

LUMEN JURIS

www.lumenjurs.com.br

CO-EDIÇÃO
Editorial Studium

EDITORES

Edson Luiz Barbosa
João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida
Wilson Demo

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Freitas Câmara
Amilton Bueno de Carvalho
Augusto Zimmermann
Cristiano Chaves de Farias
Eugênio Rosa
Fauzi Hassan Choukr
Fúlvio Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Flávio Alves Martins
Francisco de Assis M. Tavares
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
J. M. Leoni Lopes de Oliveira
Letácio Jansen
Manoel Messias Peixinho
Marcos Jurgena Villela Souto
Nelson Rosenvald
Paulo de Bessa Antunes
Salo de Carvalho
Victor Garneiro Drummond

CONSELHO CONSULTIVO

Alvaro Mayrink da Costa
Antonio Carlos Martins Soares
Aurélio Wanda Bastos
Cintia Robert
Elida Séguin
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina
de Pinho
José dos Santos Carvalho Filho
José Fernando de Castro Farias
José Ribas Vieira
Marcello Clotola
Marcellus Polastri Lima
Omar Gama Ben Kaus
Sergio Demoro Hamilton

Rio de Janeiro

Av. Londres, 491 - Bonsucesso
Rio de Janeiro - RJ - CEP 21041-030
C.N.P.J.: 31.661.374/0001-81
Inscr. Est.: 77.297.936
TEL.: (21) 3868-5531 / 2564-6319
Email: lumenjurs@msm.com.br /
Home Page: www.lumenjurs.com.br

São Paulo

Rua Primavera de Janeiro, 159
Vila Clementino - São Paulo, SP
CEP 04044-060
Telefone: (11) 5908-0240

Rio Grande do Sul

Rua Cap. João de Oliveira Lima, 129/202
Santo Antonio da Patrulha -
Pitanguinhas
CEP 95500-000
Telefone: (51) 3662-7147

Brasília

SHC/Sul C L 402 - Bloco B - Lj 35
Asa Sul - Brasília - DF
CEP 70236-520
Telefone (61) 3225-8569

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ
Ministro da Suprema Corte Española

VALORAÇÃO DA PROVA E SENTENÇA PENAL

Organizador e Prefácio
Léidio Rosa de Andrade

UNIPARDE XIII

*IBÁÑEZ, "SOBRE A MOTIVAÇÃO DAS FORTES..."
P. 61-129.*

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2006

- _____. *Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción*, em Revista del Poder Judicial, nº 57/2000.
- BENTHAM, J. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. de M. Ossorio Florit, EJEA, Buenos Aires, 1959.
- CARNELUTTI, F. *La prueba civil*. Trad. de N. Alcalá Zamora, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- COPPI, I. *Introducción a la lógica*. Trad. de N. Míguez, Eudeba, Buenos Aires, 10ª ed. 1971.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. De P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón R. Canterero, A. R. Ruiz Miguel e J. Terradillos, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2000.
- GASCÓN ABELLÁN, M. *I criteri di valutazione della prova*, me M. BESSONE e R. GUASTINI (eds.), La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico, Cedam, Padova, 1995.
- PAGANO, F. M. *Lógica de 'probabili applicata a' giudici criminali*, Presso Agnello Nobile, Milão, 1806.
- RUIZ VADILLO, E. *Hacia una nueva casación penal*, Boletín del Ministerio de Justicia, nº 1585.
- TARUFFO, M. *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milão, 1992.
- UBERTS, G. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milão, 1979.
- WROBLEWSKY, J. *Sentido y hecho em el derecho*. Trad. De J. Igartua Salaverria e F. J. Esquiaga Ganuzas, Universidad Del País Vasco, San Sebastián, 1989.

Sobre a Motivação dos Fatos na Sentença Penal

Tradução de Lédio Rosa de Andrade

"...a justiça que depende da verdade dos fatos"
M. MURENA¹

I. Introdução

A juízo de CALAMANDREI "a motivação constitui o signo mais importante e típico da 'racionalização' da função judicial".² E, ainda que nem sempre na história a imposição do dever de motivar tenha respondido ao interesse de conferir maior racionalidade – no mais amplo sentido de racionalidade democrática – ao exercício do poder dos juízes,³ o certo é que a resolução motivada, como resultado, se operou *objetivamente* a favor deste interesse.

Efetivamente, por modesto que seja o alcance dado ao dever de motivar, o simples fato de ampliar o campo do observável da decisão, não só para os destinatários diretos da mesma, mas, também, ao mesmo tempo e inevitavel-

- 1 *Tratado de las obligaciones del juez*, por Maximiliano MURENA, juriscónsulito napolitano, traduzido do italiano ao francês; e deste ao idioma castelhano por D. Cristóbal CLADERA. Madrid MDCCCLXXXV, por D. Plácido BARCO LOPEZ, p. 66.
- 2 R CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, trad. de H. FIX ZAMUDIO, EJEA, Buenos Aires, 1960, p. 115.
- 3 É um exemplo emblemático a respeito a pragmática napolitana de Fernando IV, de 22 de setembro de 1774, que impunha aos juízes o dever de motivar, neste caso entendido no sentido de expressar a norma aplicada; e que, mais do que democratizar o exercício da jurisdição, o que seria impróprio de um regime autocrático, buscava reforçar a centralização do poder, neutralizando um entre tantos particularismos feudais (Sobre este episódio pode ver-se: F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, pp. 663-666).

mente, para terceiros, comporta para o autor da mesma a exigência de um princípio ou um adicional de justificação do ato;⁴ e uma maior exposição deste à opinião.

O fato prova a histórica reação dos juizes napolitanos,⁵ cuja intensa resistência à pragmática de Fernando IV e em defesa de um incipiente princípio de motivação, anos depois, resultou em sua abolição. Mas em geral, as práticas atormentadas vicissitudes históricas e atuais do *juge-ment motive*, que, ainda que dêem sobrada razão a COR-DERO em sua afirmação de que "o hermetismo é co-natural ao narcisismo togado",⁶ apontam para algo mais, ou ainda um antes, relacionado com a própria natureza do poder em geral.

Não cabe dúvida que é assim quando se trata de um poder, de qualquer modo, *absoluto*; porque "o Estado se desequilibra e *debilita*" se "os homens se consideram capacitados para debater sobre e disputar entre si os mandatos"⁷ daquele. Mas tampouco o estado *democrático*⁸ se vê livre dessa forma de atavismo, seguramente *genético*. Disso dá boa conta a conhecida propensão do mesmo ao segredo e, no terreno que nos ocupa, a leitura e a prática habitualmente reductiva do imperativo de motivar as resolu-

ções judiciais quando este encontra-se previsto em algum texto legal.⁹

Contudo, é uma evidência que a constitucionalização do dever de motivar as sentenças (art. 120, 3), a partir de 1978, primeira vez em nossa experiência histórica,¹⁰ significou uma troca de paradigma.

Em verdade, em nosso país, Espanha, como em outros da Europa, apareceu o dever de motivar como consequência, prioritariamente, de exigências de caráter político: busca-se, com ele, uma garantia contra o arbítrio.¹¹

9 Entre nós, como é bem notório, só nos últimos anos, e trabalhosamente, começou a abrir-se caminho a uma certa cultura *democrática* da motivação. Contudo, a mesma tende a manifestar-se de forma quase exclusiva nas sentenças e, dentro destas, preferentemente na fundamentação jurídica. Assim, não são infreqüentes resoluções, como uma decisão interlocutória de um juzado de instrução de Madrid, que motivava a denegação de reformar outra decisão, - *fundamentada*, por seu lado, em que "os fatos não revestem caracteres de infração penal" - em "que as razões alegadas pela parte recorrente não alcançavam a desvirtuar o critério que moveu ao juiz instrutor para proferir a decisão que hoje se impugna...".

10 Sobre os antecedentes do tema, em geral, conferir: M. ORTELLIS RAMOS, "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", em *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, pp. 839 e ss. Também F. RANIERI, "El estilo judicial español y su influencia en la Europa del antiguo régimen", em *España y Europa, un pasado jurídico común* (Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común, Murcia, 26/28 de março de 1985), ed. a cargo de A. PEREZ MARTIN, Universidad de Murcia, Murcia, 1986, pp. 101 e ss.

11 Assim, T. SAUVÉL, ao se referir à obra da Revolução e seu reflexo na matéria a que tratamos, esclarece a existência de uma opinião crítica generalizada contra a famosa fórmula "pour les cas resultant du procès", com a qual os tribunais do antigo regime fundamentaram suas decisões; e a demanda da qual estas foram sempre motivadas ("Histoire du jugement motive", em *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, 1955, pp. 434-44).

Para nosso país é expressivo o testemunho do deputado das Cortes de Cádiz, José DE CEA, que apresentou um projeto de lei propugnado para "tirar toda malícia, fraude e arbitrariedade, e assegurar publicamente a exatidão, o zelo e a escrupulosidade dos magistrados (...) em toda decisão (...) que se exponham as razões, causas e fundamentos nos quais se apoiam (...) para (...) as decisões se fundarem (...) sobre o texto expresso das leis..." (cit. por ORTELLIS RAMOS, em *op. cit.*, p. 905).

4 "O motivo responde à pergunta *por quê?* Tem, portanto, uma função de explicação; mas a explicação (...) ao menos nos contextos nos quais motivo significa razão, consiste em tornar claro, em tornar inteligível, em tornar compreensível" (P. RICQEUR, *El discurso de la acción*, trad. de P. CALVO, Madrid, 2ª ed., 1988, p. 50).

5 "Scetana um putiferio la riforma", secreteve graficamente a respeito COR-DERO, em *Procedura penale*, Giuffrè, Milan, 1991, p. 819.

6 *Op. cit.*, p. 816.

7 T. HOBBS, *Leviatani*, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 258.

8 Confira a respeito: F. J. DE LUCAS MARTIN, "Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1990, pp. 131 e ss.

Que é assim e que há um sentir a respeito, mais ou menos generalizado, o expressa a circunstância de que essa linha de argumento encontra eco, na primeira metade do século XIX, em obras de carácter eminentemente prático, como a de VERLANGA HUERTA. Para este autor, "o dar os motivos da sentença prova, pelo menos, um sagrado respeito à virtude da justiça, e uma submissão absoluta à Lei (...). O motivar as decisões tem em si algo de publicidade, e eis aqui uma das vantagens desta prática. Dispensar o julgador de argumentar as decisões que proferir sobre os bens, a vida e a honra dos cidadãos significa autorizar-lhe tacitamente a exercer a arbitrariedade..."¹²

Não é tão claro, sem embargo, que essa dimensão de natureza político-geral, por assim dizer *erga omnes*, da sentença, resulte eficazmente traduzida na legislação ordinária. Pelo contrário, parece que nesta há mais uma tendência de entender o dever de motivar como pura exigência técnica "endoprocessual",¹³ que visa fazer possível às partes o exercício de eventual impugnação.

Uma confirmação desta hipótese pode ser achada, na Espanha, na forma como o Código de Processo Penal trata o tema. Efetivamente, uma vez excluído o controle dos fatos via apelação, o legislador não se preocupa em impor ao juiz, quando da redação da sentença (art. 142,2), alguma cautela, para garantir a efetividade do imperativo de vinculação da convicção sobre os fatos ao resultado "das provas praticadas em juízo", contido no art. 741.

Assim é o entendimento de GOMEZ ORBANEJA, para quem, a expressão deste último preceito "sugere indevidamente uma operação íntima e secreta da qual não se tivessem que justificar".¹⁴

É certo que uma normativa de 5 de abril de 1932 tratou de combater os fundamentos da "prática viciada" na qual, geralmente, se traduzia a interpretação do art. 142 dada pelos tribunais. Mas só porque isto tornava "praticamente impossível o normal desenvolvimento dos recursos aos Tribunais Superiores".

Deste modo, a preocupação do ministério público se circunscrevia à obtenção de uma adequada expressão do resultado probatório e de um correto deslinde entre a *questio facti* e a *quaestio iuris*, enquanto que elementos necessários para o jogo do controle de legitimidade. Mas nada parecido, no texto da normativa, à exigência de que na sentença se fizessem explícitos os padrões de valoração e a submissão a eles de cada meio probatório no caso concreto. O que, em último termo, constitui uma ulterior confirmação do critério antes exposto.

Este mesmo critério encontra também apoio autorizado em alguma jurisprudência da Segunda Turma do Tribunal Supremo. Seguramente nenhum caso foi tão chamativo como a decisão de 10 de fevereiro de 1978 (relator VIVAS MARZAL), ao declarar que "o tribunal deve abster-se de considerar em sua narração histórica ao resultado isolado das provas praticadas (...) e, com muito maior motivo, a análise ou valoração das mesmas, totalmente ociosa e desnecessária, dada a soberania que a Lei lhe concede para dita valoração e que deve permanecer incógnita na consciência dos julgadores e no segredo das deliberações"; acrescentando que "o tribunal não pode e nem deve dar explicações do porquê chegou às conclusões fácticas..."¹⁵

12 F. VERLANGA HUERTA, *Procedimiento en materia criminal. Tratado que comprende todas las reglas procesivas de dicha materia respecto a la jurisdicción ordinaria*, tomo I, Librerías Ríos, Madrid, 1942, p. 426.

13 Assim o entende, na Itália, E. AMODIO, em "Motivazione della sentenza penale", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, Giuffrè, Milão, 1977, p. 186.

14 Em, GOMEZ ORBANEJA e HERCE QUIEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 6ª edição, p. 249.

15 Citação tirada de J. L. VAZQUEZ SOTELLO, *Presunción e inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 507.

Frete a este estado de coisas, a inclusão do dever de motivar no art. 120.3 da Constituição, precisamente dentro do título VI, dedicado ao "Poder Judiciário"; e em um preceito que consagra outras duas garantias processuais fundamentais: a publicidade e a oralidade, não pode deixar de ser significativa. Significativa e totalmente coerente, posto que, como escreveu FERRAJOLI, estas últimas, junto com a de motivação, são "garantias de garantias", portanto, de caráter "instrumental", mas condição *sine qua non* da vigência das "primárias ou epistemológicas".¹⁶ Do processo penal, em geral, como veículo do direito punitivo.

É por isto que a motivação como mecanismo de garantia, em um desenho processual do gênero do que se expressa na Constituição de 1978, não pode limitar sua funcionalidade ao âmbito das relações *inter partes*, assumindo, necessariamente, uma função *extraprocessual*.¹⁷

Desta função, e da conseguinte inserção da sentença em um marco aberto, se deriva a abertura de um novo âmbito de relações, que tem como sujeitos, por um lado, o juiz ou o tribunal, e, por outro, a totalidade dos jurisdicionados, que se constituem em *destinatários* também da sentença e interlocutores daqueles.

É isto, por sua vez, implica exigências de natureza formal, mas de intenso conteúdo político-garantista. Porque a sentença, ao (e para) transcender a dimensão burocrática,

16 O autor indica que o acórdão que foi, neste caso, analisado em última instância, perdeu-se em um injustificado relato de incidentes processuais irrelevantes para a decisão, omitindo, sem embargo, outros dados relevantes. Mas assinala também este mesmo critério "tem respaldado em muitas outras decisões do mesmo Tribunal Supremo, ainda que nem sempre em termos tão contundentes" (p. 508).

17 Estas são a *formalização da acusação*, o *onus da prova* e o *direito de defesa*. (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza, Roma-Bari, 1ª edição, 1989, pp. 621-632; atualmente publicado em castelhano pela Editorial Trotta. Também em português pela editora RT). Neste sentido M. TARUFFO, "La fisonomia della sentenza in Italia", em *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Penale*, 1986, p. 443.

demanda um *estilo* diverso do convencional, que teria que concretizar-se, em primeiro lugar, em uma linguagem diferente, adequada para o novo tipo de comunicação, e, provavelmente, também em uma nova estrutura.

Neste contexto, a *quaestio facti* e seu tratamento na sentença, mais do que cobrar outro sentido, podem chegar a adquirir o reconhecimento explícito do que efetivamente se consubstanciam: ser o momento de exercício do *poder judicial* por antonomásia. Posto que é na reconstrução ou elaboração dos fatos onde o juiz é mais soberano; mais dificilmente controlável, e onde, portanto, pode ser – como foi e em não poucas ocasiões segue sendo – mais arbitrário.

A teor das precedentes considerações, cabe ser perguntado sobre o conteúdo da motivação. Tradicionalmente se perfilaram duas propostas. Uma primeira é identificada com a "individualização do iter lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou à decisão",¹⁸ uma atividade do tipo prevalentemente descritiva.¹⁹

Do anterior difere o ponto de vista que atribui à motivação um caráter pelo contrário justificativo,²⁰ que opera como *racionalização posterior*²¹ da decisão previamente tomada.

Em contraste com essas posturas, que tratam de elucidar o que é a motivação, FERRAJOLI reclamou, recentemente, para a atividade motivadora do juiz um estatuto

18 A respeito cf. M. TARUFFO, *La Motivazione della sentenza civile*, Cedam, Pádua, 1975, p. 417.

19 E. AMODIO se referiu a este ponto de vista qualificando-o de "alécia descritivista" em cuja virtude "a motivação externa se converte em uma (...) descrição que tem o único fim dar conhecimento ao que o juiz elaborou 'em sua cabeça'" (em op. cit., p. 214).

20 Assim, também entre nós M. ATTENZA: "Os órgãos jurisdicionais ou administrativos não necessitam, em geral, explicar suas decisões, mas, sim, justificá-las" (Em *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 23).

21 Assim entendeu CALAMANDREI, em op. cit., p. 125.

essencialmente *cognoscitivo*, único que pode conferir à decisão judicial legitimidade política e validade desde o ponto de vista epistemológico e jurídico.²² A este ponto de vista farei referência, com alguns pormenores, mais adiante.

II. Fatos

Um magistrado italiano escreveu²³ que, do mesmo modo que um gentil homem burguês se surpreendeu ao saber que falava em prosa, os juizes também poderiam se surpreender se fossem plenamente conscientes da densidade das questões epistemológicas e da notável complexidade dos processos lógicos implícitos na mais elementar das argumentações de que habitualmente usam.

A reflexão dever ir além porquê, enquanto essa consciência se produz, o discurso judicial – o jurídico-prático em geral – em ação não pode deixar de acusar negativamente esse lamentável operar sobre um certo vazio epistemológico, esse acontecer de costas a um conhecimento efetivo das próprias regras que o constituem.

Esta evidência resulta ainda mais patente naquela vertente do raciocínio judicial referida ao que habitualmente se conhece como "o fático", ou "os fatos". Matéria, por outro lado, particularmente descuidada na maioria das teorias sobre a interpretação e abandonada, em boa medida, à subjetividade do intérprete. Por isto, FRANK escreveu com toda a razão que esta "discricionariedade em relação aos fatos ou 'soberania' virtualmente incontrolada e incontrolável, não foi considerada pela maioria dos juristas".²⁴

Essa atitude teve correspondência nos textos posi-

vos e, seguramente, em nosso Código de Processo Penal e na jurisprudência tradicional do Tribunal Supremo "exoneratória de toda alegação sobre a convicção formada 'em consciência'".²⁵

O tratamento judicial que habitualmente retêm os fatos sói refletir uma consideração dos mesmos como entidades naturais, prévia e definitivamente constituídas desde o momento de sua produção, que só se trataria de identificar em sua objetividade. Escreveu com muita clareza FENECHI, ao referir-se a eles como "esses dados frios da realidade".²⁶

Quer dizer, os dados como o dado, ou seja, essa "realidade ou qualidade de alguma realidade, que é dada, e também que está dada, quando se acha presente a um sujeito cognoscitivo sem a mediação de nenhum conceito".²⁷

Tal modo de existência dos fatos para o juiz faria possível, de maneira espontânea, sem mediações, uma relação de total exterioridade, com o mínimo de implicações subjetivas.

Mas o certo é que o fato puro do positivismo filosófico otocentrista não parece que exista como tal; e, em consequência, tampouco cabem "os juízos de fato entendidos como simples constatações do 'dado bruto'".²⁸

25 L. PRIETO-CASTRO e E. GUTIERREZ DE CABIEDES, *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 325.

26 M. FENECH NAVARRO, *Enjuiciamiento y sentencia penal*, Discurso inaugural do ano académico 1971-72, Universidade de Barcelona, 1971, p. 51. Um ponto de vista sobre os fatos, bem diferente, pode ver-se em C. DE LA VELA BENAYAS, *Introducción al Derecho Judicial*, Montecorvo, Madrid, 1970, p. 191.

27 J. FERRATER MORA, voz "Dado", *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, vol. 1, p. 705.

28 G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milão, 1979, p. 25.

22 Em *op. cit.*, p. 640.

23 Cf. E. FASSONE, "Qualche altra riflessione in tema di prova", em *Questione giuridica*, 3/1986, p. 721.

24 J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, trad. de C. M. BIDEGAIN, revisada por G. R. CARRIO, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 70.

Pelo contrário, na moderna filosofia da ciência, aceita-se a idéia de que se dá "certa intimidade conceitual entre o que consideramos fatos e a linguagem em que os afirmamos, ou, pelo menos, entre os fatos e os tipos de entidade lógica que designamos como 'enunciados' (...) Os fatos são aqueles que afirmam os enunciados verdadeiros".²⁹

Este novo paradigma, ao oferecer uma visão diferente do processo cognoscitivo, também revela um distinto modo de relação entre o sujeito que trata de conhecer e o segmento de experiência sobre o qual projeta seu interesse. E em nosso caso, entre o juiz, os fatos probatórios e o *thema probandi*.

Assim resulta que o juiz se defronta não diretamente com os fatos como tais, senão com proposições relativas a fatos, com "representações cognoscitivas" que denotam algo acontecido no mundo real.³⁰ O que sob sua aparência de obviedade, tem implicações práticas de extraordinária relevância que não podem passar despercebidas.

É de ser observado, em primeiro lugar, que sobre o processo de conhecimento relativo aos fatos, ao estar também mediado pela linguagem³¹ — "a linguagem e a situação são inseparáveis"³² —, pesa idêntica carga de relativismo, de incerteza e ambigüidade³³ como em todos os demais casos em que essa mediação acontece. Isto é importante

porque as mesmas peculiaridades ("ambigüidade", "textura aberta", "zonas de penumbra") que se predicam dos enunciados deontológicos soem se encontrar também presentes nos enunciados que se expressam em linguagem observante; por mais que estes tenham normalmente como referência entidades conotadas por um menor nível de abstração. Se, como diz ECHEVARRIA "a observação científica não é imediata nem ingênua", senão que "está carregada conceitualmente",³⁴ quanto mais carregada de tudo (preconceitos, prejuízos, etc.) não haverá de estar uma observação que só acusar marcadíssimas implicações emotivas, posto que se trasladada ao processo pela via, sempre *contaminada*,³⁵ das impressões de testemunhas: terceiros afetados/interessados ou moralmente concernidos pelo tema do processo.³⁶ Impressões adquiridas, no mais das vezes, espontaneamente no curso da vida ordinária e, certamente, sem o distanciamento crítico que pelo comum acompanha à atividade cognoscitiva dos cientistas; tão cautelosos, sem embargo, como se viu, ao avaliar a possível *objetividade* de seu conhecimento.

Por outra parte, no caso do juiz, essa mediação discursiva se dá não como mera descrição asseptica do que já existe à margem da atividade do operador; ao contrário, dá-se como processo de *construção* do fato suposto, constru-

- 29 N. R. HANSON, *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación*. Trad. de E. GARCIA CAMARERO e A. MONTESINOS, Alianza Editorial, Madrid, 2ª ed., 1985, pp. 16-17.
- 30 T. A. VAN DIJK, *Estructuras y funciones del discurso*, trad. M. GANN e M. MIRA, Siglo XXI Editores, 7ª ed., México, 1991, p. 81.
- 31 Cf. a respeito A. RUIZ MIGUEL, "Creación y aplicación en la decisión judicial", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984 (separata), p. 12.
- 32 M. STUBBS, *Análisis del discurso. Análisis sociolingüístico del lenguaje natural*, trad. de C. GONZALEZ, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 17.
- 33 O expressou muito bem FRANK: "Há, também, uma ambigüidade perturbadora na palavra 'fato'. Os 'fatos' são ambas as coisas: 'subjetivos' e 'objetivos'" (em op. cit., p. 69).

- 34 J. ECHEVARRIA, *Introducción a la metodología de la ciencia. La filosofía de la ciencia en el siglo XX*, Barcelona, 1989, p. 70.
- 35 Interessantes indicações a respeito podem ser encontradas em J. J. MIRA e M. DIGES, "Procesos intervinientes en la evidencia de testigos, sistema penal", Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 159 e ss.
- 36 Como adverte T. A. VAN DIJK, "a informação se 'recodifica' em informação conceitual (...) a compreensão, o armazenamento e a recuperação nunca são 'puros', senão que também interatam com todos os processos 'de pensamento' (...) por isso, a reprodução é sobretudo *produção*". (Op. cit., pp. 90-92). Observação que é pertinente tanto para o caso da testemunha e sua forma de trazer material informativo ao juiz como pelo que se refere ao tratamento dado por este ao material recebido.

ção à qual o juiz contribui ativamente, desde dentro. E nela está presente toda a carga de subjetivismo que acompanha qualquer atividade interpretativa.

Daí se deriva, pois, a exigência de um controle e uma tensão até a aquisição do máximo de consciência de todos os fatores e conteúdos de memória que incidem sobre a própria atividade, não necessariamente menor daquilo que se aceita, mais ou menos pacificamente, como o que se deve dar na que habitualmente se conhece como atividade interpretativa. Quer dizer, a referida mais diretamente às normas.

Do mesmo modo que se disse que os enunciados de observação estão carregados de teoria,³⁷ na área de nosso interesse, teria que ser dito que os enunciados fáticos correm, ademais, o risco de estar carregados de direito. O que constitui outra particularidade do processo de conhecimento dos fatos a ter em conta, ao mesmo tempo em que aponta para outro risco de contaminação do mesmo que não pode ser desatendido pelo juiz. Efetivamente, este trabalha sobre uma hipótese que é, por sua vez, um ponto de vista normativo, posto que implica a afirmação de que no caso concreto ocorreu um fato que é o previsto como suposta base de um determinado preceito. Agora bem, ainda dentro desse contexto, e ainda na perspectiva da avaliação desta hipótese, a busca da verdade há de ser alheia a outro interesse que não seja precisamente este. Falo neste caso de interesse como *interesse epistemológico* que tem expressão legal no princípio de presunção de inocência, critério-

37 São bem eloqüentes a respeito as palavras de N. R. HANSON: "Em certo sentido, então, a visão é uma ação que leva uma 'carga teórica'. A observação de x está moldada por um conhecimento prévio de x. A linguagem ou as representações usadas para expressar o que conhecemos, e sem as quais haveria muito pouco que pudesse ser reconhecido como conhecimento, também exercem influência sobre as observações" (Em *op. cit.*, p. 99).

guia que aqui deve existir como barreira imposta ao intérprete para, não obstante mover-se no marco de uma hipótese normativa, ser capaz de tratar o material empírico que lhe é fornecido por terceiros com o máximo de neutralidade e de distância a respeito do direito substantivo de eventual aplicação, evitando cair no risco fácil de *produzir* um caso *ad hoc*.³⁸

Situados nesta perspectiva é evidente que a atividade jurisdicional apresenta um especial grau de dificuldade e seu exercício plenamente responsável demanda um extraordinário nível de autoconsciência sobre as peculiaridades dela mesma.

A maior parte dos enunciados, como assinalou RUSSELL "está destinada a expressar fatos, que (salvo quando se trate de *fatos psicológicos*) versaram sobre o mundo exterior".³⁹ Esta circunstância em si mesma evidente, e a maior dificuldade da captação e o tratamento semântico dos "fatos psicológicos", unida a alguma particularidade de nosso direito probatório, levou a jurisprudência da Segunda Turma do Tribunal Supremo a atribuir àqueles a inapropriada natureza de "juízos de valor", como esclareceu BENEYTEZ MERINO.⁴⁰

38 Vale a pena recordar que há quase 20 anos L. FERRAJLI advertia sobre o risco de forçar a realidade dos fatos, ao estabelecer o que deles resulta "juridicamente relevante" em cada caso, como sempre observa a atividade jurisdicional. Postulava "critérios de valoração e de juízo 'factualmente relevantes', quer dizer adequados ao fato considerado e tomado em sua concreta realidade" ("Magistratura Democrática e l'esercizio alterna-tivo della funzione giudiziario", em P. Barcellona (ed.) *Luco alternativo del diritto* (I), Laterza, Roma-Bari, 1973, pp. 117-118). Há tradução para o castelhano de P. Andrés Ibáñez, em P. Andrés (ed.) *Política y justicia em el Estado capitalista*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1978).

39 B. RUSSELL, "La filosofía del atomismo lógico", em J. MUGUERZA (ed.), *La concepción analítica de la filosofía I*, Alianza Editorial, 1974, p. 145 (Cursoiva minha).

40 L. BENEYTEZ MERINO, "Juicio de valor y jurisprudencia", em *Poder Judicial*, 2ª época, nº 19, setembro de 1990, p. 15.

Poderiam ser citadas múltiplas resoluções,⁴¹ mas sirva como exemplo uma sentença de 30 de outubro de 1991 (relator DE VEJA RUIZ), que expressa muito bem o ponto de vista de referência, quando diz que "os juízos de valor supõem, definitivamente, uma atividade da mente e do raciocínio tendente a determinar a intencionalidade do agente ou sujeito ativo da infração nas distintas formas comissivas". Se trataria, assim, de "juízos ou 'pareceres' dos juízes que indubitavelmente não devem ser incluídos no *factum* da sentença por meras apreciações subjetivas". É a razão pela qual "é nos antecedentes de fato de onde há de consignar-se todas as circunstâncias fáticas como suporte da qualificação jurídica, para deixar aqueles juízos de valor, inapreensíveis pelos sentidos, à via dedutiva que, racionalmente, há de estar imersa nos fundamentos de direito".

É sabido que o que busca a opção que expressa este critério é estender o âmbito do controle recursal a determinados aspectos da sentença.⁴² Os relativos à motivação

41 Em geral (assim, por exemplo, MOYNA MENGUEZ, 14 de junho de 1988) se reserva o qualificativo de "fato" para o ânimo ou intenção de matar, só quando existe prova direta; e se considera "juízo axiológico ou de valor" tratando-se de casos similares, se fala de "um fato psicológico que deve inferir-se, ao faltar normalmente prova direta...", com referência ao conhecimento da procedência ilícita dos bens em um delito de recepção. Assim parece que a natureza de um dado fático, por mais que de ordem psicológico, dependeria de fatores externos, sobrevindos, de índole processual neste caso, como é o tipo de prova.

42 Esta posição tem um autoritativo expoente em E. AGUILERA DE PAZ: "essa ampla potestade que a lei concede (alude ao art. 741 do Código de Processo Penal espanhol), se refere tão-só à apreciação das provas que tenham relação única e exclusivamente com os fatos da causa e não as que se relacionam aos elementos morais ou jurídicos relativos a eles" abriu de 1902, em um processo referente a um delito de estelionato, com respeito à apreciação da fraude", justificava-se o questionamento, pela via do recurso de apelação, "suposto que esta (a fraude) não é um fato por

sobre a intenção e os motivos do agente: aos quais se dão tratamento de *quaestio iuris*, para fazê-los entrar no âmbito do material do recurso.

Occorre, sem embargo, que o fim perseguido, que em aparência reforça as garantias do processo, impõe um prego objetivamente intolerável sob o ponto de vista epistemológico, porque essa concepção nega ou questiona implicitamente, ou, quando menos, semeia uma sêria confusão, sobre a existência como tal de uma dimensão central da conduta humana; e a possibilidade de aceder a um conhecimento racional da mesma.

Quer dizer, segundo o raciocínio expressado na decisão citada, o único aspecto do comportamento do que poderia predicar-se a existência ou inexistência real, e susceptível, portanto, de receber o qualificativo de fático, seria o inteiro grau pelos atos exteriores, perceptíveis ou observáveis de modo sensorial direto.⁴³ Só essa dimensão do comportamento poderia ser tratada mediante proposições assertivas, quer dizer, aquelas das quais cabe afirmar verdade ou falsidade, porque seus referentes seriam os únicos com possibilidades objetivas de ter ou não ter existência real.

Por contraste, a determinação do caráter intencional ou não intencional da ação ou ações em exame, o elemento

que não pertence à esfera dos acontecimentos reais perceptíveis pelos sentidos, senão uma mera dedução de caráter jurídico, mediante a qual se pode chegar à averiguação de se o agente, ao executar os fatos estimados como certos na sentença, procedeu ou não com ânimo doloso e com vontade contrária a direito, inferindo logicamente pelos mesmos dados da sentença o que houve de simulação ou fraude nos atos por aquele realizados, pois, do contrário, se desnaturalizariam os preceitos da lei e se fariam ineficaz, em muitos casos, o recurso de apelação" (Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Editorial Réus, Madrid, 2ª ed., 1924, vol. V, p. 558).

43 Cabe advertir neste ponto de vista uma clara expressão do que os autores designaram como "indutivismo ingênuo" (cf. F. CHALMERS, ¿Qué es esa cosa llamada ciencia?, trad. de E. PEREZ SEDENO e P. LOPEZ MAÑEZ, siglo XXI Editores, pp. 12 e ss.).

subjetivo do delito, resultaria deslocado a um âmbito discursivo diferente, o dos "juízos de valor" ("bon"/"mau", "bonito"/"feio"), que em troca são proposições carentes de referente empírico. Os mesmos se expressam em linguagem preceptiva, mediante enunciados que, como tais, não podem ser nem verdadeiros nem falsos, porque não correspondem a nenhum fato ou circunstâncias susceptíveis de verificação. Não têm conteúdo informativo que possa ser susceptível de prova ou refutação, senão, como seu próprio nome indica, conteúdo simplesmente valorativo.

É certo, contudo, que em ocasiões pode dar-se uma certa contigüidade entre o que são propriamente asserções relativas a fatos psíquicos e os que constituem juízos de valor em sentido próprio, acerca dos mesmos. Assim, quando a afirmação de que concorre um determinado ânimo, que como tal será uma proposição de caráter assertivo, é acompanhada de outra relativa, por exemplo, à consideração do mesmo como de uma especial perversidade.

A este respeito vale a pena recordar que, como escreveu AYER, ao valorar uma ação "não estou fazendo nenhuma declaração mais ampla sobre ela. Só estou explicando a desaprovção moral que me merece. É como se disse 'Você roubou esse dinheiro', com um especial tom de horror, ou como se escrevesse acrescentando determinados signos de exclamação. O tom dos signos e exclamação não acrescenta nada à significação literal da oração. Só serve para demonstrar que a expressão está acompanhada de certos sentimentos de quem fala".⁴⁴

Em consequência, visto o modo de operar dos "juízos de valor", não pode se sustentar, no plano epistemológico, uma diversidade de natureza entre a atividade cognoscitiva dirigida a estabelecer a existência física de um determi-

nado ato e a que tenha por objeto conhecer a dimensão intencional do mesmo, quer dizer, as caras externa e interna de um determinado comportamento. Que o acesso a esta última possa supor um maior grau de dificuldade e que sua determinação demande maior cuidado ou finura na observação ou na análise, não implica uma distinta natureza da atividade.⁴⁵

Poderá dizer-se que, além do afortunado ou desafortunado de algumas formulações, seria impensável que, por sua obviedade, a existência como tal dos fatores intencionais pudesse resultar desconhecida e até negada pela tese jurisprudencial de referência. Mas ainda admitindo que assim fosse, não por isso deixaria de resultar a crítica. Pelo menos por duas razões fundamentais.

A primeira, é que ao atribuir àquelas determinações o caráter de "juízo de valor", se opera o deslocamento das mesmas a um campo especialmente conotado pela subjectividade menos controlável. O juiz não estará obrigado a expressar que - e por que infere que - algo há contado com existência real, como parte ou forma de um comportamento alheio; senão tão-só a afirmar e, no melhor dos casos, argumentar sua particular convicção, e por que da atribuição de uma determinada condição, que como tal (parece que nessa concepção) careceria de própria existência empírica. Como recorda CASTILLA DEL PINO, ao tratar-se de

44 "Dizer que há intencionalidade na conduta é sugerir algo ao mesmo tempo importante e que se presta, com facilidade, a equívocos. A formulação acerta ao pôr de relevo que a intencionalidade não é algo que fique 'atrás' ou 'fora' da conduta. (...) O equívoco da formulação reside em sugerir uma "localização" da intenção, seu confinamento em um item de conduta determinado, como se se pudesse descobrir a intencionalidade mediante uma inspeção de movimentos. (...) a conduta adquire seu caráter intencional do fato de ser vista pelo próprio agente ou por um observador externo em uma perspectiva mais ampla, do fato de achar-se situada em um contexto de objetivos e crenças" (G. H. VON WRIGHT, *Explicación e comprensión*, trad. de L. VEGA RENÓN, Alianza Editorial, Madrid, 1980, p. 140).

uma estimação "esta já não pertence ao objeto senão ao sujeito da proposição".⁴⁶

A segunda, diz respeito ao impróprio tratamento dado como dedução a um raciocínio que não tem esse caráter. Porque, efetivamente, derivar de dados empíricos obtidos mediante a análise das características de um determinado comportamento, que o mesmo respondia a um certo propósito: "a presença no agente de uma determinada intenção e (ainda que possa) de uma atitude cognoscitiva relativa e meios condizentes ao fim",⁴⁷ tem a condição de uma inferência indutiva. Como se sabe, o raciocínio dedutivo pressupõe a existência de um lei de valor universal, que permite, mediante a subsunção nela de um suposto particular e se se observam determinadas regras lógicas, chegar a uma conclusão, que é verdadeira se o são as premissas. Algo que não sucede no raciocínio indutivo, no qual falta esse pressuposto e cuja conclusão, ao ir além das premissas, propicia uma diferente qualidade de conhecimento.

Este último, aparte de privar a um discurso institucional de tanto relevo do exigível rigor, produz confusão sobre, não só do caráter de alguns aspectos da conduta humana, senão também – e quiza sobretudo – da natureza, do grau ou a qualidade de conhecimento que o juiz pode chegar a obter pela via dos imprópriamente caracterizados como "juízos de valor", que, é evidente, nunca passará de ser conhecimento *provável* e não *dedutivamente certo*.

46 C. CASTILLA DEL PINO, *Introducción a la hermenéutica del lenguaje*, Peninsula, 1972, p. 178.

47 Como diz o autor, as proposições estimativas "desempenham uma função ostensiva, não a respeito do referente ou objeto externo, ou supostamente externo (...) senão do referido ou falante. Ou, de outra forma, são palavras que expressam a respeito do sujeito falante, saba ou não saba ele". Por contraste com a proposição indicativa que é "um juízo de fato verdadeiro ou falso" (Em *op. cit.*, pp. 101 e 103).

48 G. H. VON WRIGT, *op. cit.*, p. 134.

Este aspecto da questão goza, a meu juízo, de uma relevância que não cabe desconhecer, pelo importante que resulta que o juiz tenha plena constância do rendimento dos instrumentos que utiliza, da relatividade dos resultados, e que assumam sua função como o que deve ser realmente: antes de nada, uma indagação cuidadosa sobre a *existência ou inexistência real* de determinados dados de experiência, no que, como logo veremos, nunca poderá contar com o auxílio de tranquilizadoras leis de validade universal capazes de dar às suas inferências consistência axiomática.

BENEYTES MERINO, como já se disse, é autor de um elogiável esforço – o primeiro? – de clarificação neste campo, sugerindo designar aos aludidos supostos "juízos de valor", "juízos de inferência".⁴⁸ Proposta que teve uma acolhida peculiar – acolhida peculiar porque agora, com frequência, simplesmente se escreve "os juízos de valor ou juízos de inferência", tanto na própria jurisprudência da Segunda Turma, como por alguns autores; para seguir sustentando – sob diferente etiqueta – a mesma atitude metodológica que se criticou.⁴⁹ Mas, analisando-se o sentido dos termos, não parece que a opção seja em si mesma demasiado afortunada, como intento de descrição da operação intelectual do juiz, que nos preocupa, posto que *juízo* neste contexto é equivalente a "ato mental por meio do qual pensamos um enunciado"; ou, inclusive, "a afirmação ou a negação de algo (de um predicado) com respeito a algo (um sujeito)".⁵⁰ E *inferência* não é senão "um processo no qual se chega a uma proposição e se a afirma sobre a

48 Em *op. cit.*, p. 14.

49 Assim, no caso de J. M. LUZON CUESTA, *La presunción de inocencia ante la casación*, Coler, Madrid, 1991, pp. 23-24. E, também, por exemplo, na VEJA RUIZ.

50 A primeira é a aceitação, dentre todas as possíveis, pela qual se decanta, J. FERRATER MORA, que também relaciona, entre outras várias, a segunda que se recolhe (em *op. cit.*, vol. II, pp. 1.821-1.822).

base de outra ou outras proposições aceitas como pontos de partida do processo".⁵¹ Resulta que a expressão "juízo de inferência" é anfibológica, posto que pode designar o mesmo à argumentação dedutiva como à indutiva, para significar algo tão impreciso e inclusive tautológico como "juízo de argumentação". Por isso, quicá seria elementar falar simplesmente de inferência indutiva, porque cumpre com a função descritiva a que aspira todo ato de denotação; e porque não sugere, como não deve sugerir, diferença alguma de método no modo de operar, em razão do objeto.

III. Reconstrução Judicial dos Fatos: Modelos de Referência

1. O historiador

A assimilação do trabalho do juiz ao do historiador na *quaesitio facti* tem sido uma constante a partir de um conhecido trabalho de CALAMANDREI.⁵² Este autor assinalou a existência de importantes similitudes no modo de proceder de ambos os operadores: um e outro estariam chamados a "indagar sobre os fatos do passado e a declarar a verdade sobre os mesmos" mediante "uma obra de eleição e construção sobre 'dados' preexistentes".⁵³ Agora bem, esta construção não pode ocultar algumas diferenças de relevo. Entre elas e, sobretudo, a determinada pela situação estatutária de passividade do juiz, que é garantia de uma "imparcialidade desapaixionada" que nunca estará ao alcance do historiador: este elege o tema e "na eleição do tema já está a confi-

são de uma preferência e na formulação do problema se encontra já implícito o critério da solução".⁵⁴

Além disso, segue apontando CALAMANDREI, enquanto o juiz tem limitadas também normativamente as fontes de conhecimento (é o caso, por exemplo, da "própria ciência"), o historiador "nunca se resignaria a fechar os olhos à verdade unicamente porque o caminho que o conduziu até ela não esteja indicado nos mapas oficiais".⁵⁵ Ademais, enfim, onde este último pode legitimamente expressar uma atitude de incerteza, o juiz está sempre obrigado "a toda custa a chegar a uma certeza oficial".⁵⁶

Também CALOGGERO se ocupou de assinar a analogia de ambos os modelos; incidindo em uma particularidade metodológica, qual seja, que o juiz, assim como o historiador, também se encontra com o fato não como uma realidade já existente, senão como algo a reconstruir.⁵⁷

Apesar do sugestivo da consideração comparativa, há aspectos da função do juiz que condicionam desde fora sua forma de relação com os fatos e que não podem deixar de ser apontados, ainda que seja esquematicamente. NOBILIS se manifestou nesse sentido, insistindo, em primeiro lugar, no caráter eminentemente prático da orientação do juiz. Efetivamente, o interesse que move sua atuação não é puramente gnosiológica, na medida em que a averiguação da verdade relaciona-se com a resolução de um conflito. Por outro lado, essa busca também sofre interferência do momento normativo. E isto não só porque tenha que conduzir-se por leituras mais ou menos predefinidas, como se

51 Assim, I. M. COPPI, *Introducción a la lógica*, trad. de N. MIGUEZ, Eudeba, Buenos Aires, 1962, p. 20.
52 P. CALAMANDREI, "El juez y el historiador", em *Estudios sobre o processo civil*, trad. de S. SENTIS MELENDO, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 107 e ss.
53 Em op. cit., p. 107.

54 Em op. cit., p. 112.
55 Em op. cit., p. 114.
56 Em op. cit., p. 116.
57 G. CALOGGERO, *La lógica del giudice e el suo controllo in cassazione*, Cedam, Padua, 2ª ed., 1964, p. 129.
58 M. NOBILI, *Il principio Del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milão, 1974, p. 49.

viu, senão porque a questão sobre a qual o juiz está obrigando a pronunciar-se, inclusive em sua dimensão fática, costuma estar profundamente tingida de aspectos de valor e a indagação judicial sempre se dá em função de uma hipótese necessariamente normativa.

Contudo, este jogo de busca de analogias e graduações diferenciais, deixa praticamente intacto um aspecto de fundo que, neste caso, é o que mais interessa. O evidenciou TARUFFO ao dizer que assim não se obtém "nenhuma indicação em torno ao procedimento no qual a investigação se exterioriza, nem precisa as características do que é objeto da mesma, nem aclara em que consistem os dados nos quais se funda". É que, por essa via se dá "só em aparência uma solução ao problema do juízo de fato, enquanto em realidade não se analisa a estrutura lógica do procedimento".⁵⁹

Este passo o deu recentemente FERRAJOLI.⁶⁰ Este autor comparte o já aludido clássico ponto de vista de que o juiz depara-se com uma forma particular de verdade histórica, posto que não está a seu alcance a observação direta das condutas objeto dos processos. Mas, assinala, a investigação judicial "não consiste só na coleta de dados e peças de convicção, mas, sobretudo, em experimentar e produzir novas fontes de prova", de maneira que "o que o juiz experimental não são os fatos delitivos objeto do processo, senão suas provas".

Isso, quer dizer, o intento de determinação dos fatos "provados" do passado, através da análise de fatos "probatórios" do presente, confere à atividade as características da inferência indutiva.

Agora bem, uma inferência indutiva peculiar em determinados aspectos, dos quais alguns já ficaram assi-

nalados. E que conta, ademais, com outro relevante elemento diferencial, ou seja, na inferência indutiva que realiza o juiz cobra um valor essencial de signo positivo a falácia do *argumentum ad ignorantiam*, que se comete "quando se sustenta que uma proposição é verdadeira simplesmente sobre a base de que não se demonstrou sua falsidade (...) e que é falaz em todos os contextos exceto em um: a corte de justiça".⁶¹ É o princípio de presunção de inocência, ao que já aludiu CALAMANDREI, ao caracterizar o *In dubio pro reo* como instrumento preclusivo da perplexidade do juiz,⁶² que joga agora um papel central na epistemologia judicial, na qual não se limita a operar como regra de juízo, senão como verdadeiro eixo do sistema.

2. O detetive

A busca de pontos de referência metodológicos que possam ser analogicamente explicativos da natureza do trabalho do juiz em matéria de fatos não foi algo que se deteve o historiador em sua assimilação.

Como é bem sabido, a investigação judicial parte da constatação empírica de que se produziu um determinado resultado. Um resultado anômalo, quer dizer, que rompe a normalidade. A partir desta evidência primária, levada ao juiz, habitualmente, com um conjunto de outros dados, ele tratará de reconstruir o caso na totalidade de seus elementos integrantes.

Este modo de proceder a partir de *Indícios*,⁶³ guarda relação com o modelo da semiótica médica (onde o "indício"

61 Cf. I. M. COPPI, *op. cit.*, p. 65.

62 *Em op. cit.*, p. 116.

63 Indício: "qualquer coisa que indica a possibilidade de que existiu, existiu, ocorreu ou irá ocorrer certa coisa" (M. MOLINER, *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madri, 1977).

59 MK TARUFFO, "Il giudice e o storico: considerazioni metodologiche", em

Rivista di Diritto Processuale, 1967, p. 445.

60 *Em op. cit.*, pp. 25-26.

é o "sintoma"), mas apresenta também uma certa homologia com o "raciocinar para trás" de Sherlock Holmes.

Por isto, nada tem de estranho que filósofos e semiólogos se tenham ocupado do método de investigação criminal do personagem de DOYLE com profundo interesse,⁶⁴ crendo ter encontrado nele uma expressão do pensamento de Ch. S. PEIRCE sobre a hipótese ou abdução.⁶⁵

Mais recentemente FASSONE,⁶⁶ seguindo as observações de ECO⁶⁷ sobre o particular, levou diretamente o ponto de vista de PEIRCE ao terreno da reflexão sobre a prova judicial.

Nesta análise, o juiz opera em sua averiguação a partir do conhecimento do resultado e de uma regra que atuam como premissas.

Agora bem, tal regra não é equivalente à lei geral do raciocínio dedutivo. Esta se acha bem determinada e contém em si mesma toda a informação relevante; assim, operar a subsunção do caso concreto é uma simples aplicação, "uma mera explicitação do conteúdo semântico das premissas",⁶⁸ que, se se faz com o necessário rigor formal, garante a validade do resultado. Mas não produz aumento de saber empírico, quer dizer, não permite ir mais adiante no conhecimento, descobrir algo novo.

64 *Il segno dei ter. Holmes, Dupin, Peirce*, U. ECO e T. A. SEBEOK (eds.), Bompiani, Milão, 1983 (há tradução castelhana de E. BUSQUETS, Lúmen, Barcelona, 1989), é um bom exemplo.

Pode ver-se assim mesmo T. A. SEBEOK e J. UNIKER-SEBEOK, *Sherlock Homes y Charles S. Peirce. El método de investigación*, trad. I. GÜELL, revisão de J. M. PEREZ TORNERO, Eiciones Paidós, Barcelona, 1987. (Este livro contém, em realidade, o que é o trabalho inicial dos reunidos no anterior).

65 Cf. a voz "Abdução", em J. FERRATER MORA, *op. cit.*, I, pp. 12-14.

66 *Em op. cit.*

67 U. ECO, "Cornu, zoccoli, scarpe. Alcune ipotesi su ter tipi di abduzione", em F. ECO e T. A. SEBEOK (eds.), *op. cit.*, pp. 237 e ss.

68 M. A. BONFANTINI e G. PRONI, "To guess or not to guess?", em U. ECO e T. A. SEBEOK (eds.) *op. cit.*, p. 152.

A abdução se caracteriza, em troca, porque ela "visa encontrar junto ao caso, também a regra".⁶⁹ Esta pode ser de mais ou menos fácil localização, mas nunca resulta susceptível de simples aplicação com a garantia do resultado que cabe esperar no caso da dedução. Aqui o valor de verdade não está plenamente garantido pela validade das premissas, por isso existe um risco.

Em resumo, no raciocínio dedutivo, como se sabe, se dispõe de uma premissa maior, que é uma regra cuja natureza já foi aludida; e de uma premissa menor, a partir das quais se obtém uma conclusão na forma também exposta.

Na abdução, o primeiro que se conhece é a conclusão (Fulano foi achado com uma faca cravada no coração), que é justamente o ponto de partida do raciocínio. Tem-se ou pode-se chegar, ademais, ao conhecimento e certas regras (máximas de experiência) – sobre cujas particularidades se falará mais adiante – que podem achar-se mais ou menos codificadas, serem mais ou menos precisas, mais ou menos experimentadas, de maior ou menor nível de generalização. Mas de sua aplicação, uma vez identificadas, não se deriva uma conclusão necessariamente válida, senão só provável.

Porque, em suma, como escreveu PEIRCE, enquanto "a dedução prova que algo tem que ser (...)", a abdução sugere meramente que algo pode ser".⁷⁰ Em nosso caso, uma relação histórica, posto que está referida a um momento passado, e é a que se trata de estabelecer entre um fato e um ato causal.

Buscando precisar a diferença entre a indução e a abdução, o próprio PEIRCE acrescentava que uma e outra, naturalmente "conduzem a aceitar uma hipótese enquanto os fatos observados aparecem como conseqüências neces-

69 U. ECO, *em op. cit.*, p. 244.

70 Ch. S. PEIRCE, *El hombre un signo. (El pragmatismo de Peirce)*, tradução, introdução e notas de J. VERRICAT, Editorial Crítica, Barcelona, 1988, p. 136.

sárias ou prováveis de tais hipóteses", mas "a abdução toma seu ponto de partida dos fatos, sem ter em vista, ao princípio, alguma teoria particular, ainda que se encontre motivada pela sensação de que se requer um teoria para explicar fatos surpreendentes. A indução parte de uma hipótese que parece sugestiva sem ter ao início algum fato em particular à vista, ainda que se tenha a sensação da necessidade de fatos para sustentar uma teoria. A abdução busca uma teoria. A indução busca fatos. Na abdução a consideração dos fatos sugere a hipótese. Na indução o estudo da hipótese sugere os experimentos que esclarecem os fatos autênticos aos quais a hipótese se refere".⁷¹

Desta citação de PEIRCE pode ser extraída uma conclusão elementar, que em nenhum caso seria polêmica: qualquer que seja a relação que se possa estabelecer entre indução e abdução, ambas seriam sempre formas de inferência alheias ao modelo dedutivo, quer dizer, sintéticas, cujo resultado é inovador em respeito ao conteúdo das premissas e, por isso, sempre arriscado.

Por outra parte, o drástico critério de demarcação que PEIRCE usa para distinguir entre ambos os modelos, em função do ponto de partida (hipótese/fato) e do objetivo (fatos/teoria), foi seriamente questionado.⁷²

71 Ch. S. PEIRCE, cit. por T. A. SEBEOK e J. UMIKER-SEBEOK, "Voi connosce il mio metodo: un confronto fra Charles S. Peirce e Sherlock Holmes" em U. ECO e T. A. SEBEOK, *Il segno del ter*, op. cit., p. 44.

72 Assim, por exemplo, N. R. HANSON: "Muitas traços da resolução de problemas reais por parte das pessoas normais e dos cientistas, exige a compreensão dos critérios em virtude dos quais podem distinguir-se as boas razões das más razões. Muito antes de que um investigador tenha acabado sua investigação, tenha solucionado seu problema e tenha escrito, formalmente, seu relatório de investigação, deve ter ocorrido muitas ocasiões nas quais foi forçado a usar sua cabeça, a invocar sua razão, e a decidir entre as especulações que pareciam potencialmente frutíferas e as que não pareciam" (Em op. cit., p. 52).

Enfim, e para o que aqui interessa, importa assinalar que no caso do juiz instrutor, é certo que sua inferência leva de um caso particular a um caso particular, de um fato a outro. Mas, no ponto de partida, existe já uma hipótese (a hipótese acusatória) que avança uma proposta de interpretação do fato motivador da instauração do processo. E, certamente, a indagação judicial não leva à construção de teorias. Deste modo, cabe concluir com BESSO MARCHEIS que "o raciocínio abduutivo pode propor-se como um modelo útil de descrição de momentos diversos e anteriores a respeito ao da valoração das provas e resulta, assim, de utilidade bastante limitada aos fins de nosso discurso".⁷³

Por isso, e como em seguida se expõe, seguindo a FERRAJOLI, parece que se pode dar conta da estrutura do operar judicial acudindo ao modelo indutivo.

IV. Livre Convicção do Juiz: da Inspiração à

Indução

1. *Intime conviction*

Desde que a partir do século XIII "a aritmética das provas substituiu à argumentação",⁷⁴ o sistema da prova legal aparece unido à experiência do processo inquisitivo.

Como se sabe, a teoria da prova legal guarda íntima relação com a figura de um juiz estreitamente vinculado ao poder que hoje diríamos executivo, e a uma concepção fortemente autoritária do processo, concebido, por seu lado, como um instrumento capaz de procurar uma verdade não prová-

73 C. BESSO MARCHEIS, "Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto", em *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 4, 1991, p. 1.138.

74 A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo all' logica giuridica*. Giuffrè, Milão, 1971, p. 184.

vel, senão *real* sobre os fatos, apta para justificar inclusive o uso da tortura.⁷⁵ Por isso, sem prejuízo de qualquer outro tipo de considerações que a respeito possam ser feitas, convém não perder de vista a ideia apontada por GIULIANI de que "o problema da tortura foi um problema de lógica".⁷⁶ Quer dizer, uma questão instrumental, de maneira que se o processo estava preordenado à obtenção de uma verdade absoluta, esta, como fim, poderia justificar o emprego de qualquer meio.

Em tal perspectiva, o critério da *prova tasada*,⁷⁷ ao estabelecer "certas bases de prova que a experiência de

muito tempo acreditou que suas origens são mais seguras de certeza",⁷⁸ respondia, formalmente, ao propósito de limitar o arbítrio do juiz, que, dotado de uma liberdade extrema na indagação, ficaria, não obstante, limitado em suas apreciações à predeterminação normativa do valor das aquisições probatórias.⁷⁹

Não obstante este ponto de partida, o certo é que o modelo, como não poderia deixar de ser, deu lugar a práticas⁸⁰ que conduziram "à quebra do sistema, tanto desde o ponto de vista gnosiológico como moral".⁸¹

75 F. CORDERO situa no substrato cultural do modelo inquisitório a convicção de que "O Mal existe, aloja-se por todas as partes com terníveis quintacolumnas, e, posto que o Inquisidor o combata, todo processo é uma diabolomaquia (De "Stilus curiae [anlisi della sentenza penale]", em *La sentenza in Europa. Método, técnica e stile* [Atti del Donvegno internazionale di inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara 10-12 de outubro de 1985], Cedam, Pádua, 1988, p. 297). A palavra diabolomaquia não existe em espanhol o que impossibilita uma tradução. Por analogia, se poderia dizer que se a "tauromaquia" é a arte de lutar com touros, a diabolomaquia deve ser a arte de lutar com demônio (exorcismos e colisas assim).

76 Em *op. cit.*, p. 185.

77 [N. T.] Este tipo de prova não existe no sistema brasileiro. Para manter a originalidade, mantém-se o termo. Sistema da prova tasada ou tarifa legal. É aquele no qual a lei determina, a priori, o valor das provas ou sua eficácia, conforme o cumprimento ou não dos requisitos ou exigências expressas que a mesma lei impõe. Assim, estabelece graus de valor da prova, como plena, semiplena, de acordo com o cumprimento que das exigências legais se fez. Com este sistema se designa um valor às provas, segundo seja o meio probatório pelo qual chegaram ao processo. Neste sentido, se diz: A confissão faz plena prova. Também este sistema determina o grau de valor das provas conforme à quantidade e qualidade, assim se diz: duas declarações de testemunhas unânimes e contes-tadas fazem plena prova. Algumas aplicações do sistema da prova tasada exemplos: a) Aquellos artigos que tratam de presunções legais, tais como os 503 e 504; b) Os que determinam o grau de eficácia de um meio probatório para ter por estabelecido ou provado suficientemente um fato. Artigos 490, 491, 493, 494, que falam de "prova suficiente", e que ademas assinalam requisitos para que a prova seja perfeita; se não se cumprem não há prova completa; c) O artigo 279, que impõe ao juiz decidir contra sua própria certeza e a favor de regras fixas.

78 C. J. A. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, sem ref. de trad., Impresión da Revista de Legislación, Madrid, 1877, p. 30.

79 A pretensão, implícita no sistema da prova legal, de sujeitar o juiz em sua valoração a regras de caráter supostamente universal, dotadas de um, também, suposto valor probatório pleno, dava ao modelo de argumentação empregado, como assinalou FERRAJOLI, uma fálax estrutural dedutiva e, por isso, uma "aparente racionalidade", não obstante o qual o esquema lógico subjacente é o mesmo que "está na base das provas irracionais do tipo mágico e arcaico: a oráculo, o duelo judicial, o juramento, a adivinhação" (*Op. cit.*, pp. 113-114).

Não vejo contradição entre este ponto de vista e o de TOMAS e VALIENTE ao aceitar que "alvez" a tortura possa significar "algo mais racional que as ordálias" posto que "foi um elemento probatório juridicamente regulado dentro de um processo (de um processo predominante ou inteiramente inquisitivo) e, portanto, superou o anterior par de forças ofensavengança" (Em *La tortura em España*, *op. cit.*, p. 214).

Efetivamente, enquanto a reflexão de FERRAJOLI alude a uma racionalidade epistemológica, a de TOMAS e VALIENTE refere-se a uma de tipo mais empírica. Como quando G. AMATO, a propósito do mesmo assunto, vê na tortura medieval um tormento com garantias, que se perderam na tortura renascentista (*Individuo e autorità nella disciplina della liberta personal*, Giuffrè, Milão, 1970, pp. 96-97).

80 Sobre as práticas do sistema ilustram muito bem: P. VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, tradução, prólogo e notas de M. DE RIVACOBRA, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977; e A. MANZONI, *Historia de la columna infame* (Com nota de L. SCIACIA), trad. De E. GALLEGO, Alianza Editorial, Madrid, 1987. Sobre a experiência espanhola a respeito, cf. F. TOMAS e VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 171 e ss.; e *La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 1973.

81 M. NOBILI, *op. cit.*, p. 112.

Bem reveladoras a respeito são as palavras de VOLTAIRE, em seu comentário ao livro de BECCARIA, ao denunciar a admisão de "meias provas que não são, em realidade, mais que dúvidas, pois é sabido que não existem meias verdades; mas em Toulouse se admitem as quartas e oitavas partes de prova. Por exemplo, um *ouvi dizer*, pode ser considerado como um quarto de prova, e outro *ouvi dizer* um pouco mais vago, como uma oitava parte; de modo que oito rumores que não são em realidade mais que o eco de um rumor mal fundado, podem compor uma prova completa..."⁸²

O certo é que a prova legal experimentará as mesmas vicissitudes que o processo inquisitivo em seu conjunto, a expensas, sobretudo, da oposição que ao mesmo se fez desde os pressupostos político-filosóficos da ilustração.⁸³

Entre estes se conta a renovada confiança na razão, que leva a uma revalorização do "sentido comum",⁸⁴ e a que se apresenta nos jurados populares, opção à qual não é alheia uma certa influência da experiência processual inglesa. Esta tendência, que tem clara expressão em obras como as de FILANGIERI⁸⁵ e BENTHAM,⁸⁶ entre outros,

cristaliza-se, de forma paradigmática, na obra da Assembleia Constituinte francesa.

A finalidade e o alcance deste trabalho obrigam a passar por alto as vicissitudes do princípio da *intime conviction*; particularmente aquelas que, deslocando-o de suas raízes originais, dão razão de sua definitiva inserção no modo de operar das magistraturas profissionais. Em sua virtude, o julgador no marco do jogo do princípio da legalidade, aparecerá facultado para valorar livremente as provas praticadas, segundo sua consciência.

A partir deste momento, o princípio, tanto em alguma teorização doutrinária, como, sobretudo, na prática, apareceu extraordinariamente tingido de subjetivismo, como se o exercício dessa liberdade de apreciação de dados probatórios em um contexto legal fosse mais que atividade reacional, uma espécie de momento místico⁸⁷ e, em quanto tal, incontrolável. Assim, um comentarista tão autorizado como AGUILERA DE PAZ, interpretará o art. 741, do Código de Processo Penal, como a atribuição dada ao juiz de uma incumbência que deve desempenhar "respondendo aos ditados da consciência segundo as inspirações de seu próprio juízo sobre a verdade dos fatos corretamente apreciados".⁸⁸

O risco de tal degradação do princípio não passou despercebido a CARRARA, quem já advertiu que "a res-

82 VOLTAIRE, "Comentario al libro: De los delitos y de las penas", em apêndice a C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. DE LAS CASAS, Alianza Editorial, Madrid, 1968, p. 158.

83 Ainda que a obrigaçao de motivar as resoluçoes judiciais foi uma exigencia estimulada e favorecida pela cultura juridica da Ilustraçao, esta, sem em-raçao do juiz como *bouche de la loi*, não deixa praticamente espaço para a liberdade do julgador. Sobre este assunto, pode-se consultar com proveito M. TARUFFO, "Trattato di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo" em *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, pp. 18 e ss. Cf. a respeito M. NOBILI, *op. cit.*, pp. 131 e ss.

84 C. FILANGIERI, *Cienza de la legislación*, trad. de J. RUBERA, Impresión de D. Fermín Vilalpando, Madrid, 1821, vol. III, pp. 154 e ss. Não obstante, há de ser assinalado que FILANGIERI se mostra partidário de "combinar a certeza moral do juiz com a norma prescrita pelo legislador, isto é, com o *critério legal*" (p. 155).

86 "Que é uma regra falsa em matéria de procedimento? É uma regra que tende a pôr em contradicção a decisão do juiz e a lei; que obrigue o juiz a

pronunciar-se contra a sua íntima persuasão" (J. BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. OSSORIO FLORETT EJA, Buenos Aires, 1959, vol. I, p. 12).

87 CORDERO, com palavras que já são, por sua expressividade, um marco na matéria, se referiu, criticamente, "à imagem da livre convicção como de uma vozaz potència superlógica". Para afirmar sua posição no sentido de que "a livre convicção seja um tipo de potència dionisíaca da qual não se pode falar senão nos termos alusivos com que a bacante falava do deus; que o intelecto não seja onipotente não é um bom motivo para renunciar a usá-lo aonde poderia agora nos iluminar" (F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milão, 1966, pp. 229-230).

88 Em *op. cit.*, vol. V, p. 560, "O legislador deixou em absoluto à consciência do julgador a apreciação das provas" (p. 558).

peito do juízo acerca do fato, o juiz não tem verdadeiro arbítrio, nem sequer quando se aceita sua convicção íntima, pois sempre deve convencer-se segundo a razão e segundo o processo".⁸⁹

Que o juiz não possa ser livre da prova,⁹⁰ é algo que, assim formulado, não discutiria nem o mais entusiasta dos defensores do princípio que nos ocupa, entendido como *sub specie* do subjetivismo mais extremo. Sem embargo, o certo é que, ao postular um tipo de relação do juiz com o resultado da atividade probatória, do gênero do qual subjaz o ponto de vista doutrinal aludido e que cabe rastrear também em não poucas manifestações jurisprudenciais,⁹¹ se está implicitamente apostando por uma liberdade para o julgador que não conhece nem sequer aquele limite.

Efetivamente, não basta a afirmação ritual da vinculação do juiz às contribuições probatórias. A própria experiência histórica na matéria não poder ser mais eloquente acerca dos limites da capacidade efetivamente ordenada da norma, uma vez acreditadas as vicissitudes do próprio sistema da prova legal.

89 F. CARRARA, *Programa de derecho criminal*, trad. de J. ORTEGA TORRES e J. GUERRERO, Editorial Temis, Bogotá, 1957, vol. II, p. 356.

90 Tomo a expressão de G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Cedam, Pádua, 1966, p. 203 (há tradução castelhana, de GUTTERREZ-ALVIZ e CONTRADI, Reus, Madrid).

A mesma ideia se pode ver expressada na sentença da Segunda Turma do Tribunal Supremo (Relator HUET GARCIA, 7 de junho de 1991): "Valoración da prova em consciência ou íntima convicção do julgador quer dizer, sem dúvida, liberdade de apreciação da prova, mas não prescindir da mesma nem de sua análise... Ainda que não se poderia afirmar que a Segunda Turma seja consequente na exigência do conteúdo da última afirmação, posto que é, como regista, francamente tolerante com a omissão da análise da prova nas sentenças de que conhece.

91 Criticamente, sobre a incidência desta atitude na jurisprudência da Espanha nos anos 30 a 50 do século XX, cf. J. M. MARTINEZ PEREDA, "El convencimiento judicial en el proceso penal español", *Revista de derecho judicial*, nº 13, 1963, pp. 42-43.

Esta evidência, tendo em vista que a atividade valorativa do juiz não pode dar-se sem um suporte de conhecimento prévio racionalmente obtido e que – na moderna disciplina constitucional do processo – há de ser, ademais, motivado *erga omnes*, faz com que, como lucidamente apontou NOBILI, o nó da questão relativa "à validade das novas regras" tenha que se deslocar do campo "da imperatividade da norma jurídica" ao da "fundamentação e eficácia científica".⁹²

2. A inferência indutiva do juiz

A representação ideal do modo de raciocinar do juiz como um silogismo, que tem na conhecidíssima formulação de BECCARIA⁹³ sua expressão mais acabada, ainda que siga formando parte da bagagem cultural de não poucos profissionais do direito,⁹⁴ foi eficazmente questionada em sua capacidade descritiva.⁹⁵

92 *Em op. cit.*, p. 196.

93 "Em todo delicto deve o juiz fazer um silogismo perfeito. Porá como premissa maior a lei geral, como premissa menor a ação conforme ou não com a lei, do que inferirá por consequência a liberdade ou a pena" (C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 31).

Do grau de aceitação deste ponto de vista resulta sua aceitação por pro-cessualistas de tanto relevo como CARNELUTTI (cf. *La prueba civil*, Trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 62-63).

94 Basta ver uma sentença da Segunda Turma do Tribunal Supremo (Moner, 10 de janeiro de 1992) na qual pode-se ler: "...dentro do silogismo que entraña a sentença...".

95 Nesta linha, vale a pena registrar aqui o ponto de vista de TARUFFO: "Falar de função ideológica da teoria silogística do juízo significa pôr em evidência que esta tende a acreditar uma determinada imagem do juiz, mas que do juiz, destinada não tanto a delinear uma realidade concreta, como a indicar qual deveria ser tal realidade. Efetivamente, a doutrina do silogismo judicial, mais que descrever o juízo, constrói um modelo absoluto e ideal de juízo: se apresenta uma situação na qual a norma é um dado preexistente, em um ordenamento positivo completo e sistematiza-

Sem embargo, creio que em nenhum caso se fez com o rigor com que FERRAJOLI levou a termo a, seguramente, mais acabada tarefa de crítica e proposta de um modelo alternativo de compreensão do modo de operar jurisdicional.

A seu juízo,⁹⁶ nenhuma das duas operações mediante as quais se obtém a verdade processual responde ao esquema do silogismo: nem a indução representada pela prova dos fatos; nem a dedução em que consiste a qualificação jurídica dos mesmos tem a forma das *proposições normativas*; senão de *proposições assertivas*, quer dizer, relativas à existência ou inexistência de determinados fatos e preceitos legais. Em um e outro caso se tratará de enunciados dos quais pode-se predicar verdade e falsidade.

Frente ao sustentado por BECCARIA, FERRAJOLI vê no *modus operandi* do juiz não uma inferência, senão três: uma inferência *indutiva*, que tem como premissas o resultado da atividade probatória e permite afirmar, por exemplo, que Fulano causou a morte de Bertrano; uma *inferência dedutiva*, que tem como premissa a anterior afirmação de fato e um preceito, neste caso do Código Penal, e permite afirmar, como conclusão, que Fulano cometeu um delito de homicídio; e um *silogismo prático*, que integra a parte dispositiva, cujas premissas são normativas (Fulano cometeu um homicídio; ao homicídio corresponde tal pena) e

cuja conclusão é também uma norma para o caso concreto: Fulano deve ser condenado a tal pena.

Assim resulta que o lugar do silogismo de BECCARIA foi ocupado por dois silogismos de caráter teórico e um silogismo prático ou deôntico.

Acolher metodologicamente o caráter de inferência indutiva da averiguação dos fatos supõe ao mesmo tempo assumir um dado que, não obstante sua aparente objetividade, tem uma relevância que não deve desconhecer-se. Refiro-me ao dado de que com isso se situa reflexivamente o trabalho cognoscitivo do juiz a respeito dos fatos no âmbito das *explicações probabilísticas*, que são as que permitem afirmar algo, mas só, e se a derivação é correta "com um alto grau de probabilidade e, quicá, com 'certeza prática'".⁹⁷

Disso segue uma consequência que não se deve perder de vista: probabilidade implica uma margem de incerteza e de liberdade de eleição entre opções; quando esta conduz a decisões que afetam a bens pessoais extraordinariamente sensíveis, a incerteza implica, por sua vez, uma forma de poder. Um poder que, como inevitavelmente discricionário em algum grau, nunca será de todo controlável.⁹⁸

Sendo assim as coisas, e para que essas margens de incerteza possam ver-se reduzidas tanto quanto seja possí-

do, cuja interpretação em vista da aplicação ao caso concreto consiste em uma atividade essencialmente cognoscitiva de caráter sistemático.

Se pressupõe ademais que uma atividade deste gênero é em todo caso necessária e suficiente, sem que devam intervir operações e apreciações não redutíveis dentro do módulo do polysilogismo" (Em *La motivazione*, op. cit., pp. 163-164).

Entre nós já se questiona a concepção silogística, por exemplo, em M. FENECCH, *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 2a ed., 1952, vol. 22, p. 237.

Mais recentemente, sobre os limites da categoria referida à decisão judicial, o fez M. ATIENZA, op. cit., pp. 39 e ss.

96 O que segue se funda em L. FERRAJOLI, op. cit., pp. 38 e ss. e 107 e ss.

97 C. G. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, trad. de A. DEAÑO, Alianza Editorial, Madrid, 1973, p. 93.

98 Há em nossa cultura processual uma marcada inclinação a atribuir aos juízos de fato natureza dedutiva (cf. da Segunda Turma, acórdãos de: PUERTA LUIS, 27 DE MAIO DE 1991; SOTO NIETO, 17 de junho de 1991; HUERTTA ALVAREZ DE LARA, 29 de julho de 1991, MONTERO FERNANDEZ-CID, 12 de julho de 1991, RUIZ VADILLO, 4 de setembro de 1991); no que não parece arisco ver uma resistência implícita a aceitar que o conhecimento do juiz na matéria não é o conhecimento em sentido forte que tradicionalmente se assimilou à lógica dedutiva. A isso responde ao que TARUFFO chamou "judicialização" do juízo de fato, que assim resulta em boa medida reabsorvido no ordenamento como sistema completo e fechado de critérios de decisão" (em *La motivazione*, op. cit., p. 164, nota).

vel, é fundamental que a inferência judicial tenha sempre um referente empírico bem identificável,⁹⁹ que faça possível afirmar com rigor se as proposições relativas a ele são verdadeiras ou falsas, evitando que sob a aparência de enunciados descritivos se formulem só juízos de valor.¹⁰⁰

A inferência judicial tem seu ponto de partida em um acontecimento humano que rompe de algum modo a normalidade, de forma que interessa ao ordenamento penal. Isso dá lugar à formulação de uma hipótese acusatória, que como qualquer hipótese é um "enunciado submetido a contração".¹⁰¹

Contrastar um hipótese é, como se sabe, pôr à prova seu valor explicativo, neste suposto, do caso em exame. Tratando-se do processo, isso se faz mediante o desenvolvimento da atividade probatória.¹⁰²

99 É evidente que esta exigência tem que se achar previamente satisfeita na lei, mediante a efetividade do princípio de "escrita legalidade". Este (frente ao de "mera legalidade", que vai dirigido ao juiz e lhe impõe a observância do disposto na lei) "se dirige ao legislador, ao que prescreve a taxaço e determinação empírica das formulações legais". Porque, "só quando estão dotadas de precisas referências empíricas e fáticas, as definições legais das hipóteses de desviação são adequadas para determinar de maneira tendencialmente exclusiva e exaustiva seu campo de aplicação" (L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 7).

100 Naturalmente, não se pretende expulsar os juízos de valor de uma atividade como a judicial, na qual o momento valorativo ocupa um lugar fundamental. Se postula, sem embargo, um esforço, uma tensão – como atividade metodológica – orientada a que o juiz opere com isso de forma consciente e no momento em que há de fazê-lo.

101 C. G. HEMPEL, *op. cit.*, p. 38.

102 FERRAJOLI propõe "chamar prova ao fato probatório experimentado no presente do que se infere o delito ou outro fato do passado e *indício* ao fato provado do passado do que se infere o delito ou outro fato do passado do que tenha, por sua vez, o valor de um *indício*".

O modelo, ilustra FERRAJOLI, funciona assim: Fulano testemunha que viu a Beltrano sair da casa de Sicrano com uma faca ensanguentada na mão, pouco antes que este fosse achado morto de uma facada. Pois bem, tal afirmação é prova, mais ou menos provável, segundo a sinceridade de Fulano, do fato de que ele viu a Beltrano... Este segundo fato é, em troca,

Para que a hipótese acusatória possa considerar-se válida, precisa-se de uma pluralidade de confirmações. A fecundidade de uma hipótese requer que a mesma seja confirmada por mais de um fato (O único fato de Fulano ter estado no lugar do crime não lhe imputa, sozinho, a autoria do crime).

É preciso assim mesmo que a hipótese seja resistente às contraprovas apresentadas pela defesa. Uma só contraprova eficaz basta para derrubar uma hipótese: se o álibi é verdadeiro a hipótese é falsa.

Tem que resultar também desvirtuadas todas as hipóteses alternativas.

Em todo este processo, deve-se ter em conta algumas indicações. Assim, quanto maior for a distância e portanto maior o número de inferências que foram necessárias para derivar dos fatos probatórios o *thema probandi*, menor será o grau de probabilidade da indução probatório.

Provam mais as provas que são mais ricas em conteúdo empírico. Por isso, se concorrem várias hipóteses alternativas, deve-se optar pela mais simples.¹⁰³

Quando ao final desse processo de conhecimento o juiz aventura uns fatos como provados, terá formulado, por sua vez, uma hipótese sobre a forma como os mesmos ocorreram. Uma hipótese probabilística, como consequência de que na inferência indutiva a conclusão vai além das premissas, apresenta algo que não está contido, necessariamente, nestas e supõe, nessa medida, um certo salto para a frente.

só um *indício*, por sua vez mais ou menos provável, segundo o crédito que se dê ao testemunho de Fulano quando afirma que Beltrano saiu realmente da casa de Sicrano nas circunstâncias testemunhadas. Esse terceiro fato é, por sua vez, um *indício*, mais ou menos provável segundo a plausibilidade dos nexos causais estabelecidos por nós de que Beltrano matou Sicrano (*Op. cit.*, pp. 108-109).

103 Cf. C. G. HEMPEL, *op. cit.*, pp. 67 e ss.

Isto é o que dá um sentido também epistemológico¹⁰⁴ à existência das garantias processuais, que configuram um marco *normativo*, regido pelo princípio da presunção de inocência, no qual a indução judicial há de desenvolver-se. Mas que em nenhum caso altera a natureza *provável* do conhecimento adquirido por esse meio.

FERRAJOLI mostra-se partidário de acudir ao esquema *nomológico-dedutivo*,¹⁰⁵ como meio de acreditar, de avaliar, a consistência da inferência indutiva do juiz. Isto permitirá alcançar uma justificação relativa, ao permitir identificar os *critérios de decisão*.

Como se viu, a inferência indutiva permite ir do *thema probandi* descrito na hipótese acusatória aos fatos *probatórios* que são sua explicação. Agora bem, uma vez realizada aquela, pode dar-se-lhe a volta, pode inverter-se seu curso, tratando-a como se fosse um inferência *dedutiva*.

Nesta os fatos probatórios constituíram uma primeira premissa que, posta em relação com outra: alguma (s) lei (é) ou generalização (é) empírica (s) comumente aceita (s) — *máximas de experiência* em terminologia processual— permitirá ter como provado o fato de que se trata. Ou demonstrará que não se procedeu corretamente na inferência prévia.¹⁰⁶

¹⁰⁴ "As garantias penais e processuais, ademais de *garantias de liberdade*, são também *garantias de verdade*, (porque) 'saber' e 'poder' concorrem de maneira diversa no juízo, segundo que sejam as mesmas mais ou menos realizáveis e satisfetias" (L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 19).

¹⁰⁵ Precisa sua proposta em *op. cit.*, pp. 120-123. Sobre o modelo de explicação *nomológica-dedutiva*, cf. C. G. HEMPEL, *op. cit.*, pp. 79 e ss.; e J. ECHEVARRIA, *op. cit.*, p. 55.

¹⁰⁶ Uma aproximação intuitiva à elaborada proposta de FERRAJOLI, pode ver-se em G. WALTER, quando exige do juiz uma forma de apreciação e de expressão da apreciação da prova "que seja repetível mentalmente". (Em *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y los límites del libre convencimiento judicial*, trad. de T. BANZHAF Tamis, Bogotá, 1985, p. 359).

Esta posterior maneira de operar, é evidente, não converte o obtido através dela em conhecimento *dedutivo*, posto que não altera o processo *cognoscitivo* como tal.¹⁰⁷ Não muda portanto a natureza *probabilística* do conhecimento adquirido, mas tem indubitáveis vantagens, sob o ponto de vista do *controle da qualidade* do curso de argumentação do juiz: por um lado, lhe obriga a ordenar o material probatório já contrastado, a verificar a forma em que o foi, e a fazer explícitas as *máximas de experiência* empregadas; e, por outro, permite também apreciar com mais facilidade até que ponto um e outras, em sua interação, *explicam* e em que medida, ou não *explicam*, no caso concreto.

3. O papel das máximas de experiência

Ao falar desta matéria, continua sendo um ponto de referência necessário a noção elaborada por STEIN, que concebeu as *máximas de experiência* como "definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral desligados dos fatos concretos que são julgados no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, por cima desses casos, pretendem ter validade para outros novos".¹⁰⁸

¹⁰⁷ Como escreve Letizia GIANFORMAGGIO, diferente do que sucede no raciocínio *dedutivo*, no *indutivo* "a mera enunciação da premissa, ou eventualmente das premissas, não é suficiente para provar de maneira rigorosa alguma conclusão. Sabe-se bem que uma inferência indutiva deve provar-se, e a prova vem dada por um elemento estranho ao raciocínio" ("Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico", U. SCARPELLI (ed.), *La teoria generale del ditto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*. Edizione di Comunità, Milão, 1983, p. 144). É evidente que esse paradigma não se altera pela *inversão* *nomológica-dedutiva* de um prévio raciocínio *indutivo*.

¹⁰⁸ F. STEIN, *El conocimiento privado del juez*, trad. de A. DE LA OLIVA, Tamis, Bogotá, 1988, p. 27.

Em uma primeira aproximação, a noção aponta a algo tão óbvio que resulta impensável que alguém – incluído o juiz – possa prescindir, no exercício de qualquer atividade de indagação ou valoração, dos dados ou da bagagem de conhecimentos que proporciona a experiência socialmente acumulada.

Sem embargo, a relevância adquirida por esta noção neste momento e na cultura processual, do que é boa expressão o trabalho de STEIN, não se limita a essa perspectiva.

Como assinalou TARUFFO,¹⁰⁹ essa elaboração doutrinária consiste em "traduzir em regras logicamente determinadas o critério do *id quod plerunque accidit*", e respondeu de maneira imediata à necessidade de negar as teses da escola livre do direito. E, mais em concreto, à finalidade de fazer possível um controle sobre o juízo de fato através de apelação.

Por essa via, uma vez traduzidos a regras gerais os critérios extraídos da experiência, o juízo de fato recebia certa estampagem normativa e o tratamento lógico de uma inferência dedutiva, da qual a máxima de experiência vinha a constituir a premissa maior.

Expressou com clareza ROSEMBERG, ao considerar o juízo de fato como "uma conclusão obtida mediante subjunção do percebido em certos conceitos gerais ou máximas de experiência como proposição maior e formado, portanto, mediante regras lógicas".¹¹⁰

Adverte-se que facilmente esta forma de conceber a máxima de experiência segue estando profundamente instalada na consideração jurisprudencial do juízo de

fato, como demonstram as referências concretas antes realizadas.

E não pode tampouco passar despercebido que a mesma, ademais da função reconhecida de propiciar o controle lógico do juízo, tem uma clara dimensão ideológica: atribuir ao conhecimento judicial do dado empírico uma qualidade de certeza (dedutiva) que não tem em absoluto. E não a tem porque a lei em que se traduz a máxima de experiência não é uma lei "de forma universal", senão o fruto da constatação de certa regularidade na forma de produzirem-se determinados fenômenos ou comportamentos.¹¹¹

A máxima de experiência responde ao esquema da indução generalizadora, das generalizações empíricas, e, em consequência, produz unicamente conhecimento provável. Isto não o priva de valor na experiência processual, ao contrário, permite atribuir-lhe o que realmente pode corresponder-lhe e, nessa mesma medida, tal reconstrução de sua significação se inscreve com toda autenticidade no paradigma da busca da verdade dos fatos.

Por outra parte, resulta quase desnecessário dizer que nem todas as máximas de experiência estarão dotadas da mesma eficácia explicativa no momento de dar o salto de um fato probatório a outro que possa considerar-se provado.

Assim, enquanto algumas máximas de experiência – pense-se nas que regem a perícia dactiloscópica – gozam de um alto grau de elaboração e reconhecimento; outras poderão ser o fruto de um reduzido número de dados empí-

109 M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*. Cedam, Pádua, 1970, pp. 197 e ss.

110 Em *Tratado de derecho procesal civil*, E.JEA, Buenos Aires, 1955, vol. II, p. 210; cit. por H. DEVIS ECHANDIA, *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor P. De Zavalla Editor, Buenos Aires, 1981, vol. I, p. 175.

111 "... a distinção entre Leis de forma universal e Leis de forma probabilística não se refere à força do apoio empírico dos dois tipos de enunciados, senão a sua forma, que reflete o caráter lógico da asserção que fazem. Uma lei de forma universal é basicamente um enunciado no sentido de que todos os casos em que se dão umas condições de tipo F, se dão também umas condições de tipo G; uma lei de forma probabilística afirma, basicamente, que sob certas condições, que constituem execução de um experimento aleatório R, se produzirá um certo tipo de resultado em uma porcentagem específica de casos" (C. G. HEMPEL, *op. cit.*, p. 102).

ricos,¹¹² e inclusive ter necessidade de serem, por sua vez, provadas.¹¹³

Agora bem, e como conclusão, com independência da qualidade da máxima de que se faça uso em cada caso, o certo é que, como escreveu FOSCHINI, "percebido o fato de prova, este permanecerá absolutamente carente de significado e mudo, aos fins da prova, se não estivesse referido à experiência e, mais precisamente, subsumido em uma máxima de experiência, porque só desse modo resulta possível obter o convencimento sobre a verdade do fato diverso que é objetivo de prova".¹¹⁴

V A Motivação dos Fatos a Sério

O preceito contido no art. 120,3 da Constituição, mais do que fechar, realmente abre o problema da motivação, porque, uma vez atribuído a esta, de modo inequívoco, o caráter de dever – constitucional – do juiz, resulta imprescindível discutir-se o problema de suas dimensões, do alcance da exigência.

Como é bem sabido, essa norma de novo cunho, projetou-se em um contexto caracterizado pela escassa cultura e a prática ainda mais pobre da fundamentação das resoluções judiciais. Efetivamente, a sentença penal *standard*, o

estilo das resoluções judiciais entre nós, estava caracterizado pela declamação, pelo hábito da declaração apodictica de certos fatos como "provados", seguindo na forma o torturado e torturador modelo da francesa *phrase unique*, redatada em jargão impenetrável, sempre bem adereçada de gerúndios.¹¹⁵ Tais fatos seguidamente se declaravam com fórmula sacramental e sem nenhuma pretensão explicativa, constitutivos de uma determinada infração penal, fazendo-o como se de uma derivação puramente mecânica se tratasse.

Este tradição segue muita viva ainda na prática de muitos julgados e tribunais, ainda que a partir de momentos relativamente próximos, começou a experimentar mudanças cuja relevância não seria justo desconhecer.

Assim, pode dizer-se, vai abrindo caminho entre nós uma certa nova cultura da motivação na qual, sem embargo, pesa mais o juízo do velho decisionismo imotivado que o impulso emanado do imperativo do texto fundamental, sobretudo, no que faz referência à *quæstio facti*.

É certo que a relevância da motivação na matéria goza de autorizado reconhecimento jurisprudencial do mais alto grau.¹¹⁶ Mas também é que, não obstante o categórico de

¹¹² M. NOBILI se mostra partidário de distinguir entre máximas de experiência e o que descreve como "critérios só tendenciais do comportamento humano" ("Nuove polemiche sulle tendenziali del comportamento em *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1969, p. 184).

¹¹³ Sobre este último aspecto, cfr. H. DEVIS ECHANDIA, op. cit., pp. 171 e ss. 1965, pp. 414-415.

¹¹⁴ G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale* (I), Giuffrè, Milão, 1965, pp. 414-415. É pelo que AMODIO insiste na necessidade de "fazer explícito o cânon de argumentação utilizado para chegar à afirmação de haver-se produzido o fato imputado". Assim, o modelo normativo da motivação, se desenhava segundo a seguinte seqüência: "fato probatório – máxima de experiência – fato provado" (Em op. cit., pp. 208-209).

¹¹⁵ Cf. Joaquín BAYO BELGADO, "De gerúndios jurídicos", em *Boletín Informativo Jueces para la Democracia*, na 7, outubro de 1991, p. 6; inter-que caracteriza esse modelo.

¹¹⁶ Expressiva a respeito é a sentença 55/1987 do Tribunal Constitucional (Relator Min. DIEZ PICAZO), que em um tema de imprudência assinala a infração do dever de diligência se conecta com o resultado". E também a da Segunda Turma do Tribunal Supremo, de 20 de fevereiro de 1990, na qual, depois de afirmar que no campo penal "a relação de fatos provados é a pedra angular" insistia em que "se não se dão razões sobre o valor que o julgador concede à prova praticada e se limita a sentença, como foi que se haviam declarado provados mediante uma argumentação que se mantinha secreta na consciência de seus autores, falta precisamente a motivação naquela parte que, sem dúvida, é a mais importante e consti-

muídas das asserções, as próprias resoluções na quais esse critério se expressa, logo passam facilmente, sem solução de continuidade, a dar por bom o que não são senão verdadeiras ausências de motivação.

É o caso, por exemplo, da chamada *motivação implícita*, ou motivação "não dita",¹¹⁷ que conta com uma franca aceitação em nossa jurisprudência.¹¹⁸ Sobretudo tratando-se de supostos da chamada prova "direta".¹¹⁹

Não resulta difícil adivinhar que a renúncia – esta quicá mais que implícita – a dar realidade na prática a exigências de princípio como a que nos ocupa, que, por outra parte, se formulam com tanta firmeza, responde a critérios inequivocamente pragmáticos.¹²⁰ O mau é que a renúncia

tui em muitos casos o tema único sobre o que versa o debate" (Relator Min. DELGADO GARCIA). Ou a da mesma Turma (Relator Min. SOTO NIETO, 20 de fevereiro de 1991), quando se chama também a atenção expressamente sobre a importância da "motivação fática da sentença, ao achar-se intimamente conectada com a presunção de inocência".

O mau é que tal ênfase na exigência da motivação fática se reserva exclusivamente para a chamada prova *indireta*.

117 Cfr. M. TARUFFO, "La fisonomia", *op. cit.*, pp. 457 e ss.; para uma consideração mais ampla: *La motivazione*, *op. cit.*, pp. 437 e ss.

118 Por todas, as decisões do Tribunal Constitucional: 174 e 175, de 1985, e 14 e 122 de 1991. Também o mesmo Tribunal Constitucional deu via livre à motivação por remissão, versão atualizada do genuíno "por seus próprios fundamentos" (Autos 688/1986 e 956/1988; e acórdão 27/1992).

119 A contraposição entre prova "direta" e prova "indireta" procede de BEN-THAM (*op. cit.*, vol. I, p. 27). A distinção é questionada por FERRAJOLI, a partir do critério de demarcação, já ilustrado, entre prova e indicio que o autor estabelece, porque "as provas recolhidas em um processo não são quase nunca *diretas*, senão quase sempre provas *indiretas*". Deste modo, "se se incluem os delitos cometidos durante um processo, nos quais os fatos probatórios e o fato objeto de prova sejam um só, as *provas diretas* não existem" (FERRAJOLI *op. cit.*, pp. 110 e 104, n. 25). Há de ser dito, seguramente, que as provas não seriam *diretas* nesse sentido nem sequer no caso de o processamento deste eventual delito ser transferido a outro tribunal, ante o qual os magistrados que presencia-ram o fato incriminável teriam que depor como testemunhas.

120 São os mesmos que se expressam em uma marcadíssima tendência jurisprudencial – generalizada em toda classe de instâncias – a recuperar, rele-

não é, como parece querer sugerir-se, (*só*) à expressão da *motivação*, senão à *motivação mesmo*.

Efetivamente, ainda que em uma consideração superficial talvez coubesse pensar que, em casos como os compreendidos nessa fórmula, haveria a mais certa tolerância com a reserva, para o próprio órgão decisor dos motivos de sua opção acerca da *quæstio facti*, não é assim que ocorre.

A exigência¹²¹ de transferir a terceiros os (verdadeiros) motivos da decisão, longe de resolver-se em uma simples exteriorização formal destes, retroatua sobre a própria dinâmica de formação da motivação¹²² e da própria resolu-

gritmando-as por distintas vias, informações policiais conotadas de ilegalidade por quebrar normas imperativas. Quicá um dos casos mais chatos esteja no tratamento das infrações do art. 549,4 do Código de Processo Penal utilizado em não poucas decisões da Segunda Turma, apesar do diáfano de sua expressão acerca da presença do secretário judicial nos registros, na versão de 1882, ali, já não vigentes.

Não resulta difícil adivinhar no fundo destas atitudes a consideração de tais supostos *sub specie* de um presumido conflito entre o *ius puniendi* do Estado – direito da sociedade a defender-se, também se diz – e um certo interesse (exclusivo) do imputado que buscava beneficiar-se artatamente da aplicação das garantias. Quando o certo é que o interesse na efetiva vigência destas é de caráter público-constitucional e se orienta precisamente à defesa e subsistência da sociedade como sociedade democrática.

121 A exigência se entende, naturalmente, como modelo-limite e aponta à instalação no juiz-intérprete de uma tensão para a transparência; e, ao mesmo tempo, a tratar de impregnar sua atividade decisória de uma certa *distância* autocrítica. Se esta atitude se predica como necessária para o cientista, cujo fazer tem relação com entidades e magnitudes muito mais objetivas, com quanto mais motivo não há de sê-lo para o juiz, tendo em conta o alto nível de implicação que é inerente às questões morais, e do difícil que resulta filtrar os pressupostos ideológicos, religiosos culturais em geral, desde os quais inevitavelmente se atua.

122 "Quando efetivamente a pessoa que realiza uma opção sabe que tem que motivar (e é a situação típica em que se encontra o juiz), não pode prescindir completamente de tal obrigação e portanto já se encontra restringido o campo das soluções eventuais ao das opções racionalmente justificáveis; se veria constringido a rechegar um determinada opção, quicá conforme a seus princípios, quando não fosse capaz de argumentá-la favoravelmente" (G. UMERITS, *op. cit.*, pp. 53-54) (cursiva minha).

ção em todos seus planos: obrigando a quem a adota a operar, já desde o princípio, com uns parâmetros de racionalidade expressa e de consciência autocrítica muito mais exigentes.¹²³ E é que, efetivamente, não é o mesmo resolver conforme a *uma coraçoadada*,¹²⁴ que fazê-lo com critérios processual que tem o princípio de presunção de inocência como *regra de juízo*.¹²⁵ Regra que tantas vezes obriga a resolver contra a própria convicção moral, quando, depois de uma cuidada análise da prova, aquela não encontra confirmação plausível nesta.

Por isto, ainda que nos casos dessa falta de motivação que se designa como motivação implícita, a que mais parece, em aparência, seja a dimensão *extraprocessual* do preceito do art. 120,3 da Constituição, a verdade é que o alcance da claudicação é bastante maior.

Motivar, escreve GIANFORMAGGIO, "significa justificar, e justificar significa justificar-se, dar razão do próprio

trabalho admitindo em linha de princípio a legitimidade das críticas potenciais, a legitimidade de um controle".¹²⁶ Efetivamente, a exigência de motivação responde a uma finalidade de controle do discurso, neste caso probatório, do juiz, com o objetivo de garantir até o limite do possível a racionalidade de sua decisão, no marco da racionalidade legal.¹²⁷ Um controle, por certo – convém insistir –, não só de procedência externa, senão que não pode carecer dessa projeção interna sobre o próprio operador ao qual nos referimos;¹²⁸ e cujo fim é, como se viu, implicá-lo (complicá-lo, diria) ou comprometê-lo, para evitar a aceitação acrítica, como *convicção*, de alguma das "perigosas sugestões da 'certeza subjetiva'".¹²⁹ Isto, inclusive no caso hipotético de que toda a atividade probatória fosse da chamada *direta*.¹³⁰ Porque essa difícil eventualidade (onde, ade-

123 Vm-o muito bem J. FRANK quando escrevia: "creio que fará muito bem

exigir a publicação dos fundamentos, ainda que não constitua uma panacea, porque o próprio ato de escrever sua versão dos fatos tende a induzir ao juiz a esquadriñar e criticar cuidadosamente suas motivações e a confrontar suas crengas..." (*op. cit.*, p. 97).

Também E. DOHRING quando escreve: "um benéfico constrangimento ao autocontrole é o que impõe o dever do averiguador profissional de justificar suas hipóteses por escrito"; algo que é válido "muito especialmente para o juiz, que tem que fundamentar circunstanciadamente a sentença sua concepção do estado dos fatos" (*La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación*, trad. de Tomás A. BANZIAF EJEÁ, Buenos Aires, 1986, p. 451).

124 J. FERNANDEZ ENTRALGO recordou oportunamente o "fácil que é ceder à tentação de primar a intuição a custa de fabricar uma verdade de artifício adaptada àquele, que mais tarde se invocará para pretender manter intangível o resultado de uma tal manipulação" ("Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia", em *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 493-494, p. 3.142).

125 Tomo a expressão de G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonha, 1979, pp. 163-165).

126 L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, p. 136.

127 "O controle da tomada de decisão judicial na área determinada pelas normas legais é um postulado de todo sistema que se baseia no princípio de legalidade" (J. WROBLEWSKI, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de J. IGARUA e J. ESQUIAGA, Universidade do País Basco, San Sebastián, 1989, p. 238). Nessa linha as normas jurídicas são qualificadas como "factores de restrição das margens da decisão" (p. 235).

128 J. FERNANDEZ ENTRALGO insistiu na "função preventiva" da obrigação imposta ao juiz de "depurar seu próprio discurso, em um labor autocrítico, que constituirá, sem qualquer dúvida, a melhor profilaxia contra possíveis quebra do direito à presunção de inocência" ("La motivación de las resoluciones judiciales en proceso penal: doctrina del Tribunal Constitucional", em *Poder Judicial*, número especial IV, dedicado a "Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas", p. 71).

129 F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causalen el diritto penale*, Giuffrè Milão, 1990, p. 155. Em idêntico sentido M. NOBILI: "certeza moral não deve nunca significar arbítrio, senão conhecimento justificado" (*La formazione...* *op. cit.*, p. 281).

130 J. FERNANDEZ ENTRALGO pós de relevo como não existe argumento válido, para limitar o alcance do dever de motivar aos supostos em que a efetividade de um direito fundamental" (Em "La motivación de las resoluciones..." *op. cit.*, p. 76).

mais, *direta* não significa, necessariamente, *simples*) nunca excluiria aquele perigo e por conseguinte não poderia autorizar ao juiz a diminuir o nível da racionalidade exigível em seu trabalho; e porque, em qualquer caso, a sentença não deixaria de estar dirigida a terceiros, a toda a sociedade, que é o que impõe que se lhe dote da informação necessária para que resulte um texto auto-suficiente, que "*se basta a si mesma*",¹³¹ sem necessidade de remissões às atas do processo.

Por isso, não me parece aceitável o ponto de vista de RUIZ VADILLO que não cre "obrigado nem necessário" que o juiz ou o tribunal façam um exame exaustivo da prova e expliquem o "porquê da relevância dada a cada meio em concreto do porquê (se) acreditou em duas testemunhas e (se) deixou de acreditar em três ou o porquê (se) deu mais credibilidade a uma perícia que à outra". Encontra o autor colegiado (...) nem todos os seus membros, em sua intimidade, chegam à conclusão da culpabilidade e, portanto, à credibilidade de uma prova frente à outra, pelo mesmo caminho e com idêntico percurso, e não (sabe) como seria redigida a sentença condenatória nestes casos"; e, assim mesmo, em que "não parece conveniente, nem mesmo necessário, sublinhar a incredibilidade de uma testemunha ou de várias, de maneira expressa. Nem sequer é fácil explicar porque se inclinou um juiz por um ou outro teste-munho". Daí estima suficiente que faça "constar os dados de que dispôs, declarações a favor ou contra, perícias em um e outro sentido, etc., e através de como chegou à prova inequívoca da imputação e à condenação". Porque "o im-

portante é dizer quais são os fatos inequivocadamente provados, e deles obter a correspondente conclusão".¹³²

Como se descreveu em ocasiões, cada modo de sentenciar, como cada maneira de escrever, leva consigo uma implícita seleção do destinatário, do interlocutor. A partir desta perspectiva, diria que a proposta de RUIZ VADILLO delimita como espaço de diálogo só o estritamente intraprocessual. E o faz em termos que se situam inclusive por baixo do nível de exigência do art. 10,6a da Lei Orgânica 110/1980, de 11 de novembro, que impõe ao juiz o dever de plasmar de maneira expressa as provas práticas e seu resultado", quer dizer, o rendimento de cada uma delas. E, mais longe ainda, da prescrição da regra 2a, do art. 85,2, da Lei Processual Militar, que, depois de estabelecer a necessidade de consignar na sentença os fatos que se estimem provados, impõe "a fundamentação de dita convicção".

Em ambos os casos se quer algo mais do que o simples "dar certeza aos dados", se pede ao juiz que argumente o valor probatório atribuído a cada um deles. A "externalização do porquê das conclusões de fato", no dizer de MAIER.¹³³

Não basta ao juiz afirmar *ter* (para si) uma convicção, deve expô-la para compartilhá-la. Diria, inclusive, que há algo de falaz na própria idéia de conferir a um resultado probatório, por si mesmo, existência *objetiva*. Isto porque o conteúdo probatório adquire existência objetiva com a atribuição de um determinado valor, dentro de um tecido de elementos de juízo em relação de mútua implicação.

Pode-se ver isto com clareza no caso do voto dissidente em um tribunal colegiado, que muito bem pode partir dos mesmos dados probatórios utilizados na resolução da

131 Tomo a expressão de J. B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal Argentino. Its Fundamentos*, Hummurai: Buenos Aires, 1989, p. 593.

132 E. RUIZ VADILLO, "Hacia una nueva casación penal", em *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1.585, p. 5.685.

133 J. B. J. MAIER, *op. cit.*, p. 244.

maioria, mas, isto sim, entendidos de uma maneira diversa. Modo de entender discrepante que nunca poderia projetar-se para fora do órgão como um simples *porque sim*. Como parece que tampouco poderia fazê-lo a mesma resolução que motivou o dissentimento e, em suma, qualquer outra resolução.

É certo que pode haver desses casos nos quais, coloquialmente, se diz, os fatos *se explicam por si mesmos*, mas isto, realmente, nunca é assim: o juízo de fato será mais ou menos elementar, mas não poderá deixar de produzir-se. Por outro lado, não convém olvidar que o mandato constitucional é incondicionado, e que as resoluções judiciais, que com tanta frequência ilustram acerca de vicissitudes processuais inúteis desde o ponto de vista da economia da justificação, costumam ser extraordinariamente parcas ao recolher os dados que poderiam dar conta da forma na qual se produziu, efetivamente, a contradição no ato da audiência. Com isso resulta que, como regra, a sentença penal só raras vezes é compreensível para quem não conheça os antecedentes da causa, ao ocultar o nó da decisão, e isto pode muito bem resultar em um hieróglifo, inclusive para a função optou por fazer dela um texto inteligível e, PERELMAN diria, convincente,¹³⁴ inclusive para alguém que o leia de fora da relação processual concreta.

Há um dado, o da *difficuldade* da autêntica motivação, também assinalado por RUIZ VADILLO, que não pode deixar de reconhecer-se como certo. Porque "motivação" no expressivo dizer de CORDERO,¹³⁵ significa "máquina dialética", exercício de uma "função ostensiva (que) dissolve os arcaicos

justitiae" levando-se com eles - ao menos tendencialmente - uma forma sempre mais cômoda de exercício da jurisdição. Certamente *motivar*, como qualquer exercício de racionalidade explícita, não pode ser fácil. Mas não será precisamente nessa direção que aponta o imperativo constitucional? Porque, efetivamente, na genealogia de todos os controles democráticos sobre os atos de poder, *late* o propósito de fazer seu exercício racionalmente justificado, quer dizer, *mais difícil*, mas também *mais legítimo*.¹³⁶ Por isso tem que ser necessariamente mais difícil a função do juiz em um modelo informado pelo princípio da legalidade que no da "justiça do cádi".

Também é verdade que o nível de dificuldade na elaboração do discurso motivador pode crescer no caso dos tribunais colegiados, mas quiçá isso responda deste modo à lógica interna do próprio sistema, que lhes atribui geralmente a resolução dos casos mais complexos ou de maior transcendência e o reexame da atuação de outros órgãos. Nisso a garantia radica, precisamente, em que a formação da consciência e a vontade coletiva vão além da mera justaposição de "intimidades", para converter-se em uma verdadeira convicção a *trois* (quando são três os magistrados que formam a câmara ou turma, naturalmente).

VI. Apelação: Julgar o Juízo de Fato

Como bem se sabe, e para dizê-lo com palavras já clássicas entre nós, "imita-se a apelação, partindo dos mesmos fatos fixados na sentença, a examinar a concepção jurídica causal da decisão, ou bem, despreocupando-se com o sentido desta, a regularidade do proceder que conduziu até ela".¹³⁷

¹³⁴ Cf. Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de L. DIEZ PICAZO, Civitas, Madrid, 1979, p. 213.

¹³⁵ F. CORDERO, "Stilus curiae...", *op. cit.*, pp. 302 e 306.

¹³⁶ "A razão de' já não é somente algo que explica, senão que legitima" (P. RICOEUR, *op. cit.*, p. 52).

¹³⁷ E. GOMEZ ORBANDEJA-V. HERCE QUEMADA, *op. cit.*, p. 260.

Este ponto de vista, já naturalizado no tratamento tradicional da apelação, responde à mesma filosofia que impregna uma das formas de entender a livre convicção judicial.

Se esta é concebida como um exercício da mais absoluta intimidade, como uma experiência intraduzível, como uma causalidade de momento *pânico*, isso leva consigo a impossibilidade, do mesmo modo absoluta, de *volver sobre* ele para tentar sua compreensão de fora.

Mas já vimos que isto não é e nunca foi objetivamente assim, ainda que a *intime conviction* tenha recebido em algumas ocasiões esse tratamento, que ainda conta com partidários.

O processo de aquisição de conhecimento do juiz não é estruturalmente mais ou menos complexo que outras formas de raciocinar.

Por outra parte, recorda CORDERO, o "hermetismo togado" é historicamente muito anterior à criação do princípio da convicção íntima: "também os doutores italianos recomendam reticência: nunca *exprimere causam*", porque "justiça oculta, juízes onipotentes".¹³⁸

Precisamente por isso, em uma concepção tendencialmente democratizadora do processo como a expressada em nosso texto constitucional, torna-se necessário entender que à falta de obstáculos de índole gnosiológica, soma-se uma consistente razão política para aprofundar, pela via do controle jurisdicional, a exigência da motivação.

Nessa linha, uma das convenções que resulta necessário combater é a que tende a restringir todo o componente lógico do juízo no *de direito*,¹³⁹ como se não existisse

outra senão a dedutiva: o que seria, enfim, uma forma mais de insistir na atribuição de uma inadmissível carga de irracionalidade no *raciocínio* do juiz.

A este "preconceito epistemológico" se referiu FERRAJOLI, apontando a alternativa: "é claro que se, ao contrário, por 'lógica' se entende a lógica não só dedutiva, mas também indutiva, não há razão para não admitir o controle lógico da apelação também sobre a adequação da motivação em matéria de fatos, quer dizer, sobre a carência de confirmações (ou provas) por *modus ponens* ou sobre a presença ou não da experimentação de contraprovas por *modus tollens*".¹⁴⁰

Contudo, o certo é que o controle, via apelação, do modo de aplicação das máximas de experiência – ainda que seja limitado aos supostos mais chamativos – abriu caminho em experiências comparadas, regidas como a espanhola, pela previsão do exclusivo controle da transgressão legal. Tal é o caso da jurisprudência alemã e da italiana.

Como assinala WALTER, "há quem vem realizando na prática dos tribunais de apelação o princípio de que também podem ser submetidas ao controle dessa instância as comprovações de fatos (em virtude da fórmula "das transgressões das leis da argumentação e da experiência, das constatações pouco claras e lacunosas")".¹⁴¹

Neste ponto de vista há implícita uma rediscussão do sentido da convicção íntima, que, certamente, não poderia estar submetida a padrões legais de valoração do material probatório. Mas que não pode deixar de respeitar as regras do discurso racional. Por isso, conclui WALTER, assinalando como "a observação das leis da argumentação não constitui

138 F. CORDERO, "Stilus curiae..." op. cit., pp. 302-303.

139 Assim G. CALOGERO, para quem, enquanto no juízo de direito o caráter lógico do juízo se confundiria com a "antijuridicidade", que não escapa ao controle da apelação, o mesmo vício referido ao juízo de fato seria um

erro de facto do próprio juízo de fato, por si mesmo incensurável na apelação (em op. cit., p. 5).

140 L. FERRAJOLI, op. cit., pp. 179-180, nº 83.

141 G. WALTER, op. cit., p. 350.

um limite da apreciação da prova, senão que é imanente a esta. Ou melhor dito, quando se trata da observação de leis de argumentação, não há lugar para uma apreciação de leis

No mesmo sentido, e de forma bem plástica, se expressou CORDEIRO, a respeito da Itália, ao demonstrar a vigência prática de um certo controle do uso das máximas de experiência. Não sendo assim, diz, "qualquer conclusão delirante seria invulnerável. Por exemplo, N é condenado a partir da seguinte premissa: é um dos sete que podem ter matado a P, e lhe odiava, ao contrário dos outros; é impossível que possa ter resistido ao impulso; quem odeia dessa maneira não perde uma cômoda ocasião de matar".¹⁴³

A consolidação desse ponto de vista exige o definitivo distanciamento de uma viciada concepção circular sobre o papel do princípio de imediação na formação da convicção. A imediação é, que dúvida cabe, uma garantia, mas só de caráter instrumental, preordenada a fazer possível, a partir do contato direto, uma valoração racional dos atos probatórios, que possa, por sua vez, ser convincentemente comunicada e racionalmente processada por terceiros.

Pelo contrário, quando a imediação se usa - e é frequente - como barreira para vetar o acesso ao exame do curso valorativo do juiz ou tribunal, se converte em uma injustificável desculpa, primeiro para propiciar que o juiz oculte suas razões; e, depois, para negar legitimidade a qualquer tentativa de fiscalizá-las.

Assim resultará que a imediação, que por si mesma não é necessariamente um obstáculo frente ao proceder arbitrário do juiz, possa converter-se em paradoxal garantia de discricionariedade judicial incontrolada.

Para que não seja assim, é preciso acabar com a confusão, bem patente na opinião de CALOGGERO, antes citada,

¹⁴² G. WALTER, *op. cit.*, p. 355.

¹⁴³ F. CORDEIRO, *Procedura*, ed. 1991, *op. cit.*, p. 936.

de que prova e *quæstio facti* são a mesma coisa. Porque, como escreve FERRAJOLI, deve distinguir-se entre o *juízo sobre o fato* e o *juízo sobre o juízo*. E dentro deste, "é claro que o juízo sobre a motivação forma um todo com o juízo de legalidade; e que o controle sobre a consistência (não das provas, senão) da argumentação probatória é de todo unido às garantias de legalidade que expressam os três clássicos brocardos *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege* e *nulla poena et nullum crimen sine iudicio*".¹⁴⁴

Este modo de entender a questão pode ser encontrado em alguma resolução da Segunda Turma. Assim a de 15 de abril de 1989 (relator GACIGALUPPO ZAPATER) que declara controlável em apelação o que qualifica de "segundo nível de valoração judicial", que é o relativo "às deduções e induções que o tribunal pode realizar a partir dos fatos que percebeu diretamente no juízo oral. Estas inferências podem ser controladas na apelação precisamente porque que não dependem substancialmente da imediação, senão da correção da argumentação que deve se fundar nas regras da lógica, nos princípios da experiência e, em cada caso, em conhecimentos científicos. Portanto, na medida em que o tribunal de apelação tem completo acesso a essa argumentação pode verificar, em cada caso, a correção das conclusões".

A doutrina, certamente impecável, tem ademais a virtude de pôr a própria Segunda Turma ante um desafio: franquear-se ela mesma, através da exigência da *motivação explícita* do juízo de fato, o "completo acesso a essa argumentação", que atualmente se fecha, sem consequências, qualquer tribunal que reserve para si os critérios de

¹⁴⁴ L. FERRAJOLI, "I valori del doppio grado e della nomofilachia", em *Il giuridico di Cassazione nel sistema delle impugnazioni*, em *Materiali e atti del Centro Studi per la Riforma dello Stato*, Suplemento al n.º 1, janeiro-março, 1992, de *Democrazia e Diritto*, pp. 34 e 40-41.

valoração levados em conta. E não digamos quando se trata da ditosa prova *direta*.

O conceito de motivação em sentido forte, que constitui o antecedente necessário de um controle por apelação como o que justifica a sentença que se acaba de citar, tem inequívoco apoio normativo do mais alto nível.

Efetivamente, está a exigência do art. 120,3 da Constituição. Ainda que a colocação sistemática do preceito seja um obstáculo para que sua inobservância permita o acesso ao recurso de apelação, parece que em todo caso esta haveria de se encaixar no conteúdo do art. 849,1 do Código de Processo Penal, máxime se for relacionada com a previsão do art. 5,4 da Lei Orgânica do Poder Judiciário; salvo se for entendido que o ditado constitucional, neste ponto, carece de "caráter substantivo" e/ou não deva "ser observado na aplicação da Lei Penal".

Mas, em último termo, o defeito de motivação sempre teria, como entende BACIGALUPO,¹⁴⁵ a consequência de produzir falta de defesa, relevante aos efeitos do art. 24, CE, e de encarnar uma forma de exercício arbitrário de um poder público, das proscritas no art. 9,3, CF. Isto, creio, não só no caso de motivação incorreta, senão também no de pura e simples falta de expressão da motivação.

Entender de outro modo, supõe a aceitação prática do fato de que o juiz pode situar-se potestativamente por cima de um dever constitucional, inequivocadamente imposto. E também perder de vista que além de considerações pragmáticas ou de oportunidade e de eventuais custos conjunturais, o instrumento da declaração de nulidade tem, transcendendo o caso concreto, uma *ratio*. Esta consiste em assegurar a capacidade ordenadora da ordem jurídica, e,

em consequência, demanda de quem tem a responsabilidade de fazê-la efetiva, que se dote, como é de lei, de uma eficácia generalizadora. Isso aqui significa deixar claro como se deve fazer as coisas, quer dizer, as sentenças. Se se quer que, definitivamente, se ajustem ao único modelo possível neste caso: o constitucional.

¹⁴⁵ E. BACIGALUPO ZAPATER, "La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal (Reflexiones sobre un decenio de aplicación del art. 24,2 CE)", no prelo, consultado na versão mecanográfica.