

2. DOUTRINA NACIONAL

ASPECTOS SUBJETIVOS DA SENTENÇA PENAL

ALICE BIANCHINI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Considerações preliminares: 2.1. Concepções de direito; 2.2. O processo; 2.3. A sentença penal: 2.3.1. Conceito, 2.3.2. Fases da sentença – 3. A questão da valoração da prova – 4. A prova no inquérito policial – 5. O processo de formação da convicção do juiz – 6. Requisitos retóricos da sentença penal: 6.1. Requisitos formais; 6.2. Requisitos retóricos – 7. A verdade judicial como verdade possível – 8. Considerações finais – 9. Bibliografia.

1. Introdução

O juiz encerra sua atividade jurisdicional por meio da sentença. É ela que põe cabo à lide processual.

A fim de que uma reforma da decisão não seja imposta, caso haja inconformismo manifesto da parte sucumbente, esta há de ser convincente. Faz-se, portanto, indispensável um conjunto de argumentos, para que o texto sentenciado tenha persuasão, quer dizer, para que seja recepcionado e receba adesão daqueles que estão sob o seu jugo, bem como de toda a comunidade jurídica. A este conjunto de argumentos dá-se o nome de requisitos retóricos.

O magistrado, ao prolatar a sentença, reconstrói os fatos *sub judice*, o que é realizado com base em um conjunto de variáveis que informam a sua interpretação dos fatos. Os juízes não são neutros e imparciais, mas produto de uma cultura, de pensamentos, de valores, de ideologias, de opiniões, sendo que na atividade jurídica facilmente pode-se observar estas influências. A aplicação da lei, não obstante enfáticas afirmações contrárias, é feita com motivações que extrapolam o âmbito da própria legislação, o que é pouco ou

nada percebido. Em razão disto, constitui-se de indubitável importância a análise dos fatores que influenciam a tomada de decisão feita pelo magistrado no momento da elaboração do *decisum*. O presente estudo, preocupar-se-á em analisar algumas destas motivações.

Antes, porém, de se adentrar na temática especificada, intentando dar uma noção preliminar ao objeto do presente trabalho, algumas considerações introdutórias se fazem importantes. Sob esse enfoque, verificar-se-á, elegendo-se, dentre os tantos significados que a palavra direito comporta, as concepções realista e formalista. Também serão tecidos comentários sobre o processo e a sentença, compondo-se, assim, a primeira parte do estudo.

A lei, por conter um programa gramatical, dá ensejo a interpretações diversas. A variação decorre, dentre outros motivos, em razão da acepção que o intérprete detém do direito. Mas, também, outros fatores influenciam o magistrado no momento da prolação da sentença. Elegeu-se o estudo dos seguintes: valoração da prova, a prova no inquérito policial e o processo de formação da convicção do juiz. Cada um deles será analisado em momentos distintos. Após, serão elaboradas algumas

considerações acerca dos requisitos retóricos da sentença penal. Por fim, tratar-se-á da verdade judicial, buscando-se demonstrar que essa é a única verdade alcançável, considerada como aquela que atende – ainda que minimamente – aos ideais de certeza.

2. Considerações preliminares

2.1 *Concepções de direito*

Apesar das inúmeras definições de direito que são concebidas na atualidade, existe a possibilidade de separá-las de acordo com duas grandes vertentes: a formalista e a realista.

Aquelas posturas que recriam ou conservam os modelos jurídicos presentes em textos legais são vistas como formalistas, enquanto que as realistas distanciam-se das propostas legislativas, concentrando a busca de soluções para os problemas dados em outras alternativas axiológicas, como o fortalecimento do poder judiciário. Os formalistas, portanto, relevam a segurança jurídica, enquanto que, para os realistas, a tônica se insere na equidade.

De acordo com Luis Alberto Warat, “(...) para o formalismo a idéia de justiça aparece estreitamente vinculada à preservação do valor segurança, o qual se materializa no conceito de legalidade. Uma decisão será justa se for legal, vale dizer, se puder ser logicamente derivada das normas gerais. Em consequência, são desqualificadas, de plano, as possibilidades de introduzir-se soluções fundadas em critérios extralegais, baseados na realidade social, o que, evidentemente, não deixa de ser uma visão idealizada da atividade judicial e científica do direito.”⁽¹⁾

Em sentido diametralmente oposto, “negando que as normas jurídicas possibilitem uma previsão infinita das consequências jurídicas, os realistas chegam a produzir um exagerado ceticismo frente a ditas normas gerais. Negam-lhe todo valor. Afirmam alguns, inclusive, que as normas gerais são um conjunto de enunciados metafísicos que cumprem somente a função retórica de justificar as decisões dos juízes.”⁽²⁾

Desta forma, o formalista dá ênfase à segurança jurídica, ainda que tal conduza a injustiças. O realista, diversamente, prefere a aplicação do que concebe como justiça, mesmo que para isto seja necessário contrariar a ordem legal.

Warat, discordando das conclusões a que chegam ambas as teorias expostas, opina no sentido de que a razão estaria com as orientações intermédias, visto que “(...) todo o processo comunicacional é integrado por duas instâncias: a abstrata e a contextual. A abstrata é a significação comunitariamente elaborada para servir como código à produção específica de mensagem, e a contextual, de comunicação efetiva, é aquela onde esse sentido de base completa-se com os propósitos dos emissores e receptores, assim como de seus condicionamentos sociais.” Ainda para este mesmo autor, “realistas e formalistas não levaram em conta esta correlação forçosa. Viram a linguagem jurídica como uma pura significação de base (as normas) ou uma pura significação contextual (as sentenças). Ambas são teses lingüísticas falsas.”⁽³⁾

A discussão que gira em torno da possibilidade ou não de, através unicamente da aplicação da lei, chegar-se à realização da justiça, já vem de longa data e foi fonte de criação de muitas

(1) WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994. v. 1, p. 53.

(2) Idem, p. 57.

(3) Ibidem., p. 64.

teorias. Sobre o assunto, asseveram Warat e Eduardo Russo: "Mientras que la dogmática tradicional parte de la ilusión infecunda y oscurantista de que mediante el estudio de la legislación vigente, puede producirse un tipo de saber apto para realizar funciones jurídicas diferentes a las que proponen las propias normas, nuestro enfoque crítico, cuando efectúa juicios sobre el saber jurídico acumulado, lo denuncia como ideológico, es decir, como un conjunto de creencias que no pueden, tal como están, alcanzar el rango de los enunciados científicos. (...) En el estado actual de desarrollo de la llamada 'ciencia del derecho', tal denominación no pasa de ser, a lo más, una expresión de deseos. La 'ciencia del derecho' que los juristas invocan en sus prácticas profesionales es una doxa — aunque metódica y sistemática — constituida por opiniones de oficio, un discurso sobre la práctica profesional determinado por hábitos lingüísticos y costumbres intelectuales."⁴

Todo este incursionamento teórico é de suma importância, já que, indubitavelmente, a concepção de direito à qual está alinhado o aplicador da lei influencia no julgamento. É o que demonstra Nilo Bairros de Brum, quando elabora exemplo no qual provas peremptórias para a absolvição do réu não foram oferecidas em função da inércia ou do desinteresse do advogado e que somente chegam ao conhecimento do magistrado na fase de prolação da sentença. Neste caso, dependendo da orientação do magistrado, as consequências para o réu poderão ser completamente distintas. Assim, "se o julgador articular o princípio da preclusão com os princípios do

ônus da prova e da concentração da prova, certamente condenará o réu, pois a ele cabia defender-se por intermédio de advogado capaz, que produzisse a prova da defesa no momento processual para isto destinado. Se o juiz enfatizar os princípios do interesse público e da inquisitividade na ordenação e prática das provas, provavelmente determinará, 'de ofício', diligências no sentido de colher as provas de defesa, podendo, com isso, mudar o rumo decisório. Por outro lado se o julgador der ênfase à garantia constitucional de ampla defesa, poderá combinar o princípio da liberdade de prova com os princípios da contrariedade e do interesse público, declarando o réu indefeso e anulando o processo em parte, a fim de que se repita a instrução e se estabeleça efetivamente o contraditório."⁵ Vê-se, as-

(5) BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 67. Tal divergência também pode ser facilmente vislumbrada nas discussões sobre concurso de agentes no crime de infanticídio. Tornou-se notória a polêmica travada por Magalhães Noronha e Nelson Hungria sobre o tema. Para o primeiro, baseando-se na coerência intra-sistemática, não haveria dúvida alguma de que o estado puerperal é circunstância de caráter pessoal e, sendo elementar, comunica-se, *ex vi* do art. 30, a todo aquele que, de alguma forma, concorre para o crime. Ainda para Noronha, tal regra somente poderia ser derogada na hipótese de existência de texto expresso (*Direito Penal*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 2, p. 47). Diferentemente, Hungria entende que se trata de crime *personalíssimo* e como tal é incomunicável. Além disto, o autor defende que as causas que diminuem ou excluem a responsabilidade são, tecnicamente, circunstâncias. E, por fim, entende que "a quebra da regra legal sobre a unidade do crime (...) é justificada pela necessidade de evitar-se o contra-senso, que orçaria pelo irrisório, de imputar-se a outrem que não a parturiente um crime somente reconhecível quando praticado 'sob influência do estado puerperal'" (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense,

(4) WARAT, Luis Alberto, RUSSO, A. Eduardo. *Interpretación de la ley: poder de las significaciones y significaciones del poder*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987. v. 1, p. 9.

sim, que, no exemplo, três são as combinações possíveis, cada qual com distintos resultados.

2.2 O processo

Ao se falar em sentença, impõe-se que se faça referência ao processo, já que este é por aquela arrematado. Na concepção de Vincenzo Manzini "el conjunto de los atos concretos previstos y regulados en abstracto por el derecho procesual, cumplidos por sujetos públicos o privados, competentes o autorizados, a los fines del ejercicio de la jurisdicción penal, en orden a la pretensión punitiva hecha valer mediante la acción o en orden a otra cuestión legítimamente presentada al juez penal constituye la actividad judicial progresiva que es el proceso penal".⁶

Magalhães Noronha entende que "o processo, como procedimento, é (...) o conjunto de atos legalmente ordenados para apuração do fato, da autoria e exata aplicação da lei. O fim é este; a descoberta da verdade, o meio."⁷ Desta forma, o processo só existe para que a verdade sobre o fato imputado como criminoso seja desvendada. E é esta verdade que a sentença pretenderá retratar.

1942, v. 6, p. 113-114). Em razão dos argumentos expendidos pelos autores, pode-se verificar que Noronha preocupa-se com a aplicação irrestrita da lei, enquanto que Hungria encontra elementos que justificam a quebra do princípio da unidade do crime, neste caso. Num vislumbra-se a preocupação com a legalidade, noutro, percebe-se que a tônica é colocada sobre o que o autor tem por justo.

(6) MANZINI, Vincenzo apud NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 4.

(7) NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 4.

2.3 A sentença penal

2.3.1. Conceito

A sentença pode ter abordagens diferenciadas, conforme sua conceituação esteja sendo realizada sobre os alicerces da teoria formalista, ou da realista.

Para Noronha, a sentença penal constitui a "declaração judicial do direito ao caso concreto. (...) Sua finalidade é proclamar o direito e aplicar a lei no caso individualizado."⁸ Neste mesmo sentido Vicente Greco Filho: "sentença é o ato do juiz que resolve a lide, aplicando a lei ao caso concreto."⁹ Enrico Altavilla conceitua sentença como "conjunto de relações coordenadas num sistema lógico, que tende a uma escolha dos elementos probatórios, deduzindo de um fato, na sua realidade natural, os elementos necessários à estruturação do crime e das suas circunstâncias. (...) Nesta escolha, que tende a concretizar uma hipótese, influi não somente a personalidade do juiz, com as suas experiências, mas também a interpretação dada pela doutrina e pela jurisprudência".¹⁰

Para Nilo Bairros de Brum, as sentenças são "peças de comunicação que se destinam a acontecer, não valem pelo que representam em termos de emissão e transmissão, mas só em termos de recepção e adesão, vale dizer, em termos de persuasão."¹¹

(8) Idem, p. 281.

(9) GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 285.

(10) ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Trad. de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981. v. 1, p. 505.

(11) BRUM, Nilo Bairro de, op. cit., p. 2.

Utilizando-se de uma abordagem diferenciada, Rui Portanova afirma que é atributo da sentença, em razão de seu especial caráter de exercício de poder, difundir o jogo político contido no Direito, apontando, para tanto, seus defeitos e virtudes. Com vistas a estes dados, elabora o seguinte conceito: "A sentença é o momento em que o juiz revela, ilumina e descobre a realidade social; mostrando a favor de quem e contra quem está decidindo dentro do espectro social."¹²

De uma forma sintética, pode-se dizer que, na acepção formalista, sentença é a declaração do direito ao caso concreto, enquanto que, na realista, a sentença é vista como ato pelo qual o juiz diz o que sente. Entrementes, independentemente da conceituação de sentença que se venha a adotar, não há dúvida de que ela constitui o ato no qual é realizada a prestação jurisdicional que, em última análise, para alguns, representa a aplicação da justiça.¹³ Em razão disto, a decisão judicial exerce papel de sobrelevada importância no contexto das relações sociais, fazendo com que todos os fatores que influenciam a tomada de decisão pelo magistrado devam ser explicitados.

2.3.2 Fases da sentença

A fase final do processo corresponde à sentença.

(12) PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994, p. 155.

(13) Relativizou-se a afirmação, porque, conforme já se fez referência e de acordo com o que ainda será explanado, a sentença representa, tão somente, um momento em que se verifica a verossimilhança fática e jamais a verdade real, o que compromete, por conseguinte, a eventual carga de justiça da decisão.

Muitos consideram que a interpretação judicial obedece a quatro etapas distintamente delineadas e que seriam: a) fase cognitiva dos fatos e das normas aplicáveis; b) fase valorativa; c) fase decisória e, d) fase de justificação do ato decisório.

Esta separação, no entanto, ao contrário do comumente afirmado, não se verifica na prática, já que uma fase sofre influência da outra, além de interpenetrarem-se simultaneamente. Assim é que a utilização de um dos métodos de interpretação da norma, ou de uma das teorias de avaliação da prova, ocorrida na primeira fase, que é a cognitiva, representa um ato axiológico. Desta forma, percebe-se que, quando da primeira etapa, já se avançou para a segunda (que é a valorativa). Ademais, a própria elcção metodológica está determinada pela decisão que o intérprete já adotou previamente em razão da sua valoração pessoal, o que deveria ocorrer na terceira etapa.

Em razão disto, para Nilo Bairro de Brum, "conhecer, interpretar, valorar, decidir e justificar são aspectos de uma só atividade indivisível que se chama julgar."¹⁴ Esta atividade, como não poderia deixar de ser, é influenciada por vários fatores, alguns dos quais serão analisados no decorrer deste trabalho.

3. Interpretação do direito e valoração da prova

A interpretação de determinada norma legal nem sempre é uníssona. A natureza do objeto a ser interpretado, as circunstâncias que envolvem o ato interpretativo, além dos motivos subjetivos, influenciam na interpretação, tra-

(14) BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 41-42.

zendo, por decorrência, a possibilidade de conclusões desencontradas.

O entendimento de que "interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido", como afirma Aníbal Bruno, é negada por diversas correntes do pensamento jurídico. A ascendência com tal tese representa uma supervalorização da norma, ato que mais modernamente vem sendo desautorizado. As normas não são portadoras de sentido único. Ao contrário, existe, sempre, a possibilidade de haver leituras diferenciadas de uma mesma lei. Quanto maior a sua vagueza, maior número de sentidos podem ser adjudicados a ela, o que permite, inclusive, a sua utilização para fins bastante variados. Esta possibilidade de diversas exegeses deram origem aos vários métodos de interpretação.

Além do problema da interpretação da norma, outra dificuldade surge quando se trata de concretizar a justiça. É que a análise da prova representa um momento extremamente laborioso e complexo. A reconstituição dos fatos constitui uma tarefa propensa a equívocos, já que sempre será feita de forma indireta, por meio de uma atividade probatória que não é imaculada ou isenta. Isto porque, dentre outros motivos, aqueles que intervêm na elaboração das provas sofrem influências as mais diversas, sendo que suas concepções a respeito do crime e do criminoso também podem interferir.

Além disto, "(...) a sistemática da prova oferece pouca viabilidade de controle racional da atividade valorativa dos juízes, já que na área penal, mais que na cível, as possibilidades de manipulação da prova são quase ilimitadas, graças ao predomínio do princípio da livre convicção do juiz. Por outro lado - também diversamente do que ocorre na área cível, onde existe maior flexibilidade no uso das diversas técnicas (métodos) de interpretação da lei - na

área penal impera o rígido modelo dogmático de interpretação da lei (teoria dogmática do delito). Esta rigidez no que se refere à interpretação do direito faz com que os juízes criminais busquem as soluções de equidade ou segurança, concentrando sua atividade manipuladora na reconstituição e valoração dos fatos, vale dizer da prova."¹⁵

Resta, ainda, que quando sanada a fase da instrução criminal, conduzida com ampla influência do juiz, surtem-se diversas possibilidades de configurações verossímeis, muitas vezes contraditórias. O magistrado, então, à vista deste material heterogêneo, tem por tarefa proclamar a verdade fática.

4. A prova no inquérito policial

Já se disse, no item anterior, acerca da importância que a valoração da prova adquire no momento do *decisum*. Em razão disto, não se pode deixar de relevar, também, o modo como é feita a colheita da prova. Sobre este assunto, muito se poderia discorrer. Circunscrever-se-á, no entanto, a análise, à verificação da forma como são realizadas as investigações policiais, que dão ensejo ao inquérito.

No que tange à peça policial, várias são as discussões sobre o tema, destacando-se aquela que apregoa a necessidade de fazer incidir o princípio do contraditório no momento da feitura das

(15) Idem, p. 51. O princípio da livre convicção do juiz surgiu entre a segunda metade do século XVIII e no início do século seguinte. Por ele "o juiz, como o júri, deve julgar de acordo com a sua convicção íntima. Todos os meios de provas são admitidos, nenhuma prova tendo um valor legalmente estabelecido, salvo algumas exceções" (John Gilissen. *Introdução histórica ao Direito*. 2.^a ed. Lisboa: Fundação Kalosust Gulbenkian. s/d, p. 719-720).

perícias e das declarações que compõem o auto, a fim de oportunizar a sua refutação, dando ensejo à contraprova.

O princípio do contraditório está em relação de complementaridade com os da publicidade, da igualdade de oportunidade e da concentração da prova. Nilo Bairros de Brum, chama a atenção para o fato de que, nas legislação e práticas processuais, estes quatro princípios não são respeitados. “*Primeiro*, porque as provas mais importantes (ou, pelo menos, algumas das mais importantes e decisivas) são produzidas fora do processo judicial, sob sigilo, e longe dos olhos das partes; *segundo*, porque as perícias realizadas na fase policial dificilmente podem ser repetidas em juízo, já porque não se reservou material padrão para a contraprova, já porque a perícia foi realizada sobre vestígios que, por sua natureza, não mais existem ao tempo da instrução; *terceiro*, porque, na fase destinada à concentração probatória (instrução criminal), via de regra, produz-se apenas a prova testemunhal que, com raras exceções, consiste na reprodução dos depoimentos abonatórios das testemunhas arroladas pela defesa.”¹⁶

Aqueles que advogam que o inquérito policial é mera peça informativa, porisso destituído de qualquer valor probatório, fixam seus argumentos em abstrações idealistas que, na prática, bem se sabe, incorrem. Intentando demonstrar a importância que é atribuída, pelos julgadores, às peças policiais, Brum salienta que “basta observar-se qualquer sentença acerca de crimes que deixam vestígios para encontrar-se afirmações como estas: ‘A materialidade do delito está devidamente provada pelo auto de fls.’, ou ‘Embora o acusado negue em juízo a autoria do fato, esta restou devidamente provada pela sua

confissão extrajudicial, integralmente corroborada pelo conjunto probatório’. (Tanto o mencionado auto, como a confissão e os elementos que a roboram (autos de apreensão) são, nos exemplos dados, peças do inquérito policial).”¹⁷ Isto demonstra a vasta importância que se atribui às provas elaboradas quando da fase policial, as quais, conforme já salientado, sofrem sério risco de estarem eivadas de vícios, uma vez que, quando da sua colheita, vários dos princípios norteadores da prova, por licença legal, não necessitam ser respeitados.

5. O processo de formação da convicção do juiz

Normalmente, tão logo o fato é apresentado ao juiz, este elabora um juízo sumário que tem (ou deveria ter) um valor elementar e provisório. Esta primeira hipótese pode ir se reforçando, e, de *possibilidade* vir a tornar-se *probabilidade*, para, mais tarde, transmutar-se em *certeza*. O perigo que pode representar a exagerada importância que alguns magistrados atribuem à intuição é denunciado por Enrico Altavilla: “Às vezes este juízo antecipado cristaliza-se tão potentemente na consciência do juiz, que não só as conclusões processuais não conseguirão modificá-lo, mas até ele, inconscientemente, se esforçara por adaptar esses resultados à sua convicção.” A supervalorização da experiência também reserva algumas conseqüências indevidas, visto que “cria o perigo de uma *semelhança* poder fazer com que não se percepcionem aspectos diferenciais e ser tomada por identidade (...) A intuição pode (...) ser um utilíssimo instrumento de justiça, desde que seja logo seguida pela verificação, através do exame objetivo, do que se apurou no processo. Acrescente-se que a vulgar

⁽¹⁶⁾ BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 62-63. (grifou-se)

⁽¹⁷⁾ Idem, p. 63.

intuição não é mais, muitas vezes, que uma enganadora impressão de simpatia ou de antipatia, que gera um apressado juízo de inocência ou de culpabilidade.”¹⁸

Há quem defenda que este juízo preliminar vai sendo substituído por uma fase científica, com o que não se pode concordar, pois, em verdade, o campo da livre convicção continua guiando o julgador, apesar de lhe serem apresentadas conclusões técnicas, nas quais o magistrado poderá embasar o *decisun* (como as perícias psiquiátrica, balística, contabilística, etc.).

Este processo de formação de uma convicção abriga um inconveniente gravíssimo: a hipótese provisória pode seduzir o investigador, deixando encoberta ou até inadmissível outra possibilidade que, eventualmente, mais se aproxime da verdade. Além disto, como este juízo sumário forma-se no início do processo, o magistrado, já na colheita da prova, estará conduzindo-a no sentido de fortalecer o seu convencimento. Ou seja, o julgador, ainda que de forma inconsciente, buscará reforços para a sua convicção, enquanto que sua tarefa deveria ser a de apreender o maior número de informações possíveis, a fim de, ao final, chegar a alguma conclusão sobre os fatos que lhe foram apresentados. “Deixar-se fascinar por uma tese, limitando-se a procurar demonstrar a sua exatidão, descuidando todos os elementos contrários, pode ser permitido a um defensor, mas será o maior dos erros por parte do juiz, vítima, na formação do seu convencimento, daquele a que poderemos chamar de *idéia prevalente*, que pretende dominar sem oposição e tudo deforma e repele, no seu monoidéismo.”¹⁹ Ou, nas palavras de Lorenzo

Ellero, “o preconceito da tese, que se torna, no geral, também preconceito emocional, pela força instantânea do desejo, aumenta igualmente a força visual da mente, mas infelizmente circunscreve-a, não permitindo que se deduza de uma coisa ou de um fato senão o que corresponda a esse preconceito. Forma-se, assim, uma só parte da verdade, mas quase sempre esta fração de verdade, justamente por estar circunscrita e isolada de tantas outras verdades inerentes àquele próprio fato e despercebidas da mente observadora, torna-se o núcleo de um erro, de corolários tirados de uma ou de várias faces de um poliedro, mas ilusoriamente atribuídas ao presumido conhecimento de todo o poliedro. Isto dá lugar aos erros de juízo sobre tantas coisas grandes e pequenas.”²⁰

Conforme assevera Walter Haller, “o juiz consciente dos elementos subjetivos do processo de decidir e que não se rende à ilusão de perfeita neutralidade, é mais capaz de controlar seus gostos e desgostos. Esse mesmo juiz também será mais apto para uso responsável da liberdade que possui quando interpreta disposições legais e põe na balança interesses conflitantes sem refugiar-se atrás de fórmulas aparentemente objetivas.”²¹ Torna-se de suma importância, portanto, a tomada de consciência destas condições de produção de decisão, a fim de que, através do conhecimento, possa-se neutralizar a ação funesta que tanto o entregar-se à intuição quanto o juízo preliminar acarretam no momento da condução do processo e da elaboração da sentença, principalmente quando surgem de forma dissimulada e que, mesmo não sendo verdadeiras, aparecem como tal.

(18) ALTAVILLA, Enrico, op. cit., p. 510-511.

(19) Idem, p. 514.

(20) ELLERO, Lorenzo apud ALTAVILLA, Enrico, op. cit., p. 513.

(21) HALLER, Walter apud PORTANOVA, Rui, op. cit., p. 133.

6. Requisitos retóricos da sentença penal

6.1 Requisitos formais

Os requisitos formais da sentença não são alvo de muitas discussões doutrinárias ou jurisprudenciais. Didaticamente, eles estão divididos em três partes: a *exposição*, a *motivação* e a *conclusão*. Outros preferem: *parte enunciativa* (relatório e motivação); *dispositiva* (conclusão) e *autentatória* (data e subscrição do juiz).

O art. 381 do CPP, que elenca os requisitos da sentença, possui a seguinte redação:

“Art. 381. A sentença conterá:

I – os nomes das partes ou, quando não for possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II – a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV – a indicação dos artigos de lei aplicados;

V – o dispositivo;

VI – a data e assinatura do juiz.

O núcleo retórico da decisão encontra-se no inciso III, o qual se refere à necessidade de indicação dos motivos de fato e de direito que originaram a decisão. É neste momento que o magistrado coteja e analisa as provas dos autos, optando por uma das tantas versões que se pode extrair do processo. Faz-se necessário que o juiz explicita a forma como, ao seu ver, ocorreram os fatos, os motivos que o levaram a tal conclusão, e faça incidir a norma aplicável. Toda decisão, para adquirir a devida coesão social, há de ser legítima, válida e justa. “Cotejando e avaliando as provas dos autos, necessita [o magistrado] demonstrar que o fato ocorreu de

determinada forma e não de outra. Precisa, por outro lado, dizer qual o direito a ser aplicado e os porquês de tal aplicação. Enfim, é aqui que o juiz reconstrói discursivamente o fato *sub judice*, procede à sua consunção ao direito que entende aplicável, acolhendo ou rejeitando os argumentos das partes e explicando os mecanismos racionais pelos quais decide.”²²

A ausência ou defeito de qualquer dos elementos elencados no artigo ora transcrito poderá acarretar a nulidade da sentença, à exceção, quanto ao defeito, do subjetivo (inciso III). Neste caso, pode ocorrer de o *decisum* não adquirir a devida adesão, por ser considerado iníquo ou insuficientemente fundamentado. Para que tal não ocorra, a sentença é permeada de requisitos retóricos, conforme se verá a seguir.

6.2 Requisitos retóricos

De acordo com Luis Alberto Warat, os órgãos judiciais “buscam sempre assumir a aparência da predeterminação normativa. O juiz pode apartar-se da norma sempre que pareça não apartar-se. Para tanto deve persuadir o órgão censor de que não o fez. As técnicas lingüísticas, as falácias, o modo de apreciação dos fatos, os princípios gerais do direito, as teorias e conceitos dogmaticamente elaborados e os métodos de interpretação geralmente aceitos como conteúdos materiais das normas gerais, criam o efeito de que não se alienam dos mesmos.”²³ É aqui que surgem os requisitos retóricos da sentença, que no, dizer de Nilo Bairros de Brum, constituem o “conjunto de argumentos essenciais (essencial no sentido de mínimo necessário e provavelmente

(22) BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 5.

(23) WARAT, Luis Alberto, op. cit., p. 62.

suficiente) da sentença²⁴, sendo que o discurso jurídico fornece o instrumental necessário, para que o julgador possa conciliar, retoricamente, os ditames de sua convicção com a expectativa das partes e dos órgãos revisores.

Quatro são os elementos representativos da argumentação retórica do *decisum*, apresentados por Brum: *verossimilhança fática*, *efeito de legalidade*, *efeito de adequação axiológica* e *efeito de neutralidade judicial*.

O primeiro elemento decorre da necessidade de o magistrado justificar a escolha de uma entre as tantas versões possíveis e que surgem a partir da avaliação das provas. Explica, o autor, que ele constitui um efeito de verdade. Assim, "o fato *sub judice* é reconstruído discursivamente pelo juiz no momento de sentenciar e (...) essa reconstrução caracteriza-se pela seleção, avaliação e interpretação do material probatório que foi recolhido e acumulado ao longo de um complexo procedimento que começa com as primeiras atividades policiais pós-delito e termina com o encerramento da instrução criminal."²⁵

O próximo elemento - *efeito de legalidade* - está associado à necessidade de o magistrado dar uma solução jurídica ao caso. Este elemento encontra-se estreitamente ligado à questão da segurança jurídica, isto porque "não é boa estratégia retórica o colocar-se contra a legalidade. As aspirações de segurança jurídica têm de ser atendidas sob pena de ser a sentença considerada ilegal ou arbitrária. Assim, qualquer que seja a decisão do juiz, deve ela parecer estar contida de alguma forma na previsão do legislador ou, noutras palavras, deve ela apresentar-se como derivada da previsão legal."²⁶

O terceiro elemento, que é o *efeito de adequação axiológica*, aumenta a sua proporção de importância à medida em que os valores internalizados pelos processos de socialização na comunidade (que também afetam o magistrado, na condição de homem comum) estejam ou não identificados com os conteúdos dos textos legais a serem aplicados. Indubitavelmente, é na dimensão axiológica da sentença que se deposita a tarefa mais laboriosa, já que "os valores incrustados na significação de base da norma legal podem estar em conflito com os valores predominantes na realidade social. A exigência de que a decisão, além de legal, deva ser justa, coloca o julgador muitas vezes diante do dilema de optar entre a legalidade e a equidade, c, ao mesmo tempo, deixar a impressão de que não houve tal opção valorativa. Compatibilizar o incompatível é uma das tarefas que se pede ao órgão decisório, coisa que somente é viável no terreno retórico."²⁷ Um argumento, desta forma, tornar-se-á persuasivo à medida em que produza um efeito de adequação ideológica, que, na linguagem de Luis Alberto Warat, denomina-se "condições retóricas de significação". Ainda para Warat, "a persuasão realiza-se sempre a partir de uma operação de reconhecimento ideológico. Ora, esse efeito de reconhecimento produz-se no interior de um raciocínio que justifica uma determinada interpretação do sentido da norma, da prova dos fatos ou da aplicação das noções técnico-jurídicas elaboradas pela dogmática do direito. (...) Sem essa vinculação o raciocínio apresentar-se-á como um recurso pleno de boa vontade, uma anedota que não convence. A trama sutil, que nos força a aceitar certas convergências não costuradas por um cálculo lógico, deixa de ser tão sutil quando advertimos que o raciocínio nos

(24) BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 14.

(25) BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 76.

(26) Idem, p. 78.

(27) Ibidem, p. 82-83.

ajuda a reconhecemo-nos ideologicamente.”²⁸ Assim, caso a sociedade não fique convencida de que a norma aplicada encontra-se em consonância com suas aspirações, este requisito não terá sido colmatado.

O último elemento é o *efeito de neutralidade judicial*. Por ele o juiz deve eleger parecendo neutro, ou seja, desprendido de suas ideologias e mesmo de suas idiossincrasias, o que não é factível. “O juiz que não tem valores e diz que o seu julgamento é neutro, na verdade está assumindo valores de conservação. O juiz sempre tem valores. Toda sentença é marcada por valores. O juiz tem que ter a sinceridade de reconhecer a impossibilidade de sentença neutra.”²⁹

No concernente à relação destes elementos com os critérios de segurança e equidade, pode-se dizer que o primeiro elemento, a *verossimilhança fática*, é o único que procura atender simultaneamente à segurança e à equidade, já que nem formalistas nem realistas cogitam a possibilidade de responsabilizar penalmente alguém sem que, efetivamente, o fato exista (materialidade), ou em uma situação em que a pessoa não tenha concorrido para ele (autoria).

Já o segundo elemento (*efeito de legalidade*), identifica-se com a segurança jurídica, “pois se reconhece na lei um meio de controle das decisões judiciais e um fator de previsibilidade e exigibilidade de condutas intersubjetivas pré-valoradas”.³⁰

A racionalidade e cientificidade que são atribuídas ao elemento *efeito de neutralidade judicial*, por sua vez, vincu-

la-o, também, às aspirações de segurança jurídica, já que as idéias de controle e previsibilidade das decisões recebem valioso reforço.

No que tange à *adequação axiológica*, pretende esta atender às aspirações de equidade, uma vez que não só expressamente se reconhece a incapacidade de a lei prever todas as condutas a serem sancionadas, como também admite-se a mudança valorativa delas.

7. A verdade judicial como verdade possível

Por tudo o que se viu, a verdade a ser extraída do processo, como qualquer outra, possui um valor muito diminuto, principalmente porque chega através de arrastados depoimentos e interrogatórios, suportando um largo trabalho de transformação, que vai desde a sensação – momento inicial do processo decisório – até a elaboração da sentença.

Desta forma, a busca pela verdade real é tarefa inexequível. O alcance incondicional da justiça, também. Por isso, pode-se dizer que o processo consegue alcançar, tão somente, a verdade judicial e que a justiça que se faz é formal, já que não há falar em aplicação da justiça quando sequer se tem certeza sobre a verdade dos fatos. Portanto, a sentença (quando muito) poderá traduzir a verossimilhança fática, e, para tal, indubitavelmente, faz-se necessário que os princípios gerais do processo tenham sido obedecidos e que os seus requisitos formais estejam presentes. O que não se pode é fazer o contrário, ou seja, partir do pressuposto de que a aplicação dos princípios gerais do processo e a obediência aos requisitos formais conduzem à verdade dos fatos que deram origem ao processo.

Não se deve olvidar que “a verossimilitude mostra a ilusão de verdade,

(28) WARAT, Luis Alberto, op. cit., p. 117.

(29) PORTANOVA, Rui, op. cit., p. 74, citando a idéia de HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

(30) BRUM, Nilo de Bairros, op. cit., p. 86.

porém, não os seus determinantes. E o raciocínio retórico é eficaz pela ilusão de verdade provocada, senão, pelo valor que está por trás da miragem, fazendo-a manifestar-se.³¹ Desta forma, a verdade que é estabelecida através de um processo, não necessariamente corresponde à verdadeira forma como os fatos se desenvolveram. Todavia, como já se afirmou, ela é a única alcançável.

8. Considerações finais

A submissão dos fatos a um processo, no qual todos os requisitos formais, bem como o procedimento escolhido não possuam qualquer mácula traz uma presunção de certeza, porém, não oferece certeza.

Tal ocorre, conforme se pôde observar, por várias razões, todas, entretanto, partilhando uma mesma característica: a virtualidade. Assim, por razões explícitas, ou por procedimentos internos inconscientes, pode haver uma intensa manipulação não só das provas carregadas ao processo, como, também, em relação ao direito a ser aplicado, o que ocorre no momento da interpretação da lei.

Não se está, com isto, de forma alguma, afirmando que estes comportamentos são realizados intencionalmente e que demonstram fraqueza de caráter dos julgadores. Apenas quer-se chamar a atenção para aspectos subjacentes à vida em sociedade, que vêm a ser a existência das idiossincrasias e ideologias, de alinhamentos a valores e de dimensões inconscientes, aos quais, como não poderia deixar de ser, o juiz não está imune, e que deveriam ser alçados, o máximo possível, ao nível de considerações a serem relevadas, a fim de mitigar seus efeitos.

Temas como neutralidade judicial e verdade real, dentre outros, portanto, não mais são possíveis de serem abordados sem que se denuncie todo este arsenal de contradições que a sentença penal encerra. Torna-se importante perceber que a verdade real não passa de uma verossimilhança fática, que comporta, portanto, a possibilidade de falha no momento conclusivo, distanciando-se, assim, daquilo que seria o ideal de justiça. E o que é mais grave: sem que se compreenda, profundamente, todos os fatores subjetivos que provocam a opção, pelo magistrado, de uma versão para o processo, não se conseguirá evitar que eles incidam, ou que se neutralizem (ainda que um pouco) suas conseqüências.

Detectar-se, também, os requisitos retóricos que levam sentenças a adquirir maior probabilidade de impor-se à comunidade jurídica como norma vinculante, representa uma importante atitude que pode ser usada para desconstituir decisões fundadas em tais recursos. No entanto, é importante ressaltar que procedimentos como estes representam ações voltadas para anular vícios já perpetrados. A prevenção, por meio da conscientização, portanto, faz-se mais importante, porque através dela poder-se-ia, com resultados benéficos e a curto prazo, evitar que magistrados, em razão do daltonismo oriundo de uma convicção apriorística, ou por outros motivos também elencados (ou não) no presente, tenham uma visão facciosa e iníqua, provocando - mais do que o inevitável - um distanciamento em relação à verdade dos fatos trazidos a julgamento.

9. Bibliografia

- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Trad. de Fernando de Miranda. 3.^a ed. Coimbra: Armênio Amado, 1981. v. 1.
———. v. 2

⁽³¹⁾ WARAT, Luis Alberto, op. cit., p. 115.

- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. (Coleção Studium)
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- . *Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1986.
- NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 2.^a ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1994.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no direito brasileiro*. São Paulo: Lcia, s/d. v. 1.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994, v. 1.
- WARAT, Luis Alberto, RUSSO, A. Eduardo. *Interpretacion de la ley: poder de las significaciones y significaciones del poder*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, v. 1.