

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves

**O instituto da prova na processualidade democrática como controle de
legitimidade decisória**

Belo Horizonte

2015

Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves

O instituto da prova na processualidade democrática como controle de legitimidade decisória

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques.

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G635i	Gonçalves, Jordânia Cláudia de Oliveira O instituto da prova na processualidade democrática como controle de legitimidade decisória / Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves. Belo Horizonte, 2015.
	81 f.
	Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
	1. Estado democrático de direito. 2. Processo penal. 3. Prova (Direito). 4. Decisão (Direito). 5. Juizes – Decisões. I. Marques, Leonardo Augusto Marinho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
	SIB PUC MINAS
	CDU: 343.14

Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves

O instituto da prova na processualidade democrática como controle de legitimidade decisória

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (Orientador) – Puc Minas

Prof. Dr. André Cordeiro Leal – Puc Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto – UFMG (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Adilson de Oliveira Nascimento - Puc Minas (suplente)

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2015.

*Aos meus pais, Gerson e Maria Sueli e ao
meu amado Lucas Lisboa Torquette.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques, pela extrema presteza ao oferecer sugestões e esclarecer as minhas dúvidas. Muito obrigada pelos ensinamentos e pela confiança.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, bem como ao seu corpo de professores, funcionários e alunos, haja vista a estrutura, qualidade de ensino e o ambiente de cooperação que permearam a minha formação. Em especial à Evelyn e ao Igor, pelos momentos de estudo e confraternização.

Aos meus pais, Gerson e Maria Sueli, referências da minha vida, pelo carinho, compreensão e por não pouparem esforços na busca do meu crescimento pessoal e profissional.

Ao Lucas pelo amor, carinho e companheirismo e por me acalmar nos momentos de angústias acadêmicas.

Às minhas irmãs, Fernanda e Marcela, pelas críticas construtivas e pelo afeto.

Ao meu amigo Peter pela franca amizade e pelas preciosas interlocuções filosóficas.

À Flávia, que, mais do que colega de mestrado, tornou-se uma grande amiga para todas as horas. Muito obrigada!

Aos meus familiares e às minhas amigas de faculdade, Ana Elisa, Ana Terra, Carine, Joyce, Mariana, Mayra e Ylessa, pelos diálogos e por me permitirem ser quem eu sou.

E, por fim, a Deus, por tudo.

“A razão é tão amada e tão cultuada que o homem ocidental quase se dissolve nela. Mas pede demais a ela, projeta demais nela, espera demais dela, e logo se ressentido e a repudia, incrimina-a por não dar respostas satisfatórias a todos os seus anseios.”
(GONÇALVES, 1992, p. 11)

RESUMO

O objetivo precípua da presente dissertação consiste em demonstrar que o instituto jurídico da prova no processo penal, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, deve possibilitar às partes a fixação de argumentos relevantes, cingindo a fundamentação desenvolvida na decisão final, servindo, portanto, como controle de legitimidade decisória. Para tanto, investigam-se as contribuições da legitimidade democrática e da processualidade compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Sustenta-se que, também na decisão judicial no processo penal, deve-se permitir às partes o controle das decisões judiciais. Assim, a partir de uma noção de processo na teoria neoinstitucionalista, rompe-se com a teoria do processo como relação jurídica que vincula a prova à consciência do julgador e que proporciona a fundamentação das decisões judiciais a partir de uma racionalidade (kantiana) do mesmo. Logo, no processo penal democrático, na fundamentação das decisões, o talento ou a sensibilidade do juiz cedem lugar à argumentação das partes, fixadas no processo por meio da prova produzida em contraditório.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Processo Penal. Prova. Fundamentação.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to demonstrate that the legal institute of proof in criminal proceedings, under the perspective of the democratic rule of law, should allow the parties the fixing of relevant arguments, preferring the reasoning developed in the final decision, thus serving as control of legitimacy of decision-making. For both, examines the contributions of democratic legitimacy and the procedures compatible with the democratic rule of Law. Maintains that, also in the judicial decision in the criminal process, should allow the parties the control of judicial decisions. Thus, from a notion of process in the neo-institutionalist theory, ruptures with the theory of the relation of the process that links the proof to the conscience of the magistrate and that provides the reasoning of judicial decisions from his rationality. Therefore, in the criminal process democratic in the justifications developed in the decisions, the talent or the sensitivity of the judge giving place to the arguments of the parties, fixed in the process by means of proof produced in contradictory.

Keywords: Democracy. Penal process. Legal Proof. Justifications.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPP – Código de Processo Penal.

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A LEGITIMIDADE DO DIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ...	14
2.1 A legitimidade e o fundamento do poder	14
2.1.1 <i>Crítica à legitimidade baseada na legalidade</i>	<i>17</i>
2.1.2 <i>O povo e a legitimidade do Poder em Friedrich</i>	<i>20</i>
2.2 O Estado Democrático de Direito e a legitimidade democrática	21
3 A PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA	27
3.1 A função jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito ...	27
3.1.1 <i>Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: a necessidade de uma desconstrução da jurisdição como poder do Estado</i>	<i>27</i>
3.1.2 <i>A instrumentalidade processual e os escopos metajurídicos</i>	<i>31</i>
3.2 A Teoria Neoinstitucionalista do Processo	32
3.3 O processo e a legitimidade decisória: a decisão superando a tensão entre a segurança e a justiça	33
3.4 Interpretação (liberdade), Argumentação (igualdade) e Prova (direito)	36
4 A PROVA E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES A PARTIR DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	41
4.1 A crítica ao sistema da prova legal e à livre convicção	41
4.2 As tentativas de controle da subjetividade pela fundamentação: o modelo de juiz no processo penal e a prova no século XIX	44
4.3 A teoria da relação jurídica e a repercussão na fundamentação das Decisões e na teoria da prova	47
4.3.1 <i>Fundamentação das decisões e a instrumentalidade processual</i>	<i>47</i>
4.3.2 <i>O conceito de prova e a consciência do juiz</i>	<i>50</i>
5 O INSTITUTO DA PROVA COMO CONTROLE DE LEGITIMIDADE DECISÓRIA: A SUPERAÇÃO DA RACIONALIDADE DO JUIZ COMO SISTEMA DE APRECIÇÃO PROBATÓRIA	55

5.1 O problema do livre convencimento motivado e a racionalidade do juiz	55
5.1.1 A filosofia e o conhecimento racional	56
5.1.2 A repercussão do embate entre o empirismo de Hume e a razão de Kant	59
5.1.3 Crise da razão e mitigação da busca pela verdade	61
5.2 A necessidade de revisitação do conceito de prova no processo penal	64
5.2.1 O instituto da prova na teoria neoinstitucionalista de processo	65
5.3 A suplantação do livre convencimento motivado ou persuasão racional das decisões	68
5.4 A necessidade da repercussão da prova na fundamentação das decisões, a partir do contraditório	70
6 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo o estudo sobre a prova e a legitimidade decisória no processo penal brasileiro. Busca-se, desta maneira, analisar os estudos desenvolvidos acerca dessas, pelo viés paradigmático do Estado Democrático de Direito.

O intuito é demonstrar que a teoria do processo como relação jurídica fez com que não houvesse avanços nos estudos sobre a prova em moldes democráticos, ao promover a crença de que o juiz é o sujeito capaz de alcançar a justiça, bastando esse explicitar suas razões para haver o controle da racionalidade desenvolvida na decisão.

Porém, a Constituição da República de 1988 impõe que o juiz motive suas decisões, antes de tudo, para permitir o controle da atividade jurisdicional. Contudo, os fundamentos da sentença devem se dirigir ao convencimento das partes do processo e não à convicção do julgador.

Assim sendo, a fundamentação baseada na persuasão racional das decisões não pode ocorrer, no processo penal, de maneira desajustada da argumentação das partes fixada no processo por meio da prova. Isso, pois, ainda que se reconheça que as convicções pessoais do juiz devam ser restringidas ao máximo, a motivação de suas decisões não se mostra único meio hábil a controlar a subjetividade do julgador, já que não é qualquer fundamentação que serve ao Direito democrático com a necessária fiscalidade das partes.

O trabalho encontra-se dividido em seis capítulos, incluindo introdução e conclusão. No segundo, faz-se imprescindível a análise da legitimidade do direito no Estado Democrático de Direito. Para tanto, analisam-se as remotas discussões que envolvem a legitimidade do poder, para então demonstrar as implicações de se admitir a estrita legalidade como padrão de legitimidade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Após as reflexões sobre a legitimidade do Direito e do Estado Democrático de Direito, no terceiro capítulo definem-se os contornos que encerram a noção de processualidade democrática, sendo necessário, para isso, uma desconstrução da jurisdição como poder do Estado para a promoção de escopos metajurídicos. Para tal finalidade, acolhe-se a teoria neoinstitucionalista do processo desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, que apresenta o processo como instituição

constitucionalizadora e coinstitucionalizada, uma vez que promove a abertura para o debate de fiscalização de incidência, preservação e até mesmo aperfeiçoamento de seus próprios princípios.

Ainda no terceiro capítulo, verifica-se que é o estudo do processo, a partir da teoria neoinstitucionalista, que permite a oportunidade de controle das decisões judiciais na seara penal, bem como a possibilidade de interpretação, argumentação e produção de prova de maneira constitucional-democrática.

No quarto capítulo, com base na ideia da processualidade democrática desenvolvida nos capítulos anteriores, adentra-se no estudo específico da prova e da fundamentação das decisões no processo penal. Para tanto, faz-se necessário investigar as tentativas do controle judicial por meio da prova, no processo penal, ocorridas no século XIX. Ainda nesse capítulo, passa-se a apresentar críticas à influência dos estudos de processo como relação jurídica na conceituação de prova e nos sistemas de apreciação desta, bem como criticar o afastamento dessas abordagens do ideal democrático.

Após a fixação dos pontos que devem ser criticados e com os estudos das bases democráticas desenvolvidos nos capítulos anteriores, busca-se no quinto capítulo analisar a crise da racionalidade e da busca pela verdade, a fim de suplantar a razão de origem kantiana que permeia a lógica decisional atual. Ao impor uma decisão judicial cujo desenvolvimento ocorre em uma relação processual, mantém-se o decisor como portador de uma razão inata e, portanto, em posição proeminente face às partes. Para romper com tal entendimento, revisita-se o estudo sobre a prova como instituto jurídico também a partir da teoria neoinstitucionalista, para que essa permita o controle da fundamentação da decisão no Estado Democrático de Direito.

Ainda no quinto capítulo, analisa-se a decisão no processo penal não como causa justificadora da convicção do julgador, mas, sim, com fundamentos advindos da lógica procedimental formalizada, desenvolvida pelas partes e fixada no processo pelas provas produzidas em contraditório. Isso porque, em que pese existirem estudos importantes acerca da prova e da fundamentação das decisões, o estudo do Direito carece de uma investigação voltada a proporcionar o controle da legitimidade decisória em moldes democráticos.

Em síntese, é este o trabalho apresentado para a apreciação como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

2 A LEGITIMIDADE DO DIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A presente dissertação abordou a prova como controle de legitimidade decisória a partir de uma reflexão filosófica a fim de escapar da estagnação provocada pelos dogmas. (GOYARDE-FABRE, 2002). Nesse sentido, buscou-se romper com a dogmática analítica, que concebe o direito como algo existente aprioristicamente e que deve ser interpretado de maneira solipsista pela autoridade tida como sábia. Decorre disso o fato de que, nas democracias não paideicas, o decisor não pode ser portador prodigioso de melhores argumentos e de melhor razão ao interpretar a lei ante a comunidade jurídica de legitimados ao processo (povo). (LEAL, 2012, p. 18).

Cabe esclarecer, de pronto, que não se pretendeu nesta dissertação esgotar as reflexões acerca do Estado Democrático de Direito e da legitimidade democrática. Isso ocorre tendo em vista a densidade do assunto e pela polissemia do conceito de democracia, legitimidade e povo, bem como porquanto o tema central a ser explorado é a prova no processo penal. Entretanto, para enfrentar o tema que versa sobre a prova como controle de legitimidade decisória, importante apresentar as noções sobre a legitimação do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito

2.1 A legitimidade e o fundamento do poder

A questão da legitimidade do poder não aparece nos debates contemporâneos como algo inédito, já que “desde a aurora da política, todos concordam em reconhecer no Poder algo que se encontra além do próprio Poder e que o fundamenta ao mesmo tempo em que o justifica.” (GOYARDE-FABRE, 1999, p. 280).

Simone Goyarde-Fabre (2004) também ensina que os gregos antigos não tinham uma palavra para explanar a legitimidade da autoridade política, em que pese reconhecerem, conforme ensinam o mito de Cronos e a lenda de Deucalião referidos por Platão, o caráter sagrado do poder político, remetendo-se, assim, à ideia de um poder teocrático. A mesma reputação divina era dada aos imperadores durante o Império Romano.

À sombra da Igreja Católica Romana, o sistema feudal também atribuía explicitamente ao poder fundamento divino, que só encontrava sua legitimidade num horizonte metafísico de transcendência. Desse modo, nesse período histórico,

evocavam-se fontes supramundanas de justificação para o exercício do poder, impondo que, ante Deus, as disparidades entre nobres e plebeus seriam nulas. Somente a partir do fortalecimento do Estado Constitucional que a modernidade se afasta das justificações dos padrões feudais para justificar o poder evocando legitimação intramundana. (MÜLLER, 2003, p. 22-23).

A partir de uma concepção contratualista moderna, passou-se a buscar a fundamentação do poder na própria racionalidade humana, uma vez que a justificação deste faria parte de um acordo (racional) dos consociados. (BOBBIO, 2000, p. 140).

Será, todavia, após os estudos desenvolvidos por Weber no século XIX, que o termo legitimidade tornar-se-á relevante para a Ciência Política. Ao investigar a legitimidade, Weber pretendeu encontrar a resposta para a indagação acerca da razão pela qual existem, em toda sociedade estável e organizada, governantes e governados. Em última instância, ambicionou compreender o fundamento do poder. Conforme explica BOBBIO, (2000, p. 130 e 140).

Não é possível compreender a enorme relevância dada por Weber ao tema da legitimidade – e muitos não a compreenderam – se não se percebe a retomada de um tema clássico da filosofia política: o tema do fundamento do poder. Apresentando a legitimidade como uma categoria central da Teoria do Estado, Weber pretende responder à tradicional questão: “qual é a razão última pela qual, em toda sociedade estável e organizada, há governantes e governados; e a relação entre uns e outros se estabelece não como uma relação de fato mas como uma relação entre o *direito*, por parte dos primeiros, de comandar, e o *dever*, por parte do segundo de obedecer?” Na época de Weber (mas sem que ele o mencione), o problema do fundamento do poder fora apresentado como um problema do dever de obediência política (a conhecida obra de Thomas Hill Green veio à luz em 1888). Mas o problema era tão antigo quanto à filosofia política, que sempre se interrogara não apenas sobre a origem do poder, mas também sobre a sua justificação, tanto que as várias políticas poderiam ser diferenciadas com base no distinto fundamento – ou princípio de legitimidade – assumido, e com certeza poderíamos distinguir três grandes concepções correspondentes aos três grandes períodos da história do pensamento, a concepção naturalista grega, a concepção teológica medieval e a concepção contratualista moderna, segundo se busquem “as razões” do poder na própria natureza que cria alguns homens aptos a comandar e outros a obedecer, no desejo de Deus, ou no acordo dos consociados.

A dominação que encontra obediência a um determinado mandato, para Weber (2005), poderia fundar-se em diversos motivos de submissão. A partir de uma análise descritiva sobre os tipos de ideais de legitimação do poder, o autor desenvolve sua tipologia das formas de governo, apontando que, em maneira totalmente pura, as “bases de legitimidade” da dominação seriam três, entrelaçadas entre si, a saber:

dominação legal em virtude do estatuto, que teria seu tipo mais puro na dominação burocrática, cuja ideia básica seria que qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma; dominação tradicional em virtude da crença na santidade das ordenações e dos poderes senhoriais em que seu tipo mais puro seria a dominação patriarcal e, por derradeiro, a dominação carismática em virtude de devoção afetiva à pessoa do senhor e aos seus dotes sobrenaturais e a faculdades mágicas, revelações ou heroísmos, que poderiam ser intelectuais ou de oratória. (WEBER, 2005).

Noberto Bobbio (1997), ao analisar as ideias de Weber sobre legitimidade, aduz que o poder carismático se contrapõe ao poder legal, uma vez que ambos representariam exemplarmente a contradição entre o governo dos homens e o governo das leis. Contudo, para o mesmo autor, Weber não pretendeu deixar claro qual dos governos deveria ser considerado o melhor - o governo dos homens ou o governo das leis - pois este acreditava que “o dever do cientista não é o de dar juízos de valor, mas compreender que a cátedra não é nem para os profetas nem para os demagogos (duas encarnações do poder carismático). (BOBBIO, 1997).

Os estudos formulados por Weber trazem, ainda, que a partir do século XVIII, a vida política deu um caráter jurídico à concepção de democracia alinhada à legalização. E será esta que moldará e estruturará a vontade pública a partir de então. Nota-se que não há maiores reflexões, por parte do autor, acerca da origem das leis; o que permite interrogar se “a pura racionalidade formal, à qual se reduz o princípio da legalidade que caracteriza o terceiro tipo de poder legítimo, é um critério auto-suficiente como o carisma ou a tradição, ou remete a um princípio ulterior que não pode ser senão material?” (BOBBIO, 2000, p. 153)”.
Nesse sentido, expõe José Afonso da Silva:

A partir dos estudos de Weber, conclui-se que a lei é legitimadora da ordem preexistente. Pressupõe-se a aceitação da norma somente porque emana do texto legal, elaborado em conformidade com a forma anteriormente prescrita. Weber não explica essa forma anteriormente prescrita. Nessa perspectiva, a legitimidade é anterior à legalidade, estaria implícita na legalidade. A legitimidade se estabeleceria a partir da crença, da fé na legalidade e se justificaria pela racionalidade da lei. A lei é abstrata e impessoal, portanto, racional. Sendo racional, é legítima. A impessoalidade e abstração da lei garantem a previsibilidade do resultado. Decorreria daí a legitimidade, conforme entendida por Weber. A racionalidade em Weber é técnica, estratégica, instrumental, ou seja, a escolha dos melhores meios para atingir o fim desejado. (SILVA, 2012, p. 66-67).

Mais adiante em sua obra, Bobbio traz que Weber sinaliza que a legalidade, *per se*, não seria um critério suficiente para a legitimidade do Estado, sendo necessário ou o acordo dos interessados ou a imposição de uma autoridade legítima, sem esclarecer, contudo, qual o critério deveria ser utilizado para conferir legitimidade a esta. (BOBBIO, 2000).

2.1.1 Crítica à legitimidade baseada na legalidade

Tem-se que desde o século XVIII, mormente com os estudos desenvolvidos por Weber, a *legalidade* tornou-se o padrão da *legitimidade* e, como o aparelho legislativo emana da vontade geral, o único fundamento da legitimidade seria a opinião do povo. (GOYARDE-FABRE, 2003).

Outro exemplo que confirma a tendência de conceber a legalidade como padrão de legitimidade do poder exercido pela autoridade pode ser verificado em Hans Kelsen¹.

Ao escrever a primeira edição da *Reine Rechtslehre (Teoria Pura do Direito)*² em 1934, Hans Kelsen buscou condições de legalidade e validade dos atos jurídicos com o objetivo de eliminar do Direito qualquer referência a juízos de valor e ao direito natural.

O positivismo de Hans Kelsen apresenta o direito como um sistema hierarquizado de normas mediante a determinação das condições segundo as quais poderá ser autorizada a criação de normas inferiores e cuja eficácia do sistema de adesão é pressuposta por uma norma fundamental (*Grundnorm*). (PERELMAN, 1998).

Assim, pretensão almejada por Kelsen seria alcançar uma pureza normativa, em outras palavras, a independência do Direito face ao ideal de justiça, razão, ética, política ou à ideologia.

¹ Os estudos elaborados por Kelsen acerca da interpretação jurídica marcaram o Direito no século XX transformando tal autor em um jurista bastante influente nos últimos cem anos. Neste capítulo, por hora, será necessário revisitar o entendimento acerca da legitimidade do Direito segundo Kelsen e a repercussão de tal entendimento para o ordenamento pátrio vigente. Em seguida, no capítulo II, realizar-se-á análise acerca da interpretação positivista e sua crítica.

² Já nas primeiras linhas de sua obra, Kelsen traz que “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particularidades normas jurídicas, nacionais ou internacionais.” (KELSEN, 1999, p. 01).

Para Kelsen, o direito independe de fundamento, bondade ou razão. Ele também descreve o direito como ele é e não como deveria ser. A questão da autoridade jurídica disposta por Kelsen está relacionada à questão da soberania, diretamente herdada por Hobbes (teoria do poder vertical) – inclusive o termo “soberano”, usado por Hobbes (*sovereign*) é também instrumentalizada por Austin e Kelsen. (GONTIJO, 2011, p.26-27)

Ainda a partir de tais estudos, ao juiz seriam permitidas diversas interpretações no momento de aplicação da lei ao caso concreto, desde que agisse legalmente e que não saísse dos limites impostos pela norma fundamental.

Portanto, com a *Teoria Pura do Direito*, Kelsen ratificou o entendimento da legitimidade do direito por meio da legalidade, que nas palavras do autor seriam as chamadas normas válidas. A validade de uma norma, desse modo, consistiria na adequação formal a uma norma hierarquicamente superior (Constituição).

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. (KELSEN, 1999, p. 135)

Kelsen analisou “a *legitimidade* e a *validade* do direito de acordo com o pensamento positivista, isto é, do ângulo de *observância formal* da produção de normas em sua dinâmica jurídica, já que esta, segundo o autor, explica o processo de formação das normas.” (DEL NEGRI, 2008, p. 63).

Tendo em vista a escala hierárquica proposta por Kelsen, em que as normas extraem sua validade em outra norma, resta questionar onde se poderia buscar a validade e, conseqüentemente, a legitimidade da Constituição? (LEAL, 2002). Logo, percebe-se que ao tentar se libertar do fetiche do direito metafísico e jusnaturalista, Kelsen acabou por criar outro mito, qual seja, uma norma neutra e de origem abstrata. (LEAL, 2012, p. 18).

É que Kelsen atribui o padrão último de legitimidade de seu sistema à sua norma fundamental. Em uma atividade regressiva de busca da norma hierarquicamente superior da qual se originaram as normas seguintes, chega-se na norma fundamental, que é o fundamento último do sistema proposto por Kelsen. Ocorre que esta norma é uma norma pressuposta e fora do sistema, de forma que não se permite cogitar a possibilidade de fiscalidade dos interesses que fizeram com que se escolhesse tal parâmetro de legitimidade, tampouco permite questionar se os

fins pretendidos estão sendo alcançados. O parâmetro que confere legitimidade é tão somente formal.

Tem-se, portanto que a legitimação, tanto em Weber quanto em Kelsen, seria *a priori*, ou seja, estaria vinculada à forma. Assim, adotando a forma previamente estabelecida, a lei seria legítima. (SILVA, 2012, p. 02). As normas legais só se validariam se estivessem em harmonia com a norma fundamental, sendo aquelas legitimadas paradoxalmente por esta. (LEAL, 2002).

Ao se pensar em uma legitimidade democrática, contudo, não se pode reduzir esta ao entendimento de que o Estado é legítimo apenas por agir em conformidade com as leis (ou normas superiores) elaboradas pelos representantes eleitos democraticamente pelo povo.

Não basta, na teoria da constitucionalidade democrática, validar o direito por um suposto equilíbrio social e harmonia sistêmica de normas vigentes asseguradoras do proceder e do fazer jurídico, emprestando-lhe validade e eficácia pelo zelo e lucidez segura de um decididor-manobrista de métodos interpretativos complexos do dizer e do descobrir verdades ou realizar justiça, a partir da legalidade, é o direito fundamental de instaurar uma *aprendizagem processual* permanente para legitimar a validade do direito vigente (*jurisdicência*). (LEAL, 2002, p. 68).

Montaigne, discorrendo sobre a imperatividade das leis na França no século XVI, já havia explanado preocupação em demonstrar que as leis não são justas *per si*, mas sim porque são leis, que levam a um ‘fundamento místico da autoridade’:

A autoridade das leis não está no fato de serem justas e sim no de serem leis. Nisso reside o mistério de seu poder, não tem outra base, e essa lhes basta. Foram, não raro, feitas por tolos; mais vezes ainda por indivíduos que, no seu ódio à igualdade, incorriam em falta de equidade, mas sempre por homens e, portanto, por autores irresolutos e frívolos. (MONTAIGNE, 1987, p. 354).

Jacques Derrida, ao citar Montaigne em sua obra *Força de Lei*, reforça a ideia afiançando que:

Não obedecemos a elas (leis) porque são justas, mas porque têm autoridade. A palavra crédito porta toda a carga da proposição e justifica a alusão ao caráter ‘místico’ da autoridade. A autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento ontológico ou racional. (DERRIDA, 2007, p. 21).

Entende-se que a legalidade não confere legitimidade ao poder exercido pelo Estado. Mais do que a crença de que o poder exercido legalmente conquista a

legitimidade, atualmente, esta deve ser concebida como uma proteção contra o exercício do poder arbitrário. Deve-se superar, desse modo, o exercício de um poder baseado no caráter mítico da legitimidade pela legalidade.

Na pós-modernidade, o direito não deve se satisfazer com uma validade baseada em estratégias de preservação de uma paz sistêmica, proporcionando aos destinatários das normas serem clientes de uma legalidade produzida pelo Estado. Para se falar em legitimidade do direito, deve-se ater à estrutura procedimental criadora de situações jurídicas do devido processo legislativo, sendo que tais situações devem se submeter, também, à processualidade trazida pelo devido processo legal. (LEAL, 2002).

Neste feito, se o ordenamento jurídico decorre da Constituição (que, em Kelsen estaria no topo da pirâmide), é preciso questionar a origem desta Constituição: Quem e por qual critério afirmou que é constitucional o que está na Constituição? Quem e por qual critério determinou os direitos que deveriam estar ou não previstos na Constituição? Isso em detrimento de se conceber que sua origem reside em um poder constituinte originário regido por vontades coletivas de procedência não revelada. Em sentido contrário defende-se que

O PROCESSO JURÍDICO, é que seria instituinte (constituinte-originário) e constituinte-constitucional de um **direito a ser ativado** (pós-ativo=positivo) e não mais um direito ativo miticamente surgido da natureza ou de um **poder** instituinte (constituinte) originário (egresso) do leito das culturas ou da razão pura ou apriorística. (LEAL, 2006, p. 02).

Em outros termos, preconiza-se a construção do sistema jurídico por meio do processo de forma que tanto a Constituição como as normas que dela decorrem sejam resultado de um procedimento processualizado.

Assim como a observância dos requisitos formais não garantem a legitimidade das leis, também ao analisar a legitimidade do direito, especialmente da decisão jurisdicional, deve-se romper com a perspectiva de que a decisão, desde que obedeça a formalidade legal, será legítima.

2.1.2 O povo e a legitimidade do poder em Friedrich Müller

No que concerne ao povo, em que pese esse ser invocado constantemente em diversos documentos constitucionais, seu papel verdadeiro no processo político nem

sempre é tematizado. (CHRISTENSEN, 2003, p. 37). Isso porque nem sempre a legitimação do poder, de fato, advém do povo. Por isso é necessário entender não só o conceito, mas também verificar a fonte de justificação histórica para o exercício daquele.

Na expectativa de dar relevo ao tema, Friedrich Müller, em sua obra intitulada *Quem é o povo?*, enfrentou o tema, conforme expõe logo nas primeiras páginas no primeiro capítulo:

O presente texto indaga: *quem* seria esse povo, que pudesse legitimar “democraticamente”? Talvez se descubra no curso dessa indagação que não basta que um documento invoque [beschwört] o povo; ou ainda, inversamente, que a descoberta [Einsicht] sóbria de que o povo com efeito não exerce a dominação ainda não deve deslegitimar. (MÜLLER, 2003, p.47)

Müller não apresenta um conceito único para povo, mas, sim, atribui a esse diversas características para o emprego da expressão, que variam de acordo com a função desempenhada pelos mesmos. Assim, entende o autor que se pode ter por ‘povo’ enquanto cidadania ativa, que abrange apenas os eleitores; enquanto instância de atribuição que compreende, via de regra, os cidadãos do respectivo país; como ícone, que é intocável, pois não diz respeito a nenhuma pessoa viva; como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, que consiste na proteção das pessoas no território, por parte do Estado, com a garantia do respeito da dignidade da pessoa humana a partir de normas de direito constitucional e infraconstitucional; por fim, apresenta povo como conceito de combate, cujo entendimento de parte integrante plenamente vigente da formulação da prescrição jurídica (do tipo legal), deve ser lavado a sério como conceito jurídico a ser interpretado *lege artis*.

Em todos os casos, a função do “povo”, que um Estado invoca, consiste sempre em legitimá-lo. Todavia, não é satisfatório mencionar, apenas, a legitimação pelo povo, é essencial que se investigue como garantir que o exercício do poder poderá ser legitimado a partir deste.

2.2 O Estado Democrático de Direito e a legitimidade democrática

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB, ao impor que todo poder emana do povo e instituir um amplo sistema de direitos fundamentais

e garantias individuais, elegeu o Estado Democrático de Direito como paradigma³ institucional com o objetivo de assegurar “o exercício pleno e efetivo dos direitos descritos constitucionalmente, sendo isso, aliás, que se deflui ao longo de todo texto, inclusive de seu preâmbulo.” (MADEIRA, 2008, p. 35).

Para entender o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve-se romper com os paradigmas precedentes, que, apesar de possuírem bases democráticas, tinham conceitos de democracia distintos. Sendo assim, resta analisar as considerações de Jürgen Habermas, por entender que seus estudos acerca da democracia e do Estado Democrático de Direito e do papel dos princípios ínsitos à Constituição são fundamentais não só no estudo do processo civil (LEAL, 2008, p. 31), mas também no processo penal.

Habermas, a partir de seus estudos sobre a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, sugere uma compreensão procedimentalista da democracia. Para tanto, traça os contornos da visão republicana e liberal⁴, visando superá-la como modelo existente para a operacionalização da democracia. (ALMEIDA, 2003, p. 40).

As duas tradições políticas defendem a concepção de que todos os cidadãos são livres e iguais, portanto, acolhem a existência de um regime democrático. Entretanto, podem-se observar diversas divergências acerca dos conceitos de cidadania, de processo político e, principalmente, do papel que cabe ao processo democrático.

Assim, essas diferenças repercutem para a compreensão sobre a soberania popular, uma vez que, para a tradição liberal, a formação democrática da vontade tem

³2 Para se evitar dúvidas conceituais, esclarece-se que “os paradigmas reconhecidos pelas ciências sociais buscam soluções ou apontam problemas dentro de leituras mais ou menos dirigidas dos quadros sociais das épocas em que são construídos. Quanto ao seu papel no estudo do Direito, ‘reconstroem-se’ os pressupostos à dinâmica jurídica para oferecer bases à investigação da importância, funções e conceito do Estado e dos direitos fundamentais nos processos de integração social.” (LEAL, 2002, p. 25).

⁴ Nas palavras de Habermas: “O republicanismo, que remonta a Aristóteles e ao humanismo político da Renascença, sempre deu primazia à autonomia pública dos cidadãos do Estado, em comparação com as liberdades das pessoas em particular que antecedem a política. O *liberalismo*, que remonta a Locke, conjurou o perigo das maiorias tirânicas e postulou uma primazia dos direitos humanos. Em um dos casos, a legitimidade dos direitos humanos se deveria ao resultado de um auto-entendimento ético e de uma autodeterminação soberana de uma coletividade política; no outro caso, os direitos humanos, já em sua origem, constituiriam barreiras que vedariam à vontade do povo quaisquer ataques a esferas de liberdade subjetivas e intocáveis. Embora Rousseau e Kant tenham empreendido esforços com o objetivo tanto de pensar a vontade soberana quanto a razão prática sob o conceito da autonomia da pessoa do direito, a tal ponto que no pensamento de ambos a soberania popular e os direitos humanos se interpretam mutuamente, nenhum deles logrou êxito a fazer jus a equiprimordialidade de ambas as ideias. Rousseau sugere uma leitura mais republicana; Kant, uma leitura mais liberal.” (HABERMAS, 2002, p. 291).

a função exclusiva de legitimar o exercício do poder político. Logo, as eleições servem como forma de licença para a tomada do poder, cujo exercício deve ser justificado perante a opinião pública e o parlamento. A soberania emana do povo e é exercida por representação.

Por seu turno, a tradição republicana voltada para a formação democrática da vontade tem por escopo constituir a sociedade, sendo esta entendida como uma coletividade política e, ainda, não deixar ser esquecido o ato fundador dessa coletividade. Haveria uma auto-organização da sociedade pelos cidadãos em acordo mútuo e visando o bem comum. O exercício do poder, nesse caso, está comprometido programaticamente com a execução de determinadas políticas. Portanto, a soberania popular emana do povo e não é delegada. (HABERMAS, 2002, p. 281-282).

De fato, na concepção liberal, a Democracia se resume ao processo de eleição e ao exercício de um governo legitimado pela maioria, cuja Constituição é meio pelo qual o governo regula a disputa de interesses. Assim, a autonomia pública é entendida como meio para possibilitar a autonomia privada. (ALMEIDA, 2003).

Enquanto a concepção republicana de Democracia só seria possível em sociedades homogêneas, com cidadãos conscientes e virtuosos, em que todos os incluídos produzem decisões a partir de valores homogêneos, não sendo possível operacionalizar a orientação dos cidadãos para o bem comum em sociedades complexas, com diversidade de valores; o que torna uma democracia em que todos os incluídos produzem decisões a partir de valores homogêneos algo utópico e inoperante. (ALMEIDA, 2003).

É nesse sentido que Habermas propõe uma visão discursiva da Democracia com a conotação mais fortemente normativa do que a visão liberal, porém, menos fortemente normativa do que o modelo republicano. Em outros termos, supera o ideal republicano acerca do conceito de um todo social centrado no Estado, bem como a concepção liberal de situar o todo dentro de um sistema de normas constitucionais que regem os interesses diversos de acordo com a lógica do Estado. A teoria do discurso leva em conta a intersubjetividade existente em processos de entendimento mútuo que se cumprem na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares e pela opinião pública.

A democracia resultaria da interligação existente entre o princípio do discurso e a forma jurídica, sendo que seria a Constituição que institucionalizaria os

procedimentos comunicativos que permitem a participação dos destinatários nas decisões. (ALMEIDA, 2003).

Por isso se afirma que:

é exatamente esse paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito (o qual foi adotado pela Constituição Brasileira de 1988, em seus arts. 1º, *caput*, 5º, LV, e 93, IX) que vem servindo de apoio ao desenvolvimento das teorias do processo desconectadas do Estado Social e da retrocarga que pende sobre a figura idealizada de um julgador magnânimo, só acolhível em sociedades não seculares. (LEAL, 2008, p. 31).

Para a construção de um Estado Democrático de Direito é condição necessária suplantar a ideia de direito como algo existente aprioristicamente, passivo de ser interpretado de maneira solipsista pela autoridade judicial. Em outras palavras:

Na democracia constitucional, o povo é a única fonte de poder, apresentando-se como construtor, intérprete e destinatário da norma jurídica, legitimando o Direito. No Brasil, a atividade interpretativa deve se dar dentro de um determinado contexto político-jurídico-principiológico, qual seja, o contexto do Estado Democrático de Direito. Nesse pano de fundo paradigmático, não se pode admitir a interpretação solitária de uma autoridade supostamente sábia e justa, haja vista que o resultado dessa atividade interpretativa (o provimento) deve ser fruto de uma processualidade dialógica constitucionalizada. (MADEIRA, 2008, p.36).

No referido paradigma, o poder emana do povo, sendo este a fonte de legitimação do exercício daquele⁵. Nesse contexto democrático, o sistema político-jurídico é exercitado pelos cidadãos, os quais não devem ser tratados como meros “consumidores”, mas, sim, como gestores-fiscalizadores. Logo, tem-se a rejeição do locutor autorizado, cedendo lugar ao discurso dos legitimados. (DEL NEGRI, 2008).

A legitimidade fundante e a validade das instituições jurídicas emergem da estrutura normativa constitucional, quando é esta garantidora da atuação permanente da cidadania na transformação ou preservação do Estado e das demais instituições. A constituição não é mais instrumento estatal magno, político-normativo de assecuração de equilíbrio entre poderes imanes ao Estado e a serviço do voluntarismo deste ou de mera distribuição de funções, competências e atribuições administrativas, judiciárias, jurisdicionais e legislativas para fins de bem-estar e paz social não devidamente equacionadas em parâmetros institucionais inequívocos e eficazes. Atualmente, a **constituição**, quando contextualizada livremente pelo povo em paradigmas processualizados de dignidade e liberdade humana, é a

⁵ Sobre o tema, ensina Ronaldo Bretas de Carvalho Dias: “mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação de exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo (...)”. (BRETAS, 2012, p.58-59).

única fonte jurídico-institucional, e não mais o Estado instrumental ou outras esferas funcionais que só se legitimam em razão de nele terem origem. (LEAL, 2012, p. 30-31)

André Del Negri (2008), ao realizar cogitações terminológicas sobre quem é o povo em Friedrich Müller, entende que a classificação alinhada à democracia constitucional seria a do povo como instância global da atribuição da legitimidade democrática, uma vez que esta se encaixa na redação do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988. Isso pois, o *povo* pode, pautado pelas normas jurídicas vigentes que permitem a qualquer interessado, fiscalizar, reivindicar e exercer a dominação real, podendo, inclusive, exercer o direito de desobediência civil contra o ordenamento jurídico, mesmo os não votantes ou os eleitores vencidos nas eleições.

Dessa forma, quando se pensa em uma teoria da democracia suscitada pela Constituição da República de 1988, deve-se ultrapassar a noção de que esta se esgota pela conexão *democrática-voto-cidadania* (*democracia*), pois o eixo da democracia não está mais, apenas, no voto do cidadão eleitor. Tal compreensão errônea acaba por tentar limitar a complexa Teoria da Democracia que deve ser exercida pela estrita observância da Constituição, “a qual é um projeto assegurado por lei para ser operacionalizado por todos (maiorias e minorias), pois, nas democracias, a maioria tem que se preocupar com as minorias, uma vez que a maioria não pode ser compreendida tão-somente pelo índice numérico.” (DEL NEGRI, 2008, p. 77).

Assim, tanto a maioria quanto a minoria, independente de votarem ou não, são legitimados a exercitar a Teoria da Democracia trazida pela Constituição da República de 1988, por ser o povo (em sua totalidade) destinatário do direito e por isso fonte da justificação do poder do Estado.

Logo, o exercício do poder, para ser compatível com uma democracia apresentada pela Constituição, deve ser legitimado pelo povo em sua totalidade, “como instância global da atribuição da legitimidade democrática”.

E será a processualidade democrática que romperá com a dimensão icônica para reconhecer no povo a potencialidade de construção e reconstrução do direito (como instância global da atribuição da legitimidade democrática).

Não basta, na teoria da constitucionalidade democrática, validar o direito por um suposto equilíbrio social e harmonia sistêmica de normas vigentes asseguradoras do proceder e do fazer jurídico, emprestando-lhe validade e

eficácia pelo zelo e lucidez segura de um decididor-manobrista de métodos interpretativos complexos do dizer e do descobrir verdades ou realizar justiça, a partir da legalidade, é o direito fundamental de instaurar uma *aprendizagem processual* permanece para legitimar a validade do direito vigente (*jurisdiscência*). (LEAL, 2002, p. 68).

Sendo assim, uma norma para ser legítima deve se submeter a uma fiscalidade ampla, uma vez que é apenas relativa a legitimidade da norma criada pelo devido processo legislativo. É nesse sentido que se afirma que a legitimidade das normas é *a posteriori*, já que o Direito só será legítimo quando a norma abstrata se oferecer a processualidade jurídica, permitindo sua discursividade. (ALMEIDA, 2003).

Conclui-se com a exposição dessas reflexões acerca da legitimidade no paradigma do Estado Democrático de Direito que se deve superar a crença na legitimidade do Direito a partir da legalidade, para a promoção de uma fiscalidade irrestrita a partir da processualidade jurídica. Todavia, resta analisar qual teoria de processo possibilita, de fato, a legitimidade democrática, inclusive no âmbito decisional.

3 A PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

3.1 A função jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito

O ponto de partida para o exame da jurisdição é comumente o Estado, quando este se vê obrigado a assumir a missão de decidir quando superada a concepção de autodefesa e autotutela pelas sociedades mais primitivas. (BARACHO, 1984). Tal noção acerca da jurisdição inicia ainda na Idade Média, sendo acentuada, porém, com as ideias trazidas pela Revolução Francesa e com a teoria das separações das funções estatais desenvolvida por Montesquieu.

Assim, no Estado Moderno, a função jurisdicional pressuporia a existência de um órgão do Estado que pode fazer atuar a vontade concreta da Lei e que se diferenciaria das outras atividades estatais.

A jurisdição seria a função de declarar o direito aplicável ao caso concreto, exercida monopolisticamente pelo Estado-Juiz a fim de solucionar os conflitos na sociedade. Ninguém, além do juiz, poderia exercer jurisdição sobre o território do Estado.

A jurisdição, todavia, “quando não está previamente condicionada, como veremos, à principiologia legal do processo, cuja plataforma jurídica encontra insculpida na maioria das constituições modernas, é mera atividade de julgar e descende diretamente da primeva arbitragem.”. (LEAL, 2012, p. 20).

Assim, será no devido processo constitucional (principiologia constitucional e direitos fundamentais) que a jurisdição encontrará seu fator hermenêutico e delimitador. (MADEIRA, 2008).

3.1.1 Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: a necessidade de uma desconstrução da jurisdição como poder do Estado

O Processo, tal como é compreendido como ação judiciária, não é de origem romana, tendo surgido inicialmente no Direito Canônico. Logo, foi na Idade Média que o processo passou a ser “conjunto de atos, fatos ou operações que se agrupam de acordo com certa ordem, para atingir um fim, cujo objetivo fundamental é a decisão de um conflito de interesses jurídicos”. (BARACHO, 1984, p. 117).

A autonomia do Processo face ao conteúdo material não era algo natural para o jurista moderno, uma vez que até meados do século XIX, vigorou o Período Sincretista, em que o processo era considerado simples meio de exercício de direitos, ou seja, havia confusão entre plano substancial e plano processual. Nesse contexto, o direito processual não era concebido como ramo autônomo do direito.

Foi no século XIX, com a denominada Teoria do Processo como Relação Jurídica, que se inaugurou a teoria publicista do processo e se rompeu, em definitivo, com as teorias privatistas. O maior expoente desta teoria foi Oscar Von Bülow.

Em 1868, Oscar Von Bülow, ao publicar a intitulada obra *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, expôs o entendimento de que o processo deveria ser abordado como relação jurídica de direito público que vincularia as partes aos tribunais, cuja formação e existência deveriam ser controladas pelos juízes. (LEAL, 2008). Nas palavras do autor:

Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta unicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación com la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*. (BÜLOW, 1964, p. 01-02).

Para a Teoria desenvolvida por Bülow, o processo seria uma relação jurídica de direito público, na qual as partes estariam ligadas entre si e essas subordinadas ao juiz.

A ideia de relação jurídica processual já havia sido anteriormente aludida por Búlgaro, jurista italiano do século XI, que afirmava: *judicium est actus trium personarum, judicis, actoris, rei* (três pessoas são por Direito necessárias em qualquer juízo: Juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda). (DEL NEGRI, 2011). Entretanto, foi Bülow quem desenvolveu sistematicamente tal teoria.

Destaca-se que Bülow realizou a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas. Deu bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é onde se coloca a discussão sobre aquela.

Ao desenvolver a Teoria, o objetivo principal de Bülow era fundamentar, no campo teórico, a necessidade de aumento do poder estatal e dos juízes e tribunais.⁶ (LEAL, 2008).

Por creditar grande importância à atuação dos magistrados, tem-se que o controle da relação processual permitia o controle do direito, motivo pelo qual “o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador. (LEAL, 2008)

Logo, tal teoria concebia jurisdição como atividade do juiz que revela, pelo ato sentencial, suas próprias vontades, tanto é assim que a parte não se dirige a outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. Não sendo permitido às partes exigir conduta ou ato do julgador. (GONÇALVES, 1992).

A Teoria da Relação Jurídica foi recepcionada e aprimorada por diversos processualistas, tais como: Chiovenda (para quem a ideia de jurisdição é entendida como poder e atividade do Estado), Carnelutti (que vê a jurisdição como meio que o juiz utiliza de complementar a legislação para solucionar o conflito), Calamandrei e Liebman (jurisdição como atividade do juiz). (LEAL, 2008).

Porém, ressalta-se que nenhuma das ideias desenvolvidas por esses proporcionaram o controle da atividade judicial, não se desvinculando, portanto, do conceito de jurisdição como ato jurisdicional. Em outras palavras, o conceito de jurisdição atrelado à atividade decisória resultante da consciência do julgador persistiu impregnado nos estudos subsequentes. (LEAL, 2012).

É importante que se note, também, que com a crise do Estado nacional-socialista, houve a derrocada do positivismo jurídico, uma vez que até mesmo os positivistas criticaram a impossibilidade de defesa da incontestada soberania do legislador e que ao juiz caberia apenas conformar-se a ela. Com essa revolta antipositivista,⁷ houve o reforço na tese de que o juiz não poderia, ao julgar, deixar de apreciar valores morais e sentenciar de maneira justa, sensata. (PERELMAN, 1998).

⁶ André Cordeiro Leal adverte que a intenção de destacar a importância da decisão judicial e do juiz ficou evidenciada em obra posterior de Oskar von Bülow datada de 1885 e intitulada *Gesetz und Richteramt*, podendo tal obra ser considerada um complemento de uma concepção já existente quando da publicação da primeira. (LEAL, 2008, p. 48).

⁷ Os estudos que faziam uma síntese da concepção mais flexível e sociológica do raciocínio jurídico com a busca de uma decisão judiciária equitativa, sensata podem ser observados em autores como J. Esser, R. M. Dworkin, L. Stone, L. Recaséns Siches e L. Husson. (PERELMAN, 1998, p. 112).

Nesse contexto, começa a lograr êxito a concepção de que, sem deixar de lado a segurança jurídica do sistema jurídico positivado, ao juiz deve ser concedida possibilidade de solucionar os conflitos de maneira a contribuir com o meio político, econômico e social.

Percebe-se, então, que com a contracorrente da Teoria Pura do Direito em Hans Kelsen e a crise dos ideais positivistas, a concepção de que o juiz, por ter um saber privilegiado, deveria julgar de modo a atender as necessidades sociais se fortalece, já que, no processo judicial, quem deve dizer o direito é o juiz. Tal entendimento pode ser evidenciado nos estudos formulados pelo autor francês Chaïm Perelman:

O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário. De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora frequentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la a torná-la mais flexível. (PERELMAN, 1998, p. 209).

Observa-se que a concepção de que ao juiz deve ser confiada a solução de toda lide de maneira razoável também se alinha perfeitamente à ideia de que o processo é instrumento da jurisdição, sendo esta, por seu turno, o ato do juiz dizer o direito.

Entretanto, uma noção mais apropriada de função jurisdicional não deve privilegiar nem a estrita legalidade existente de Hans Kelsen, nem tampouco deve estar associada a uma flexibilidade da lei consolidada a partir do racionalismo do julgador, como queria Perelman e, no campo processual, Bülow e seus seguidores, mas, sim, deve estar alinhada à concepção estruturante do Estado Democrático de Direito e à preservação dos direitos e garantias constitucionais.

Não representa qualquer retrocesso o ponto de vista de que a jurisdição não pode ser concebida como atividade do julgador, conforme aduz André Cordeiro Leal:

Dizer que a jurisdição não é atividade do juiz é afirmar, apenas, que a decisão é um ato do juiz que se dá *na linguagem e pela linguagem*, e que essa decisão deverá ser, sob determinado enfoque, objetiva, porque deve ser acessível à comunidade *jurídica*. Por isso, nossas asserções não poderão ser reduzidas à afirmativa de que estamos propondo como algo mecânico, num retrocesso que colide com tudo que expusemos. (LEAL, 2008, p. 152-153).

3.1.2 A instrumentalidade processual e os escopos metajurídicos

No Brasil, verifica-se uma forte influência da Teoria do Processo como Relação Processual na denominada Escola Instrumentalista do Processo. A referida escola, que surgiu das reuniões de grupos de estudos sobre Direito Processual coordenados pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman, por sua vez, contribuiu para a propagação da visão instrumentalista do processo no país durante o século XX.

Nota-se que no século XXI a influência da instrumentalidade do processo na doutrina processual e jurisprudência brasileiras ainda persiste. Tal influência ocorre, especialmente, pela vasta repercussão e aceitação dos estudos realizados por Cândido Dinamarco, doutrinador de grande expressão da Escola Instrumentalista e tradutor de Liebman, responsável por atribuir escopos metajurídicos à jurisdição.

Em sua obra intitulada *A Instrumentalidade do Processo*, publicada em 1987, Dinamarco propôs uma nova mentalidade entre os processualistas modernos acerca da instrumentalidade do processo (GONÇALVES, 1992), ao impor a esta uma ressalva: a instrumentalidade não poderia ser um fim em si mesma e sim um meio para alcançar objetivos metajurídicos.

Para Dinamarco (2002), todo instrumento seria um meio que só se legitima em função dos fins a que se destina. Sendo assim, a jurisdição, como forma de poder, deveria ser canalizada para a realização de escopos do próprio Estado. Esses objetivos almejados pelo Estado, ainda segundo o autor, estariam ligados às necessidades e aspirações do povo e seriam de três ordens: social (pacificação com justiça), política (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídica (atuação da vontade concreta do direito).

Neste contexto instrumentalista, o juiz por ser a personificação do Estado no processo, seria o responsável em captar todos os anseios sociais a fim de promover, por meio da jurisdição, a paz e a justiça social.

Assim, percebe-se que Dinamarco (2002), ao atribuir à Jurisdição escopos metajurídicos, pretendeu, apenas, justificar os poderes conferidos ao juiz pelo Estado e não superar o entendimento de jurisdição como ato do juiz ou explicar como se dá o controle de tal atividade judicial.

Entende Dinamarco que “ao estado social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformador; o juiz há de ter a consciência da função que, como

agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade.” (DINAMARCO, 2002, p. 188).

Ainda segundo o entendimento advindo da Teoria Instrumentalista do Processo, a função do juiz é manejar o Processo a partir de critérios metajurídicos, como o interesse público, o bem-estar do povo e a paz social. (LEAL, 2012).

3.2 A Teoria Neoinstitucionalista do Processo

Buscando superar o entendimento de que a jurisdição é a atividade do juiz acolhe-se a teoria neoinstitucionalista do processo desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal. Para a teoria em tela o processo se apresenta como instituição constitucionalizadora e constitucionalizada uma vez que promove a abertura para o debate de fiscalização de incidência, preservação e até mesmo aperfeiçoamento de seus próprios princípios. E são os princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia, ampla defesa) que conferem caráter institucional legitimante por serem critérios problematizantes da rejeição ou acatamento de pretensões de validade decisória. (LEAL, 2002).

Nas lições de Rosemiro Pereira Leal:

O processo, como núcleo jurídico-autocrítico-linguístico, é a instituição operatriz do sistema, segundo a proposição teórica que o identifica como interpretante dos códigos (direitos fundamentais) por ele próprio instituídos. O processo, nessa perspectiva, é a instituição jurídica-linguística fiscalizatória de todo o sistema procedimental institucionalizado que, movimentada pelos legitimados processuais (toda a comunidade jurídica), confere atividade à teleologia da estatalidade processualmente institucionalizada nos níveis instituinte, constituinte e constituído do direito. (LEAL, 2012, p. 40).

Com a proposta científica de processo como uma instituição⁸ jurídica-linguística-fiscalizatória, ou seja, como um discurso argumentativo a ser criado para permitir a fixação procedimental do sentido normativo nos níveis instituinte,

⁸ “(...) A palavra instituição em minha teoria não tem o significado que lhe deram Hauriou ou Guasp, ou que lhe possam dar os cientistas sociais e econômicos antigos ou modernos. É que a **instituição** não é aqui utilizada no sentido de bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou da economia. Recebe, em minha teoria, a acepção de **conjunto** de princípios e (institutos) **jurídicos** reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de **procedimentos** estabelecidos em modelos legais (**devido processo legal**) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados. (LEAL, 2012, p. 89).

coconstituente e constituído do Direito, a noção de jurisdição rompe com o entendimento de atividade desenvolvida pelo juiz em dizer o direito, para ser o resultado de uma interpretação compartilhada do texto legal, possível a partir de um procedimento conduzido pela principiologia constitucional de processo (contraditório, ampla defesa e isonomia).

Nessa perspectiva, que é de direito democrático, o *processo* não é instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica entre as partes e juiz, porque é instituição-eixo do princípio do existir do sistema (aberto) normativo constitucional-democrático e que legitima o exercício normativo da jurisdicionalidade em todas as esferas de atuação no Estado que, por sua vez, também se legitima pelas bases processuais institutivas de sua existência constitucional. (LEAL, 2002, p. 69).

Desse modo, a jurisdição não pode ser utilizada como instrumento por parte do Estado para que este alcance objetivos metajurídicos, tendo em vista que a justiça não é mais a do julgador, mas a do povo, que é fonte do Direito. (LEAL, 2008).

A teoria neoinstitucionalista de processo também se afasta das concepções de Kelsen, cujo fundamento do direito (norma fundamental) é pressuposto, uma que vez que no direito democrático o fundamento é construído constantemente pela discursividade processualizada. Assim, é o retorno da lei à processualidade jurídica que garantirá a legitimidade normativa dessa. (ALMEIDA, 2003).

Por isso opta-se por romper com a relação jurídica para adotar a teoria neoinstitucionalista, já que esta “propõe uma visão do processo ligada às condições de legitimação das decisões judiciais já alinhada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.” (LEAL, 2002, p.90).

Em um Estado Democrático de Direito, os interessados devem atuar de modo a construir as decisões, ou seja, como forma de conferir legitimidade democrática ao provimento. Um processo dirigido solitariamente pelo juiz é contrário à legitimidade democrática necessária aos provimentos emanados.

3.3. O processo e a legitimidade decisória: a decisão superando a tensão entre a segurança e a justiça

No que tange à decisão jurisdicional, tem-se “que todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidos pelo povo soberano sempre foi

considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo.” (BOBBIO, 1997, p. 87).

O instrumentalismo processual, ao colocar a jurisdição no centro face ao processo, permite ser o plano da decisão exclusivo do julgador. Em outros termos, ao entender processo como instrumento da jurisdição, sendo esta, por sua vez, realizadora do direito a partir de uma relação jurídica entre juiz e as partes, privilegia-se o momento decisório como oportunidade para o juiz realizar a justiça.

Quando Cândido Dinamarco proclama, ao se contrapor a Fazzalari, que a diferença entre ambos “é que o professor de Roma põe o Processo ao centro do sistema” enquanto a proposta é que “ali se ponha a jurisdição”, conclui-se facilmente que o insigne professor paulista e seus inúmeros discípulos, em todo o Brasil e no mundo, ainda *não* fizeram opção pelo estudo do direito democrático, pensando ainda ser o plano da DECISÃO exclusivo do decisor (juiz) e não um espaço procedimental de argumentos e fundamentos processualmente assegurados até mesmo para discutir a legitimidade da força do direito e dos critérios jurídicos de sua produção, aplicação e recriação. (LEAL, 2002, p.68-69)

A defesa do uso da sensibilidade e intuição do julgador no momento decisório, conforme já suscitado, também é utilizada por autores que tecem críticas ao positivismo jurídico, conforme ilustra as colocações de Perelman:

A solução justa da lide não é simplesmente, como afirmaria o positivismo jurídico, o fato de ser conforme a lei, isto é, legal. É bem raro, de fato, que haja apenas um modo de conceber a legalidade de uma solução: será antes a idéia prévia daquilo que constituirá uma solução justa, sensata, aceitável que guiará o juiz em busca de uma motivação juridicamente satisfatória. Mas em tal caso, a ideia prévia que se forma de uma solução social e moralmente aceitável em dado meio não é uma consideração extrajurídica como o queria, por exemplo, a teoria pura do direito, que se esforça para excluir da ciência do direito qualquer juízo de valor. Pelo contrário, são os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiam o juiz em sua busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme o direito, subordinando-se normalmente esta última preocupação à precedente. Mas esse caráter adequado não será determinado segundo critérios subjetivos, ao modo do presidente Magnaud, mas de uma maneira intersubjetiva, na medida em que corresponde às preocupações do meio que a deve aceitar. (PERELMAN, 1998, p. 114).

O autor mineiro Luís Carlos Balbino Gambogi, também criticando as filosofias positivistas que, segundo o autor, encarceram o Direito nos domínios da razão pura, afirma que não se pode retirar os juízos de valor ou sacrificar o raciocínio dialético e a razão prática (ética e política), visto que seria essa que permite a condução da decisão judicial razoável, justa e ao mesmo tempo fundamentada no ordenamento jurídico. (GAMBOGI, 2006).

Todavia, em uma sociedade plural e complexa, não é cabível a possibilidade de existência de um sujeito apto a captar as angústias e clamores do povo e que representa a consciência moral da vida social, política e econômica. (GARAPON, 1999).

Com a Constituição da República de 1988, a decisão não é mais a oportunidade do julgador fazer justiça ou tornar o direito eficiente, é o espaço procedimental de argumentos e fundamentos processualmente assegurados. (LEAL, 2002, p. 69). Nesse diapasão, pós CRFB, a questão acerca da legitimidade das decisões judiciais deixou de ser um problema que se reduza à pessoa do juiz.

Logo, a decisão jurisdicional, a partir da teoria da democracia, não pode ser sustentada pela vontade da maioria ou do próprio Estado, tampouco pode guardar relação com o sentir do julgador. Para desmistificar o anseio de paz sistêmica e superar a compreensão do saber do intérprete como promotora de justiça e segurança é que se deve pensar na decisão como lugar de construtividade normativa, um espaço democrático processualmente constitucionalizado.

Como a *decisão*, na teoria da democracia, não é soberana pelas bases da vontade das majorias ou de um Estado poderoso, mas a partir de uma escritura prévia de direitos processualmente teorizados, o *decidir* não mais pode escorrer do cérebro de um julgador privilegiado que guardasse um sentir sábio por juízos de justiça e segurança que só ele pudesse, com seus pares, aferir, induzir, ou deduzir, transmitir e aplicar. Essa súplica a um espaço discursivo que afastasse *decisões* no âmbito arcaico da tradição e autoridade e ao mesmo tempo desmitificasse um *dever* utópico por um anseio de paz sistêmica de felicidade temporalizada por uma história estatal inefável e promissora é que nos motivou a ensaiar uma *teoria processual da decisão* como lugar de construtividade normativa desligado da razão instrumental das metodologias contempladoras de hermenêuticas de justificação ou compreensão do saber do intérprete e não da proposição temática do paradigma de um *status* (espaço) democrático processualmente constitucionalizado. (LEAL, 2002, p. 14).

Assim, não pode haver exclusão dos reais interessados na decisão com a concepção de que o juiz, com seu conhecimento privilegiado, é capaz de lidar com os problemas do povo e fazer uma escolha individual entre várias alternativas, sob pena de acarretar um esvaziamento da própria legitimidade democrática.

Uma decisão jurisdicional legítima não se contenta com pretensões de validade baseada na legalidade formal, como se os destinatários daquela fossem sujeitos passivos, muito menos deve conter referências a critérios pessoais de justiça. A decisão prolatada deve ser oferecida à crítica, tendo em vista que “o juiz enuncia uma

teoria que deverá ter sido compartilhada e discursivamente construída no procedimento.” (LEAL, 2008, p. 151-152).

Daí a importância da teoria neoinstitucionalista do processo para assegurar as questões não só relacionadas à legitimidade do Direito, mas também para promover a legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito, pois é o Processo que torna possível a vinculação da decisão proferida pelo juiz aos fundamentos do discurso construído democraticamente pelas partes.

Com precisão, afirma Rosemiro Pereira Leal:

A decisão (...) não mais satisfaz as investigações do pensamento jurídico contemporâneo, que se afasta, a cada dia, da escolástica aristotélica que via na *decisão* uma predileta e individual escolha entre várias alternativas. Na história do *direito processual*, a *decisão*, e seus primórdios, assumiu versões autocráticas de ato criador do direito pelos *interditos romanos* (os quais nas estranhas lições de Ovídio Baptista da Silva deveriam retornar aos nossos dias como “*forma superior de tutela jurisdicional*”) reforçados pelo iluminismo da razão redentora da Revolução Francesa de 1789. Nos séculos XX e XXI, a *decisão* se apresenta para a maioria dos juristas, como ato de salvação da lei pelo Poder Judiciário. Os juristas do séc. XX, em sua quase unanimidade, máxime os processualistas, até Liebman e os atuais instrumentalistas que colocam o processo como instrumento de uma jurisdição salvadora do direito por uma relação jurídica hierárquica entre juiz, autor e réu, são os mais explícitos herdeiros das engenhosas nuanças teóricas da sacralidade ética da *traditio*, que trabalha em razão prescritiva incompatível, como veremos, com o direito democrático. (LEAL, 2002, p. 17-18).

Uma decisão para ser considerada racional, por conseguinte, não deve privilegiar a razão prática (ética e política), mas deve ser aquela que é fundamentada “nas leis democraticamente instituídas e a partir de procedimentos judiciais que assegurem a imparcialidade (colhida da estrutura procedimental, e não como atributo mítico do julgador) na reconstrução compartilhada dos fatos e do próprio Direito aplicável ao caso concreto.” (LEAL, 2002, p.107-108).

3.4 Interpretação (liberdade), Argumentação (igualdade) e Prova (direito)

Deve-se reconhecer o povo como fonte de legitimidade do exercício do poder e o processo como uma instituição jurídica-linguística-fiscalizatória, ou seja, como um discurso argumentativo a ser criado para permitir a fixação procedimental do sentido normativo nos níveis instituinte, coinstituinte e constituído do Direito.

Percebe-se que o processo, assim, é pressuposto necessário para a construção de um Estado Democrático de Direito, estado este limitado pelo direito e cujo poder exercido emana do povo, que lhe confere a legitimidade. Sem o processo não é possível a construção de um direito democrático. Há, apenas, um direito e o poder arbitrário.

Também na seara penal, é o processo que garante a oportunidade de controle da produção da norma, bem como da interpretação, argumentação e produção de prova. O controle de democraticidade se concentra na revisitação crítico-constructiva da legislação penal e nos esforços empreendidos para se produzir a sentença adequada a um Estado Democrático de Direito.

De tal modo, percebe-se que a processualidade democrática possui como elementos indissociáveis interpretação, argumentação e atividade probatória, que se manifestam de maneira interativa e que legitimam a decisão jurisdicional.

No tocante a interpretação, também a teoria desenvolvida por Kelsen mostra-se incompatível com a processualidade democrática, visto que essa permite diversas interpretações que dependem da vontade livre e arbitrária do juiz. Conforme expressa Perelman:

(...) o juiz arremata o traçado que a lei lhe apresenta antes de convertê-la na maior do silogismo judiciário. Mas, procedendo assim, passando da norma geral à decisão judiciária, que constitui uma norma particular, age como o administrador público encarregado de uma função, que ele exerce da melhor forma, levando em conta considerações oportunas. As decisões deste somente poderiam ser anuladas pelo Conselho de Estado se ele violasse a legalidade, abusando de seu poder ou ultrapassando os limites dos poderes que lhe foram conferidos. (PERELMAN, 1998, p. 93).

Apesar de defender a necessidade de vinculação à norma superior, Kelsen atribui certo grau de liberdade ao criador da norma (julgador), que poderá optar entre diversas possibilidades a que melhor se ajuste às circunstâncias fáticas. Nesse sentido, ao almejar uma neutralidade científica, Kelsen atribui um ato de vontade do julgador, já que este pode escolher uma interpretação entre outras possíveis, a partir do ordenamento jurídico (LEAL, 2002, p. 49 e 53).

Afirma-se que a decisão parte do ordenamento jurídico porque a norma fundamental kelseneana, em sua Teoria, é norma jurídica não obstante seja pressuposta e extrassistêmica. A juridicidade é atribuída à norma fundamental e, por conseguinte às decisões que dela decorrem, por ato de vontade do julgador que pode

escolher o sentido que pretende atribuir à norma ou aos fatos em apreciação. Assim, uma vez que o fundamento último do sistema de Kelsen está fora do sistema jurídico, qualquer decisão pode ser fundamentada juridicamente, atribuindo à decisão extrassistêmica a condição de decisão jurídica pelo mero ato de vontade daquele que detém o *poder* de dizer o que é direito.

Com a crítica aos estudos de Kelsen, todavia, desenvolveram-se novas metodologias de interpretação atreladas a concepção do juiz sábio e justo, apto a validar o direito a partir do ato (solitário) de julgar, não representando, portanto, qualquer ganho democrático tais metodologias.

A crise do legalismo deixou como ensinamento a lição de que é preciso abandonar o raciocínio silogístico de subsunção da lei. O que não significa qualquer ganho democrático. A jurisdição, com a justificativa de atribuir valores morais as normas, passou a agir de maneira discricionária, interpretando solitariamente o direito.

Conforme já exposto, o povo, em uma democracia constitucional, é a única fonte de poder, sendo construtor, intérprete e destinatário da norma jurídica. Nesse sentido, a decisão deve ser o resultado de uma atividade interpretativa que ocorre a partir de uma processualidade dialógica constitucionalizada, o que elimina qualquer possibilidade de interpretação solitária da autoridade tida como sábia. (MADEIRA, 2008).

Já no tocante a argumentação jurídica, tem-se que, na Antiguidade, “argumentatio” também era chamada de “probatio” e “confirmatio” e fazia parte da arte retórica cuja finalidade era dar credibilidade aos pontos de vista arrolados. No decorrer dos séculos, conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior, “a ‘argumentação’, no campo jurídico, foi-se especializando, dando origem à teoria das provas no direito processual. No seu sentido amplo, a palavra é usada, modernamente, não como o elenco de provas judiciais, mas como um modo típico do raciocínio jurídico.” (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 323).

Com a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos nos anos de 1950, foram feitos diversos estudos acerca da argumentação. Os dois autores mais emblemáticos a serem citados são Theodor Viehweg e Chaïm Perelman, que propuseram a tópica jurídica e a nova retórica, respectivamente.

Em 1953 foi publicada *Topik und jurisprundenz* de Theodor Viehweg, cuja ideia central versava recuperar o modo de pensar tópico e retórico antigo na teoria e na

prática jurídicas. Contudo, o autor contrapunha o método antigo, tópico ou retórico, ao método crítico cartesiano, propondo a este intercalar a tópica. (ATIENZA, 2003).

Topoi de argumentação (*lugar-comum*) são fórmulas variáveis, tanto no tempo quanto no espaço, usadas nas discussões cotidianas e de reconhecida força persuasiva⁹. (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 330). No Direito, *topoi* são noções como interesse, interesse público, boa fé, soberania, legalidade, legitimidade. Os *topoi*, quando tomados isoladamente, constituem, para a argumentação, o que Theodor Viehweg chama de tópica de primeiro grau, já quando organizados, formam a tópica de segundo grau.

O raciocínio tópico, contudo, por se valer dos repertórios de *topoi*, quando usado em maior alcance, se vê envolto por contradições de ordem lógica.

Como técnica de pensamento, a tópica (material e formal) leva a argumentação judicial a um jogo eminentemente assistemático, em que se tem observado ausência de rigor lógico, impossibilidade de redução das decisões e silogismos etc. Ressalta-se, ao contrário, o uso abundante das distinções, das redefinições de velhos conceitos, das analogias, das interpretações extensivas, das retorsões, das ironias, da exploração técnica das ambigüidades, das vaguezas, das presunções, tudo conforme a boa retórica. (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 330).

Por seu turno, Chaïm Perelman parte da distinção entre raciocínios analíticos ou lógico-formais e raciocínios dialéticos ou retóricos, situando seu estudo sobre argumentação nesse segundo item (ATIENZA, 2003, p. 61).

Por nova retórica, entendia o autor o estudo das técnicas discursivas com o objetivo de proporcionar adesão ou intensificação de certo auditório às teses apresentadas. Para tanto, as teses seriam formuladas numa linguagem particular. Logo, argumentação, a partir da nova retórica, visa à adesão de uma tese, verdadeira ou não, mas que seja mais equitativa, oportuna à situação exposta.

Ainda, Perelman entende que a argumentação opõe-se a evidência, visto que enquanto esta se liga aos raciocínios lógico-formais aquela se refere a raciocínios

⁹ “Por exemplo, fórmulas do tipo «a maioria decide» indicam, num contexto dado, que a idéia que obtenha um maior número de adesões é avaliada, pelo grupo social, como mais importante do que a idéia, por melhor que seja, que tenha apoio de uns poucos ou de um único. A maioria é, assim, um topos ou lugar comum de argumentação, ao qual se contrapõe, por outro lado, o topos do mais sábio, do técnico, do especialista, quando dizemos, então, que uma decisão qualquer deve caber a quem entenda do assunto e não a um conjunto de opinantes que se impõem pelo número.” (Ferraz Junior, 1979, p. 04).

persuasivos cuja validade é restrita a auditórios particulares. (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 323).

Contudo, não se pode anuir que os argumentos estão contidos nos lugares (loci) e que por meio da tópica seria possível achá-los, tampouco deve usar a retórica, uma vez que esta tenta convencer um auditório por meio do carisma, da sedução, não proporcionando qualquer teorização acerca das questões envolvidas.

Verifica-se que os legitimados ao processo (aqueles que serão afetados pelo provimento jurisdicional) serão tanto autores quanto destinatários da sentença do julgador, por isso deverão exercer o controle e a fiscalização da atuação do juiz na construção do provimento, sendo que esta deve estar em consonância com os argumentos das partes construídos a partir da discussão horizontal de direitos, conforme ensina Rosemiro Pereira Leal:

A hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, se ergue como exercício democrático da discussão horizontal de direitos pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser a conclusão das alegações das partes e não um ato eloqüente e solitário do juiz. (LEAL, 2012, p.45).

Logo, as partes devem interpretar o direito e desenvolver sua argumentação, mas será a prova que validará ou não o argumento suscitado. Em outras palavras, a prova deve validar o argumento e fixar os fatos que serão recepcionados na sentença.

Logo, a decisão jurisdicional deve reconhecer a existência dos argumentos validados por provas produzidas pelas partes.

Por conseguinte, o juiz tem que se manter adstrito à prova dos autos. Não qualquer prova, mas somente aquela que tenha sido compartilhadamente produzida pelas próprias partes, em consonância com os meios legalmente previstos. Ao juiz não seria dado reconhecer a existência de um fato que não foi objeto da prova (entendida, essa, conforme se afirmou, como instituto jurídico garantidor da dialogicidade na reconstrução dos fatos), porque tal lhe tornaria ilegítima a sentença. (LEAL, 2002, p.107).

A prova, ao ser entendida como introdutor de argumentos relevantes das partes no processo, vinculando a fundamentação existente no provimento final, limita o solipsismo judicial sendo, portanto, compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

4 A PROVA E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES A PARTIR DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Conforme aludido no último capítulo, a concepção neoinstitucionalista de processo propõe, de maneira inédita, o exercício de uma fiscalidade processual discursiva nos níveis instituinte, coinstituinte e constituído do direito.

Nesse mesmo sentido, a decisão judicial deve romper com o entendimento de que o juiz possui papel proeminente, sendo possibilitado a ele julgar conforme sua consciência, desde que exponha sua motivação construída a partir de sua racionalidade.

Resta pesquisar, portanto, a relação prova-fundamentação e se a decisão judicial proferida no processo penal com fulcro na teoria instrumentalista possui legitimidade democrática. Para tanto, investigar-se-ão os estudos desenvolvidos acerca dos modelos de juiz, bem como as tentativas de controle da subjetividade desse a partir do estudo da prova elaborado no século XIX por Mittermaier e Malatesta. Por fim, serão analisados o livre convencimento motivado e a prova a partir da teoria instrumentalista de processo que percorreu o século XX.

O intuito será, assim, averiguar se a relação argumento-prova-decisão-fundamentação permite o controle de democraticidade, possibilitando decisões judiciais legítimas a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito.

4.1 A crítica ao sistema da prova legal e à livre convicção

No século XIX, conforme se verá adiante, vigorou o sistema da livre convicção da prova. Tal sistema buscou a superação do sistema de apreciação da prova legal a fim de garantir maior autonomia ao julgador para proferir sua decisão.

O sistema da prova legal nasceu no procedimento *jus commune* e foi analisado pelas escolas jurídicas, mormente a italiana, dos séculos XI-XIV. Nesse sistema, o juiz não entrava em contato direto “mediato”, nem com as partes, nem com as provas, isso porque preferiam que ao juiz chegassem apenas os ecos impessoais dos escritos, prevalecendo o princípio da escritura¹⁰. (CAPPELLETTI, 2001).

¹⁰ “A razão histórico-sociológica do triunfo, na Idade Média, do sistema na escritura, tem de se ver provavelmente na falta, precisamente, naqueles tempos, de uma “grande” magistratura. Deixa-se

Tal sistema é aquele em que a lei determina, de maneira antecipada, o grau de eficácia de cada prova, “um sistema no qual as provas nem tanto deviam ser pesadas, quanto mais contadas pelo juiz; um sistema de “valoração numérica” ou “aritmética” e, portanto, absolutamente “mecânico” das provas” (COUTURE, 1999, p. 191).

As regras para a apreciação da prova eram determinadas previamente pelo legislador, buscava-se, com isso, uma operação meramente científica e causar embaraços ao livre arbítrio do juiz. Em outras palavras, o objetivo da prova legal era liberar o juiz do peso da escolha e, com tal distanciamento, a imparcialidade do julgador.

Ao juiz restava mecanicamente contar as provas, já que estava presente um sistema aritmético, sendo a valoração daquelas estabelecida previamente pelo legislador.

Ocorre que algumas críticas começaram a ser tecidas em relação a este sistema, tanto que Cesare Beccaria, um dos críticos do sistema da prova legal, em 1764, destacou que:

Sendo as leis claras e exatas, o dever do juiz fica limitado à constatação do fato. Se se fazem necessárias destreza e habilidade quando se investigam as provas de um delito, se são requeridas clareza e exatidão no modo de apresentar-se o resultado, para julgar de acordo com esse mesmo resultado, é suficiente o bom senso simples (...). (BECCARIA, 2003, p. 31)

Percebe-se que Beccaria acreditava que o juiz deveria estar desvinculado de regras probatórias impostas pelo sistema da prova legal, mas submetido às leis que determinavam os crimes e as respectivas penas.

Trilhando entendimentos parecidos, Mittermaier (1997) e Malatesta (2005) também criticavam o sistema da prova legal, entendendo que não se deveriam impor vínculos legais à convicção do juiz.

Nessa toada, o sistema de prova legal perdurou até o século XVIII, sendo que a partir de então até meados do século XIX grandes transformações no estudo sobre a prova ocorreram, inclusive a substituição das provas legais pelo sistema da livre convicção. O juiz, assim como o júri, deveria julgar de acordo com a íntima convicção. (DELLEPIANE, 2004).

compreender com bastante clareza exatamente o famoso decreto do Papa Inocêncio III, de 1216, isto é, aquele decreto que indicou o triunfo definitivo do princípio da escritura no processo canônico. Nele se diz que o princípio da escritura, com base no qual todo o ato processual devia resultar por escrito (*acta*, ou seja *acta scripta*), estava dirigido para proteger as partes *contra falsam assertionem iniqui judicis*, contra a iniquidade e a falsidade, em suma, do juiz desonesto.” (CAPPELLETTI, 2001, p. 42).

A livre convicção¹¹ pode ser entendida como modo de razão que não se apoia necessariamente em uma prova, uma vez que o julgador pode obter a verdade dos fatos com, fora ou ainda contra as provas contidas nos autos. Em outros termos, para este sistema basta que o juiz afirme que tem a convicção moral de que os fatos ocorreram de tal maneira, sendo desnecessário qualquer desenvolvimento racional que o levou a decidir de um determinado modo. (COUTURE, 1999, p. 273)

O sistema da livre convicção, logo, foi adotado pelo francês *Code d'instruction Criminelle*, em seu artigo 312.

Artigo. 312. O presidente irá enviar para os jurados, na posição vertical e descoberto, o seguinte discurso: "Você jura e promete diante de Deus e diante dos homens, examinar em conjunto com a atenção que o mais escrupuloso dos encargos que será interposto, de não trair, nem os interesses do acusado, nem aqueles que a sociedade que acusa, Não se comunicar com pessoa até após a sua declaração; de não ouvir o ódio ou a maldade, nem o medo, nem afeto; de decidir após as cargas e os meios de defesa, seguir a sua consciência e a sua íntima convicção, com a imparcialidade e firmeza que acordam em um homem honesto e livre." Cada um dos jurados, individualmente chamado pelo presidente, responderá levantando a mão: Eu te juro, sob pena de nulidade. (tradução nossa).¹²

Esse sistema era compatível com os ideais iluministas, ao colocar a razão como instrumento utilizado pelo homem para investigar as coisas e não mais a vontade divina, concedendo ao juiz a possibilidade de julgar da maneira que considerasse justa e coerente com os costumes e valores de uma sociedade. (LEAL, 2012, p. 95).

Ainda sobre o sistema de livre apreciação da prova, Jordi Nieva Fenoll entende que não haveria a reflexão acerca deste se não houvesse o entendimento de que o objetivo da prova é a busca pela verdade, ou de algo parecido a esta, ante a impossibilidade ontológica de, muitas vezes, obtê-la. Para o autor, o sistema surgiu

¹¹ Para Jordi Nieva Fenoll, o sistema da livre convicção, entretanto, não nasce em momento histórico concreto. Por se tratar de sistema sem qualquer rigor ou maior reflexão, surge com os primeiros juízos jurisdicionais, utilizando-se como recurso a mente humana desvinculada de qualquer preocupação epistemológica. Nesse período longínquo, os juízes valoravam as provas livremente e as ordálias eram adotadas somente em casos de ausência de alguma prova. (FENOLL, 2010)

¹² Article 312. Le président adressera aux jurés, debout et découverts, le discours suivant : « Vous jurez et promettez devant Dieu et devant les hommes d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre N., de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse ; de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre. »

Chacun des jurés, appelé individuellement par le président, répondra, en levant la main : Je le jure, à peine de nullité. (FRANÇA, 1808).

como reação aos excessos provocados pelo sistema de valoração legal. Assim, teria iniciado um movimento a favor da recuperação da busca pela verdade, cujo expoente seria a livre convicção presente no código francês. (FENOLL, 2010, p. 69)

De fato, ao juiz era dado amplos poderes para alcançar a verdade real, que poderia estar nas provas ou para além dessas, tendo apenas sua consciência como guia. Logo, assim como no sistema anterior, o livre convencimento privilegiou a dominação estatal em detrimento do povo. (MADEIRA, 2008, p.162)

4.2 As tentativas de controle da subjetividade pela fundamentação: O modelo de juiz no processo penal e a prova no século XIX

Ao final do século XVIII ocorre um movimento de interlocuções acerca das ciências criminais, inclusive no que se refere à teoria da prova e sobre sua valorização, sendo Cesare Beccaria apontado como o autor que iniciou novas indagações na seara criminal.

Para o mencionado autor, a certeza era tida como algo essencial em matérias criminais, não sendo esta encontrada apenas a partir de regras científicas ou legais, mas repousaria no senso íntimo e inato que guiaria os homens. (MITTERMAIER, 1997). Beccaria afirmava, ainda, que a certeza para a formação do convencimento do julgador não se diferenciaria daquela que instrui os homens em seus importantes negócios e que os jurados seriam os mais adequados julgadores de um crime. Nas palavras do autor:

Lei sábia e de efeitos sempre venturosos é aquela que prescreve que cada qual seja julgado por seus iguais; pois, em se tratando da fortuna e da liberdade de um cidadão, todos os sentimentos que a desigualdade inspira devem silenciar. Ora, o desprezo do homem poderoso para com a vítima da desgraça, e a indignação que sente o homem de condição medíocre pelo culpado que está acima dele pela sua condição são sentimentos perigosos que não existem nos julgamentos de que falo. (BECCARIA, 2003, p.32).

A partir das reflexões de Beccaria, os criminalistas passaram a indagar qual seria a economia da prova judiciária e se seria preferível adotar a convicção íntima dos jurados ou uma teoria legal de prova que deveria ser observada pelos juízes regulares nas sentenças.

Destaca-se que neste período travava-se de grande embate entre o sistema de prova legal e o sistema da livre convicção, sendo reflexo dessa discussão a indagação

sobre qual seria o melhor modelo de juiz, os juízes-magistrados ou os juízes-cidadãos tornando-se tal opção uma das mais decisiva em matéria de ordenamento judicial.¹³

No decorrer do século XIX percebe-se uma preocupação por parte dos processualistas sobre os modelos de juízos para a valoração da prova, ou seja, qual seria o modelo capaz de proferir melhores decisões: os juízes togados ou o júri popular.

Ainda durante o século XIX ocorreu um movimento de interlocuções no que tange à prova e a sua valorização no processo penal, tendo como principais representantes Mittermaier e Malatesta.

Interessado em analisar a relação da prova com as ciências criminais e controlar o subjetivismo do julgador, Carl Joseph Anton Mittermaier, autor alemão do século XIX, pretendeu criar uma teoria geral de prova no processo penal, pois para ele “é sobre a prova que versam as prescrições legais mais importantes em matéria de processo criminal.” (MITTERMAIER, 1997, p.12).

Na obra *Tratado da prova em Matéria Criminal ou Exposição* percebe-se que a principal preocupação do autor era a necessidade de limitar o arbítrio do juiz e, para tanto, creditava à prova a tarefa de demonstrar fatos que basearia a decisão proferida pelo julgador.

Ainda para Mittermaier, ao julgador caberia expor seus motivos na decisão final, uma vez que uma condenação deveria sempre repousar sobre a certeza dos fatos, ou seja, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz a partir do arcabouço probatório.

No tocante à escolha entre júri ou a juízes ordinários, entendia o autor que, em todos os casos, dever-se-ia habilitar ao julgador decidir a partir de um corpo de provas inteiras, não sobre peças isoladas, tiradas dos processos verbais, além da necessidade de ouvir o acusado, as testemunhas, esclarecendo, ainda, todas as dúvidas para que seja formada a convicção plena

Nesse sentido, Mittermaier não se preocupava em determinar qual dos dois sistemas poderia ser apontado como o melhor, o júri ou o juiz togado; tudo dependeria

¹³ Luigi Ferrajoli entende que o modelo de juiz está ligado ao modelo de juízo escolhido e, portanto, a fonte de legitimação atribuída à jurisdição e que a alternativa entre juiz-magistrado e juiz-cidadão “trata-se de uma alternativa franca, que atravessa e caracteriza toda a história do processo penal” (FERRAJOLI, 2002, p. 461).

dos costumes políticos de cada país. Todavia, seria a prova o meio de se chegar à verdade e de formar a convicção daquele que decide no processo penal.

Outro autor preocupado em limitar o subjetivismo do juiz é o Nicola Framarino Dei Malatesta. Ao escrever *A lógica das Provas em Matéria Criminal*, Malatesta demonstrou o entendimento de que seria necessária a sociabilidade do convencimento do juiz, ou seja, os fatos e as provas deveriam criar convicções em terceiros. Nesse sentido, seria por meio da fundamentação das decisões que se tornaria possível o controle do convencimento do julgador.

Para o autor a finalidade última do processo penal é a verificação do delito, pois é a certeza da prática deste que legitima uma condenação, certeza esta nascida a partir das provas. O autor, portanto, conclui que:

Isto posto, podemos considerar a prova, referindo-nos principalmente à certeza, única base legítima da condenação judicial. Considerando-a assim, a prova é a relação concreta entre a verdade objetiva e a certeza subjetiva. E como a certeza encontra sua perfeição na convicção racional, que se resolve na consciência da certeza consentida e segura, assim, concluindo, pode-se dizer que a prova é a relação particular e concreta entre a verdade e a convicção racional. " (MALATESTA, 2005, p. 90).

Nesse contexto, a prova também seria o meio pelo qual o espírito humano alcança a verdade, já que sua eficácia seria maior quanto mais clara e seguramente ela induzisse no espírito a crença de se estar em posse da verdade. (MALATESTA, 2005).

Percebe-se que a preocupação entre os processualistas penais dos séculos XIX era limitar o subjetivismo do julgador, impondo a este o dever de apreciar as provas e fundamentar as decisões. Em contrapartida, entendia-se que a fundamentação das decisões não deveria ser baseada em um sistema de prova legal, mas sim, deveria ter como guia apenas a consciência do julgador.

Em outros termos, os autores do século XIX preocuparam-se em elaborar um estudo de prova que embasasse a decisão do julgador, sendo meio de controle das decisões judiciais, a fim de evitar arbítrios por parte dos decididores.

Tanto Mittermaier quanto Malatesta julgavam necessária a vinculação da prova produzida às decisões tomadas. Ambos buscavam nesse aspecto a limitação da subjetividade dos julgadores. Contudo, seduzidos pelos ideais iluministas acerca da razão que imperava nesse período, acreditavam que a motivação seria suficiente para controlar o subjetivismo judicial.

4.3 A teoria da relação jurídica e a repercussão na fundamentação das decisões e na teoria da prova

A crença de que por meio da fundamentação da decisão é possível controlar a racionalidade do julgador permeou o processo penal durante os séculos XVIII e XIX. Neste período, fortes críticas foram tecidas contra o sistema de prova legal, sendo a livre convicção do magistrado considerada por autores como Beccaria, Mittermaier e Malatesta a opção mais acertada.

Alinhado ao entendimento de que o juiz deveria utilizar a consciência para decidir, todavia, desenvolveu-se a noção de que as provas deveriam condicionar tal decisão. Nesse contexto, Mittermaier sentiu a necessidade de evoluir a teoria da prova e Malatesta defendeu a sociabilidade da mesma e, em que pese defender o juiz como sujeito mais qualificado para valorar a prova, reconheceram a importância de vincular esta à motivação do decisor.

No século XX houve uma alteração no que tange o sistema de apreciação das provas, surge o sistema do livre convencimento motivado. Nesse sentido, resta analisar tal sistema e seu possível alinhamento com o estudo de processo como relação jurídica.

4.3.1 Fundamentação das decisões e a instrumentalidade processual

O sistema de persuasão racional “se faz em bases normativas com apoio no princípio da reserva legal, pelo qual a convicção do julgador se condiciona a juízos secundum legis.” (LEAL, 2012, p. 187).

Em tal sistema, permite-se que o julgador aprecie as provas livremente, escolhendo umas em detrimento de outras, desde que apresente a motivação de suas escolhas, ou seja, dando as razões que o levaram a decidir.

O sistema da Persuasão Racional objetivava pôr termo às insuficiências dos critérios anteriores, ou seja, afastar o apriorismo que taxa o sistema da prova legal e demarcar a liberdade decisória da Livre Convicção (sistema em que os julgadores não se vinculam às prescrições probatórias nem à necessidade de motivação probatória).

O Código de Processo Penal Brasileiro – CPP - adotou o princípio do livre convencimento motivado, conforme se extrai do artigo 157 “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova” (BRASIL, 2013b). Já a Constituição da

República de 1988 – CRFB - impôs, em seu artigo 93, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.” (BRASIL, 2013a).

Eugenio Pacelli de Oliveira explica que a Constituição da República de 1988, ao impor a regra constitucional fundamental que determina o dever de motivações das decisões judiciais, teve por objetivo o controle da racionalidade da fundamentação do julgador. Porém, reconhece o autor que a exigência da razão jurídica aponta para a fundamentação dos julgados, mas não questiona o problema da influência da subjetividade na escolha do referencial normativo para o julgamento. (PACELLI, 2004).

Em Aury Lopes Junior, a motivação das decisões deve servir para o controle da racionalidade judicial, sendo o mais relevante a explicitação do porquê da decisão, o que levou o juiz a tal conclusão sobre autoria e materialidade. Ainda, aponta que não existiria racionalidade sem sentimento, colocando em relevo a importância da subjetividade no ato decisório e a superação do discurso positivista da neutralidade do juiz. Nas palavras do autor:

Em síntese, o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e do *sentire* do julgador, num assumido anticartesianismo. Mas também serve para controlar o poder, e nisso reside o núcleo da garantia. Permite ainda aferir “que verdade” brota do processo, evitando assim o substancialismo da mitologia “verdade real”. Ademais, é crucial que a fundamentação seja construída a partir de atos de provas, devidamente submetidos a jurisdicionalidade e contraditório(...).” (LOPES JUNIOR, 2006, p. 267)

Percebe-se que o autor reconhece a imprescindibilidade da vinculação da prova à construção da fundamentação decisória, no processo penal, mas afirma que por meio desta é possível controlar a racionalidade e o sentir do julgador.

Contudo, em que pese a Persuasão Racional buscar superar os sistemas anteriores, tal sistema não permite um efetivo controle da subjetividade do julgador. Isso ocorre, pois, o processo entendido como instrumento da jurisdição permite que o juiz valora a prova de maneira solipsista, fundamentando a decisão com base em escopos metajurídicos. (FIORATTO E BRETAS, 2010, p. 112).

Logo, não há superação do entendimento de que o sentido de justiça estaria no coração do juiz, sujeito soberano que está no alto da cátedra e as razões de suas decisões estariam no campo da metafísica, sendo a sentença resultado de um sentir¹⁴ que emerge da prudência e sabedoria do magistrado, conforme acreditava Carnelutti (2002).

Ainda, se mostra problemática a concepção de o princípio do livre convencimento implicar numa valoração arbitrária da prova por parte do juiz. Nesse sentido, deve-se reconhecer que tal princípio pode ser manipulado pelo julgador, que primeiro decide e depois lança mão das motivações que embasarão sua decisão. (COUTINHO, 1998, p. 197)

De tal modo, o livre convencimento quando da apreciação das provas e a persuasão racional do julgador sendo o critério de convicção não rompem com a ideia de que o juiz possui capacidades cognitivas superiores, sendo, portanto, quem deve dizer o direito no caso concreto.

A exclusão dos reais interessados na decisão é possibilitada a partir da noção instrumentalista de processo que entende o juiz como sujeito apto a captar as angústias e clamores do povo e que representa a consciência moral da vida social, política e econômica (GARAPON, 1999).

Decisões baseadas em critérios subjetivos a partir de um processo estruturado na lei, mas conduzido pela razão do juiz preocupado em alcançar escopos, como queria Cândido Dinamarco (2002), permitem a não valoração das provas de modo a atribuir legitimidade à decisão.

Isso, pois, ao defender o sistema do livre convencimento motivado, permite-se que a valoração da prova seja um ato solitário do julgador. Destarte, a Constituição da República impõe que o juiz motive suas decisões, antes de tudo, para permitir o controle da atividade jurisdicional, sendo os fundamentos da sentença dirigidos ao convencimento das partes do processo e não para a convicção do julgador.

Conclui-se, então, que a fundamentação baseada na persuasão racional das decisões não pode ocorrer, no processo penal, de maneira desajustada da

¹⁴ No mesmo sentido entende Gambogi: “A sentença é algo sentido, daí porque seu nome é sentença. Esse sentir do magistrado, que emerge de todos os recantos de sua alma, de sua prudência, de sua sabedoria, que une o saber científico à luminosidade de sua sensibilidade, de seu juízo valorativo, é a arquitetura, a moldura, a base da decisão. Somente após sentir a causa, somente após ter em mente a moldura da decisão, é que o juiz irá colorir o seu quadro, pintar a sua sentença com os elementos que a razão lógico-teórica, analítica, lhe empresta. (GAMBOGI, p. 198).

argumentação das partes. Ainda que se reconheça que as convicções pessoais do juiz devam ser restringidas ao máximo, a motivação de suas decisões não se mostra único meio hábil a controlar a subjetividade do julgador.

Apesar da preocupação em limitar o subjetivismo do julgador, iniciada por processualistas penais no século XIX, persistiu a crença de que a partir da fundamentação das decisões pode-se controlar a racionalidade daquele que decide. Abandonou-se, assim, o método e esvaziou-se a processualidade.

4.3.2 O conceito de prova e a consciência do juiz

Houve a tentativa por parte de Mittermaier e Malatesta de limitar a subjetividade da decisão a partir da prova, contudo, não houve a superação de que o juiz deveria julgar conforme sua consciência.

Entretanto, a concepção de que por meio da fundamentação da decisão é possível controlar a racionalidade da decisão colaborou para uma teorização da prova em moldes judicantes. Isso porque o conceito de prova desenvolvido inclusive no processo penal, atualmente, tem sido entendido como ato processual que permite a reconstrução do fato que se destina ao magistrado a fim de que este forme o seu convencimento, conforme se verá adiante.

Francesco Carnelutti, processualista cuja obra influencia os estudos até os dias atuais, na obra *La prova civile*, afirmou que o escopo do processo seria a investigação da verdade substancial e, como resultado, o alcance da verdade formal. Todavia, anos mais tarde e com influência nos escritos de Heidegger, Carnelutti escreveu o *Verità, Dubbio e Certezza* e sua concepção acerca da verdade alterou-se.

A partir de tal obra, o autor apresenta o entendimento de que a verdade não é uma só, não podendo jamais ser alcançada pelo homem. Dessa forma, Carnelutti passa a entender que ao juiz cabe buscar a certeza, não mais a verdade. Ao tratar da certeza, por sua vez, aduz que esta implica em uma escolha. Ainda que persista a dúvida e que esta atormentará sempre o julgador, contudo, uma decisão deve ser proferida.

Nas palavras do autor:

Ainda que os homens não possam julgar, devem condenar; este é o momento crítico do drama do processo, o qual aludi anteriormente. Devem condenar, porque devem agir; a condenação (ou, se quiser, a absolvição) não

é somente um juízo, mas uma ação. Assim o juiz, após ter examinado as provas, após ter escutado as razões, após tê-las valoradas, continua a encontrar-se, em realidade, de frente aquela dúvida, que o seu pensamento não consegue, de nenhum modo, eliminar. Existirão dúvidas macroscópicas e microscópicas, mas bastam somente essas últimas para constituir a sua dificuldade e o seu tormento.” (CARNELUTTI apud COUTINHO, 1998, p. 85-86).

Carnelutti reconhece que a prova produzida no processo não é axioma de verdade, visto que para o autor, provar não é demonstrar a verdade dos fatos, mas determinar e fixar estes formalmente. (LEAL, 2012, p. 186). Ainda, ressalta a importância da prova para a decisão judicial, embora entender que cabe ao juiz percebê-las e avaliá-las.

Todavia, ao apresentar o conceito de prova afiança que “as provas não são frequentemente suficiente para que o juiz possa reconstruir com certeza os fatos da causa. As provas deveriam ser como faróis que iluminassem seu caminho na obscuridade do passado; mas, frequentemente esse caminho fica nas sombras.” (CARNELUTTI, 2002, p. 56).

Assim, para o autor, no caso de haver dúvidas, deve prevalecer o julgamento e a escolha do ‘mal menor’, sendo que tal análise do que seria melhor ou não em um dado contexto ficaria a cargo do julgador. Por isso, entende que para julgar, ao juiz é devido cumprir até mesmo a tarefa de superar a ausência de prova.

A noção apresentada por Carnelutti não rompe com o entendimento de que a prova se dirige ao juiz. Por conseguinte, a prova para o autor não serve de controle de legitimidade decisória, haja vista que o persiste o entendimento de que o julgador deve, por meio de seu conhecimento privilegiado, trazer a luz para a escuridão mesmo diante da ausência de provas.

Corroborando com a concepção de que a prova se dirige ao magistrado, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que “a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 373).

Outro entendimento sobre prova a ser apresentado que apoia o entendimento de que a prova é dirigida ao julgador é o de Tércio Sampaio Ferraz Junior. O autor entende que provar significa tanto constatar a demonstração de um fato ocorrido quanto produzir uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança. Nas palavras do autor:

A prova jurídica traz consigo, inevitavelmente, o seu caráter ético. No sentido etimológico do termo – *probatio* advem de *probus* que deu, em português, *prova* e *probo* – provar significa não apenas uma constatação demonstrada de um fato ocorrido – sentido objetivo – mas também aprovar ou fazer aprovar – sentido subjetivo. Fazer aprovar significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos, num sentido favorável (o que envolve questões de justiça equidade, bem comum etc). (FERRAZ SAMPAIO, p.318).

No processo penal, em especial, o entendimento acerca das provas não é diferente, sendo concebido como conjunto de atos praticados para averiguar a verdade e formar a convicção do juiz, conforme entendia Eduardo Couture.

Para o autor mencionado, que desenvolveu seus estudos a partir do entendimento de que a tutela do processo só seria possível a partir do reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais (BARACHO, 1999), existiria diferença entre a prova no processo civil e no processo penal no que se refere à necessidade de busca pela verdade por parte do juiz.

Logo, na seara cível não seria infligida a missão de verificação da verdade; já na seara penal, ao contrário, deveria o julgador ser um averiguador da verdade, uma vez que esse seria o intérprete mais qualificado da lei.

Ainda que tenha desenvolvido esforço para encontrar formas de legitimar a decisão judicial aos moldes de uma constituição democrática, Eduardo Couture não rompe com o entendimento de que, no processo penal, o juiz alcança a verdade dos fatos a partir das provas.

Tem-se que por ser sujeito hábil para alcançar a verdade dos fatos e ser intérprete privilegiado da lei no processo¹⁵, o autor acaba por não oferecer um estudo consistente no que tange a prova no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nota-se que estudiosos do processo penal posteriores a Couture romperam com o entendimento de que o processo penal deve alcançar a verdade real, sem superar, entretanto, com o entendimento de que a prova deve ser destinada ao juiz, conforme doutrina de José Frederico Marques. Para esse autor, a prova seria "elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se

¹⁵ Couture chega a afirmar que "da dignidade do juiz depende a dignidade do direito". (COUTURE, 1951, p. 88)

serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações" (MARQUES, 1997, p. 253).

No processo inquisitório o objetivo único da atividade probatória era a formação a convicção do juiz. (TORNAGHI, 1978). Tal finalidade unívoca assemelha-se ao objetivo perseguido pelo instrumentalismo processual, que busca uma mera reconstrução dos fatos pelo magistrado, que se volta, exclusivamente, à formação da convicção deste.

Nota-se que o conceito de prova, no processo penal, está vinculado a uma finalidade prática, qual seja, o convencimento do juiz. Tal finalidade unívoca assemelha-se ao objetivo perseguido pelo instrumentalismo processual, que busca uma mera reconstrução dos fatos pelo magistrado, que se volta, exclusivamente, à formação da convicção deste.

Em outros termos, a adesão às ideias de Büllow e sua Teoria da Relação Jurídica, ao propagar a noção de que processo é instrumento da jurisdição, sendo esta o ato do juiz dizer o direito, atrelado ao entendimento de que por meio da fundamentação é possível controlar a racionalidade decisória, fizeram com que os estudos acerca da prova fossem compatíveis com o estudo da jurisdição, não do processo.

Atribui-se tal entendimento à natureza instrumental do Processo Penal que tem permitido estudos da prova em moldes judiciaristas, com avaliação de sua eficácia probante pela sensibilidade e talento jurisdicional. (LEAL, 2012). Em outros termos, o atual conceito de prova no processo penal está adstrito à consciência do julgador, considerado sujeito processual qualificado, capaz de promover justiça sem estar conectado à realidade construída no processo. Nesse sentido, o protagonismo judicial quando da valoração das provas, no processo penal, tem sido justificado a partir dos critérios teleológicos, bem aos moldes da concepção instrumental.

Ainda, é o julgador quem deve atribuir o valor de cada prova a partir de um raciocínio não explicitado, desde que exponha o caminho trilhado por sua razão, sendo tal procedimento suficiente para a legitimidade do provimento para a teoria instrumentalista de processo.

Em uma concepção democrática, a prova não pode ser concebida em uma relação estática, como objeto a ser compreendido pelo pensamento do juiz que é o único sujeito capaz de valorar e encontrar a verdade. O problema da exclusão dos reais interessados na atividade probatória é a errônea concepção de que o juiz é

capaz de lidar com os problemas do povo, acarretando um esvaziamento da própria legitimidade democrática. Logo, um conceito que permite a concentração do poder de eleger os fatos provados por meio da atividade intelectual e solipsista do juiz deve ser superado.

Por conseguinte, a prova no processo penal deve orientar-se como fator de objetivação da decisão, buscando superar a noção de que a legitimidade está na consciência do julgador, em sua subjetividade.

É nesse esteio que se afirma que a relação argumento-prova-decisão-fundamentação precisa ser orientada a partir de controle de democraticidade, a fim de evitar o decisionismo do magistrado.

Isso porque, em uma sociedade plural e complexa, não é cabível a possibilidade de existência de um sujeito apto a captar os anseios do povo. Num Estado que se diz democrático, os interessados devem atuar de modo a influenciar a formação das decisões, como forma de conferir legitimidade democrática ao provimento. Um processo dirigido solitariamente pelo juiz é contrário à legitimidade democrática.

Logo, no tocante à prova, tem-se que esta não pode ser concebida como algo que se destina à consciência do julgador e que somente nela se efetiva. Também nesse sentido, é incompatível com um Estado Democrático de Direito a adoção da livre convicção motivada, por não proporcionar o controle da racionalidade do julgador ou promover a legitimidade das decisões judiciais.

É nesse contexto que se mostra importante a superação conceitual da prova nos moldes instrumentalistas, bem como da sua valoração, a fim de suplantar uma racionalidade judicial blindada que promova decisões subjetivistas e por isso incompatíveis com um processo penal democrático.

5 O INSTITUTO DA PROVA COMO CONTROLE DE LEGITIMIDADE DECISÓRIA: A SUPERAÇÃO DA RACIONALIDADE DO JUIZ COMO SISTEMA DE APRECIÇÃO PROBATÓRIA

5.1 O problema do livre convencimento motivado e a racionalidade do juiz

Para construção de uma decisão legítima no processo penal deve-se indagar, inicialmente, a noção de que o juiz é livre para decidir, desde que fundamente racionalmente sua decisão, pois a questão a ser enfrentada:

é exatamente a da própria “racionalidade” decisional no Estado Democrático de Direito, porque o juiz, mediante mera indicação de textos legais e de fórmulas de que se utilizara para aplicação das normas ao caso posto extirpa das partes o direito fundamental de construir discursivamente a própria racionalidade decisória. (LEAL, 2002, p. 104-105).

Para Rosemiro Pereira Leal:

Afigura-se paradoxo incontornável falar em livre convencimento do juiz na apreciação de prova e persuasão racional como critério de convicção, porque a ratio nas democracias não é dos leitores da prova, mas das categorias lógicas do discurso legal popular. A fonte da razão já está no povo real e não mais nos iluminados circuitos cerebrais do decididor. (LEAL, 2012, p. 195).

Analisando-se as motivações das decisões em uma concepção judicante, observa-se que basta que o juiz fundamente racionalmente sua decisão. Porém, o problema enfrentado é exatamente de quem deve ser a racionalidade desenvolvida na decisão no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Verifica-se que a teoria do processo como relação jurídica, idealizada por Bülow, confere à autoridade um saber racional que não é passível de crítica. É nesse sentido que Sílvio de Sá Batista afirma que “a relação jurídica processual se confirma como instrumento de racionalização da técnica, controlada pelo agir estratégico do intérprete-decisor, aproximando-se de uma ideia de racionalidade que remonta ao pensamento grego de século V a.C.” (BATISTA, 2014, p.93).

Sendo assim, resta analisar qual a ideia de racionalidade do pensamento grego que ainda influencia a compreensão de racionalidade presente na teoria da relação jurídica.

5.1.1 A filosofia e o conhecimento racional

Ao aduzir que a concepção de racionalidade retoma ao pensamento grego do século V a. C., é necessário compreender que os filósofos desse período romperam com o entendimento de que a verdade era revelada pelos mitos, podendo ser alcançada, todavia, com o auxílio de predestinados de saber absoluto.

De fato, há mais de vinte e cinco séculos, alguns homens lançaram um olhar diferente sobre o que os rodeava, fazendo uma mudança na forma de enxergar a realidade, afastando-se de explicações mitológicas do Universo e aproximando-se de um modo de pensar voltado a um conhecimento sobre o mundo e os seres. (CHALITA, 2009). Iniciava-se, então, a Filosofia.

A Filosofia surge quando a verdade do mundo e dos homens deixa de ser algo secreto apenas revelado pelos deuses a alguns escolhidos, para ser algo a ser alcançado por todos por meio da razão humana (CHAUÍ, 2000, p.24).

Observa-se que são os filósofos gregos que abandonam uma existência mítica para promover um saber racional, que esclarecesse a verdade. Acreditava-se, até então, ser possível alcançar um saber que não poderia ser refutado nem pelos homens nem pelos deuses, ou seja, um saber absoluto e definitivo. (SEVERINO, 1984a). Logo, nos primórdios da filosofia grega, alcançar a verdade seria dirigir a totalidade das coisas, sendo o núcleo da filosofia a verdade inegável.

A busca pela verdade é um tema presente nos estudos dos principais filósofos; sendo o cerne da Filosofia grega a existência de verdade absoluta, que não poderia ser negada pelos homens.

Por outras palavras, se o núcleo da filosofia é a ideia da verdade inegável (ou seja, de um saber irrefutável, necessário, que nem deuses nem homens possam desmentir), a presença desta ideia permite tomar distância e, afinal, negar *toda* a forma de saber ou de *conhecimento* (e, portanto, *toda* a forma de vida) que possa ser desmentida, negada, ultrapassada, corrigida. (SEVERINO, 1984a, p. 22).

De fato, tal tema também foi abordado pelos pré-socráticos, Parmênides e Heráclito:

o encontro com a verdade é algo de insólito na vida do homem: a maioria vive na não-verdade e mesmo aqueles poucos que para ela tendem – e que, devido a esta tendência, devem ser chamados <<filósofos>> (ou seja, amantes da verdade, da sabedoria) – apenas a encontram no termo de um laborioso processo, o qual leva para além do modo comum de pensar e de viver.” (SEVERINO, 1984a, p.87).

Já para Sócrates, a verdade seria o simples saber não saber. Em Platão, a verdade readquire um conteúdo positivo, em outras palavras, torna-se o saber saber, tal conteúdo consiste exatamente no conhecimento da idealidade ou inteligibilidade *do ser*.

Logo, para Platão, a verdade é um saber irrefutável, é conhecimento do ser imutável, do ser que é absoluto. Tal filósofo acreditava que a maioria das pessoas não conheceria mais que o mundo sensível, as imagens, e viveriam, portanto, como em um sonho. Igualmente como Parmênides, Platão chamava a opinião (*doxa*) este sonho que consiste no conhecimento comum do mundo sensível. (SEVERINO, 1984a).

Platão compreendia a tese do inatismo da razão ou das ideias verdadeiras. Desse modo, conhecer, para o filósofo, era recordar a verdade, sendo o papel da filosofia resgatar as ideias verdadeiras existentes. (CHAUÍ, 2000).

Enquanto Platão buscava a verdade em um plano transcendental, Aristóteles a procurava em uma ordem imanente ao mundo que é perceptivo:

(...) conhecer é entender as condições sob as quais o que existe está determinado, pois somente há conhecimento quando as determinações cognitivas correspondem às propriedades dos seres de fato existentes. Assim, procuramos conhecer como o que é veio a ser, no intuito de podermos articular o ser e o devir, a permanência e a mudança. Para Aristóteles, as coisas vêm a ser quando ocorre uma relação ontológica (no nível das próprias coisas) entre a *forma* que determina e a *matéria* que é determinada. É esse o par de noções centrais na ontologia aristotélica. Nele, podemos reconhecer o dualismo tal como Aristóteles o entende. Para que alguma coisa exista, a matéria, em si mesma amorfa e indeterminada, deve receber uma forma que a determine especificamente. Algo *real*, portanto, só existirá pela relação imanente entre forma e matéria. (LEOPOLDO E SILVA, 2009, p. 52).

No capítulo 7 do livro *Gama da Metafísica*, ao afirmar que “Dizer que o que é, não é, e que não é, é; verdade, que o que é, é , e o que não é , não é.” (tradução

livre)¹⁶, Aristóteles traz a ideia de verdade como correspondência existente entre o discurso e a realidade.

Segundo Franklin Leopoldo e Silva, é Aristóteles quem enuncia dois teoremas fundamentais da concepção de verdade. O primeiro deles seria que a verdade não estaria no ser ou na coisa, mas, sim, estaria no pensamento ou na linguagem. A segunda seria que a verificação da medida da verdade é exterior a ela, estando presente no ser ou na ação, e não no pensamento ou no discurso.

Para o estudioso, esta relação aristotélica entre enunciado e coisa é caracterizada como correspondência, embora também tenha embutidos os conceitos de adequação e conveniência. (LEOPOLDO E SILVA, 2009).

Percebe-se que as noções sobre um conhecimento racional capaz de encontrar a verdade não são uniformes. Assim, as matrizes teóricas distintas produziram resultados também diversos, o que corrobora com o entendimento de que os filósofos gregos não conseguiram alcançar um saber absoluto utilizando-se da razão. Sucede, nesse passo, que a tentativa de se alcançar a verdade a partir de mentes dos predestinados também deve ser questionada. Isso, pois:

Não existe uma razão única, que possui a dádiva da verdade, há racionalidades com a pretensão científica de atribuir certeza ao discurso humano, Porém, ainda assim, haverá falhas no pensamento humano, pois a racionalidade também pode errar, uma vez que todo conhecimento produzido pelo homem se resume em hipóteses. (BATISTA, 2014, p. 97).

No campo filosófico, muito se tem questionado sobre a capacidade da razão em promover conhecimento e alcançar a verdade; o que provocou embates entre diversos pensadores ao longo da história. O objetivo deste trabalho, decerto, não é analisar todas as discussões e implicações que permearam o estudo acerca da razão. Porém, serão destacados David Hume e Immanuel Kant, tendo em vista que “ambos apresentaram concepções distintas quanto à capacidade da razão para atribuir certeza ao conhecimento humano. O produto desse debate foi de extrema importância para atribuir certeza ao conhecimento humano.” (BATISTA, 2014, p. 97).

A finalidade de tal análise é demonstrar como tais reflexões filosóficas foram influentes para o Direito, mormente para o estudo da fundamentação das decisões no processo penal brasileiro atual. Isso porque, para compreender a crença na

¹⁶ “decir que lo que es, no es, y que lo que no es, es; verdadero, que lo que es, es, y lo que no es, no es.” (ARISTÓTELES, 2003, p. 198).

racionalidade almejada no plano decisional, deve-se analisar, ainda que em breves linhas, o debate entre Hume e Kant e de como a razão kantiana influencia a correlação entre razão e autoridade quando da fundamentação das decisões.

5.1.2 A repercussão do embate entre o empirismo de Hume e a razão de Kant

Contrariando a tese do inatismo, que compreendia a existência de uma razão inata ao homem, os empiristas acreditavam que a razão e a verdade só seriam alcançadas a partir da experiência. Assim, sem a experiência, a razão seria uma “tábula rasa” onde nada ainda teria sido gravado. (CHAUÍ, 2000).

David Hume é o nome mais importante do empirismo inglês. Para Hume, todos os raciocínios sobre a realidade seriam baseados no princípio da causalidade, sendo que o conhecimento acerca de causa e efeito não seria obtido a priori, mas, sim, da experiência.

O princípio da causalidade é, portanto, uma *conjectura*. A sua <evidência> não possui um valor <lógico> mas sim *psicológico*: o <hábito> de perceber que certos eventos semelhantes entre si são seguidos por certos eventos semelhantes entre si determina um sentimento de <crença> e de <fé>, com base no qual o homem espera que, ao se verificar um certo evento do primeiro tipo, se verifique um outro do segundo tipo. (SEVERINO, 1984b, p 149).

Contudo, o empirismo apresenta um problema, já que a principal característica da experiência é a individualidade. Porém, se o conhecimento dito racional for a generalização e a repetição “então o que chamamos de Filosofia, de ciência, de ética, etc. são nomes gerais para hábitos psíquicos e não um conhecimento racional verdadeiro de toda a realidade, tanto a realidade natural quanto a humana.” (CHAUÍ, 2000, p, 92).

Com o anseio de combater as ideias de Hume, que o teria acordado de seu sono dogmático, Immanuel Kant, com a Crítica da Razão Pura de 1781, apresentou concepção filosófica diversa. Para o filósofo, haveria uma razão *a priori* que é anterior à experiência.

Ao buscar fazer uma revolução copernicana na Filosofia, Kant retira do centro a realidade objetiva, bem como os objetos do conhecimento que poderiam ser conhecidos em si mesmos, para dar lugar à razão.

A razão é uma estrutura vazia, uma forma pura sem conteúdos. Essa estrutura (e não os conteúdos) é que é universal, a mesma para todos os seres humanos, em todos os tempos e lugares. Essa estrutura é inata, isto é, não é adquirida através da experiência. Por ser inata e não depender da experiência para existir, a razão é, do ponto de vista do conhecimento, anterior à experiência. Ou, como escreve Kant, a estrutura da razão é a priori (vem antes da experiência e não depende dela). (CHAUÍ, 2000, p. 95-96).

O que seria inato para Kant seria a estrutura da razão, não o conteúdo ou a matéria, tampouco tal estrutura seria causada pela experiência humana, como aduziam os empiristas. Portanto, o conhecimento racional kantiano seria a síntese entre uma forma inata e universal e um conteúdo particular produzido a partir da experiência. (CHAUÍ, 2000).

Por fim, ao afirmar que a tarefa do homem seria desvelar um conhecimento natural e intrínseco à razão, nota-se que Kant prestou homenagem aos primeiros filósofos gregos que estabeleceram as bases do racionalismo. (BATISTA, 2014, p. 98).

Entender o pensamento de Kant no que diz respeito à razão é importante, já que tais ideias permanecem incrustadas quando do estudo do direito, inclusive no que tange à prova e à fundamentação das decisões, pois esta concepção tem contribuído sobremaneira para o mito da sociedade pressuposta e de predestinados iluminados por uma razão inata, capazes de captar as angústias sociais e promover a justiça. Sobre a influência do homem kantiano no direito, mais uma vez é conveniente o registro de Rosemiro Pereira Leal:

O pior dessa obscurantista herança iluminista é acolher a escatologia do homem kantiano (o dever intrínseco à sua razão naturalmente recebida e formada por uma vontade essencialmente performativa e voltada à prática do Bem, do entendimento e à instalação de uma paz perpétua). Certamente que a *realidade* pós-iluminista vem refutando essas profecias e as causas da discórdia humana estão muito longe do mito rousseauiano da maldição da sociedade que, em si, seria corruptora do homem. Assim trabalham o mito da sociedade pressuposta e de um homem autoiluminado pela sua inata Razão, devendo ser este homem severamente responsabilizado (até morto, banido!) pelo não uso da sua prodigiosa Razão (livre arbítrio miraculoso para salvar essa fantasmal sociedade. Este homem kantiano é a maior monstruosidade já inventada (e já academicamente venerada e eternizada) e fundadora de um mito ainda mais escabroso que é do agente-capaz.” (LEAL, 2013, p. 07).

De fato, a influência kantiana mostrou-se presente até mesmo na Revolução Francesa, ocorrida em 1789, que se amparou nos estudos do filósofo para estruturar o denominado Estado da Razão. Já no campo jurídico, o racionalismo apriorístico do

filósofo encontra-se presente na norma fundamental de Kelsen, sendo esta uma norma teorizada pela racionalidade humana. Em outros termos, ao estabelecer as bases da teoria pura do direito e conferir à razão as condições para determinar uma ordem jurídica justa, Kelsen se apropriou do conhecimento kantiano. (BATISTA, 2014).

Ainda, o ideal de racionalidade em Kant tornou-se um dogma, uma dádiva possível aos predestinados; o que implica em uma correlação entre razão e autoridade, gerando, ainda, um impasse ao progresso do conhecimento científico. (BATISTA, 2014).

Porém, no século XX, houve o rompimento com o mito de que, a partir do uso da razão, obtêm-se verdades e certezas imutáveis, conforme se verá a seguir.

5.1.3 Crise da razão e mitigação da busca pela verdade

O conhecimento racional não pode ter a pretensão de alcançar a verdade¹⁷, uma vez que esta é construída discursivamente a partir de certos interesses de um saber, ou seja, é criada dentro de uma dinâmica de produção de discurso, que pode ser estimulado ou proibido conforme a lógica desse saber, tal como alude Michel Foucault:

A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua "política geral" de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiro; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro. (FOUCAULT, 2013, p. 52).

Dizer "a verdade é deste mundo" significa afirmar que ela é imanente, produzida aqui, e não por uma instância transcendental. Sendo assim, Foucault trabalha a noção de verdade não como correspondência, mas como algo construído discursivamente, produzida em cada sociedade entre as estratégias de poder/saber.

¹⁷ Aroldo Plínio Gonçalves afere que, ao contrário de diminuir a importância do conhecimento científico, o entendimento de que esta não é um conjunto de verdades não promove óbice para o seu progresso, uma vez que se reconhece a necessidade da contínua complementação. Prossegue o autor afirmando que o conhecimento advém de esforços e os conceitos e teorias se substituem, se renovam. (GONÇALVES, 1992).

A busca por uma verdade irrestrita recai em ideais permeados de pré-concepções ideologizadas de acordo com o contexto em que se está inserido. Deixa, pois, de representar a verdade em si, para significar tão somente o ideal de verdade estrategicamente eleito em dado momento.

Contudo, não existe conhecimento que corresponda a uma verdade absoluta, irrefutável. O que se tem como certo em um momento, posteriormente pode deixar de sê-lo. Então, não é possível crer que por meio da razão atinge-se a verdade.

Conforme se lê em Karl Popper, não existe algo classificado como verdadeiro devido ao fato de que as teorias tidas como verdadeiras hoje poderão deixar de sê-las posteriormente. Isso ocorre tendo em vista não haver uma verdade absoluta, única, logo, uma teoria pode ser confirmada ou falseada por outra. Em outros termos, uma teoria não ficaria melhor com a inclusão de resultados que a confirmem, todavia, basta um fato contrário para que essa seja falseada.

Por conseguinte, aquilo que é concebido como verdade irrefutável em um dado contexto, poderá deixar de sê-lo em momento posterior, diante de novas pesquisas. Refletindo sobre o conhecimento e a busca pela verdade, a partir de uma concepção popperiana, pode-se afirmar que tão logo se encontre o que se supõe ser verdade, novos problemas e reflexões surgem; o que gera a necessidade contínua de novas pesquisas. Nesse diapasão, “tratando-se de progresso científico, todo saber é provisório, posto que seu objetivo não é alcançar a verdade real, mas propor conjecturas teóricas que se aproximam da verdade.” (BATISTA, 2014, p. 101).

Assim, do ponto de vista racional, Popper entende que não se pode confiar em uma teoria, pois não se pode mostrar que esta é verdadeira. Pode-se preferir uma teoria mais bem testada face a outra menos testada.

Em outras palavras, não há ‘confiança absoluta’; desde, porém, que *tenhamos* de escolher, será ‘racional’ no sentido mais óbvio que conheço dessa palavra: a teoria mais bem testada é aquela que, à luz de nossa *discussão crítica*, parece ser a melhor até agora, e não conheço mais ‘racional’ do que uma discussão crítica bem conduzida. (POPPER, 1999, p.31-32).

Popper também entende que toda teoria é uma hipótese e que todas podem ser derrubadas, portanto, deve-se abandonar a alegação de que uma teoria é verdadeira.

Para o autor, ainda, todo conhecimento deve ser passível de ser criticável. Todavia, só o conhecimento objetivo é criticável, isso posto, o conhecimento subjetivo deve ser objetivado. Diz-se objetivo quando se expõe o que se pensa, e mais ainda quando se escreve ou imprime.

É a partir dessas considerações que se afirma que a fé inabalável pelo dogma da verdade, alcançada pela racionalidade de alguns sujeitos, não pode ser admitida no direito. Portanto, nesse ponto também se questiona a norma fundamental de Kelsen, por ser teorizada a partir de uma racionalidade de influência kantiana, bem como, no campo processual, questiona-se a teoria do processo como relação jurídica, que é controlada pela racionalidade do intérprete-decisor, visto que esta se resume a uma técnica de controle da decisão judicial por parte do juiz, não oferecendo contribuição para um Direito democrático.

Deve-se reconhecer, então, que Bülow estabeleceu uma crença de que o decisor possui saberes apriorísticos advindos de uma razão inata, nos moldes kantianos. E é nesse esteio que se outorga à autoridade judicante poderes de “livre convicção”, com o objetivo de melhor controlar a relação jurídica processual e garantir resultados de acordo com os interesses do Estado, tanto em matriz liberal como social de direito. (BATISTA, 2014).

A racionalidade de uma decisão judicial cujo desenvolvimento ocorre em uma relação processual, ainda que o juiz motive suas “razões”, mantém o decisor em posição proeminente face às partes. A decisão proferida ao final do processo penal não pode ser imune à crítica por ter sido produzida racionalmente pelo julgador, tampouco pode ser desconectada com as provas produzidas.

Nessa perspectiva, portanto, torna-se patente a obsolescência das abordagens tradicionais a que nos referimos, principalmente quanto à apreciação da prova, porque, como visto, fixam-se somente no fato de que o julgador está adstrito a fundamentar “racionalmente” suas decisões – o que não basta ao novo Processo constitucionalizado. (LEAL, 2002, p. 104-105).

Mostra-se ainda mais problemático atribuir ao convencimento do juiz quando se persiste a crença de que este consegue encontrar, a partir da atividade probatória, a verdade sobre os fatos, conforme aduzem alguns autores quando escrevem acerca do processo.

A atribuição ao julgador da penosa missão de analisar solitariamente o resultado oriundo da técnica probatória, com prestante identificação e afastamento de todas as artimanhas que, pressupostamente, utilizariam os que se postariam na disputa de direitos, apresenta-se democraticamente ilegítima, sobretudo quando se pretende que a referida atuação gere o convencimento de um magistrado sedento por encontrar a verdade para bem cumprir o seu ofício judiciário. (THIBAU, 2014, p. 61-62).

Nessa perspectiva, também se mostra mítica a assertiva de que a prova revela a verdade, como se fora um instrumento mágico de transposição do concreto em abstrato ou vice-versa.” (LEAL, 2005, p. 51).

5.2 A necessidade de revisitação do conceito de prova no processo penal

O estudo da prova, no Estado Democrático de Direito, deve ser realizado de modo a romper com os ideais do instrumentalismo processual, que credita à racionalidade do julgador o desvelamento da certeza (ou verdade) dos fatos, conforme foi analisado no último capítulo.

A prova não pode ser concebida em uma relação estática, como objeto a ser compreendido pelo pensamento do juiz, que é o único sujeito capaz de valorar e encontrar a verdade. O problema da exclusão dos reais interessados na atividade probatória é a errônea concepção de que o juiz, com seu conhecimento privilegiado, é capaz de lidar com os problemas do povo, acarretando um esvaziamento da própria legitimidade democrática. Logo, um conceito que permite a concentração do poder de eleger os fatos provados por meio da atividade intelectual e solipsista do juiz deve ser superado.

Na teoria do processo como relação jurídica, a prova continua a ser objeto que se consolida na consciência do juiz. É esse quem deve entender a realidade e encontrar a verdade dos fatos. Portanto, percebe-se a necessária revisitação conceitual da prova em moldes democráticos.

Para se compreender a prova nos moldes democráticos, deve-se, primeiramente, romper com a ideia de que processo é instrumento da jurisdição e que esta é o ato do juiz dizer o direito. Nesse sentido, os estudos realizados pelo professor Rosemiro Pereira Leal no tocante à prova se mostram compatíveis com o Estado Democrático de Direito, uma vez que rompem com a instrumentalidade do processo quando da teorização da prova.

A importância da prova para o processo é demonstrada com o entendimento de Rosemiro Pereira Leal de que, assim como jurisdição sem processo é inconstitucional, a teoria da prova, como instituto jurídico, é necessária à compreensão da procedimentalidade democrática. Para o autor, o descaso pela teorização adequada do instituto da prova advém da crença de que existe o primado do direito que se faz pelo juiz que consegue promover a justiça, sendo o processo apenas um entrave criado pelo legislador. (LEAL, 2005, p. 53).

5.2.1 O instituto da prova na teoria neoinstitucionalista de processo

Em um Estado Democrático de Direito deve-se suplantar a concepção de prova no processo penal no Estado Liberal ou Social. Nesse sentido, os estudos realizados pelo professor Rosemiro Pereira Leal mostram-se compatíveis com a legitimidade decisória necessária, uma vez que rompem, em definitivo, com o primado do direito que se faz pela justiça realizada pelo juiz. (LEAL, 2005).

O autor explica que o instituto processual da prova é de grande complexidade teórica, uma vez que “provar é representar e demonstrar os elementos da realidade objetiva pelos meios intelectivos autorizados em lei.” (LEAL, 2012, p. 185).

Segundo o autor, a prova é um instituto jurídico criado por lei que tem por finalidade a fixação de fatos no processo. Por instituto jurídico entende-se o conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação.

Assim, a prova teria por finalidade a fixação de fatos no processo e enunciar-se-ia a partir de conteúdo lógicos de aproximação de três princípios, quais sejam: indiciariedade, sendo esta os elementos integrados da realidade no espaço; ideação, que seria a apreensão intelectual dos elementos pelos meios do pensar no tempo e a formalização, que nada mais seria que a instrumentação da realidade pensada pela forma legal existente. Assim, a prova não pode estar adstrita, apenas, à sensibilidade do julgador sem qualquer passagem reflexiva pelos aspectos de sua configuração teórico-construtiva, que lhe confere o caráter de instituto jurídico.¹⁸

¹⁸ Conforme ensina Rosemiro Pereira Leal: “A exemplificar, a **perícia** é um **meio** de prova para o exame de **elementos** de prova com elaboração final do laudo que é **instrumento** de prova.” (LEAL, 2005, p. 51).

Nas palavras do autor: “De consequência, a **prova**, como instituto jurídico, enuncia-se a partir do mundo da realidade dos **elementos** sensoriáveis pelos **meios** de ideação jurídica para elaboração do **instrumento** de sua expressão formal.” (LEAL, 2005, p. 50).

Com efeito, a partir da teoria neoinstitucionalista do processo, a prova é um instrumento jurídico que se constitui por um meio lícito, com o objetivo de apreender um elemento cujo produto é instrumentalizado nos autos, sendo, portanto, o objeto do instituto da prova a produção da estrutura do procedimento como condição de causalidade da fundamentação do ato decisório. Ainda, o destinatário da prova não é o juiz, mas, sim, o júízo, ou seja, o órgão jurisdicional estatal. (LEAL, 2005).

Nesse contexto, a valoração da prova seria a percepção do elemento de prova nos autos, enquanto a valorização seria a indicação da importância do elemento para a conclusão da decisão, aludindo uma análise técnica, lógica e jurídica do que tal instrumento de prova representa para a sentença e o objeto litigioso. Assim é que a valoração seria o ato de apreensão intelectual do elemento de prova, e a valorização o ato de entendimento legal acerca dos teores desses elementos. (MADEIRA, 2008).

Tanto a valoração quanto a valorização não podem ser realizadas de maneira solitária por parte do julgador, que utiliza como guia a razão ou o senso de justiça, visto que às partes também deve ser proporcionada a atividade cognitiva, pela via argumentativa-participativa.

Repise-se que tal valoração e valorização, no atual modelo cognitivo, não é feita somente pelo julgador, mas também pelas partes, vez que as alegações dessas últimas em torno da prova vinculam o julgador quando da prolação da sentença, sendo inequívoco que o juiz deve passar pelos argumentos das partes, ainda que para rejeição, na fundamentação decisória. (MADEIRA, 2008, p. 166).

Todavia, no que tange à argumentação das partes, importante destacar que sem a prova o argumento jamais poderá ser validado no processo penal. Isso porque é necessário um regime de fiscalização recíproca, para que as partes e o juiz conheçam os argumentos válidos, que serão incorporados pela sentença.

A prova deve ser introduzida e produzida pelas partes, por meio do contraditório, com o objetivo de possibilitar às partes a introdução de informações relevantes no processo, a fim de limitar a liberdade de convicção na decisão final e não na perspectiva do procedimento que se volta para a consciência soberana do juiz.

A busca de uma mera reconstrução dos fatos pelo magistrado, que se volta, exclusivamente, à formação da convicção deste, é um ideal compatível com uma visão instrumental de processo, não contribuindo para a construção de um processo penal democrático, cuja finalidade “passa a ser a obtenção de uma decisão que repercute com legitimidade sobre os direitos dos cidadãos e demonstre segurança jurídica para a sociedade.” (MARQUES, 2007, p. 170).

Dessa forma, a prova não pode estar adstrita, apenas, à sensibilidade do julgador, sem qualquer passagem reflexiva pelos aspectos de sua configuração teórico-constitutiva, que lhe confere o caráter de instituto jurídico, visto que o objetivo da prova deve ser possibilitar às partes a introdução de informações relevantes no processo a fim de fundamentar a decisão final.

A finalidade da prova no processo penal proposto pela Constituição deve ser possibilitar às partes a introdução de informações relevantes no processo a fim de influenciar na decisão final, logo, “provar não quer dizer a demonstração da verdade dos fatos discutidos, mas ‘determinar e fixar formalmente os fatos.’” (LEAL, 2012, p. 186).

Assim sendo, a prova deve ser entendida como a possibilidade conferida às partes de fixação de informações relevantes a fim de influenciar na decisão final, ou seja, como ato destinado às partes para fixação dos argumentos que irá preparar o provimento final e não na perspectiva do procedimento que se volta para a consciência soberana do juiz.

Conforme assegura Leal:

O provimento, nas democracias, não tem causa justificadora na convicção ou talento do julgador, mas fundamentado na estrutura formal (cartularizada) do procedimento. A sentença ou decisão há de ter seus fundamentos egressos da lógica procedimental formalizada e desenvolvida compartilhadamente pelos sujeitos do processo. Em direito processual democrático, a ausência dessa vinculação descaracteriza o conceito de fundamento decisório nas democracias que alude o art. 93, incisos IX e X da CR/88. As leis são balizadores hermenêuticos das decisões, mas processualmente os argumentos fundantes são, nas democracias, inferentes (conceitos inferidos) da estrutura escritural do procedimento. (LEAL, 2005, p. 55).

Em um Estado Democrático de Direito não é possível conceber uma decisão judicial como uma revelação divina ou mística daquele que é portador da razão, capaz de alcançar senão a verdade dos fatos, a certeza dos mesmos.

A vinculação da prova produzida no processo à decisão judicial é o meio de controle da legitimidade decisória, pois rompe com a crença depositada no Estado-Juiz para que este alcance a verdade e, com isso, a paz social. (LEAL, 2012).

Portanto, tem-se que, no processo democrático, o talento ou a sensibilidade do juiz devem ceder lugar aos argumentos construídos e imprimidos ao processo por meio da prova produzida.

5.3 A suplantação do livre convencimento motivado ou persuasão racional das decisões

Ao analisar os estudos formulados sobre prova no processo penal, com fulcro no artigo 157 do CPP, observa-se que ao magistrado é concedida plena liberdade na avaliação das provas produzidas no processo, podendo esse fundamentar sua decisão com base nas provas valoradas e valorizadas de maneira solipsista. Impõe-se ao decisor, contudo, a indicação dos motivos que lhe formaram seu convencimento.

Todavia, ao situar o denominado Estado-Juiz como destinatário único do resultado probatório, a dogmática jurídica não recepciona os ganhos teóricos advindos de avançadas pesquisas desenvolvidas sobre o processo, as quais, interrogando a razão prática em prol da coautoria decisória quanto à temática probatória, rejeitam a pretensão de atrelamento da sensibilidade do julgador à cognição que, contemporaneamente, desgarra-se dos atributos pessoais do magistrado para consistir em um exame compartilhado dos fatos e do direito fixados na estrutura técnico-normativa mediante observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. (THIBAU, 2014, p. 65).

Parece inócuo falar em livre convicção motivada sem vincular a esta a lógica desenvolvida na estrutura formalizada do procedimento, visto que, “não basta que o juiz decida ao seu alvedrio e fundamente racionalmente, ainda que se valha de dispositivos de lei, porquanto há que passar pelos argumentos das partes construídos proceduralmente.” (MADEIRA, 2008, p. 163). Contudo, ressalta-se que, no processo penal, os argumentos desenvolvidos no processo devem estar fixados pelas provas, já que argumento não provado não deve ser considerado.

É nesse esteio que a vinculação entre a atividade probatória dos legitimados ao processo e a necessidade de se impor ao juiz que motive suas decisões, no Estado

Democrático de Direito, tem o objetivo precípua de permitir o controle da atividade jurisdicional com a participação dos reais interessados, os quais são destinatários do provimento final.

A aceitação inquestionada de uma liberdade na apreciação da prova indica a atribuição a esse julgador da condição de único titular da atividade de apreciação probatória. (THIBAU, 2011).

Nesse sentido, discorda-se de Aury Lopes Junior, que entende ser possível o controle da racionalidade do juiz desde que este explicita o porquê da decisão e que ressalta a importância da subjetividade e do sentir no ato decisório, segundo leitura abaixo: “Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático. Nesta linha, está expressamente consagrada no art. 93, IX, da CB.” (LOPES JUNIOR, 2006, p. 263).

O autor reconhece a importância da construção da fundamentação a partir dos atos de prova, todavia, conceituam estes como sendo os atos destinados a convencer o juiz da verdade ou não de uma afirmação. Ora, não adianta vincular a fundamentação aos atos praticados pelas partes, mas que são destinados à razão do juiz, uma vez que será este quem valorará a prova de maneira solitária e antidemocrática.

Tudo isso para superar o discurso positivista de neutralidade do juiz, que para o autor seria hipócrita, pois o enfoque legalista seria “um mecanismo de defesa de que o julgador lança mão para não introjetar sua *sombra*.” (LOPES JUNIOR, 2006, p. 266).

Porém, quando se questiona a racionalidade judicial como forma de fundamentar e, com isso, legitimar uma decisão, não se trata de uma tentativa de resgate dos ideais positivista que viam a legalidade como padrão de legitimidade do poder exercido pela autoridade, conforme foi analisado no primeiro capítulo.

No Estado Democrático de Direito, assim como na elaboração das leis, a fundamentação quando da aplicação destas só é legítima se houver a participação democrática das partes, que produzem e valoram as provas, sendo que o processo concretizará tal legitimidade, com total superação da ideia de que esta é pressuposta na legalidade ou a partir da consciência do julgador portador da razão.

Com amparo nos estudos de Popper, vislumbra-se que a decisão prolatada é uma teoria que deve se sujeitar às críticas. Como teoria, o conteúdo deve ser

objetivado. Contudo, os fundamentos presentes não podem advir de uma consciência que basta em si própria. Ao juiz cabe fundamentar com base nas provas produzidas. Já as provas rejeitadas devem ser citadas expressamente na decisão.

O produto instrumentalizado nos autos a partir da atividade probatória deve sofrer uma testificação das percepções das partes, constituindo a fase mais importante, porque é nessa que as diversas percepções se manifestam. Logo, é a processualidade democrática que possibilita o ambiente de participação, controle e fiscalização da atividade judicial e é a prova, como resultado da argumentação jurídica fixada no processo, que fundamenta e legitima a decisão.

Por isso é que se ressalta a necessidade de revisitação do conceito de prova e do entendimento de que a percepção do elemento de prova nos autos (valoração), como a indicação da importância do elemento para a conclusão da decisão (valorização), não são atividades exclusivas do julgador, uma vez que tanto o ato de apreensão intelectual e a interpretação das leis não podem ser realizados pela razão de um só sujeito.

5.4 A necessidade da repercussão da prova na fundamentação das decisões, a partir do contraditório

A fundamentação das decisões desconectada da discursividade democrática não se mostra meio hábil a controlar a subjetividade do julgador, não promovendo legitimidade decisória.

Nota-se a que a limitação da atividade judicial solipsista advém da vinculação direta entre a fixação da argumentação das partes a partir da prova, através do contraditório, e a fundamentação da decisão proferida pelo julgador.

Daí a relevância do contraditório, que deve ser entendido não como mero atributo, qualidade do processo, conforme a concepção de Fazzalari, mas, sim, como um autêntico instituto jurídico, ou seja, um elemento constitutivo essencial sem o qual não se define o Processo. (LEAL, 2012).

É a partir de tal entendimento que André Cordeiro Leal apresenta o entendimento de que, também no plano decisional “o *contraditório*, referido no art. 5º, LV, da CR/88, deve ser entendido, na atualidade, como princípio constitucional que atua como referente inafastável na leitura do Código de Processo Civil e da legislação procedimental no plano infraconstitucional.” (LEAL, 2002, p.102).

Continua o autor explicitando que o contraditório deve ser mais do que garantia de participação em simétrica paridade, devendo estar ligado à fundamentação das decisões, o que possibilita formar bases argumentativas sobre o fato e o direito que motivarão as decisões.

Também nessa direção aponta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que demonstra que a vinculação entre os argumentos produzidos em contraditório e a fundamentação das decisões, em um contexto democrático, é latente, devendo ser os mesmos considerados irmãos siameses, pois:

(...)fundamentar a decisão jurisdicional é justificar o órgão estatal julgador, no processo, as razões pelas quais a decisão foi proferida. Esta justificação, porém, não pode ser abstrata, desordenada, desvairada, ilógica, irracional ou arbitrária, formulada ao influxo das ideologias, do particular sentimento jurídico ou das convicções pessoais do agente público julgador, porque ele não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui o monopólio do saber. A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional sob a prevalência do ordenamento jurídico e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos. (BRETAS, 2004, p. 146-147)

No processo penal entende-se que deve prevalecer a mesma compreensão, com a ressalva de que um argumento alegado pelas partes, mas não provado, não pode ser considerado hábil para fundamentar a sentença. Sendo assim, é importante que se destaque que a argumentação desenvolvida no processo penal pelas partes deve ser validada a partir da prova, uma vez que esta “é fator de visibilidade da argumentação jurídica.” (LEAL, 2005, p. 55).

Nesse aspecto, faz-se eco às palavras do autor português Rui Cunha Martins que, percebendo a necessidade da vinculação entre prova, contraditório e convicção do juiz, afirma que “a convicção não é, por assim dizer, “autônoma”. Funciona em estreita dependência da prova, a qual, por sua vez, se faz depender do contraditório.”. (CUNHA MARTINS, 2013, p. 20).

Em suma, ressalta-se a relevância da argumentação jurídica desenvolvida pelas partes, validada pelas provas produzidas. Para tanto, deve haver o entrelaçamento máximo entre contraditório, prova e fundamentação. Mais do que embasar-se em argumentos, deve-se fundamentar em provas valoradas e valorizadas

de maneira democrática, a partir do processo, proporcionando às partes a construção de uma racionalidade decisória.

Esse entendimento de que as partes devem participar a fim de interferir no provimento final e que se deve combater a atuação solipsista do juiz é apropriado à construção do Estado Democrático de Direito. As partes são sujeitos de direito e, por isso, devem, também no processo, desempenhar um papel democrático-participativo fundamental no provimento final, já que são essas que sofrerão seus efeitos.

Para tanto, reitera-se a necessidade de superação da realização de uma justiça retórica, não testificada, que se mantém embasada em uma racionalidade kantiana do julgador sábio e talentoso, que se utiliza do processo como instrumento para realização da jurisdição e promoção de escopos metajurídicos, como querem os instrumentalistas, para alcançar-se a verdade dos fatos e punir os culpados. Tudo em nome de uma pacificação social.

Nesse sentido, é o instituto da prova que deve limitar o solipsismo judicial no processo penal ao vincular a fundamentação da sentença com as argumentações das partes fixadas no processo, haja vista tratar de elemento apto a promover a legitimidade da decisão, funcionando como mecanismo de aferição da democraticidade da sua construção.

De fato, a decisão no processo penal não pode ter como causa justificadora a convicção do julgador, mas, sim, deve ter seus fundamentos advindos da lógica procedimental formalizada, desenvolvida pelas partes e fixada no processo pelas provas produzidas em contraditório. A omissão de tal vinculação descaracteriza o fundamento decisório em uma democracia a que se refere o art. 93, incisos IX e X da CRFB. (LEAL, 2005).

6 CONCLUSÃO

A presente dissertação buscou demonstrar que o paradigma do Estado Democrático de Direito reclama um rompimento com os dogmas que concebem autoridade sábia e justa, capaz de interpretar e aplicar, de maneira solipsista, o Direito. Em especial, pretendeu demonstrar que as decisões judiciais no processo penal não podem ser fundamentadas na razão inata do julgador, em nome da pacificação social, e que a prova deve possibilitar às partes a fixação de informações relevantes que vão repercutir na decisão final, promovendo a legitimidade decisória compatível com o paradigma democrático.

Para tanto, inicialmente, investigou o fundamento do poder que era, até a Idade Média, divino, metafísico, ou seja, supramundano, alterando-se, a partir da visão moderna, para ser fundamentado na razão humana. Todavia, a partir dos estudos de Weber, a legalidade torna-se padrão de legitimidade e, pelo fato de o aparelho legislativo emanar da vontade geral, o único fundamento da legitimidade seria a opinião do povo.

Também se constatou que nas investigações de Hans Kelsen a legalidade é concebida como padrão de legitimidade do poder exercido pela autoridade. Isso porque, na *Teoria Pura do Direito*, Kelsen ratificou o entendimento da legitimidade do direito por meio da legalidade que, para o autor, seriam as normas válidas. A validade de uma norma, portanto, consistiria na adequação formal a uma norma hierarquicamente superior.

Ao analisar a legitimação, tanto em Weber quanto em Kelsen, verificou-se que essa é sempre *a priori*, pois está vinculada a uma forma que basta ser previamente estabelecida para ser considerada legítima. Todavia, a legalidade por si só não confere legitimidade ao poder exercido pelo Estado. Concluiu-se, assim, que a legitimidade, com a Constituição da República de 1988, deve ser concebida como uma proteção contra o exercício do poder arbitrário e, para tanto, é necessária a superação do exercício de um poder baseado no caráter mítico da legalidade.

A fonte da justificação do poder do Estado deve ser o povo em sua totalidade, não se restringindo àqueles que elegem os representantes que atuam nas elaborações das leis. E será a processualidade democrática que permitirá a fiscalidade ampla para que as normas sejam legítimas, sendo apenas relativa a

legitimidade da norma criada pelo legislativo. Em outras palavras, as normas só serão legítimas quando forem oferecidas à processualidade jurídica, permitindo sua discursividade.

Todavia, não é qualquer concepção de processo que permite a legitimidade do direito. Isso pois, ao analisar a Teoria do Processo como relação jurídica, percebe-se que o objetivo principal de Oskar Von Bülow era fundamentar, no campo teórico, a necessidade de aumento do poder estatal e dos juízes e tribunais. O processo, nesse contexto, é entendido como instrumento da jurisdição, sendo esta a atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado.

Com a crise antipositivista, houve reforço da tese de que ao julgador não deve caber apenas observar a estrita legalidade das normas positivadas, mas também deveria apreciar os valores morais presentes na sociedade para proferir uma decisão. A flexibilização do Direito ocorrida com a crise dos ideais positivistas favoreceu, também, a propagação do estudo de processo na concepção buloviana.

No Brasil, por seu turno, com a influência da Teoria do Processo como Relação Processual na denominada Escola Instrumentalista do Processo, o entendimento de que o processo não pode ser um fim em si mesmo manteve a ideia de jurisdição como atividade do juiz para se alcançar objetivos metajurídicos.

Tem-se que o estudo de processo desenvolvido pelos instrumentalistas não possibilita a construção do Estado Democrático de Direito, por ser aquele apenas um instrumento utilizado pelo julgador para a promoção de valores sociais percebidos de forma privilegiada.

Nesse sentido, acolheu-se a teoria neoinstitucionalista, que propõe uma visão do processo que propicia as condições de legitimação das decisões judiciais também alinhadas ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Daí a importância do processo como instituição constitucionalizada para assegurar as questões não só relacionadas à legitimidade do Direito, mas também para promover decisões judiciais compatíveis com o Estado Democrático de Direito; pois é o processo que torna possível a vinculação da decisão proferida pelo juiz aos fundamentos do discurso construído democraticamente pelas partes, garantindo o controle da produção e aplicação da norma, bem como da interpretação, argumentação e produção de prova.

No tocante à prova, verifica-se que, ao final do século XVIII, ocorre um movimento de interlocuções acerca das ciências criminais, inclusive no que se refere

à teorização e ao sistema de apreciação da prova. No século XIX, houve a preocupação entre os processualistas penais na limitação do subjetivismo do julgador, impondo a este o dever de apreciar as provas e fundamentar as decisões proferidas.

No que tange ao sistema de apreciação da prova, houve alteração a partir da influência dos ideais iluministas, surgindo o sistema da persuasão racional do julgador ou livre convencimento motivado.

Vê-se que houve a tentativa por parte dos autores de processo penal em reduzir o subjetivismo do julgador e, com isso, evitar o arbítrio. Todavia, com o instrumentalismo processual não houve superação da atividade solipsista do juiz.

A prova, que deveria servir como mecanismo de controle da racionalidade do julgador, passou a destinar-se à consciência deste que julga, sem descuidar que este deve perseguir os escopos metajurídicos. Se a valoração última da prova produzida é feita pelo julgador segundo seu convencimento particular, torna-se inócuo o desenvolvimento de qualquer reflexão em torno da prova produzida.

Tal entendimento sobre o processo também repercutiu na fundamentação das decisões, que tem como guia a razão do decididor justo e sábio. Todavia, o critério de convicção não rompeu com a ideia de que o juiz possui capacidades cognitivas superiores, sendo, portanto, quem deve dizer o direito no caso concreto.

Observa-se que não houve ganho de democraticidade significativo, vez que não se desvincula da racionalidade guiada pela subjetividade do julgador. Por esta razão, para além da determinação que ao juiz cabe fundamentar racionalmente sua decisão, deve-se indagar de quem deve ser a racionalidade desenvolvida na fundamentação da decisão no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nesta toada, é possível afirmar que os entendimentos advindos da instrumentalidade processual possuem bases na racionalidade kantiana, uma vez que o processo e a decisão são controlados pela racionalidade inata do intérprete-decisor, não oferecendo quaisquer contribuições para o desenvolvimento de uma decisão legítima e democrática.

Por fim, conclui-se que é o instituto da prova que deve limitar o solipsismo judicial no processo penal, ao vincular a fundamentação da sentença com as argumentações das partes fixadas no processo pelas provas produzidas em contraditório, haja vista tratar de elemento apto a promover a legitimidade da decisão, funcionando como mecanismo de aferição da democraticidade da sua construção.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. (2003). *Processualidade jurídica e legitimidade decisória*. (Dissertação de Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Madri: Editorial Gredos, 2003.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v.2, ns. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999.

BATISTA, Sílvio de Sá. Teoria processual da relação jurídica como técnica ideológica de julgamento: uma estagnação científica. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; Soares, Carlos Henrique (Coords). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 93-121.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. 1ª ed. São Paulo: Rideel, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani, 14ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013a.

BRASIL. Código de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2013b.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BÜLLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHALITA, Gabriel. Os pré-socrático, o princípio e a ordem. In: SANTOS, Mario Vitor (Org.) *Os pensadores, um curso*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2009. p. 07-24.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CHRISTENSEN, Ralph. Introdução. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução. Ralph Christensen. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CINTRA; Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER; Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da faculdade de direito da UFPR*. Curitiba, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

COUTURE, Eduardo J. Introdução ao estudo do processo civil. Trad. Mozart Víctor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: Red Livros, 1999.

CUNHA MARTIN, Rui. *O ponto cego do direito: The brazilian lessons*. São Paulo: Atlas, 2013.

DEI MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução Paulo Capitanio. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DELLEPIANE, Antônio. *Nova teoria da prova*, Tradução Erico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR Prefácio do tradutor. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica decisão e dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIORATTO, Débora de Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro*, n.1. Serro, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. 26ª ed. São Paulo: Graal, 2013.

FRANÇA. *Código de Instrução Criminal de 1808*. Disponível em http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1929/code_1808_2.htm Acesso em 20 de setembro de 2015.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. *Direito: razão e sensibilidade. As instituições na hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, FCH-FUMEC, 2005.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

GOYARD-FABRE, SIMONE. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOYARD-FABRE, SIMONE. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOYARD-FABRE, SIMONE. *O que é a democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudo e teoria política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batipsta Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. *A Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/Fumec, 2008.

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

LEAL, Rosemiro Leal. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia do processo na Teoria Neoinstitucionalista. In: *Virtuajus - Revista Eletrônica*, v.5, n.2, dez. 2006. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em 25 ago. 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos – 11ªed.* Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEOPOLDO E SILVA, Franklin. Aristóteles, Saber, Justiça e Felicidade. In: SANTOS, Mario Vitor (Org.) *Os pensadores, um curso*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2009. p. 45-63.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. II.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *O Juiz moderno diante da fase de produção de provas: as limitações impostas pela Constituição*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. n.24, p. 159-174, 2007.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, 2ª tiragem. Campinas: Bookseller, 1997.

MONTAIGNE, Michel Eyquem de. *Ensaio 3*. Tradutor Sérgio Milliet. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Hucitec, 1987.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução. Peter Naumann. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo*. Tradução Milton Amado, Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

SEVERINO, Emanuele. *A filosofia antiga*. Lisboa: Edições 70, 1984a.

SEVERINO, Emanuele. *A filosofia moderna*. Lisboa: Edições 70, 1984b.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Positivo*. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito democrático*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011

THIBAU, Vinícius Lott. *Teoria do processo democrático e técnica probatória*. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; Soares, Carlos Henrique (Coords). *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 49 -69.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1978.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN, Gabriel (Org.). *Max Weber: sociologia*. Trad. Amelia Cohn e Gabriel Cohn. 4. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2005.