

## 1. Introdução

Este artigo tem uma preocupação básica: analisar, à luz da Constituição, o critério de justificação usado pelo Estado para o seu agir jurisdicional no processo penal. A lei processual penal e a jurisprudência em geral usam o critério da verdade real para justificar as decisões no âmbito dos julgamentos criminais. A pergunta básica que este artigo busca responder é: esse critério é coerente com a Constituição? Já adiantamos a nossa resposta: não.

Para Robert Alexy (2001), há três formas de “contemplação” desse discurso da ação jurisdicional: ela pode ser empírica, quando faz uma análise comportamental das práticas jurídicas; pode ser analítica, quando trata da estrutura lógica encontrada nos argumentos jurídicos; e pode ser normativa, quando propõe e justifica os critérios para a racionalização da ação. Adotamos uma abordagem normativa da ação jurisdicional no processo penal.

As razões para escolher e agir de certas maneiras num processo judicial dependem dos melhores argumentos disponíveis, e estes últimos, por sua vez, assumem um sentido determinado no âmbito de teorias de fundo. São essas teorias que geram os critérios de julgamento da ordem político-jurídica ou, de modo mais geral, da sociedade ordenada (MAFFETTONE; VECA, 2005). Conforme Ronald Dworkin (2002, p. 165): “Se um juiz aceita as práticas estabelecidas de seu sistema jurídico [...] ele então deve [...] aceitar uma teoria política geral que justifique essas práticas”. É essa teoria política, segundo o autor, que justifica uma Constituição como um todo.

As teorias políticas de justiça, por formularem os critérios de julgamento da sociedade organizada, fornecem valores éticos do bem viver, os quais ditam um norte de ação para os agentes públicos. Para Aristóteles, a justificação ética de uma ação se dá quando a razão busca uma ideia de bem comum. Assim, ele relacionou justiça e virtude ética em *A Política*, elegendo a felicidade como o norte ético do Estado (*polis*): “Quando o monarca, a minoria ou

---

\* **Tiago Ivo Odon** é Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub). É Consultor Legislativo do Senado Federal, Advogado e Professor-Tutor do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB).

a maioria não buscam, uns aos outros, senão a felicidade geral, o governo é necessariamente justo” (1991, p. 93). Em outro trecho: “[...] que o melhor governo seja aquele no qual cada um encontre a melhor maneira de viver feliz” (1991, p. 50).

Ronald Dworkin (2002) cita três tipos de teorias políticas de justiça que podem justificar o agir jurisdicional: a) uma teoria *baseada em metas*, caso em que se considera fundamental alguma meta, como, por exemplo, o aumento do bem-estar geral; b) uma teoria *baseada em direitos*, caso em que adota algum direito, tal como o direito de todos os homens à maior liberdade abrangente possível, como fundamental; ou c) uma teoria *baseada em deveres*, que considera fundamental algum dever, como o de obedecer à vontade de Deus conforme determinam os Dez Mandamentos. Tais teorias elegem valores distintos do bem viver. A Idade Média e a Idade Moderna apresentaram teorias políticas de justiça bastante distintas, que serviram, nesses períodos, de fundamento para o agir jurisdicional.

Este artigo explorará brevemente as teorias políticas medieval e moderna com o fim de analisar a coerência do critério de justificação da ação jurisdicional no processo penal brasileiro – a verdade real – com a teoria política de fundo adotada pela Constituição brasileira.

## **2. O processo penal e a verdade real**

Há vários conceitos de verdade. A classificação de Durozoi e Roussel (2002), que divide a verdade em dois tipos básicos – verdade formal e verdade material –, é a mais usada pela doutrina penal brasileira. A verdade formal refere-se a um enunciado demonstrável e dotado de coerência lógica independentemente de qualquer análise de seu conteúdo, e a verdade material (também chamada de verdade real) refere-se a um enunciado cujos termos correspondem substancialmente a um fato observado e experimentado.

Este trabalho usa dois conceitos básicos de verdade, um material e outro formal: o de *verdade como correspondência*, por ser o conceito com que a lei processual penal brasileira e os juízes criminais trabalham, e o de *verdade como coerência*, um conceito formal, que propomos para substituir aquele.

A verdade como correspondência é a concepção clássica de verdade, bem anunciada por Aristóteles: uma proposição é verdadeira se corresponde a um fato objetivo concreto, a uma coisa concreta (ARISTÓTELES, 2003, p. 243). Para ele, a medida da verdade estava nas coisas, no ser, independentemente da mente humana. Assim, se o juiz atua com base em uma teoria da verdade como correspondência, como a *verdade real*, ele, por exemplo, declara em uma sentença penal que João matou José porque está convencido de que o fato realmente

aconteceu, independentemente das versões trazidas pela acusação e pela defesa, e justifica a sua decisão no fato de que todo o procedimento judicial operou com uma pretensão de validade factual, inclusive em diligências feitas por ele próprio, na busca da descoberta do fato em si, ontológico.

A teoria da verdade como coerência, por sua vez, parte do princípio de que aquilo que é contraditório não pode ser real (ou tratado como tal). Assim, defende que uma proposição é verdadeira se pertence a um conjunto consistente e definido de proposições, proposições essas não definidas em termos de verdade. Se o juiz atua com base em uma teoria da verdade como coerência, e o conjunto das proposições processuais se orienta, por exemplo, pela ideia de *liberdade dialética*, o juiz declara em sua sentença penal que João matou José não porque está convencido de que o fato corresponde a uma realidade objetiva independente, ou seja, que de fato aconteceu, mas porque, entre as versões livremente trazidas e fundamentadas pela acusação e pela defesa, se convenceu dos argumentos da acusação. O juiz justifica sua decisão com base no fato de que todo o procedimento judicial operou com uma pretensão de validade normativa, sem qualquer interferência sua, não importando se o fato ocorreu realmente ou não.

O primeiro modelo parte do pressuposto ontológico de um mundo objetivo. O segundo, não. No segundo modelo, a objetividade nasce *a partir do procedimento*, do embate dialético livre entre as partes. No primeiro modelo, a verdade é descoberta; no segundo, é construída.

A diferença entre esses conceitos de verdade tem consequências importantes. O que a teoria da coerência faz é abrir mão de uma pretensão de validade factual. A sua pretensão de validade é apenas normativa. Habermas (2004) lembra que geralmente consideramos a “verdade” uma propriedade “inalienável” dos enunciados. Ou seja, as pessoas costumam empregar o predicado de verdade num sentido absoluto. É no sentido de correspondência que costumamos empregar a verdade. Dessa perspectiva, a verdade como coerência, uma verdade formal, não é verdade, como já asseverou Carnelutti (1998, p. 606): “verdade formal não é a verdade”. Conforme Habermas (2004, p. 290-291):

[...] com o olhar voltado para o mundo objetivo, a verdade do enunciado significa ao mesmo tempo um fato – a existência de um estado de coisas. Os fatos devem sua faticidade à circunstância de estarem enraizados num mundo de objetos (sobre os quais enunciamos fatos) que existem independentemente de qualquer descrição. [...] No caso das pretensões de validade moral, é justamente essa diferença entre verdade e assertibilidade idealmente justificada que se apaga. Pois, do lado da validade moral, não há nenhum equivalente para a interpretação ontológica da validade ligada à verdade. [...] Se, nos discursos práticos, todas as pessoas eventualmente concernidas chegarem à convicção de que, em relação a uma matéria que precisa de regulamentação, um determinado modo de agir é igualmente bom para todos, elas considerarão obrigatória essa práxis.

A sentença penal, uma vez transitada em julgado (findos os recursos possíveis), tem “presunção de veracidade e de certeza”, como já declarou a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) (HC 68437/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 19/2/1991). Uma eventual revisão criminal deve revelar a falsidade do juízo condenatório à luz de novas evidências factuais.

Na lógica, dizer que uma proposição é justificada porque verdadeira é diferente de dizer que uma proposição é justificada porque possui algum outro critério. Na lógica, tudo que for deduzido de uma afirmação verdadeira deve ser verdadeiro também, o que não necessariamente acontece no outro caso. Ou seja, a verdade, se colocada nas premissas de um raciocínio, transforma-o num raciocínio “analítico” ou “apodítico”, como os chamava Aristóteles. O que significa que a passagem das premissas à conclusão torna-se obrigatória. Se “todos os homens são mortais” (verdade) e “Sócrates é homem” (verdade), logo, “Sócrates é mortal” (verdade). Significa dizer, lembra Perelman (2004), que tal raciocínio não abre espaço para uma *decisão*, pois não há controvérsia, não há caminhos alternativos. Mas se o que há nas premissas não é a verdade, mas, por exemplo, opiniões ou hipóteses, o raciocínio não é mais apodítico, mas “dialético”, ou, como os chamava David Hume, “moral” ou “normativo” (HUME, 2000, p. 54-55). Para Aristóteles, é esse tipo de raciocínio que leva, a rigor, a uma decisão. Por isso que Aristóteles dizia que raciocínios dialéticos não se prestavam para a ciência (*episteme*), pois não se poderia obter verdade deles.

É o que Karl Popper (1998) chama de “dualismo crítico”, ou seja, a impossibilidade de se reduzir decisões ou normas a fatos, justamente por causa do critério “verdade”. Isto é, “é impossível derivar uma sentença que expõe uma norma ou uma decisão, ou, digamos, uma proposta para uma política, de uma sentença que expõe um facto” (1998, p. 78). Na filosofia grega, esse dualismo entre fatos e normas anunciou-se em termos de oposição entre *natureza* e *convenção*. De um lado, temos a *physis*; do outro, o *nomos*. De um lado, enunciados com pretensão de validade factual, ontológica; de outro, enunciados com pretensão de validade normativa.

Optar pela verdade como objetivo de um processo judicial implica certas consequências: restrição do campo da liberdade de agir dos atores, restrição da crítica e comprometimento com a descoberta de um estado de coisas que lhes é exterior. Renunciar à verdade implicaria, ao contrário, ampliar o campo da liberdade de agir, o espaço para a crítica e maior valorização dos atores.

Como uma sentença judicial, que retira a liberdade de um indivíduo, pode ser justificada perante a sociedade moderna, esta fundada sobre a ideia mesma de liberdade? A resposta que

o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro fornece é a seguinte: porque a decisão do Estado-juiz tem uma pretensão de validade factual. O CPP brasileiro adota uma teoria da verdade no sentido de correspondência com os fatos, como se observa na exposição de motivos e nos próprios dispositivos do Código (arts. 184, 211, 502 etc.). O art. 566 chega até mesmo a falar em “verdade substancial”: “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.” Trata-se do emprego clássico da verdade, no sentido aristotélico de correspondência com o *ser*. Verdade substancial concerne à substância, ou seja, àquilo “sem o que o ser não é” (ARISTÓTELES, 2006, p. 143). Assim, se o pronunciamento jurisdicional se fundar no falso, o processo pode ser todo anulado por meio do recurso da revisão criminal (art. 621 do CPP).

O próprio STF já declarou ser a “verdade real” o “objetivo final do processo penal” (ROHC 70030-6-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 6/4/1993). O jurista italiano Malatesta (1912) chega até mesmo a repudiar os doutrinadores que aceitam uma verdade “provável”, pois esta não atenderia às exigências do processo penal, notadamente pelo fato de a probabilidade não ser suficiente para a edição de uma sentença condenatória. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ratifica esse entendimento: a condenação exige “juízo de certeza” (REsp 330059/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 28/4/2003). O juiz deve realizar um juízo de demonstração, próprio dos silogismos apodícticos aristotélicos:

Em sede de condenação criminal, é necessária a formação do *juízo de certeza* sobre a autoria do delito com a adequada valoração de prova produzida no sumário, *demonstrativa da verdade substancial*. [...] Meros levantamentos e informações fundados na vida pregressa do recorrente, sem demonstração de prática de ato concreto, não autorizam uma condenação pois *o primado do direito de liberdade exige* que uma sentença penal condenatória seja fundada em prova segura e idônea, *demonstrativa da certeza sobre a autoria, de modo a atrair a legítima atuação punitiva do Estado*. (REsp 279312/RJ, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 9/12/2003, grifos nossos).

A “verdade real” é o termo mais comum de se encontrar na doutrina e na jurisprudência quando se trata do critério que justifica a ação jurisdicional penal, normalmente anunciado como “princípio da verdade real”. Essa verdade, também na doutrina, é geralmente concebida em termos absolutos e no sentido clássico de correspondência com a realidade – Magalhães Noronha (1998), Tourinho Filho (1999), Ada Pellegrini Grinover (1999), Marco Antonio de Barros (2002), entre outros). Autores como Fernando Capez (2008) e Julio Fabbrini Mirabete (2008) reforçam o coro e repudiam qualquer sentido de “verdade formal” no processo penal.

A “verdade real” é usada como critério para justificar variadas decisões judiciais: para condenar ou absolver, para negar ou decretar prisão preventiva, para dosar uma pena em seu

máximo, para justificar a longa duração de um processo, para aceitar provas duvidosas, para a retirada do réu da sala de audiência de testemunha, etc.

O STJ, por exemplo, já deu provimento a Habeas Corpus contra a decretação de prisão preventiva argumentando que a medida constritiva deveria apresentar justificação com base em critério veritativo no seguinte sentido:

Os argumentos aparecem sem nenhuma correspondência a dados concretos, efetivamente existentes, hábeis a configurar a imprescindibilidade da segregação para garantia da aplicação da lei penal ou para a conveniência da instrução criminal e, por isso, não se prestam a respaldar a custódia (HC 64.949/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 20/11/2006).

Em Habeas Corpus em que o condenado reclamou da desproporcionalidade da pena recebida, o STF decidiu que:

Satisfaz integralmente a exigência constitucional de motivação dos atos decisórios a condenação penal, que, ao optar pelo limite máximo das penas impostas, expõe os elementos de fato em que se apoiou o juízo de especial exacerbação da pena, explicitando dados da realidade objetiva aos quais se conferiu, com extrema adequação, a pertinente valoração judicial [...] (HC 72.992-4/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 21/11/1995).

Os dois julgados a seguir mostram os riscos a que um modelo que adota da verdade como critério de justificação se expõe:

Nos crimes de roubo, geralmente carentes de testemunhas, a palavra das vítimas, como ocorre nos crimes sexuais, é relevante para a descoberta da verdade real, devendo-se presumir que elas não tenham interesse de acusar inocentes. A negativa de autoria, assim, não encontra respaldo nas demais provas coligidas nos autos, sobretudo quando o acusado é reconhecido em juízo pelas vítimas que o apontaram com segurança como sendo o autor da prática delituosa. (TJDFT, 20030410126844APR, Rel. Alfeu Machado, Primeira Turma Criminal, DJ 4/5/2006).

O juiz cometeu um erro de lógica, reduzindo um enunciado normativo a um fato, afrontando o dualismo crítico (Popper) que mencionamos anteriormente. No próximo julgado, o Estado-juiz justifica o uso de prova de origem desconhecida com base na verdade real:

Não constitui prova ilícita aquela que chega às mãos de qualquer autoridade, uma vez que esta não age por meios criminosos na sua busca. [...] Incumbe ao reclamante provar a alegada ilicitude da prova, sendo que não o fazendo, presume-se a boa-fé daquele que age simplesmente na busca da verdade sem a prática de meios criminosos.” (TJDFT, 20060020152775RCL, Rel. Nilsoni de Freitas, Segunda Turma Criminal, DJ 10/5/2007).

Novamente, o juiz comete o erro lógico. Derivou a verdade do ser de um dever ser .

A “verdade real” também é usada em vários julgados para negar excesso de prazo no término do processo, mesmo diante da norma constitucional que garante como direito individual a “razoável duração do processo” (art. 5º, LXXVIII):

Se, por um lado, é certo que a celeridade do processo deve ser primordialmente almejada sem o olvido da proteção à liberdade, não menos certo resulta que a persecução de tal fim não pode excluir a necessidade do inteiro conhecimento da verdade dos fatos, o que, não raramente, dada a natureza, a complexidade e o número dos agentes dos fatos criminosos

imputados na acusatória inicial, justifica a extrapolação do prazo tido pela lei como razoável para a entrega da prestação jurisdicional. (TJDFT, 20080020001337HBC, Rel. Maria Ivatônia, Segunda Turma, DJ 7/2/2008).

Enfim, como se pode observar, a verdade como correspondência a fatos concretos é lugar comum na jurisprudência penal brasileira, o que ratifica o sentido que lhe atribui a lei processual penal. O importante de se perceber nesses julgados e na lei processual é que o modelo adotado pressupõe um mundo objetivo, ontológico, pré-dado.

### 3. Revisita a Aristóteles

Para a discussão do tema, é fundamental uma revisita a Aristóteles. Destacamos um trecho de *Retórica das Paixões* (2003, p. XXIX): “O processo judiciário pressupõe a liberdade, a responsabilidade na ação julgada e a possibilidade de um comportamento alternativo. A oposição das teses e dos advogados no tribunal põe em cena a alternativa, a negatividade imanente ao simplesmente possível.”

A arte dialética de invenção retórica do fato (*ars inveniendi*) era expressão da *liberdade* para Aristóteles. Para ele, os tribunais eram o local apropriado para os raciocínios dialéticos, diferentemente dos raciocínios apodícticos. Os tribunais eram o campo da *dialectike*, campo da argumentação, das controvérsias, das deliberações, das opiniões aceitas pois verossímeis e convincentes (*endoxa*), campo da arte e da tópica, campo do provável, e não o campo do certo, do científico (*episteme*) ou da demonstração (*apodeictike*). Enfim, o tribunal era o campo da verdade *aceita*, e não da verdade *certa*.

Para Aristóteles, a dialética possibilitava a *crítica*. Em *Organon*, escreveu (2000, p. 94): “A crítica é uma parte da dialética, e esta última tem a potência da defesa de uma conclusão falsa”. Em outro trecho, escreveu: “exigir uma resposta por “sim” ou por “não” não é tarefa de quem demonstra, mas do que procede à crítica” (2000, p. 100). Portanto, para Aristóteles, os tribunais não tinham que demonstrar verdades sobre a realidade. Para ele, não cabia ao tribunal estar certo ou errado acerca dos fatos.

O ensino aristotélico foi recebido pelo processo penal romano. Na República romana, a *provocatio ad populum* – espécie de recurso aos comícios populares –, de origem imemorial, foi convertida em algo como um procedimento criminal ordinário, totalmente conduzido na presença da assembleia popular, em que o processo penal nada mais era do que um duelo oratório entre a acusação e o acusado, ambos simples particulares. Já em Cícero, filósofo romano, a demonstração argumentativa era vista, teoricamente, como superior à testemunhal. Não é por outra razão que a que a palavra grega para prova, no sentido de demonstração

– ελεγχῶ significava, primariamente, argumento, provindo do verbo ελεγχω, ‘envergonhar (ou seja, apresentar a alguém seus próprios defeitos), convencer’ (BAPTISTA, 2001, p. 50).

Essa concepção dialética do processo penal foi perdida na Idade Média no continente europeu. Mas foi preservada na ilha inglesa.

#### **4. Teorias políticas de justiça: Cidade de Deus x Cidade do Homem**

Muito da filosofia grega foi levado para a Idade Média pelas mãos de padres da Igreja. Santo Agostinho foi um dos elos de transição entre a filosofia grega e a escolástica medieval, que teve expressiva influência na metodologia processual penal e viu em São Tomás de Aquino seu principal representante.

Santo Agostinho foi um bispo que propôs uma teoria cristã da política. Diante do fato da invasão de visigodos em Roma, que a incendiaram e a saquearam em 410, a população romana começou a criticar o cristianismo e a Igreja. Viam uma falta de progresso social desde que o cristianismo fora adotado como religião oficial do Império, em 392. Agostinho reage à crítica defendendo que a “Cidade de Deus” é distinta da “Cidade do Homem”. Em *A Cidade de Deus*, ele divide a humanidade em duas “sociedades de homens”, dois grupos de homens a que chama de “cidades”: “um, dos que vivem segundo o homem; o outro, o daqueles que vivem segundo Deus” (1964, p. 289).

Agostinho critica o “viver bem” na Cidade do Homem, a *polis*, presente na filosofia aristotélica. O *bem* é dom de Deus na *polis* cristã. Agostinho alerta que se deve buscar por bens superiores, pela verdadeira Cidade, “com o fim de que Deus seja tudo em tôdas as coisas” (1964, p. 286). Agostinho faz uma separação teórica entre religião e política, entre igreja e poder civil, que caminharam juntas na filosofia antiga. O ponto importante é que Agostinho desenvolve uma margem de autonomia política para o indivíduo ao prescrever que a lei da Cidade de Deus está acima da lei da Cidade do Homem, o que abre espaço para a crítica ao poder civil do Estado.

Tomás de Aquino retoma essa margem de liberdade política no século XIII, ao dizer que nem toda lei do Estado obriga o indivíduo em sua consciência, apenas as justas, e justas são aquelas que derivam da lei divina (2001b, p. 80-81). Portanto, o homem é livre por meio da lei divina. São Tomás de Aquino chega mesmo a dizer que os governantes da Cidade do Homem são “inferiores” ao “governante supremo”, da Cidade de Deus (2001b, p. 39): “como a lei eterna é a razão governadora no governante supremo, é necessário que todas as demais ordenações do governo que se encontram nos governadores inferiores, derivem da lei eterna”.



E repete frase de Agostinho: “nada é justo e legítimo na lei temporal que não derive da lei eterna”.

Concebe-se uma margem de liberdade humana contra o Estado, o que é um aspecto importante para o direito. Esse processo apenas se completaria com a redenção da *vontade*, uma das principais preocupações do direito penal moderno, que ganharia relevo após o “pacto de consentimento” de John Locke, quando a *razão*, imaculada na filosofia antiga e na filosofia cristã medieval, começaria a ceder lugar à *vontade*. Seria por meio da valoração da vontade que a razão ganharia sua prevalência político-jurídica sobre a *autoridade* na Idade Moderna (ODON, 2007).

Na teoria política de justiça medieval, ao contrário, as convenções humanas, como o contrato, são antes atos de razão do que de vontade. Tomás de Aquino relaciona a razão à lei natural (divina), e a vontade à lei positiva (humana): sem a participação racional do homem na lei divina, nada pode tornar-se justo por decisão humana. Assim, apesar de os julgamentos basearem-se na lei positiva, escrita, “o juiz deve considerar-se como um ministro de Deus” (AQUINO, 2001a, p. 53). A teoria política de justiça de Santo Agostinho e de São Tomás de Aquino é exemplo de *teoria baseada em deveres*, no sentido dado por Dworkin.

Esse quadro teórico teve influências diretas na estruturação do processo judicial e na forma de produção da verdade judicial na Idade Média. Foi criado um sistema de “certeza legal”, também chamado de sistema das “provas legais”, no qual a verdade derivava diretamente da norma, pressuposta a autoridade absoluta e dogmática do texto legal (em ofensa ao que Popper chamou de dualismo crítico). Calou-se a liberdade dialética a que se referiu Aristóteles. Um julgamento criminal que não deixava fluir a liberdade dialética de invenção retórica do fato (*ars inveniendi*) era coerente com o tipo de liberdade política defendida por Agostinho e Aquino (liberdade de seguir as leis humanas na medida em que correspondessem à lei de Deus), que submetia a vontade racional humana à vontade divina, e coerente, portanto, com um controle epistemológico que vinculava conhecimento e interpretação da lei.

Conforme a *Ordonnance criminelle* de Luís XIV, de 1670, que serviu de modelo para os países europeus em geral, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, conhecer a identidade dos denunciadores, saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas etc. O magistrado, por sua vez, podia receber denúncias anônimas, esconder do acusado a natureza da causa, interrogá-lo de maneira capciosa, com insinuações, julgar à revelia etc. O inquérito trazia a verdade pronta e acabada, e os juízes, na maior parte dos casos, só se encontravam com o acusado para interrogatório antes de dar a sentença. A forma

secreta e escrita do processo – sem contraditório ou debates orais –, para Foucault, era coerente com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um poder absoluto e exclusivo (FOUCAULT, 2002).

A teoria política de fundo moderna, por sua vez, é bem diferente da medieval. Trata-se de outra proposta de fundação do Estado. O *jus* deixa de derivar da *lex* divina. Para Thomas Hobbes (2000), a liberdade é vista através dos olhos do direito, do *jus*, que ele claramente distingue de *lex*. O *jus*, o direito, consiste na liberdade de fazer ou deixar de fazer, ao passo que a *lex*, a lei, consiste numa regra geral, descoberta pela razão, que proíbe a um homem fazer algo que destrua a sua vida ou que lhe retire os meios de conservá-la. Lei é obrigação, direito é liberdade; portanto, incompatíveis na mesma situação. Do direito natural Hobbes deriva a primeira lei natural: a busca da paz individual por qualquer meio. Hobbes subtrai Deus de seu arranjo político. Sua lei natural nada tem a ver com a lei natural (lei divina) de Tomás de Aquino. Na segunda lei natural que apresenta, Hobbes sepulta a ideia de razão como derivação de uma ordem independente da vontade humana, presente na filosofia agostiniana-tomista.

Dessa lei natural fundamental, com a qual se ordena aos homens que busquem a paz, deriva a segunda lei, a de que estejam dispostos, quando outros também estiverem, a renunciar, na medida em que considerarem necessário à paz e à própria defesa, ao seu direito a tudo e a se contentarem em ter tanta liberdade em relação aos outros quanto a que concederem aos outros em relação a si próprios (HOBBS, 2000, p. 114). Assim, esclarece Hobbes, aquele que abandona um direito próprio ou o transfere não dá a outro homem um direito que este último não possuía, pois não existe nada a que cada homem não tenha direito por natureza, mas limita-se a retirar-se do seu caminho para que ele possa gozar do seu direito originário sem ser impedido por ele ou por outrem. Essa é a ideia política base de *liberdade negativa*, ou seja, ausência de impedimentos externos. Essas transferências recíprocas de direitos geram o que Hobbes chama de “contrato” ou “pacto”.

Nesse arranjo, em que a convenção entre os homens escreve a lei racional, por meio do pacto, Hobbes funda a ideia de *justiça*, sua terceira lei natural (2000, p. 123, grifos nossos): “*que os homens cumpram os pactos que celebrarem. [...] Nesta lei de natureza reside a fonte e a origem da justiça. [...] E a definição da injustiça não é outra senão o não cumprimento de um pacto*”.

O *jus* está no pacto, e não em Deus – “É impossível fazer pactos com Deus”, escreveu (HOBBS, 2000, p. 118). Não se fala mais aqui no *jus* natural, que dá “liberdade a tudo”, mas no *jus* positivo, pactuado, que dá a liberdade necessária para a vida pacífica. A obrigação

política, portanto, se justifica no pacto, no *nomos*, e não na *physis*. A justiça deixa de se relacionar com a *physis*, a lei natural, a lei divina, a razão, e passa a se relacionar com o *nomos*, a convenção, a lei positiva, a vontade.

As ideias posteriores de Locke, Rousseau, Montesquieu, entre outros, são derivações desse arranjo original de Hobbes, mas com uma importante diferença: o direito – a liberdade – é anterior ao contrato, à lei. O direito não se submete ou é limitado pela lei do monarca, como em Hobbes. A lei é que deve se ajustar ao direito. Por isso, só podemos, a rigor, falar em uma *teoria baseada em direitos*, no sentido de Dworkin, a partir de Locke. Hobbes não vê os direitos a serem transferidos no seu contrato como direitos passíveis de serem arguidos contra o Estado constituído. Pelo contrário, são transferidos ao Estado! Apesar de tanto em Hobbes quanto em Locke o fundamento do pacto ser o mesmo, ou seja, a liberdade, em Locke (1998) não existe transferência de direitos. Locke não falará de um pacto de submissão, mas de um pacto de consentimento. Locke fornece a formatação final ao individualismo político-jurídico, ampliando ainda mais a margem de liberdade idealizada por Hobbes. A partir de Locke, pode-se dizer, a ideia de sociedade cede de vez à ideia de indivíduo.

A autoridade que Locke idealiza é uma *autoridade julgadora*. Enquanto Hobbes concebe uma espécie de Estado de Polícia, Locke idealiza um Estado de Direito. Essa autoridade existe para resguardar e preservar os direitos naturais, que Locke chama pelo termo genérico “propriedade” – a vida, a liberdade e os bens (1998, p. 458). Nesse aspecto, os homens, após o pacto, “ficam como estavam na liberdade do estado de natureza”, esclarece Locke. O objetivo da sociedade civil é a preservação da propriedade, ou seja, os direitos à vida, à liberdade e aos bens, os quais se tornam oponíveis a qualquer homem ou mesmo a qualquer autoridade que queira feri-los. O pacto de consentimento, em Locke, portanto, estabelece a lei positiva que tenha esse fim e um juiz imparcial com poder para executar a sentença “quando justa”, ou seja, que observe o fim da lei, o objetivo da convenção (1998, p. 495-497).

Consolida-se aqui a autonomia do indivíduo em relação ao Estado: “a sociedade política conserva perpetuamente um poder supremo de salvaguardar-se das tentativas e propósitos de qualquer pessoa, mesmo de seus próprios legisladores” (LOCKE, 1998, p. 518-519). Há, assim, outra maneira pela qual os governos são dissolvidos: quando o Legislativo ou o Executivo agem contrariamente ao encargo confiado.

Em resumo, Locke arremata: nascemos livres na mesma medida em que nascemos racionais (1998, p. 437). Ao contrário da teoria política medieval, o bem não é dom de Deus: “A necessidade de procurar a felicidade é o fundamento da nossa liberdade” (LOCKE, 2008,

p. 105). Michel Foucault, na obra *A verdade e as formas jurídicas*, afirma que há dois ou três séculos a filosofia ocidental postula, explícita ou implicitamente, o sujeito como fundamento, como núcleo central de todo conhecimento, como “aquilo em que e a partir de que a liberdade se revelava e a verdade podia explodir” (2003, p. 10).

Com a razão liberta da autoridade, ao contrário da teoria política de justiça medieval, a metodologia processual ganha nova formatação. Não mais se deduzirá a verdade da norma. Ao contrário, o fático passa a ser rigorosamente separado do deôntico. Nesse novo modelo, a verdade não deriva da norma, mas do consenso sobre um fato. Roberto Kant de Lima traduz com maestria o espírito do novo sistema (1993, p. 63):

O *trial by jury system* está vinculado a uma representação jurídico-política da ordem pública como o resultado da resolução de conflitos, seja pelo acordo ou barganha – *negotiation, bargain* – seja pela construção ritualizada, dialógica e coletiva, em um processo público – ao menos para aqueles que a constroem – de uma verdade consensual – o *verdict* – que obriga todos aqueles que participaram do processo de sua construção, ou que concordaram em submeter-se às suas fórmulas. Ou seja, a ordem social funda-se em uma ideia contratualista da vida social, em que o Estado [...] é um mal necessário, diante da impossibilidade de viverem os cidadãos em harmonia espontânea na sociedade, devido à divergência de seus interesses, necessariamente conflitantes.

Em Locke temos uma *teoria baseada em direitos*, no sentido de Dworkin. E essa teoria funda o Estado Moderno, com base na ideia de primazia do indivíduo sobre a autoridade política. É possível perceber que as duas teorias políticas de fundo – a medieval e a moderna – trazem duas propostas diferentes para a constituição do Estado: na primeira, o Estado justo é a emanção da vontade do Criador, fundado na sua *lex aeterna*; na segunda, o Estado justo é a emanção da vontade do homem, fundado num contrato. No Estado medieval, a vida ética é a vida segundo Deus; no Estado moderno, segundo a convenção. O primeiro Estado se descobre (*physis*); o segundo se inventa (*nomos*) – daí Boaventura dos Santos (2000), ao se referir à ideia do contratualismo, falar em *emancipação*. Nesse novo contexto ético-político, a polícia ganharia uma nova função. O Código Penal francês de 1795, o Código da Revolução Francesa (*Code des délits et des peines*, de 25 de outubro de 1795), positivaria, em seu art. 16, que: “A polícia é instituída para manter a ordem pública, a liberdade, a propriedade, a segurança individual”<sup>1</sup>.

A ideia-prima é que esses direitos naturais e inalienáveis estariam melhor protegidos sob o amparo da *lei*, a lei abstrata e impessoal, formulada por um corpo comum unitário. Foi o papel desempenhado pelo constitucionalismo. A mudança de foco de Hobbes para Locke é importante, de submissão para consentimento, e a identificação da liberdade na lei seria

anunciada mais tarde com clareza em famoso trecho de Montesquieu, cuja ideia também está presente em Kant e em Rousseau: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder” (1995, p. 186). Precisamente aí se sustenta o contrato social.

O poder deixa de ser absoluto, o direito passa a ser absoluto. O direito deixa de se fundar na autoridade e passa a se fundar na vontade racional. O novo fundamento ético – a liberdade individual na forma política de *liberdade negativa* – abria espaço para uma nova forma de se conceber o julgamento criminal.

## 5. O julgamento criminal moderno e a herança inglesa

O modelo das provas legais acompanhou durante cinco séculos, desde o fim do século XIII até a Revolução Francesa, a experiência processual da *inquisitio*, desenvolvida em toda a Europa continental. Como referido no item anterior, esse modelo assinalou uma regressão em relação à tradição dialética da *ars opponendi et respondendi*, que havia influenciado a concepção clássica de prova, na época grega e romana.

A *inquisitio*, na Roma republicana, era posterior à *accusatio*, uma vez que, somente depois de feita a acusação, o acusador realizava, na presença do acusado, se este quisesse, a investigação do fato. A forma acusatória adotada na época, prescindindo de uma investigação anterior, era dominada integralmente pelo contraditório, cumprindo às partes pesquisarem e produzirem as provas das suas alegações. Era um modelo de processo público e oral, cujos debates formavam o eixo central, dos quais derivava o fundamento da decisão.

O direito medieval tomou o modelo adotado na Roma imperial, em que alguns agentes públicos passaram a desenvolver verdadeira atividade de polícia judiciária, transmitindo aos juízes os resultados das suas pesquisas sempre que alguém deixasse de apresentar a *accusatio* (*cognitio extra ordinem*). Na regulamentação do procedimento criminal constante da *Ordonnance criminelle* de Luís XIV, de agosto de 1670, o procedimento inquisitório deixou de ser *extra ordinem* para se tornar um procedimento ordinário, o que foi adotado pelo resto do continente.

A disputa judicial na prática judiciária romana se configurava como um método por meio do qual a busca da verdade era confiada às argumentações das partes, segundo o

---

<sup>1</sup> No original (article 16): “La police est instituée pour maintenir l’ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle.”

esquema da *contradictio* entre *probationes* ou *confirmationes* e *confutationes* ou *reprehensionis*. Assim se originou o modelo do processo acusatório.

O método dialético argumenta a partir das afirmações prováveis, entre elas as adversárias, revelando a contradição intrínseca das mesmas, seguindo, finalmente, para o estabelecimento de uma hipótese definitiva. Esse sistema, obviamente, não se harmonizava com o modelo penal canônico da intervenção moral, o qual acabou por fortalecer o modelo inquisitório.

Para o direito romano, a tópica era um procedimento de busca de premissas. Cícero diligentemente a diferenciou, como *ars inveniendi* (invenção; *techne* para Aristóteles), da lógica demonstrativa, ou *ars iudicanti* (formação do juízo; *episteme* para Aristóteles). A primeira buscava o material para pensar, e a outra demonstrava. A tópica é uma meditação prológica, pois, como tarefa, a *inventio* é primária e a *conclusio* secundária. A tópica, enfim, mostrava como se achavam as premissas; a lógica recebia-as e as elaborava. Essa tradição, de origem na Grécia clássica, foi recolhida por Hermágoras de Tenos, Cícero e os juristas romanos da época imperial, e, depois, transmitida, por intermediação de Casiodoro, Boécio e Isidoro de Sevilha, à cultura medieval dos séculos IX a XIII.

Os séculos obscuros da Inquisição interromperam essa tradição tópica no continente europeu, mas, entretanto, ela se conservou intacta na ilha inglesa, com o *law of evidence*. Essa tradição nos levou até o movimento do empirismo inglês, com auge em Hume. Tal movimento teve o grande mérito de trazer a dialética ao debate iluminista.

Ferrajoli reconhece essa tradição e arremata: “não dispomos de um método de descobrimento ou de verificação, mas apenas de um método de confirmação e de falseabilidade” (2002, p. 116). Segundo ele, nem sequer na indução judicial estaremos em condições de demonstrar a verdade de uma hipótese acusatória. Podemos, contudo, confirmá-la ou invalidá-la. Ainda que de uma hipótese acusatória não possam resultar *provas suficientes* (sistema medieval), devem, contudo, resultar *provas necessárias*. Com a revolução moderna, e a formação de um direito fundado sobre o indivíduo como fim em si mesmo, nenhuma prova pode ser considerada suficiente e todas as provas e contraprovas praticáveis são necessárias. Conforme Popper (2003), nosso conhecimento tem fontes de todo o gênero, mas nenhuma tem autoridade.

Diferentemente do que ocorre na investigação científica, a busca das provas judiciais e das contraprovas estão institucionalmente confiadas, no sistema acusatório, a partes distintas e em conflito, por serem portadoras de interesses antagônicos. Essa divisão das partes em papéis distintos e separados, que representa uma garantia contra o poder inquisitivo, é a

transposição de uma estrutura argumentativa. A justificação da decisão jurisdicional, segundo Ferrajoli (2002), exige três condições: 1) o ônus da *acusação* de produzir dados ou fatos probatórios acerca da hipótese acusatória; 2) o direito da *defesa* de invalidar tal hipótese, contraditando-a mediante contraprovas compatíveis apenas com hipóteses alternativas, as quais por sua vez a acusação tem o ônus de invalidar; 3) a faculdade de o *juiz* aceitar como convincente a hipótese acusatória (não se, mas) apenas se concordante com todas as provas e resistente a todas as contraprovas coletadas.

Essa é a herança deixada pelos julgamentos populares ingleses. Normalmente se atribui a origem histórica dos julgamentos populares na Inglaterra ao *Frankish Inquest (inquisitio)* introduzida por William I, no século XI, um procedimento investigatório de natureza fiscal e administrativa, por meio do qual o rei determinava a convocação de um certo número de pessoas da localidade, com o propósito de que os mesmos apurassem determinados fatos de interesse da Coroa. O júri propriamente dito (*Petty jury*), com a função de decidir sobre a culpabilidade ou inocência do acusado, só veio a aparecer após o IV Concílio de Latrão, de 1215, uma vez que antes os acusados pelo grande júri (*Grand jury*) eram submetidos às ordálias. Foram as particularidades do julgamento do júri inglês que determinaram a estruturação de todo um sistema probatório voltado para a seleção do material informativo a ser submetido aos jurados. A relação entre o júri e o modelo probatório inglês é tão íntima que a *law of evidence* é considerada, como aponta Antônio Magalhães Gomes Filho, como sendo *the child of the jury*. Para Blackstone, escrevendo em 1769, o jury era uma forte barreira (*strong and two-fold barrier*) contra o poder real, uma “*admirable ballance of our constitution*”, pois resguardava “*the liberties of the people*” (1979, p. 343).

Os filósofos iluministas, partindo do reconhecimento da necessidade de substituir o sistema absolutista monárquico pela república, com repercussões no campo do processo penal, por meio da abolição da tortura e da adoção de um sistema processual penal inspirado nos aplicados pela Roma Republicana e pela Inglaterra, postularam um novo modelo que, a rigor, recolocaria a oralidade e a publicidade no lugar da escrituração e do segredo (PRADO, 2001). Não por outra razão que o júri começou a ser incorporado às legislações penais europeias a partir do final do século XVIII. O Decreto francês nº 16-19, de setembro de 1791, suprimiu por completo o velho sistema ao introduzir, a partir da fase instrutória, o rito acusatório, ao instituir o júri popular, ao abolir todo tipo de segredo, ao vincular o processo à oralidade e, por fim, ao suprimir as provas legais e consagrar o princípio da livre convicção do juiz.

O processo penal moderno incorporava os valores hoje considerados *democráticos* da discussão, da igualdade, do direito à palavra, que excluem verdades de autoridade e postulam a liberdade e a paridade dos disputantes, a tolerância das hipóteses em conflito, a relatividade das provas, e, como bem apontou Antônio Magalhães Gomes Filho, o direito à prova. São essas as premissas do sistema acusatório e do sistema penal positivado no atual regime constitucional brasileiro: o ônus da prova a cargo do acusador; a presunção de inocência até prova em contrário; o contraditório como método de busca da verdade; a imparcialidade do juiz; os critérios de exclusão das provas não creditáveis pela fonte (provas ilícitas); e a livre convicção do juiz. Na precisa observação de Ferrajoli: “depois da época do iluminismo, se produz um divórcio substancial entre epistemologia científica e ciência processual” (2002, p. 153).

O Estado de Direito moderno foi, então, moldado com base em três fundamentos: a) a crença na razão humana (e, portanto, na razão do cidadão comum, como jurado, chamado a decidir as questões de fato no tribunal do júri, ou, como acusado, chamado a falseá-las e contra-argumentá-las perante o Estado-juiz); b) o dualismo entre questão de fato e questão de direito (fato e valor), que se apóia no modelo acusatório<sup>2</sup>; c) a confiança em um sistema judiciário em que a justiça fosse administrada por magistrados imparciais.

Nesse sentido, consagra-se a liberdade e resgata-se a *ars inveniendi* aristotélica no seio do processo penal. Era a proposta epistemológica que melhor se adequava a uma organização política erigida com base na primazia do indivíduo sobre o Estado.

## 6. O modelo penal misto

A questão da liberdade gerou um conflito nos debates iluministas sobre as provas legais, o que fazia transparecer um pensamento penal claramente dividido. Contrário às provas legais e defensor do princípio da livre convicção do juiz colocava-se, peremptoriamente, o inglês Jeremy Bentham, que repelia como falsa e má toda regra que constrangesse o juiz a pronunciar-se contra sua íntima persuasão (apud FERRAJOLI, 2002, p. 148):

Se o juiz, de acordo com as regras de procedimento, absolve o acusado, embora acredite ser culpado segundo os termos da lei; se faz um cidadão perder um direito que, conforme sua persuasão, a lei queria conservar; em uma palavra, se o negócio conduz a um desenlace contrário ao que haveria tido segundo a integridade de um juiz livre, se pode estar certo de que aquelas regras são más... não há que deduzir destas observações que seja necessário abolir todas as formas e não ter outra regra a não ser a vontade dos juizes: o que se necessita evitar são as formas, as regras que fazem o juiz na necessidade de pronunciar uma sentença contra a sua própria convicção e que fazem do procedimento o inimigo da lei substantiva.

---

<sup>2</sup> O modelo acusatório, que se contrapõe ao modelo inquisitório, se compromete com a nítida repartição das funções dos atores da Justiça criminal. Lucchini, citado por Ferrajoli, identificou a correlação entre sistema acusatório e regime democrático e entre sistema inquisitório e regime absolutista (apud FERRAJOLI, 2002, p. 509).



É um entendimento claramente contrário ao de Beccaria e de Montesquieu, que não queriam juízes livres, temendo a volta da arbitrariedade nos tribunais, típica do Antigo Regime. Os iluministas franceses resistiam à ideia de se transferir o controle crítico sobre os fatos da norma para as partes e deixar o juiz livre para decidir entre as hipóteses apresentadas. Receoso, também, encontrava-se Voltaire, que demonstrava claras preocupações na substituição das provas legais pela livre convicção (apud FERRAJOLI, 2002, p. 148): “Teríamos a tentação de desejar que todo vínculo legal fosse abolido e que não houvesse nada em seu lugar, além da consciência e do bom senso dos magistrados. Mas quem nos garantirá que esta consciência e este bom senso não se extraviarão?”.

Estava claro o conflito de percepção da liberdade entre a ilha inglesa e o continente. Um dos efeitos disso no continente foi o *modelo processual-penal misto*.

Assim, apesar da proposta acusatória do Iluminismo, o modelo não vingou, e acabou por se alastrar na Europa, a partir do padrão adotado pelo Código de Napoleão de 1808, um denominado “modelo processual misto”. Isso se deu porque a legislação revolucionária resolveu preservar traços do modelo medieval. Apesar da ruptura total com o sistema inquisitório, o *Code des délits et des peines*, de 1795, incorporou no então recente sistema do júri, introduzido para matéria criminal, uma fase instrutória escrita e secreta precedente à fase dos debates. O *Code d’instruction criminelle*, de 1808, acabou por fundir os dois sistemas – o acusatório, do processo romano antigo e do modelo inglês, e o inquisitório, herdado da *Ordonnance* de 1670<sup>3</sup>.

Em vários artigos do *Code* de 1808 se lê a expressão “*la manifestation de la vérité*”, claramente operando como objetivo do processo penal. Após a Revolução Francesa, com o advento do chamado Código de Napoleão, espalha-se pelo mundo ocidental uma nova ordem legal que atribui ao juiz a função de pesquisador da verdade juntamente com a adoção do modelo do livre convencimento em substituição ao das provas legais.

Tal estrutura processual mista acabou por gerar um problema metodológico, como bem precisou Antônio Magalhães Gomes Filho (1997). O grande paradoxo resultante da conciliação entre os dois modelos foi a manutenção do critério da íntima convicção na apreciação das provas. Com efeito, introduzido como corolário de um processo acusatório, público e oral, em que o procedimento probatório era regulado pela *law of evidence*, com ênfase para a participação dos interessados, em contraditório, esse princípio passou a legitimar o arbítrio judicial, na medida em que as informações da fase precedente, obtidas sem

---

<sup>3</sup> Na França, o processo penal caminhou desde 1808, época da edição do *Code d’Instruction Criminelle*, no sentido de se reforçar a estrutura de tipo misto, mantendo-se no atual *Code de Procédure Pénale*, de 1957, uma etapa de instrução escrita e secreta, como se pode ler em seu art. 11.

quaisquer regras de garantia, passavam a ser valoradas livremente, como material idôneo à formação do convencimento.

No continente europeu, o princípio da livre convicção das provas acabou por se traduzir num critério de discricionariedade de valoração, em substituição ao modelo das provas legais, o que acabou refortalecendo a autoridade do Estado, uma vez que se aumentava os poderes do juiz penal. O princípio da livre convicção do juiz, emprestado dos ingleses, não era um critério *positivo* de decisão sobre a verdade, no sentido de estabelecer quais provas eram suficientes ou não para a condenação e a pena. Portanto, esse princípio, tal como concebido pelo direito inglês, não traduzia um critério de discricionariedade de valoração, como acabou sendo interpretado no continente. O princípio é apenas um critério *negativo*, conformado pelas condições epistemológicas da prova. As partes é que decidem quais são as questões de fato e, ainda, realizam, de forma competitiva, a introdução das provas no processo. O juiz que preside o *trial* nada mais faz do que assegurar a correção da disputa, sem ter interferência direta na apuração dos fatos. Todavia, o que chegou ao Brasil foi a deturpação continental: o “processo misto” dos anos pós-Revolução Francesa, inaugurado com o Código de Napoleão e logo copiado por numerosas codificações posteriores.

Essa característica epistemológica do modelo misto denuncia um problema de não distinção entre investigação e julgamento, entre *inventio* e *conclusio*. A característica fundamental do sistema inglês, assevera J. R. Spencer, é a clara divisão de funções, particularmente entre as de investigar e julgar. Diferentemente da França e Alemanha, por exemplo, não é considerado ser função do tribunal procurar, por iniciativa própria, a verdade. Tradicionalmente, bem sublinha Spencer, é encarado como tarefa da acusação, acusar; da defesa, defender, e, do tribunal, decidir, ao final do dia, se a acusação comprovou o que dizia. Em resumo, J. R. Spencer aponta os “três sentidos inteligíveis” do modelo acusatório inglês (2005, p. 275-276):

- 1) O papel do acusado: embora durante a investigação, o suspeito, assim como na França, esteja sujeito a ser preso e mantido em custódia para fins de interrogatório policial, a ele está reservado um papel diferenciado no julgamento criminal. Na França, Bélgica e Alemanha, por exemplo, o interrogatório do réu pelo juiz é um elemento nodal no processo; na Inglaterra, o juiz presidente do tribunal não o questiona, e se o réu decidir não depor, ele não poderá ser questionado por ninguém;
- 2) O papel do tribunal: as cortes desempenham um papel passivo na Inglaterra. Não é considerado ser papel essencial do tribunal possuir um desempenho ativo na busca da verdade, enquanto na França, Bélgica e Alemanha, esta é considerada sua principal tarefa. Contudo, as cortes inglesas têm o poder de produção de provas que

não foram, por negligência das partes, produzidas, mas a jurisprudência moderna insiste que esse poder seja exercido, quando necessário, para proteger interesses do réu;

- 3) O procedimento: comparados com os procedimentos da França, a prova oral tem um papel muito maior no julgamento inglês, principalmente dada a relevância do método da *cross-examination*.

A forte presença da *inventio* na fase de construção do fato no modelo inglês é digna de nota. A condução do julgamento em contraditório, diferentemente da *audience de jugement* francesa, é largamente relegada às partes. Elas decidem quais testemunhas chamar e, quando ouvidas, não têm seus depoimentos conduzidos pelo juiz. As testemunhas são livremente questionadas e contra-examinadas. A prova é estabelecida principalmente pelo testemunho oral, e, além disso, só é debatida se o acusado postula a sua inocência. O juiz é espectador e garantidor da ordem e da legalidade. A postulação da culpa normalmente é negociada, o que beneficia o acusado com a diminuição da pena. Outro ponto relevante é o papel reduzido do réu no julgamento inglês. Se ele postular não ser culpado (*not guilty*), nada mais diz até que toda a prova da acusação seja produzida, e poderá permanecer assim até o momento em que, se desejar, preste o seu depoimento. Não existe, como na Alemanha ou na França, um convite para que se manifeste após as alegações da acusação, nem para que se manifeste após a oitiva de cada testemunha. No Brasil, o juiz pode convocar o réu para depor novamente a qualquer momento. Os tribunais ingleses são, em princípio, livres para valorarem a prova como desejarem, não havendo normas indicando a forma como ela deve ser tratada, ao contrário do que acontece na França e no Brasil, por exemplo.

David Bentley lembra que três grandes pilares do julgamento criminal inglês em 1800 ainda permanecem fortes nos dias de hoje: a) *The accused to be given full opportunity to test and challenge the prosecution evidence by cross-examination*; b) *The accused to have the right to give evidence and call witnesses in his defense*; e c) *A safeguard against wrongful conviction in the form of a requirement that the Crown prove its case beyond reasonable doubt* (BENTLEY, 1998, p. xv).

Ao contrário, Zaffaroni vê no modelo penal brasileiro, herdeiro do sistema continental, uma íntima associação entre verdade e poder (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 498):

O empírico se confundiu e se identificou progressivamente com o pragmático, dando lugar a um superposição entre ciência e técnica, toda vez que se tratasse de um saber que pretendia conhecer para poder: o conhecimento lhe interessava apenas à medida que fosse aplicável de imediato. Hoje, o crescimento acelerado dessa tendência torna muito problemática e sempre questionável a distinção entre ciência e técnica, entre verdade e poder.

A deturpação gerou um falso liberalismo jurídico nos países cujos sistemas jurídicos derivam da família romano-germânica.

## **7. O Brasil e a herança jurídica do velho continente**

No Brasil, as instituições políticas consagradas em 1824 buscaram executar duas decisões fundamentais: a construção de um Estado nacional e o estabelecimento de um Estado liberal segundo os padrões europeus (SOUZA JUNIOR, 2002). Mesmo com a revolução liberal em mente, a Constituição brasileira de 1824 refletia o fato de que o poder imperial era anterior à sociedade que criava. O Império, conforme João Camillo de Oliveira Torres (1969), com a sua hierarquia de escalões de comando, logrou, enquanto funcionaram as instituições, estabelecer uma síntese entre *imperium et libertatem*.

Logo após a outorga da primeira Constituição, o primeiro código de processo penal do Império, de 1832, adotou o *jury* inglês como fórmula geral para o processo penal. Rapidamente, no entanto, tanto liberais quanto conservadores chegaram à conclusão unânime, noticia Kant de Lima (1993), de que a instituição era muito “avançada” para o povo brasileiro, que não teria capacidade para desempenhar o papel de jurados, julgando seus pares. Assim como o sistema do *jury* não se mostrou adequado às representações da cultura jurídica europeia, hierárquica e elitista, sobre a administração da justiça, o mesmo aconteceu no Brasil. Em 1841, o modelo processual penal foi alterado e, em 1871, definitivamente estabelecido, conjugando um processo judicial acusatorial com um inquérito policial inquisitorial prévio, nos moldes da tradição europeia continental. Até hoje é esse o modelo que prevalece, consagrado no último código processual, de 1941. O *jury* no Brasil se reduziu a uma etapa obrigatória nos crimes contra a vida.

Raymundo Faoro (1976), em *Os donos do poder*, enquadrou o Brasil no conceito weberiano de “Estado patrimonial-burocrático”, espécie de organização político-jurídica ainda fortemente vinculada à autoridade e à tradição (WEBER, 2004, p. 263-264). O País, sob o posterior regime presidencial republicano, percebe Cezar Saldanha Souza Junior (2002), experimentaria sucessivamente, em menos de oitenta anos, as quatro espécies de autoritarismo patrimonialista latino-americano: a) o da oligarquia rural conservantista, com o coronelismo; b) o do caudilhismo sulino, com o Vargas do Estado Novo; c) o do populismo demagógico, com o regime de 1946; e d) o do militarismo, com a ditadura florianista e com o regime que começou a se definir com o Ato Institucional nº 2, de outubro de 1965.

A Constituição brasileira de 1988 viria para ser um divisor de águas. É notória no texto a tensão entre emancipação e regulação. O texto político de 1988 voltaria ao tema *moderno*

das liberdades públicas. Para Bruce Ackerman (2006), a Constituição brasileira de 1988 sinaliza para um “novo recomeço”. A Constituição de 1988 foi a primeira a positivizar os direitos da presunção de inocência até a condenação final, do devido processo legal, da inadmissibilidade de provas ilícitas, da publicidade dos atos processuais como regra e a obrigação de fundamentação das decisões judiciais. Por si sós, tais dispositivos já representam uma revolução. Importante perceber a inclusão do *due process of law* inglês no rol de direitos individuais, instituto que historicamente se referiu à jurisdicionarização da lei (ou seja, ao controle jurisdicional da lei abstrata e genérica, que busca incorporar ao âmbito da lei a dimensão particular-concreta do fato<sup>4</sup>). Rui Barbosa considerava o *due process of law* a mais importante de todas as limitações estipuladas por um povo soberano à autoridade legislativa, pois separava o *direito da lei* (BARBOSA, 1978, p. 205).

A Carta de 1988 foi a primeira a elencar valores fundadores para o novo Estado, e entre eles inclui a “dignidade da pessoa humana”. Esse valor fundador foi inspirado na Constituição alemã (art. 1º da *Grundgesetz*), considerado fonte pela Corte Constitucional alemã para todas as garantias que se seguem na declaração de direitos (GRIMM, 2007). Ou seja, é a única Constituição Política brasileira que, na partida, já impõe valores limitadores e norteadores para a autoridade que constitui. O Brasil adotou em sua nova Constituição uma teoria política baseada em direitos, o que é claro em seu preâmbulo, que diz que o Estado é constituído e destinado para assegurar o exercício de direitos. Em seu art. 1º, a República brasileira é chamada nominalmente, pela primeira vez em sua história, de Estado *de direito*, e no inciso XLI do art. 5º, a *lei* é separada do *direito*, e este recebe a precedência: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. A estrutura expositiva da Constituição não está mais voltada para uma tentativa de conjugar *imperium et libertatem*, autoridade e liberdade, mas, antes, para priorizar a liberdade em relação à autoridade: o título sobre os direitos individuais vem antes do título sobre a organização do Estado.

Não por outra razão ser o “princípio da judiciariedade” (Ferreira Filho) forte entre nós. A posição constitucional brasileira é a da sujeição de todos, inclusive das autoridades, aos mesmos juízes. É o que exprime o princípio insculpido no inciso XXXV do art. 5º: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A teoria baseada em direitos é tão forte em nosso sistema constitucional que o estado de sítio, sendo um estado de exceção jurídica, suspende as garantias dos direitos fundamentais, e, nunca, esses direitos (FERREIRA FILHO, 2005).

---

<sup>4</sup> Todavia, a jurisprudência do STF tem dado à cláusula do “devido processo legal” apenas uma interpretação instrumental, mais relacionada ao curso legal do procedimento, seja judicial ou administrativo.

Importante ponto é observar que um dos anseios de Rui Barbosa é materializado com a Carta Política de 1988. Quase cem anos antes, para controlar o autoritarismo, Rui Barbosa, um dos redatores da Constituição de 1891, defendeu que a lei deveria operar como um vetor corretor; não a lei como entidade abstrata, no papel, mas a lei garantida pelo Poder Judiciário, sob a égide do STF. O “governo dos juízes”, na época em elaboração jurisprudencial e doutrinária nos Estados Unidos da América, seria o árbitro dos outros poderes, dos dissídios entre a União e os Estados e o guarda das liberdades públicas. Rui Barbosa via no STF o herdeiro do Poder Moderador do Império, acima das facções e interesses. Em 1909, escreve que “a soberania, que é o poder, tem de ser limitada pelo direito, que é a lei”, daí a necessidade que se impunha à democracia, especialmente no regime presidencial, de traçar divisas insuperáveis aos três órgãos da vontade nacional. A justiça seria a “chave” de todo o “problema da verdade republicana”. Sem esse arranjo, concluiu, o que ficaria seria a “hipocrisia demagógica do caudilhismo a revezes civil ou militar, o caiado sepulcro dessas repúblicas de sangue e lama, desordem, pobreza e ignorância da América Latina, onde uma vergonhosa realidade apodrece cronicamente sob a exploração das formas populares” (apud FAORO, 1976, p. 669). O País acabou tomando o segundo rumo, nas formas autoritário-patrimonialistas identificadas por Cezar Saldanha. A Constituição de 1988, porém, deu ao STF o que nenhuma Constituição brasileira deu ao Poder Judiciário: o poder de declarar inconstitucional uma lei do Estado. Materializava-se o sonho de Rui Barbosa, quase um século depois. Abriam-se novamente as portas para o projeto de tornar os tribunais os executores da liberdade constitucionalizada.

Enfim, a nova Constituição era, por todas essas razões, *moderna*.

Falando sobre a teoria de direitos adotada pelos Estados Unidos, Dworkin escreveu o seguinte (2002, p. 414):

Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim. Este sentido do que constitui um direito (que poderia ser chamado de conceito antiutilitarista de um direito) parece-me muito próximo do sentido de direito que, nos últimos anos, tem sido empregado principalmente nos escritos e na argumentação políticos e jurídicos. Esse sentido destaca o conceito bem definido de um direito individual contra o Estado, conceito que está, por exemplo, no cerne da teoria constitucional dos Estados Unidos.

Foi esse também o caminho ético adotado pelos constituintes de 1988. A Constituição brasileira informa condições mínimas para um método de produção da verdade penal, com base no inciso III do art. 1º, nos incisos II, XXXIX, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LX e LXI do art. 5º, e no inciso IX do art. 93. Ou seja: a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado, a liberdade privada de agir na ausência de mandamento legal

contrário, a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório como método de busca da verdade, a ampla defesa, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a anterioridade da lei e da jurisdição, a publicidade dos atos processuais e a obrigação de fundamentação das prisões e das decisões judiciais. São direitos individuais contra o Estado. Isso significa que a forma como o Estado executa essa metodologia, na elaboração e aplicação da lei penal, ditará um tipo de política penal e, portanto, um tipo de justificação penal. A forma de execução dessa metodologia constitucional traduz uma política pública de justiça.

As políticas públicas, conforme Maria das Graças Rua, nada mais realizam do que uma “alocação imperativa de valores” (1998, p. 232). O tipo de juris-dição ou *iuris dicere* a que qualquer pessoa da sociedade terá acesso, que poderá lhe retirar ou não a liberdade, dependerá da forma como o Estado executa as normas constitucionais que trazem embutida uma teoria política de fundo. Nos termos da teoria política concretizada na Constituição, o processo judicial constitui um limite ao poder do Estado. Essa é a ideia-mãe do liberalismo jurídico, o qual tem orientado a prática jurisdicional ocidental há pelo menos dois séculos.

## **8. O acesso à justiça**

A ordem estatal abrange apenas manifestações muito específicas da vida do indivíduo. É o que positiva, por exemplo, o inciso II do art. 5º da Constituição brasileira, que pode ser encontrado em todas as nossas Constituições anteriores: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Essa ideia-base está em Montesquieu. Lógica bastante diferente da do direito antigo, segundo a qual aquilo que a lei não ordena ela proíbe, conforme preconizado por Aristóteles em *Ética a Nicômaco*, e do direito medieval, segundo o qual aquilo que a lei não ordena está ordenado na lei divina, conforme colocou São Tomás de Aquino. Em outras palavras, a autoridade deixa de ser o dado natural que opera a ligação entre poder e direito. O que faz a Constituição senão abrir um espaço legítimo para a crítica ao poder civil do Estado?

Os incisos III do art. 1º, XXXIX, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LX e LXI do art. 5º e IX do art. 93 da Carta Política informam que o Estado deve sempre justificar seus atos contra os indivíduos e vê-los, na partida, assumindo a posição de livres, ou seja, não-culpados. Só a sentença final, após longo procedimento de coleta de dados e de debates, tem legitimidade para retirá-lo dessa posição original. Ou seja, o processo penal nada mais representa, como bem lembrou Choukr (2002), que um “formalismo” incômodo para a autoridade. Os dispositivos constitucionais referidos são liberdades que qualquer indivíduo pode arguir contra a autoridade. O processo penal visto pela Constituição brasileira é um processo que se

funda no valor da liberdade individual contra o Estado (liberdade negativa). É a ideia de *bem* trazida pelo constitucionalismo moderno. Tais linhas metodológicas não são coerentes com o critério da verdade real, hoje adotada pelo processo penal brasileiro. Acerta Ibáñez (2006, p. 50): “O procedimento não é de *verificação*, contra o que às vezes se diz, porque as hipóteses judiciais não são susceptíveis de experimentação: podem, unicamente, ser confirmadas ou refutadas mediante o resultado da atividade probatória. A verdade processual *não se demonstra*, se prova.

“Se prova” no seu sentido grego etimológico original: “se convence”.

O jurista italiano Carnelutti (1998) e o brasileiro Rogério José Bento (2007) procuraram tornar o critério de verdade compatível com o novo parâmetro ético das constituições modernas, ao proporem a substituição da ideia aristotélica de “certeza” (vinculada à ideia de verdade real) pela ideia formal de “certeza processual”. Carnelutti foi buscar na origem latina da palavra “certeza” (*cernere*) o que defende ser um de seus significados originários: “escolher”. Assim, propõe a substituição do objetivo da investigação jurisdicional: da verdade pela “certeza”, nesse novo sentido (1998, p. 607). Rogério José Bento, adotando a linha de Carnelutti, defende que a “busca da verdade” deve “exigir correspondência com os fatos provados a partir de uma probabilidade lógica”; defende, assim, que “a verdade do processo é argumentativa”, “é a substância sobre a qual se alcança uma concordância prática e provisória” (2007, p. 867). Nesse sentido, abre-se mão de uma verdade material e adota-se uma verdade formal.

A execução das linhas metodológicas constitucionais citadas fornece um sentido ético para a norma constitucional de acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º). O acesso à justiça não é apenas acesso ao Poder Judiciário, à justiça-instituição, mas à justiça enquanto modelo de julgamento coerente ao *telos* ético dado na Constituição. Todos aqueles dispositivos constitucionais citados orientam uma política pública de acesso à justiça.

## 9. Considerações finais

Para Peter Häberle (2008), o protótipo do Estado constitucional, como democracia pluralista, se apresenta hoje como o mais bem sucedido modelo antagônico ao Estado totalitário e a todas as “pretensões fundamentalistas de verdade”, aos “monopólios da informação” e às “ideologias imutáveis”. Para ele, esse Estado se caracteriza exatamente pelo fato de “não estar em posse de verdades eternas pré-constituídas”. Tal Estado se fundamenta sobre “verdades” provisórias, revidáveis, as quais ele, a princípio, acolhe no plural e não no singular, e também não as decreta. Como Estado neutro do ponto de vista da religião, da arte e



da ciência, o Estado constitucional refuta o papel de juiz da religião e da arte, e deixa espaço para as ciências e sua respectiva autonomia, liberando, assim, as forças da pessoa humana, deixando-a percorrer um caminho *próprio* na busca da verdade.

A verdade jurisdicional é uma verdade prática, tópica, formal, não uma verdade epistêmica, científica. A verdade necessária à conclusão justa do processo é a que se pode atingir sem se arranhar a razão humana, a sua liberdade de propor a alternativa, a sua liberdade de criar e inovar. A verdade formal é apenas uma decorrência lógica do critério de justificação penal dado pela teoria política de justiça inscrita na Constituição: a liberdade de propor e de influenciar no resultado (liberdade dialética) – sem constrangimentos impostos pela autoridade (liberdade negativa).

Herdado do modelo de justiça do continente europeu, o processo penal brasileiro em vigor não segue o projeto libertário original, e estrutura o procedimento de julgamento negando transferir para o indivíduo o controle crítico sobre os fatos e deixar o juiz livre para fazer uma escolha fundamentada. A lei penal brasileira atribui ao Estado-juiz papel ativo na busca da verdade e resiste à ideia de um completo desvinculamento entre conhecimento e interpretação da lei: como corolário disso, temos a imposição do pressuposto ontológico de um mundo objetivo na lei processual penal. O Estado já impõe uma visão de mundo e exige, para as partes e para o juiz, um agir no processo de acordo com ela. Foi preservada no Brasil a estratégia metodológica adotada pelo continente europeu nos séculos XIX e XX, o que significa, para o Estado-juiz, não se limitar em relação à atuação epistemológica das partes e manter o monopólio da decretação da verdade sobre os fatos.

Decorre do *telos* ético adotado pela Constituição brasileira uma profunda necessidade de se revitalizar a concepção argumentativa da prova jurídica, concepção antiga que, para Aristóteles, era a que possibilitava a *crítica*. Concluimos, por todo o exposto, que o critério de justificação adotado para o agir jurisdicional no processo penal brasileiro (verdade real) não é coerente com o norte ético dado pela teoria política de justiça inscrita na Constituição (liberdade negativa). Defendemos, portanto, a sua substituição por outro critério, o da liberdade dialética.

## Referências bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- AGOSTINHO, Santo. *A cidade de Deus*. V. 2. São Paulo: Edameris, 1964.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- AQUINO, São Tomás. *Tratado da justiça*. Porto-Portugal: Resjurídica, 2001a.
- \_\_\_\_\_. *Tratado da lei*. Porto-Portugal: Resjurídica, 2001b.
- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Ética a Nicômaco*. 2. Ed. São Paulo: Edipro, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Metafísica*. São Paulo: Edipro, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Organon*. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Retórica das paixões*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática*. Petrópolis: Vozes; Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.
- BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BENTLEY, David. *English criminal justice in the nineteenth century*. London: The Hambledon Press, 1998.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979. 4 v.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. *Genesis*, Curitiba, n. 9, p. 606-609, jul./set. 1998.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- DUROZOI, Gérard; ROUSSEL, André. *Dicionário de Filosofia*. Campinas: Papyrus, 1993.

- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. V. 2. 3. Ed. Porto Alegre: Globo, 1976.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Vigiar e punir*. 26. Ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 149-166.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, v. 347, Rio de Janeiro, p. 3-10, jul./set. 1999.
- HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- HUME, David. Investigação acerca do entendimento humano. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LIMA, Roberto Kant de. Verdade ou mentira? Uma perspectiva comparada do processo (Brasil/EUA). *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n. 2, p. 60-73, 1993.
- LOCKE, John. *An essay concerning human understanding*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000174.pdf>. Acesso em: 30 maio 2008.
- \_\_\_\_\_. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MAFFETTONE, Sebastião; VECA, Salvatore (orgs.). *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

MALATESTA, Nicola dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 3. Ed. Campinas: Bookseller, 1912.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. A constitucionalização do processo penal: reinterpretando o processo penal a partir do princípio democrático. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 857-878.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19. Ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

ODON, Tiago Ivo. Democracia liberal e direitos individuais: a epistemologia jurídica por trás do Estado Moderno. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 175, p. 337-355, jul./set. 2007.

OLIVEIRA TORRES, João Camillo de. *Interpretação da realidade brasileira*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1969.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POPPER, Karl. *A Sociedade aberta e seus inimigos*. V. 1. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

\_\_\_\_\_. *Conjecturas e refutações*. Coimbra: Almedina, 2003.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão (orgs.). *O estudo da política*. Brasília: Paralelo 15, 1998. p. 231-260.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e constitucionalismo no Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

SPENCER, J. R. O sistema inglês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 243-339.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. V. 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. V. 2. Brasília: UnB, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.