

Aspectos subjetivos da sentença penal

*Alice Bianchini*¹

Resumo

O presente artigo preocupa-se em analisar a forma como são tomadas as decisões no momento da prolação da sentença. Para que não haja a sua reforma, ela há de ser convincente, tornando-se necessário que a fundamentação utilizada seja persuasiva. Por mais convincente que seja a decisão, entretanto, ela encerra somente uma versão dos fatos. A verdade não necessariamente será alcançada. Portanto, a sentença (quando muito) poderá traduzir a verossimilhança fática, desde que os princípios gerais do processo tenham sido respeitados e que seus requisitos formais estejam presentes.

Palavras-chaves: Sentença penal. Motivação da sentença. Verdade real. Julgamento.

1 Introdução

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

A fim de que uma reforma da decisão não seja imposta, caso haja inconformismo manifesto da parte sucumbente, ela 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

¹ Doutora em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFSC. Especialista em Teoria e Análise Econômica pela UNISUL e em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN). Professora da Unisul. E-mail: alicebianchini@uol.com.br

e receba adesão daqueles que estão sob o seu jugo e da comunidade jurídica. A este conjunto de argumentos dá-se o nome de requisitos retóricos.

O juiz, ao prolatar a sentença, reconstrói os fatos *sub judice*, o que realiza com base na sua interpretação dos fatos, podendo variar em decorrência da existência de elementos anímicos. Os juízes, assim, não são neutros ou imparciais, mas um composto de uma cultura, de valores, de ideologias, de preconceitos, sendo que é na atividade jurídica que mais facilmente podem-se observar estas influências. Em razão disso, constitui-se de indubitável importância a análise dos fatores que influenciam a tomada de decisão feita pelo magistrado. A aplicação da lei, função do judiciário, é feita com motivações que extrapolam a previsão legal, não obstante tal ser pouco ou nada percebido.

2 A questão da valoração da prova

A verificação da prova representa um momento extremamente laborioso e complexo. A reconstituição dos fatos é tarefa propensa a equívocos, já que será sempre realizada de forma indireta, por meio de uma atividade probatória que, de forma alguma, é imaculada e isenta. Isso, dentre outros motivos, porque 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 disso, “[...] 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”.²

2 BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: RT, 1980. 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” (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Kalosust Gulbenkian. [s/d]. p. 719-720).

Há que se ressaltar, também, que, comumente, sanada a fase da instrução criminal, surgem para o juiz diversas possibilidades de configurações verossímeis, muitas vezes até contraditórias. O magistrado, à vista deste material heterogêneo, tem por tarefa proclamar a verdade fática, o que é feito por meio de um processo de formação da sua convicção, conforme se menciona a seguir.

3 O processo de formação da convicção do juiz

Eurico Altavilla chama a atenção para o perigo que pode representar a exagerada importância que alguns magistrados atribuem à intuição. “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 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”.³

Há quem defenda que esse juízo preliminar vai sendo substituído por uma fase científica. Altavilla não concorda com tal afirmação. Para ele, o campo da livre convicção, continua guiando o julgador, apesar de lhe serem apresentadas conclusões técnicas, as quais o magistrado poderá embasar o *decisun*, como a polícia científica, a medicina legal, as perícias psiquiátrica, balística, caligráfica, contabilística etc.

Segundo o mesmo autor, em um primeiro momento o juiz formula para si as hipóteses que podem incidir no caso analisado, decidindo-se por uma delas, utilizando, para tanto, critérios complexos e variáveis. Em seguida, reagrupa, de forma articulada, os argumentos capazes de promover o convencimento de que a decisão está impregnada de legitimidade e de justiça.

3 ALTAVILLA, Eurico. *Psicologia judiciária*. Trad. de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1981. v. 1. p. 510-511.

Não se pode negar que tão logo o fato é apresentado ao juiz, este elabora um juízo sumário (ou preliminar, conforme nomeação que já se utilizou), 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*.

Ainda na lição de Altavilla, “a realidade tem sempre [...] um valor subjetivo e, por conseguinte, relativo, porque é uma projeção do mundo exterior que chega ao nosso eu, deformado pelos nossos sentidos e por todos os nossos processos psíquicos.”⁴

Esse processo de formação de uma convicção abriga um inconveniente gravíssimo: a hipótese provisória pode seduzir o investigador, deixando encoberta ou até invisível outra possibilidade que, eventualmente, possa chegar mais perto da verdade. Além disso, como esse juízo sumário se forma 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, descurando 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.*⁵

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 ver-

4 ALTAVILLA, Eurico. **Psicologia judiciária**. Trad. de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1981. v. 1. p. 505-506.

5 ALTAVILLA, Eurico. **Psicologia judiciária**. Trad. de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1981. v. 1. p. 514.

*dades inerentes àquele próprio fato e despercebidas da mente observadora, torna-se o núcleo de um erro, de corolários tornados 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.*⁶

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.*⁷

Torna-se de suma importância, portanto, a tomada de consciência acerca desses fatos, a fim de que, por meio do conhecimento, seja possível neutralizar a ação funesta que tanto a intuição quanto o juízo preliminar acarretam no momento da condução do processo e da elaboração da sentença, principalmente quando surgem de forma dissimulada e são reforçadas por argumentos que, mesmo não sendo verdadeiros, aparecem como tal. Aos elementos retóricos da sentença é que são atribuídas tarefas desta natureza, conforme se verá no próximo item.

4 Requisitos retóricos da sentença penal

O núcleo retórico da decisão encontra-se no inciso III, do artigo 381, do Código de Processo Penal⁸, 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, também, que o juiz explicita a forma como ocorreram os fatos, os motivos que

⁶ ELLERO, Lorenzo apud ALTAVILLA, Eurico. **Psicologia judiciária**. Trad. de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Arménio Armado, 1981. v. 1. p. 513.

⁷ HALLER, Walter apud PORTANOVA, Rui, **Motivações ideológicas da sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994. p. 133.

⁸ Art. 381. *A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não 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 a assinatura do juiz.*

o levaram a tal conclusão, e faça incidir a norma aplicável, motivadamente. 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 consumação ao direito que entende aplicável, acolhendo ou rejeitando os argumentos das partes e explicando os mecanismos racionais pelos quais decide.⁹

A ausência ou defeito de qualquer dos elementos elencados no artigo antes mencionado poderá acarretar a nulidade da sentença. Tal, no entanto, não se dá, em se tratando de defeito nos elementos subjetivos. Neste caso, pode ocorrer de o *decisun* 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 denuncia 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 linguísticas, as falácias, o modo de apreciação dos fatos, os princípios gerais do direito, as teorias e conceitos dogmáticamente elaborados e os métodos de interpretação geralmente aceitos como conteúdos materiais das normas gerais, criando o efeito de que não se alienam dos mesmos.¹⁰

É aqui que surgem os requisitos retóricos da sentença, que no dizer de Nilo Bairros de Brum, constituem o “conjunto de argumentos essenciais (essencial nos sentido de mínimo necessário e provavelmente suficiente) da sentença”¹¹, 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.

9 BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: RT, 1980. p. 5.

10 WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994. v. 1. p. 62.

11 WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994. v. 1. p. 14.

5 A verdade judicial como verdade possível

Por tudo o que se viu, o processo é constituído 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 inexecutável. O alcance incondicional da justiça, também. Por isso, pode-se dizer que o processo consegue atingir, 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 tanto, 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 conduz à verdade dos fatos que deram origem ao processo.

Não se deve olvidar que “a verossimilitude mostra a ilusão de verdade, 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.”¹²

Dessa forma, a verdade que é estabelecida por meio de um processo, não necessariamente corresponde à verdadeira forma como os fatos se deram. No entanto, como já se afirmou, ela é a única alcançável, e é virtual.

6 Conclusão

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, como chama a atenção Altavilla, “não dá a certeza.”¹³

Tal ocorre, conforme se pôde observar no decorrer deste trabalho, por várias razões, todas, entretanto, partilhando um mesmo fator: a virtualidade. Assim, por motivações explícitas, ou por procedimentos internos

12 WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1994. v. 1. p. 115.

13 ALTAVILLA, Eurico. **Psicologia judiciária**. Trad. de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1981. v. 1. p. 508.

inconscientes, pode haver uma intensa manipulação não só das provas carreadas 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 se quer chamar a atenção para aspectos subjacentes à vida em sociedade, que vêm a ser a existência de idiosincrasias 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.

A partir desta desconstrução, quiçá, se possa 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, pelo menos, que se reduza, um pouco, suas conseqüências.

Detectar os requisitos retóricos pelos quais uma sentença tenha maior probabilidade de impor-se à comunidade jurídica como norma vinculante, constitui uma importante atitude que pode ser usada para desconstituir tal decisão. No entanto, é importante ressaltar que procedimentos como esses representam ações voltadas para a solução de um problema já ocorrido. A prevenção, por meio da conscientização, portanto, faz-se mais importante, porque por meio 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 no presente, tenham uma visão facciosa e iníqua, provocando, ainda mais, um distanciamento em relação à verdade dos fatos trazidos a julgamento.

Referências

- aLTAVILLA, Eurico. **Psicologia judiciária**. Trad. de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1981. v. 1.
- _____. **Psicologia judiciária**. Trad. de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1981. v. 2.
- BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- 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, 1986. v. 2.
- 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. 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: Leia, [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.

