta. Nesse caso, além da não explicação do raciocínio probatório, o que não se motiva é o recurso a um elemento de prova que é mais frágil, por não representar um relato direto de quem experienciou o fato, seja lá qual for esse fato. O relato em segunda mão, mais frágil, acaba por substituir o relato original sem menção às razões pelas quais este último será considerado.

A partir dos defeitos de fundamentação analisados, o que se revelou de comum a todos foi uma falta, uma ausência na motivação de explicação dos motivos pelos quais se fez o raciocínio probatório. A motivação da decisão fica implícita, não vem à tona enquanto palavra e, nesse sentido, pode-se dizer que talvez até mesmo não seja racionalizada. Pela leitura dos acórdãos, permanece a pergunta se houve mesmo o processo de racionalização pelo julgador ou se a decisão foi fruto de um voluntarismo irrefletido e depois justificado em linhas genéricas.

Note-se que, para os parâmetros desse trabalho, pouco importa o acerto da decisão em termos de justiça, o qual jamais poderá ser comprovado ou refutado. Ainda que o Tribunal de Justiça condene quem deveria condenar e absolva quem deveria absolver, o que nunca se saberá, o que interessa é notar se a decisão foi proferida seguindo um modelo democrático que vincule o magistrado e permita a efetiva participação do acusado em contraditório e do Ministério Público nos estritos limites da legalidade.

O estabelecimento de um parâmetro de decisão com vistas ao acerto em termos de justiça, ou seja, na correção da condenação ou da absolvição, em desconsideração ao caráter procedimental de efetivação da participação em contraditório dos afetados, escora uma visão de processo ainda centralizada na figura do juiz. Por essa perspectiva, incompatível com um processo penal que seja efetivamente democrático, o julgador

apresenta-se muito mais como um justiceiro, no sentido de distribuir justiça em sentido material e de certa forma restabelecer a ordem, do que como um terceiro imparcial colocado para se responder às partes.

Deixa de haver persuasão racional. Para evitar-se, é relevante rever a ideia de que o juiz é o destinatário da prova produzida pelas partes. Entendida a palavra prova, o verbo provar como a demonstração de uma hipótese, seja para sua aceitação ou sua rejeição, o raciocínio probatório é uma imposição tanto às partes, que pretendem ver satisfeito seu pleito, quanto ao juiz, que deve responder-lhes quanto a esses mesmos pleitos. Assim, o julgador deve provar que sua conclusão está correta, ou seja, que a decisão é embasada nos elementos de prova. Uma visão democrática do processo, não centralizada no juiz, abre-se à compreensão de que o julgador tem o dever de convencer as partes, não por exercícios retóricos ou entendido o convencimento como a captura psíquica através de argumentos estratégicos, mas convencer no sentido de demonstrar com base em critérios intersubjetivos válidos, ou seja, critérios racionais de explicação quanto à deliberação de comprovação ou refutação dos fatos discutidos em juízo. Entender que o convencimento do processo não é apenas do juiz, mas que cabe a ele persuadir acusação e defesa acerca do acerto ou do erro das hipóteses que elas lhe submeteram, a partir de um núcleo comum de argumentação (as provas) e de um raciocínio com relação à valoração dessas provas que seja demonstrado da forma mais objetiva possível. Afinal, se o juiz deve ser convencido pelas partes para proferir sua decisão, o processo terá seu fim tão logo o sujeito que perdeu seja convencido de que essa decisão desfavorável foi, todavia, acertada³¹³.

A partir dessa compreensão de que há uma dupla via no raciocínio probatório, ou seja, que as razões apresentadas pelas partes devem ser respondidas na motivação apresentada pelo juiz, é que a análise das decisões revelou como defeito foi a falta, a ausência. Recorre-se a uma motivação implícita, em que se prescinde das explicações para os demais envolvidos no processo.

Essa estrutura aproxima a decisão aos mecanismos inquisitórios do juiz-ator, naqueles casos em que as hipóteses não são devidamente trabalhadas, ou seja, em que se

³¹³ Aqui não se ignora que, obviamente, as possibilidades de recurso são limitadas, afinal de contas o direito deve dar respostas à sociedade, não se trata de um procedimento no qual se discute indefinidamente, sem visar um fim. O que se quer reforçar é apenas que, caso a decisão em qualquer instância responda ao que foi apresentado pelas partes na forma proposta, esgotando as hipóteses acusatória e defensiva e apresentando um raciocínio claro, objetivo e fundamentado, a chance de que a ela se adira e o processo seja finalizado são muito maiores. Nesse sentido que o juiz deve convencer as partes.

adere a uma sem consideração às demais, do segredo, na não demonstração dos critérios de valoração da prova. Em ambos os casos, a autorreferencialidade do juiz na determinação do que irá julgar e com base em que irá julgar impede que ele forneça resposta às partes.

Vê-se como, a despeito de todos os avanços em relação ao processo inquisitório, permanece uma estrutura em que os quatro mecanismos trabalhados no primeiro capítulo ressurgem no ápice, no momento decisivo do processo. Se na inquisição a distorção das provas ocorria a partir do alijamento dos acusados de todo o procedimento, atualmente esse risco de exclusão tem seu momento crítico na valoração da prova, ao se trabalhar com decisões que não expliquem as razões dos julgadores. Dessa forma, findam por tornar inócua toda a participação anterior que os afetados porventura tenham tido no processo. A tentação autoritária, a abertura a decisões que não contemplem a participação plena e efetiva dos afetados, com prejuízo ao processo penal democrático fica demonstrada nesse sentido.

CONCLUSÃO

1. A Inquisição foi uma invenção medieval católica. Criada já com propósitos de homogeneização, a história da inquisição é a do progressivo aperfeiçoamento de uma maquinaria de supressão de diversidades, de um instrumento persecutório essencialmente autoritário. A partir da ameaça herética, da ameaça da *escolha* por parte dos indivíduos, inventou-se um modo de persecução que transformava sujeitos em objeto para reafirmar o poder da Igreja na determinação dos valores e das próprias verdades que cada um experienciava. A maior prova do formidável instrumento de autoritarismo que era a Inquisição veio a partir de sua instauração na Espanha, copiada em Portugal. Na Península Ibérica, a Inquisição representou o início da transição da persecução da estrutura religiosa para a secular e nesse período apresentou sua faceta mais sangrenta. A partir de então, a ascensão do Estado em substituição à Igreja não se fará desacompanhada do recurso a esse importante instrumento persecutório, com a emulação da Inquisição em legislações seculares como a Ordenança Criminal Francesa e as Ordenações Filipinas.

3. A concepção do inquisidor como uma figura central do processo, um juiz-ator, associada à autorreferencialidade do juiz na afirmação da verdade, ao recurso às perguntas como nova forma de exercício de poder e ao segredo foram primordiais para que o procedimento inquisitório se arquitetasse de maneira a excluir a possibilidade de participação e controle pelos réus. Assimila-se como o poder na Inquisição era concentrado em um só indivíduo, o inquisidor, em vez de distribuído entre aqueles que estivessem envolvidos no procedimento. A excentricidade da Inquisição, em relação ao processo penal moderno, foi o estabelecimento de um procedimento no qual o juiz era também acusador e que o único outro indivíduo do procedimento não era tratado como sujeito, mas como objeto de investigação. Entre juiz-acusador e investigado, a concentração do poder no primeiro era inafastável. E, porém, como se viu ao longo do trabalho, essa excentricidade não afasta a importância de se averiguar os mecanismos inquisitórios, pois eles ainda se apresentam sobre outras facetas, em razão da permeabilidade autoritária do processo penal e sua inafastável história de consolidação, tão presente na mesma centralidade ainda atribuída ao juiz.

3. Passando do autoritarismo à democracia, possível então estabelecer suas bases em uma teoria da democracia participativa. Se é válida a assertiva de que o Estado Democrático de Direito do pós-guerra foi erigido a partir da compreensão de que a vontade popular tem limite no respeito a direitos fundamentais, também não se pode

olvidar que a essência da democracia é a participação. Não apenas pelo sufrágio, numa abertura a concepções reducionistas que retornariam à ideia de que a maioria deve suplantar os indivíduos – o que negaria a própria modulação da democracia pelos direitos fundamentais – mas participação num sentido amplo, ligada à ideia de controle pela participação popular. Surge, em especial, a participação de quem é afetado pelo ato de poder. A autonomia das pessoas na definição daquilo que afeta suas vidas impõe que se lhes permita participar dos atos que o Estado pratique e que podem lhes afetar. Algumas vezes, essa participação se dá em modos de decisão majoritários e, em alguns casos, o procedimento se arranjará de maneira que permita sem maiores empecilhos que seja proferida uma decisão contramajoritária. Desde que o fundamento da democracia se compreenda na participação, nada há de errado nisso.

4. No processo penal, indispensável para aplicação da pena privativa de liberdade, intervenção mais grave do Estado na vida do indivíduo, a participação do sujeito se dará dentro de uma estrutura arquitetada para que por um lado contenha o poder do Estado e, por outro, maximize a proteção aos direitos humanos. A legitimidade democrática do ato de poder é essencial ao processo penal, por isso a decisão somente poderá ser proferida com observância da plena e efetiva participação do possível afetado. No Brasil, o juiz não sendo escolhido por sufrágio, por eleição do povo, a legitimidade para prolatar o ato que irá interferir na esfera de direitos alheia não lhe é outorgada por mandato popular. Desse ponto conclui-se que a legitimidade democrática depende irremediavelmente da possibilidade de participação direta do indivíduo que poderá ser afetado, sem a qual o ato será inevitavelmente autoritário.

5. Da conclusão de que a participação está no âmago da democracia se passa à seguinte que é a percepção de que a teoria do processo como procedimento em contraditório, de Elio Fazzalari, traz para dentro do processo a própria democracia. Levar o contraditório ao cerne do conceito de processo significa transformar a participação dos possíveis afetados no seu fundamental. Assim, se a participação é o que garante legitimidade democrática, por conseguinte o contraditório enquanto participação reconduz a essência do processo à própria democracia. Caso haja participação, o ato ainda poderá até ser fruto de um processo nulo por violação aos demais direitos fundamentais, mas sem a participação jamais se poderá caracterizá-lo como democrático, ainda que pretensamente correta a decisão.

6. O contraditório é atualmente compreendido em sentido material, mais do que mera possibilidade de participação fundada nos direitos de informação e reação, mas

também o direito de influenciar na decisão. Urge a superação de práticas fundadas no entendimento de que o contraditório é um princípio de caráter formal, extraível por abstração das normas processuais. Enquanto princípio estruturante do processo, o contraditório é concebido e antecede ao próprio processo, de forma que ele o modula, não é por ele modulado.

7. Esse poder de influência na decisão decorrente do contraditório deve ser visto em sentido forte, de vinculação do magistrado. Ao se impor o reconhecimento da plenitude e da efetividade da participação do afetado em termos de vinculação do sujeito que decide o processo, o contraditório é atado ao dever de fundamentação das decisões judiciais, pois o ato de poder consubstanciará ao final todo o resultado do processo em contraditório e, assim, deve ser nele demonstrada a participação da acusação e da defesa em sua construção.

8. O dever de fundamentação das decisões judiciais, cuja história é muitas vezes erroneamente interpretada como fruto de um movimento uniforme e progressivo em direção à transparência das decisões judiciais, teve seu caráter alterado e assumiu uma faceta política de forma consistente apenas no segundo pós-guerra. Embora tenha sido anteriormente concebido em caráter político na Revolução Francesa, sua consolidação no século XIX aconteceu em termos preponderantemente burocráticos, com funções endoprocessuais voltadas nem tanto à participação das partes quanto a escopos de racionalização da administração do Judiciário. Assim, sua afirmação foi num contexto de paradoxal esvaziamento do conteúdo democrático de garantia da parte, que somente ressurgiria com força a partir dos anos 1940.

9. No marco de uma democracia compreendida como participação, a democraticidade contida na função política do dever de fundamentação não advém apenas ou preponderantemente do controle da administração da Justiça pela sociedade, mas igualmente do controle por aqueles possíveis afetados cuja motivação do ato deverá demonstrar que houve participação em contraditório pleno e efetivo. Ainda que a função de conhecimento das razões pelas partes seja desempenhada em caráter endoprocessual, a democracia enquanto participação faz com que essa função adquira uma nova feição efetivamente política, de realização do fundamento de legitimidade contido no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República. Assim, não basta saber as razões, é preciso que elas contemplem todas e somente as questões postas pelas partes. Constrange-se o juiz, assujeitado, limitado pela conexão irreversível à atividade da acusação e da defesa

tanto no que tange às provas que serão analisadas quanto às hipóteses que serão testadas com base nessas provas.

10. Podem ser afirmados dois níveis de vinculação do juiz no que tange à motivação da sentença quanto aos fatos: o primeiro decorre da fixação das hipóteses fáticas pela acusação e pela defesa. Todo o raciocínio probatório deverá ser voltado à confirmação ou refutação da hipótese acusatória e de eventuais hipóteses defensivas, não cabendo ao juiz esforçar-se em trabalhos intelectuais com vistas a criação de novas hipóteses que possam explicar os elementos de prova. Ainda que eventualmente surjam em sua mente, o contraditório e o dever de motivação circunscrevem que a fundamentação contemple as hipóteses fáticas das partes, devendo olvidar-se de explicar pro si o fatos que não pode conhecer, já que é vedado o conhecimento privado do juiz.

11. O segundo nível de vinculação vem da imposição de que a motivação sobre a comprovação das hipóteses seja realizada em termos objetivos. Os termos da motivação devem ser objetivos, enquanto a valoração da prova em si seja apenas objetivável, pois haverá sempre uma margem de crença na aderência à credibilidade de uma prova que permanecerá sem explicação. Ser objetivável não significa que a decisão será irracional, subjetivista e incontrolável, mas todo o contrário, que ela é passível de ser definida de forma que permita a compreensão dos critérios utilizados, a discussão de seu acerto e, principalmente, a verificação por eles de que a decisão se ateve às hipóteses e provas dos autos.

12. Propõe-se a vinculação em termos objetiváveis a partir da teoria de Jordi Nieva Fenoll, sem que se pretenda com ela esgotar todos os critérios de valoração da prova testemunhal, objeto da pesquisa. O mérito da teoria do autor espanhol é a recusa a critérios apriorísticos de presunção da verdade de um testemunho, seja em razão do sujeito que prestou ou por uma máxima de experiência que de certa forma tarife a prova. Prezando-se a compreensão da prova a partir de sua relação com os fatos e sem olvidar o posicionamento da testemunha com relação a esses mesmos fatos, enquanto pessoa interessada ou desinteressada, que efetivamente experienciou o fato ou que dele ouviu relato de terceiros, o importante é que a teoria de Fenoll não se fecha em esquema interpretativos intrincados, mas apresenta critérios que são de fácil compreensão e efetivamente manipuláveis em um processo para que se justifique ou refute a credibilidade de uma determinada prova testemunhal no caso concreto.

13. Em relação à análise dos acórdãos no Tribunal de Justiça, viu-se que de forma geral o dever de motivação é ainda incompreendido. Os requisitos relacionados à

completa demonstração dos motivos das decisões não são atendidos e via de regra passa-se longe de uma fundamentação que concomitantemente explicita a contento as hipóteses acusatórias e defensivas, confronte-as com as provas dos autos e faça a valoração dessas de maneira objetiva. Pode-se afirmar que a atribuição da alcunha de “prostituta das provas” à prova testemunhal decorre menos de idiossincrática falta de credibilidade do que de uma inadequação da sua valoração, pela qual se confere uma maleabilidade e a possibilidade de decisões desvinculadas por parte do magistrado. Essa desvinculação é uma deturpação do livre convencimento motivado, entendido não como liberdade na apreciação da prova porque desconectada de tarificação legal ou judicial, mas como uma soberania na prolação do provimento desconhecadora de limitações decorrentes da racionalidade que o dever de motivação impõe.

14. Não se pode deixar de questionar a possível responsabilidade também por parte de advogados e promotores na produção da prova que seja voltada apenas ao relato, olvidando-se a inserção no processo de elementos que sustentem a credibilidade do próprio relato. Todavia, ainda que comprovada essa – que não foi objeto do trabalho – não se afasta o dever dos juízes de indicar, se for o caso, a insuficiência de elementos que demonstrem a confiabilidade da prova testemunhal, apontando quais elementos são esses e em seguida absolvendo o réu.

15. Mais do que escamotear a falta, impõe-se apontá-la tanto quanto compreender seus motivos. O Estado Democrático de Direito não pode conviver com decisões grave potencialmente intervenientes na liberdade do sujeito sem que o possível afetado tenha voz e participação. É direito da pessoa, enquanto indivíduo autônomo, poder tomar parte nas decisões que lhe afetam. O modesto objetivo deste estudo não foi apontar um modelo fechado e único de produção das decisões em parâmetros democráticos, o que comportaria um próprio autoritarismo no trabalho. Parte-se da abertura, da compreensão de que os fatos submetidos a juízo são complexos e plurais numa magnitude insuportável para o pleno domínio por qualquer mente humana. O que se propõe não é uma solução única, definitiva, mas um guia aberto de discussão para que as soluções dos próprios processos em matéria de fato, no que concerne à prova testemunhal e também às demais surjam como propostas daqueles que estão envolvidos e podem ser afetados por eles, realizando-se antes de tudo o escopo democrático de reconduzir o poder ao povo. Se pela análise da motivação em termos de valoração da prova não se pôde ainda afirmar que a fundamentação das decisões judiciais atende a um modelo democrático de processo penal, estando permeada de esquema interpretativos de cunho autoritário com raízes no período

inicial de desenvolvimento da estrutura persecutória nas sociedades ocidentais, cumpre perseguir esse difícil objetivo através do constante e progressivo conscientização sobre e estudo do tema, a fim de superar a arraigada herança inquisitorial que data de séculos.

BIBLIOGRAFIA

ABRIL despedaçado. Direção: Walter Salles, Produção: Arthur Cohn. Rio de Janeiro: Videofilmes, 2001.

AGAMBEM, Giorgio. Estado de Exceção. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1007-1041, set./dez. 2017.

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETTO, Rafael. *Direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital ePub, pos. 25/144.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: BALLESTEROS, Paula R. (Coord.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017.

BARROS, José d'Assunção Barros. Os conceitos na história: considerações sobre o anacronismo. *Ler História* [Online]. n. 71, 2017, posto online em 04 jan. 2018, disponível em: < <http://journals.openedition.org/lerhistoria/2930> >.

BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BINDER, Alberto M. Entre democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. *Nuevo Foro Penal*. Medellín, n. 64, p. 36-60, abr. 2003.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941. Ministro Francisco Campos. Rio de Janeiro, 08 de dezembro de 1941.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.268. Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 05.02.2004, DJe 17.09.2004.

BRASIL. Lei 13.105. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 16 de março de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0210.16.005959-3/001. 2ª Câmara Criminal, rel. des. Catta Preta, julgamento em 08/03/2018, publicação da súmula em 19/03/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0290.16.009416-2/001. 1ª Câmara Criminal, rel. des. Edison Feital Leite, julgamento em 13/03/2018, publicação da súmula em 21/03/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0701.16.012534-3/001. 3ª Câmara Criminal, rel. des. Antônio Carlos Cruvinel, julgamento em 27/03/2018, publicação da súmula em 06/04/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0701.15.008733-9/001. 6ª Câmara Criminal, rel. des. Denise Pinho da Costa Val, julgamento em 08/05/2018, publicação da súmula em 21/05/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0106.17.002908-1/001. 4ª Câmara Criminal, rel. des. Fernando Caldeira Brant, julgamento em 06/06/2018, publicação da súmula em 13/06/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0210.14.008210-3/001. 7ª Câmara Criminal, rel. des. Cássio Salomé, julgamento em 06/06/2018, publicação da súmula em 15/06/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0672.15.022492-7/001. 3ª Câmara Criminal, rel. des. Paulo César Dias, julgamento em 19/06/2018, publicação da súmula em 29/06/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0331.17.001274-3/001. 2ª Câmara Criminal, rel. des. Beatriz Pinheiro Caires, julgamento em 19/05/2018, publicação da súmula em 28/05/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0194.17.002677-8/001. 4ª Câmara Criminal, rel. des. Doorgal Borges Andrada, julgamento em 09/05/2018, publicação da súmula em 16/05/2018

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.1.0518.15.002321-7/001. 5ª Câmara Criminal, rel. des. Adilson Lamounier, julgamento em 22/05/2018, publicação da súmula em 28/05/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0079.16.018497-8/001. 7ª Câmara Criminal, rel. des. Marcílio Eustáquio Santos, relator para o acórdão des. Cássio Salomé, julgamento em 21/02/2018, publicação da súmula em 02/03/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação criminal nº 1.0151.17.000073-2/001. 6ª Câmara Criminal, rel. des. Jaubert Carneiro Jaques, julgamento em 12/06/2018, publicação da súmula em 18/06/2018.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo; FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista eletrônica de direito processual*. Rio de Janeiro, ano 4, vol. 5, p. 228-260, jan./jun. 2010.

CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. El “formidable problema” del control judicial. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, n. 13, p. 61-104, jan./fev. 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Das provas no processo penal*. Campinas: Impactus, 2005.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão: v. 48, n. 4, p. 1063–1111, dez. 1994.

CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal – Tomo I*. Bogotá: Temis, 2000.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal – Tomo II*. Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

DAS Leben der Anderen. Direção: Florian Henckel von Donnersmarck, Produção: Quirin Berg; Max Wiedemann. Munique: Wiedemann & Berg, 2006.

DIGESU, Cristina. Processo penal e falsas memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*: tomo I. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FÉRNANDES LÓPEZ, Mercedes. *Prueba e presunción de inocencia*. Madri: Iustel, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRÉR BELTRAN, Jordi. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*: Revista de teoría y filosofía del derecho. Cidade do México, n. 34, p. 87-107, abr. 2011.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista brasileira de direito processual penal*. Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 40, n. 247, p. 105-136, set. 2015.

FULL Metal Jacket. Direção: Stanley Kubrick, Produção: Stanley Kubrick. Londres: Harrier Films, 1987.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. 2 ed. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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

_____. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 2006.

GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir. (Orgs.) *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*. Trad. De Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2004.

IBANEZ, Andrés Perfecto. Sobre a formação racional da convicção judicial. *Julgar*. Coimbra, nº 13, p. 155-173, 2011, p. 172.

ITÁLIA. *Constituição da República*. Roma, 27 de dezembro de 1947. Disponível em português em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf > .

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 227, p. 335-359, jan. 2014.

KHALED JR, Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michelle Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 289-317.

LATINOBARÓMETRO. *Informe 2018*. Santiago: 2018, p. 34-8. Disponível em: < <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp> >.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

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

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*. Maringá, v. 15, n. 2, p. 379-398, jul./dez. 2015.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 43-55, 2016.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 2008.

MLODINOW, Leonard. *De primatas a astronautas: a jornada do homem em busca do conhecimento*. São Paulo: Zahar, 2015.

MOTT, Luiz. *Bahia: inquisição e sociedade*. Salvador: EDUFBA, 2010.

NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.) *Tratado de direito constitucional: volume 1*. 2. ed. São Paulo, Saraiva: 2012.

NAZARIO, Luiz. *Autos-de-fé como espetáculos de massa*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas – Fapesp, 2005, p. 34.

NEVES, António Brito. Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional. *O Direito*. Ano 144º, n. 3, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, ano 24, vol. 119, p. 75-101, mar./abr. 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro: das origens lusas à Escola Crítica do Processo*. Manole: Barueri, 2002.

PEREIRA, Eduardo Baker Valls. Uma leitura da Inquisição através da análise do discurso e do saber jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 20 n. 97, p. 451-481, jul/ago, 2012.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINTO, Felipe Martins. *A natureza jurídica do processo penal: o processo como espécie de procedimento realizada em contraditório entre as partes*. 2004. Dissertação (Mestrado em Ciências Penais) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte.

_____. A Inquisição e o sistema inquisitório. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, jan./jun. 2010.

_____. *Introdução crítica ao processo penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RAMOS, André Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo; do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RAWLINGS, Helen. *The Spanish Inquisition*. Malden: Blackwell Publishers, 2006.

ROSA, Alexandre de Moraes; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Grayce Mayre Bonfim. *Poder episcopal e oficiais da Inquisição portuguesa na Bahia Colonial*. Trabalho apresentado no XXVII Simpósio Nacional de História. Disponível em: <
http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1364530988_ARQUIVO_ANPUH-PoderepiscopaleoficiaisdaInquisicaoportuguesanaBahiaColonial_GrayceSouza_.pdf>.

SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

SOUZA, Ney de. et. al. Aspectos da Inquisição Medieval. *Revista de Cultura Teológica*. São Paulo. v. 19. n. 73. jan/mar 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Como assim 'cada um analisa de acordo com seu convencimento'? *Consultor Jurídico*. São Paulo, 15 abr. 2013. Disponível em: <
<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assis-cada-analisa-acordo-convencimento>>.

_____. Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. *Sequência*. Florianópolis, n. 74, p. 115-136, dez. 2016, p. 117.

STRECK, Lenio L.; MORAIS, José L. B. de. Comentário ao artigo 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar. NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 70, p. 177-196, jan./jun. 2017.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, v. 2, n. 1, p. 64-71, jan./jun. 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal: volume I*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UNIÃO EUROPÉIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Application no. 8692/79: Case of Piersack v. Belgium. Presidente: Gerard Wiarda. Decisão 01 out. 1982. Disponível em: [http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsources/Piersack%20v.%20Belgium%20\[1%20Oct%201982\].pdf](http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsources/Piersack%20v.%20Belgium%20[1%20Oct%201982].pdf) <

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Os princípios da fundamentação e do contraditório no Novo Código de Processo Civil. Primeiras impressões. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). MACEDO, Lucas Buril de; RAVI PEIXOTO, Alexandre Freire. (Orgs.). *Novo CPC: doutrina selecionada*, v. 1, parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*: vol. 3. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

VEGA, Mario A. Houed. *La prueba y su valoración em el proceso penal*. Manágua: INEJ.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). *Weber*. São Paulo: Ática, 2005.

ZIZEK, Slavoj. In: *THE pervert's guide to ideology*. Direção: Sophie Fiennes, Produção: Sophie Fiennes. Londres, 2012.