

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Muriel Amaral Jacob

A verdade no processo penal: a gestão dialético-aproximativa da prova

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Muriel Amaral Jacob

A verdade no processo penal: a gestão dialético-aproximativa da prova

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito, sob orientação do Professor Márcio Pugliesi.

SÃO PAULO
2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Muriel Amaral Jacob

A verdade no processo penal: a gestão dialético-aproximativa da prova

Aprovada em: ___/___/___

Banca Examinadora

Professor Doutor Marcio Pugliesi (Orientador)

Julgamento: _____

Instituição: PUC-SP Assinatura: _____

Professora Doutora Clarice von Oertzen de Araujo

Julgamento: _____

Instituição: PUC-SP Assinatura: _____

Professor Doutor Antônio Márcio da Cunha Guimarães

Julgamento: _____

Instituição: PUC-SP Assinatura: _____

Professor Doutor Isael José Santana

Julgamento: _____

Instituição: UEMS Assinatura: _____

Professor Doutor Mário Lúcio Garcez Calil

Julgamento: _____

Instituição: UEMS Assinatura: _____

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior- Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas oportunidades que tem me dado de testemunhar o amor que tem por mim e pelas pessoas que me rodeiam e por sempre me guiar para o melhor caminho, contribuindo com minha constante evolução e reforma íntima.

Aos meus pais por serem essenciais em minha vida, compreensivos e companheiros em todas as minhas escolhas, dando-me todo o apoio e suporte necessários, na busca do conhecimento, e por sempre me inspirarem a buscar o melhor de mim.

À minha irmã Vanessa e aos meus sobrinhos Isabela e Lucas, por me ensinarem a amar incondicionalmente.

Ao meu companheiro e amor Fabrício Muraro Novais, por toda compreensão, companheirismo e força. Amar você torna tudo mais fácil. “E a emoção do nosso amor não dá para ser contida. A força desse amor não dá para ser medida. Amar como eu te amo, só uma vez na vida” (Roberto Carlos)

À Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, instituição onde me graduei e que me acolheu nos primeiros passos da minha vida acadêmica, e aos amigos que lá fiz e que levarei por toda a vida.

Aos amigos da atual instituição onde leciono - UniRv-, onde assumi o primeiro concurso para carreira docente.

À PUC/SP, por ter me proporcionado a oportunidade de adquirir mais conhecimentos e propagá-los nas salas de aula Brasil afora.

Agradeço, ainda, à minha família pela compreensão nas horas de ausência e pela dedicação e auxílio na conquista do título de doutora.

E, em especial, ao meu orientador, Dr. Marcio Pugliesi. Torna-se muito difícil expressar nesse pouco espaço toda minha gratidão, carinho e admiração, não só pelo profissional de destaque que é, mas também pela pessoa serena e humilde que demonstrou ser. Agradeço por ter me acolhido como sua orientanda e pela atenção a mim dispensada em todos os momentos. Eterna será a minha gratidão, pelo apoio, confiança, segurança transmitida e por tudo que fez por mim.

EPÍGRAFE

“Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas [...]”.

BARBOSA, Rui. **Novos discursos e conferências**. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 75.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é investigar a concepção de verdade no direito processual penal, em relação aos conceitos filosóficos relacionados ao tema, para formular uma teorização acerca dessa problemática. Parte-se da hipótese de que uma teoria processual condizente com os moldes constitucionais e com a ideia de Justiça é aquela que tem, na busca da verdade, uma condição necessária para a justa solução da controvérsia. Os meios de prova têm o papel de trazer a verdade ao processo, tornando-a inteligível, visando a uma decisão adequada ao Direito. O julgador deve buscar a verdade pelos meios probatórios previamente previstos pelo sistema processual, que devem demonstrar sua eficiência em alcançar e traduzir os fatos da maneira mais próxima possível à verdade. Defendeu-se a tese de que a verdade processual pode ser “aproximada” em relação aos eventos passados, que deve ser “otimizada” em um processo dialético que resguarde as garantias constitucionais processuais do acusado, volte-se à correta aplicação da lei e que tenha como objetivo final a justiça. Desenvolveu-se o presente estudo por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se, na escrita, o procedimento dedutivo e, na apresentação, o formato monográfico. Trata-se de estudo justificável, tendo em conta a relevância que o tema da verdade encontra no direito processual, e a necessidade de se conferir aplicabilidade à força normativa da Constituição Federal. Concluiu-se que o diálogo processual baseado nas provas promove, no final um “desvelamento possível”, baseado nas possibilidades de aproximação à verdade processual.

Palavras-chave: Verdade. Aproximação. Diálogo. Direito Processual Penal.

ABSTRACT

The objective of the present work is to study the truth in the criminal procedural law, in relation to the philosophical concepts related to the subject, to formulate a theorization about this problematic. It starts from the hypothesis that a procedural theory commensurated with the constitutional molds and with the idea of Justice is that which, in the pursuit of truth, has a necessary condition for the fair solution of the controversy. The evidence has the role of bringing the truth to the process, making it intelligible, aiming at a decision appropriate to the Law. The adjudicator must seek the truth by means of evidence previously dictated by the procedural system, which must demonstrate its efficiency in reaching and translating the facts as closely as possible to the truth. The thesis that was defended was that procedural truth can be "approximated" in relation to past events, which must be "optimized" in a dialectical process that safeguards the constitutional procedural guarantees of the accused, turns to the correct application of the law and have the ultimate goal of justice. The present study was developed through bibliographic and documentary research, using, in writing, the deductive procedure and, in the presentation, the monographic format. It is a justifiable study, taking into account the relevance that the subject of truth finds in procedural law, and the need to confer applicability to the normative force of the Federal Constitution. It was concluded that evidence-based procedural dialogue promotes, at the end, a "possible unveiling", based on the possibilities of approximation to procedural truth.

Keywords: Truth. Approximation. Dialogue. Criminal Procedural Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – O CONCEITO DE VERDADE NA FILOSOFIA: Ilusão e método	12
1.1 A impressão de verdade e o (in)conformismo da correspondência.....	12
1.2 A verdade no processo como (im)possibilidade metodológica	16
1.3 Algumas (im)possibilidades da verdade pelo método	23
1.4 Algumas teorias sobre a verdade	25
1.4.1 Teoria da correspondência	25
1.4.2 Teoria da coerência	33
1.4.3 Teoria do consenso	37
1.4.4 As Teorias pragmáticas	41
1.4.4.1 O pragmatismo como critério de significação em Peirce	42
1.4.4.2 John Dewey e a realidade pelas sensações	45
1.4.4.3 Willian James e a essência dos objetos	46
1.4.4.4 O pragmatismo jurídico em Richard Allen Posner	47
1.4.5 Teoria semântica	50
1.4.6 Teoria da redundância	54
1.4 Estágio atual (verdade na pós-modernidade)	56
1.5 A verdade como aproximação em Karl Popper.....	62
CAPÍTULO II - AS (IM)POSSIBILIDADES DA VERDADE NO PROCESSO PENAL	68
2.1 Conceitos iniciais	69
2.2 Verdade histórica ou “dos fatos”	72
2.3 Verdade e justiça como finalidades do processo	79
2.4 Notas sobre a (im)possibilidade de uma teoria geral do processo	83
2.5 Vieses da verdade no processo penal e civil	85
2.6 Os princípios jurídicos	92
2.6.1 O princípio como norma jurídica.....	94
2.6.2 A verdade “real” como “princípio”	97
2.6.3 Refutações finais à verdade real no processo penal.....	101
2.7 Verdade e livre convencimento	106
2.8 Verdade aproximativa e a certeza	111
2.9 O livre convencimento e o contraditório: a verdade dialética.....	118
CAPÍTULO III – AS (IM)POSSIBILIDADES DA OBTENÇÃO DE UMA VERDADE “APROXIMATIVA” NO PROCESSO PENAL	121
3.1. A prova como principal método de obtenção da verdade.....	122
3.2 Conceito e finalidade da prova	126
3.3 Verdade científica X verdade jurídico-processual	130
3.4 Constituição com “condição de possibilidade” para a interpretação dos fatos no processo penal e o necessário respeito às garantias processuais	134
3.5. Argumentação, lógica e retórica: entre o “convencimento” e a máxima aproximação à verdade	137

3.6	Discrecionariiedade X arbitrariedade na apreciação das provas	142
3.7	O processo dialético aproximativo e os meios de prova	147
3.8	Aproximação “suficiente” à verdade e motivação da decisão penal: o paradigma do juízo “além de uma dúvida razoável”	154
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	163
	REFERÊNCIAS	169
	ANEXO	177

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é o estudo da verdade no contexto do direito processual penal, em especial no que se relaciona aos vários conceitos filosóficos e científicos pertinentes ao tema, de modo que se possa formular uma teorização acerca dessa problemática, que tem preocupado a ciência processual, especialmente após a Constituição de 1988.

Para que seja possível analisar a verdade produzida no processo judicial, especificamente na seara penal, faz-se necessário enfrentar algumas premissas científico-sociológicas indispensáveis ao tema.

Forçoso, também, abordar os métodos relacionados à busca pela verdade, para que se possa alcançar a finalidade da prova nesse processo, bem como concluir sobre a possibilidade de obtê-la, bem como acerca da possibilidade de que exista apenas um conceito de verdade, e se tal conceito seria aplicável ao processo judicial.

Referidas teorias, porém, existem em uma imensa variedade, até porque surgiram em momentos históricos distintos e a partir de problemáticas diversas, de modo que cada teórico elabora a sua concepção a partir daquilo que conhece, o que termina por construir vertentes e premissas exclusivas de cada um.

O desejo de se buscar a verdade resulta, frequentemente, em concepções e opiniões que se convertem em verdades individuais. Essa transformação, que ocorre no íntimo das pessoas, volta-se a acalentar essa vontade. Assim é que as meras convicções se tornam verdades.

Parte-se, porém, de uma hipótese: a de que a teoria processual mais condizente com os moldes trazidos pela Constituição Federal e, até mesmo, com a própria ideia de Justiça *lato sensu*, é aquela que tem a busca da verdade como condição necessária para a justa solução de uma controvérsia.

Faz-se necessário, assim, analisar qual seria o objetivo último do processo, para que seja possível aferir qual o efetivo papel da verdade, como seu fundamento ou seu requisito indispensável. Se esse objetivo fosse meramente o encerramento da lide, por meio da chancela procedimental e mera imposição estatal, seria duvidoso afirmar o atingimento da justiça.

Caso seja o processo, simplesmente, um meio de pacificação e estabilização individual e social, seria possível afirmar que dele resultaria alguma segurança da crença de que seria capaz de produzir justiça. Demonstra-se imperioso, assim, verificar se a sistemática processual pode ser utilizada como meio para se chegar a uma justa decisão, especificamente, em relação ao direito processual penal, estritamente vinculado aos direitos fundamentais.

No contexto do processo judicial, todavia, os vários meios de prova têm o papel pressuposto de trazer a verdade ao processo, tornando-a inteligível a ponto de poder ser traduzida em palavras e frases que, colocadas em sequência lógica, produzam uma decisão adequada ao Direito.

Assim, o estudo das teorias voltadas ao estabelecimento da verdade pode auxiliar a comprovar sua função, até porque as provas funcionam, para o julgador, como “fontes” de compreensão e de visualização dos fatos narrados e impugnados no decorrer do processo judicial.

O julgador deve, contudo, buscar essa verdade por intermédio dos meios probatórios previamente admitidos e definidos como relevantes pelo sistema processual, instrumentos que precisam demonstrar sua eficiência no que concerne ao seu papel de alcançar e traduzir os fatos da maneira mais próxima possível à verdade, de modo que seja possível atingir a precípua finalidade do processo, qual seja, a Justiça.

Importante ressaltar, porém, que não se pretende esgotar o tema, nem mesmo impor um resultado que não seja passível de contestação, até porque seria impossível. Pretende-se, sim, com o maior rigor científico possível, expor o problema, o objeto, os dados, as hipóteses e buscar alcançar um resultado confiável, neste momento histórico, considerando-se o “estado da arte” no qual a presente pesquisa se realiza.

O trabalho ora apresentado foi dividido em três capítulos. No primeiro, foram tratadas as noções metodológicas acerca do conceito de “verdade”. Trabalhou-se, especificamente, a relação entre verdade e conhecimento e as principais teorias relacionadas à verdade. A seguir, foi estudado o estado atual do conceito, no período denominado “pós-modernidade” e, ao final, as contribuições de Karl Popper acerca dos conceitos de indução e de verdade científica “aproximativa”.

No segundo capítulo, trabalhou-se o “estado da arte” da verdade processual e as (im)possibilidades da verdade no processo. Nesse sentido, foram estudados os conceitos iniciais, o conceito de verdade “dos fatos” e sua semelhança com o estudo da história, bem como a verdade como pressuposto para o atingimento da justiça processual.

A seguir, foi tratada a (im)possibilidade de uma “teoria geral do processo”, as diferenças entre as “verdades processuais” civil e penal, o chamado “princípio da verdade real”, a partir da “teoria dos princípios”, o princípio como norma jurídica, a (im)possibilidade de enquadramento da verdade “real” como princípio jurídico e outras refutações ao referido conceito.

Finalmente, foram estudadas as relações entre a verdade e o livre convencimento do juiz, um conceito de “verdade processual aproximativa” e suas relações com o conceito de “certeza” e, ao final, as relações dialéticas a partir do contraditório, voltadas a estabelecer o livre convencimento.

No terceiro e último capítulo trata-se, especificamente, da gestão dialético-aproximativa da prova. Nesse contexto, foi estudada a prova como principal método de obtenção da verdade, o conceito e a finalidade da prova e as diferenças entre a verdade científica e a verdade jurídico-processual.

A seguir, ainda no mesmo capítulo, foi estudada a Constituição como “condição de possibilidade” para a obtenção da verdade processual, os conceitos de argumentação, lógica e retórica e os seus respectivos papéis no concernente à aproximação à verdade e os limites da discricionariedade judicial no que se relaciona à apreciação do conteúdo probatório.

Trabalhou-se, finalmente, as possibilidades dialético-aproximativas dos meios de prova e, por último, as possibilidades atinentes a uma aproximação “suficiente” à verdade processual e suas relações com a motivação das decisões judiciais penais.

Defendeu-se, aqui, a tese que a verdade processual somente pode ser “aproximada” em relação aos eventos passados. Essa aproximação, todavia, apenas pode ser “otimizada” no contexto de um processo dialético que, simultaneamente, resguarde as garantias constitucionais processuais do acusado, volte-se à correta aplicação da lei e que tenha, como objetivo final, a justiça.

Desenvolveu-se o presente estudo por intermédio de pesquisa bibliográfica, nos referenciais pertinentes, bem como de pesquisa documental, na legislação aplicável. Utilizou-se, na escrita, o procedimento dedutivo, bem como, para a apresentação, o formato monográfico.

O presente estudo é plenamente justificável, tendo em vista a relevância que o tema da verdade encontra no direito, especialmente no contexto processual penal, bem como a necessidade de se conferir aplicabilidade plena força normativa à Constituição da República de 1988.

CAPÍTULO I – O CONCEITO DE VERDADE NA FILOSOFIA: ILUSÃO E MÉTODO

O objetivo deste capítulo é trabalhar o conceito metodológico de “verdade”. Esse estudo é indispensável para possibilitar a visualização do alcance e da dimensão da expressão, bem como para conseguir um suporte epistemológico para o tema, de difícil compreensão, o que justifica o presente estudo, sem, no entanto, pretender esgotar tanto o tema verdade quanto traçar um estudo pormenorizado das teorias sobre o assunto.

Para tanto, é necessário trabalhar alguns referenciais filosófico-metodológicos, desde a antiguidade até a filosofia moderna ou pós-moderna. Inicialmente, serão tratadas as primeiras noções filosóficas acerca do conceito de “verdade”. Em seguida, far-se-á uma relação entre verdade e conhecimento.

Na sequência, serão estudadas as principais teorias relacionadas à verdade, quais sejam: correspondência, coerência, consenso e as teorias pragmática, semântica e da redundância. Ao final, serão trabalhadas as contribuições de Karl Popper em relação aos conceitos de indução e de verdade científica “aproximativa”.

1.1 A impressão de verdade e o (in)conformismo da correspondência

Para que seja possível chegar à noção de “verdade judicial” ou “processual”, é possível partir do pressuposto de que a verdade é *única*. Diante disso, é possível a conclusão (precipitada) de que seria impossível “subdividir” o conceito, de modo que não poderia haver, *mutatis mutandis*, uma verdade “processual”.

Até porque a verdade processual é, antes de tudo, pretendida como *resultado* de um processo judicial, de forma que não seria racional estudá-la sem, antes, proceder à análise do próprio conceito de verdade, cuja obtenção pode se referir, somente, ao “esforço” empenhado, pelo operador processual, em alcançá-la. Não se trata, contudo, sequer da possibilidade de se alcançar uma verdade absoluta.

Para Taruffo, a verdade deve ser perquirida no processo da mesma forma que em outros campos da experiência cotidiana, pela utilização dos meios aplicáveis às áreas de investigação não jurídicas, como, por exemplo, a história, de modo que as normas jurídicas é que definem o

contexto da verdade “judicial”. Qualquer tipo de verdade é, todavia, de alguma forma, “contextual”.¹

Ocorre que a verdade “processual” está limitada pelas normas processuais que delineiam suas possibilidades, assim como pela imperiosa observância das garantias constitucionais do acusado. O desejo de obtenção da verdade relaciona-se à aquisição de um determinado conhecimento e à sua comprovação, de modo que se faz necessário entender a verdade em seu sentido mais *lato*, para que seja possível compreender, dedutivamente, seu sentido processual.

A busca incessante pela verdade se justifica pelo fato de que o homem não teria controle absoluto sobre a verdade, pois, do ponto de vista universal, a verdade é somente contingencial. Desse modo, as descobertas científicas acumuladas apenas confirmaram que há outras verdades ainda a se descobrir, porque a *busca pela verdade* nasce juntamente com o próprio ser humano.²

A busca pela verdade corresponde a uma ambição e a um objetivo inalcançáveis, pois as verdades que se revelam contestam as opiniões, princípios e constatações que as precederam. A obtenção da verdade é, em si, uma impossibilidade lógica, tendo em vista, inclusive, que o ser humano não é onisciente. A vontade de obtê-la, porém, é inerente ao humano. Aliás, trata-se do desejo de uma das mais antigas ambições da humanidade.

Descartes foi capaz de perceber que falsas opiniões eram tidas como verdadeiras, fundadas, por sua vez, em princípios mal assegurados, duvidosos e incertos, de forma que seria necessário ao homem tentar desfazer-se das opiniões prévias e recomeçar, desde os fundamentos, para que pudesse estabelecer algo firme e constante em relação às ciências.³

O conhecimento é um ideal humano. Como ser pensante e racional que é, o homem deseja atingir a verdade, que é o ponto de acesso ao mundo e que influencia pensamentos, emoções, a vida social e a própria ideia de justiça. As impressões e opiniões, impostas ou ensinadas, não correspondem, isoladamente, à verdade em sentido epistemológico.

O fundo de uma língua contém o sedimento das experiências realizadas no decurso de várias gerações, por vários indivíduos diferentes, depositadas sob forma simbólica, de modo que não só empresta coloração às experiências realizadas pelos indivíduos, como, também, permite-lhes reutilizar as reflexões dos outros, de forma que o conhecimento por meio do qual

¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a reconstrução dos fatos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 24.

² BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

³ DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 84.

as pessoas agem se expande explosivamente se, por meio de uma língua, se estabelece uma ligação com o fundo de conhecimento de uma sociedade.⁴

Os símbolos não têm uma função simplesmente imitativa e pictórica, mas, sim, representacional, em relação aos objetos de comunicação no interior de uma comunidade linguística, porque a tradição social transformou padrões sonoros específicos em representações de objetos de comunicação.⁵

Assim, a obtenção da verdade exige a libertação das aparências das coisas, das opiniões estabelecidas e das ilusões dos sentidos. Por ser o conhecimento algo próprio da essência real e profunda dos seres, é necessário, enquanto, por sua vez, as opiniões são variáveis. Essa variabilidade e inconstância comprova o desconhecimento acerca de sua essência. Por isso é que a verdade não se encontra no plano da opinião.

Ocorre que até mesmo a mera impressão acerca do conhecimento da verdade e a certeza sobre os fatos geram sensações de conforto e segurança no homem. É daí que advém o desprezo ao engano e à dissimulação. Santo Agostinho afirmou que teria encontrado várias pessoas com desejo de enganar os outros, porém, ninguém que quisesse ser enganado.⁶

No plano das opiniões, a verdade se encontra em um sentido oposto à falsidade. Aqui, são-lhe atribuídas características de proposições revestidas de um caráter lógico, a princípio, irrefutável. Constrói-se, a partir disso, uma lógica “binária”: tudo aquilo que não é falso, é, pois, verdadeiro ou vice-versa.

No mesmo sentido dessa *conceituação por antinomia*, Marilena Chauí afirma que o erro, o falso e a mentira estão no *sentido superficial e ilusório das coisas ou dos seres*, surgindo, desse modo, quando se diz algo que não é. Assim, são falhas da percepção sensorial ou intelectual.⁷

É possível, portanto, *opor a verdade à mentira*. No processo judicial, todavia, àquela é atribuído o caráter *incontestável*, que condiz com a realidade, em oposição total à ausência de verdade. As ciências, contudo, buscam a verdade *completa*, a partir da necessidade humana de encontrar a paz que advém da conformidade entre a realidade e o pensamento individual.

A verdade sobre os fatos, ou mesmo a ilusão acerca de sua existência, é capaz de retirar o homem de sua ignorância e, conseqüentemente, do desconforto causado pelo

⁴ ELIAS, Norbert. **Teoria simbólica**. Oeiras: Celta Editora, 1994, p. 91-92.

⁵ Ibidem, p. 92.

⁶ AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 173.

⁷ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010, p. 126.

desconhecimento. A esse desejo dá-se o nome de “vontade de verdade”,⁸ “desejo do verdadeiro”, “desejo de buscar a verdade” ou “busca da verdade”⁹.

Trata-se, portanto, de uma característica inerente à espécie humana, de modo que é natural ao homem buscar, constantemente, o conforto que resulta da impressão de conformidade de seu conhecimento com a realidade. Daí resulta a incessante vontade de se buscar a verdade e sua adequação aos fatos.

Trata-se, contudo uma busca caracterizada pela frustração constante e eterna. É essencial, a partir dessas constatações, estabelecer as relações entre a verdade e o conhecimento, de modo a separá-la das convicções, opiniões e das meras impressões.

A compreensão sociológica da “realidade” e do “conhecimento” situa-se entre o “homem da rua”, o sociólogo e o filósofo: o homem da rua, geralmente, não se preocupa com o que é “real” para ele, mas, sim, com o que “conhece”, pois “dá como certa sua ‘realidade’ e seu ‘conhecimento’”; o sociólogo é, pela própria lógica de sua disciplina, forçado a perguntar acerca da diferença entre as duas “realidades” e, especificamente, se poderia ser compreendida com relação às várias diferenças entre as duas sociedades; já o filósofo é obrigado a não considerar nada como verdadeiro e a obter a máxima clareza sobre o *status* último daquilo que o homem da rua acredita ser a “realidade” e o “conhecimento”.¹⁰

Aglomerções específicas da “realidade” e do “conhecimento” referem-se a contextos sociais também específicos, cujas relações terão de ser incluídas numa correta análise sociológica desses contextos. Assim, uma “sociologia da conhecimento” deve tratar não apenas da multiplicidade empírica do “conhecimento” nas sociedades humanas, mas, também dos processos pelos quais qualquer corpo de “conhecimento” chega a ser socialmente estabelecido como “realidade”. Trata-se, porém, tanto de uma sociologia da verdade, quanto de uma sociologia do erro.¹¹

Se a integração de uma ordem social só pode ser entendida nos termos do “conhecimento” que seus membros têm dela, a análise desse conhecimento é essencial para o exame dessa ordem institucional. Assim, apesar de importante, o conhecimento teórico é apenas uma pequena parte do que uma sociedade considera como conhecimento.¹²

⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001, p. 14-20.

⁹ CHAUI, Marilena. Op. Cit., p. 112-113.

¹⁰ BERGER, Peter; LUCKMAN, Thomas. **A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 12.

¹¹ Ibidem, p. 13-26.

¹² Ibidem, p. 92.

Em determinados momentos de uma história institucional aparecem legitimações teoricamente complicadas. O conhecimento primário relativo à ordem institucional é o conhecimento situado no nível pré-teórico. A soma de tudo aquilo que “todos sabem”, a respeito do mundo social, um conjunto de máximas, princípios morais, frases proverbiais de sabedoria, valores e crenças, mitos, etc., cuja integração teórica exige considerável força intelectual.¹³

Uma vez que uma instituição se cristaliza e perdura, o mesmo corpo de conhecimento serve como descrição objetiva empiricamente verificável dela. A partir daí, o mesmo corpo de conhecimento é transmitido à geração seguinte e aprendido como *verdade objetiva* no curso da próxima etapa de socialização, interiorizando-se como *realidade subjetiva*.¹⁴

Mesmo o saber científico mais elevado e confiável não pode ser tido como verdade total, pois, a qualquer tempo, pode ser contestado. A história da ciência prova que diversas teorias entendidas como “verdades” passaram a ser contestadas, rejeitadas e acabaram por ser substituídas.

A novidade da ciência e do método científico é a atitude conscientemente crítica relacionada às tentativas de solução. Assim, ocorre o progresso científico com a substituição de antigas teorias por teorias mais recentes, de modo que não é um processo cumulativo, embora as antecedentes sirvam de referência para as consequentes.¹⁵

Novas teorias deverão ser capazes de resolver todos os problemas que as antigas teorias resolveram, ao menos tão bem quanto aquelas. Por isso, a discussão crítica de conjecturas concorrentes é tão importante na ciência. Alguns eixos, porém, orientariam essa discussão crítica como um conceito de verdade ou uma ideia de conteúdo lógico e empírico da teoria.¹⁶

Esse conteúdo lógico de uma teoria seria o conjunto das classes de suas consequências, isto é, o conjunto de todas as proposições que poderiam derivar logicamente dessa teoria. Quanto à aproximação à verdade, o próprio conceito de “verdade”, enquanto princípio regulador, reflete a conhecida posição realista de Popper que, além de supor a existência de uma realidade, acredita que sempre será possível descrevê-la de maneira progressivamente melhor,¹⁷ como ser verá adiante.

As questões de verdade e falsidade, inclusive para enunciados eminentemente teóricos, podem ser compreendidas pelas ações desenvolvidas pelos sujeitos presentes na relação. Assim,

¹³ Ibidem, p. 92-93.

¹⁴ Ibidem, 2004, p. 95.

¹⁵ PUGLIESI, Márcio. **Filosofia geral e do direito: uma abordagem contemporânea**. 2015 (no prelo), p. 19-20.

¹⁶ Ibidem, p. 21-22.

¹⁷ Ibidem, p. 22.

o critério de veracidade decorre mais da análise das ações do que de sua representação fática ou de sua expressão por palavras.¹⁸

Nesse contexto, então, a verdade absoluta por meio da ciência já se demonstra, de pronto, uma impossibilidade lógica, especialmente em decorrência da impossibilidade de eliminação das subjetividades dos intérpretes, contidas nas impressões que já se encontram gravadas nos indivíduos no nível “pré-teórico”.

1.2 A verdade no processo como (im)possibilidade metodológica

O empenho humano na construção do conhecimento deriva de seu desejo de, constante e incessantemente, buscar a verdade. Desse modo, o estudo da Teoria do Conhecimento é adequado ao presente estudo, tendo em vista que possibilita relacionar os conceitos de metodologia, conhecimento, verdade e ciência.

Nesse mesmo sentido, é possível identificar quatro (4) fases do conhecimento: “[...] primitiva (ou étnica); mística (ou religiosa); legal (ou da certeza legal) e moderna (ou da certeza moral)”. As nuances da verdade, no contexto dessa “evolução”, foram pautadas por “avanços e retrocessos”, especialmente nas primeiras fases, marcadas pelo ranço inquisitorial.¹⁹

Tendo em vista o início do fim do monopólio eclesiástico-canônico do conhecimento científico, após a fase “mística”, desvencilhando-se dos sábios da metafísica mais “conservadora”, surgiu a necessidade da construção de pressupostos que separassem o conhecimento empírico do científico.

A esses pressupostos coube a construção inicial da metodologia moderna e da apuração por meio de processos sutis de análise e síntese, na unidade dos métodos “compositivo e resolutivo”, que se complementam e, ao mesmo tempo, se confirmam.²⁰

Foi, porém a partir do humanismo, como um marco histórico da filosofia e do pensamento modernos, que surgiu a preocupação com os limites e as possibilidades do conhecimento, voltada a situar o homem no universo e a alocar o conhecimento enfocado, especialmente, na filosofia.

N’*O Discurso do Método*, Descartes justifica a elaboração desse procedimento pelo fato de desacreditar o discurso filosófico, em oposição à experiência empírica, especialmente no que

¹⁸ Ibidem, p. 22-23.

¹⁹ BARROS, Marco Antônio de, Op. Cit., p. 52.

²⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 45.

concerne à desigualdade de pensamento entre os homens. Isso porque a pluralidade das vozes não prova que algo valha como verdade, até porque, seria mais provável que um homem apenas a descubra do que todo um povo.²¹

Buscou substituir a “filosofia especulativa” ensinada nas escolas por uma prática que possibilitasse conhecer as forças e os ofícios, adequada a todos os usos, de modo a tornar os homens “senhores e possuidores da natureza”. O verdadeiro conhecimento não se encontra nas opiniões acolhidas, nem em matérias generalistas ou em *princípios seguros*.²²

Desse modo, o conhecimento surge da dúvida, do questionamento, porém, cristaliza-se na comprovação de uma hipótese posta à prova, por intermédio da experimentação procedimentalizada.

Marcio Pugliesi afirmou que o reclamo ao método comporta questões de natureza epistemológica acerca do que seria o conhecimento e do que se pode conhecer. A busca pela verdade representa, isso sim, “[...] a busca de uma atitude filosófica perante o mundo consistente em se colocar toda e qualquer assertiva em causa”.²³

Cabe questionar, então, se, por intermédio do método, seria possível alcançar o conhecimento acerca da verdade, ou se a experimentação metodológica seria suficiente para a comprovação de um fato levantado, narrado ou imputado a alguém.

De início, constata-se a existência de uma certa confusão entre os conceitos de *verdade* e *conhecimento*. Peter Häberle, nesse sentido, questiona se a verdade é *apenas uma declaração filosófica* que poderia ser verificada por critérios lógicos, crítico-linguísticos, empíricos ou quaisquer outros.²⁴

Torna-se necessária uma diferenciação, ao menos contextual, entre conhecimento e verdade. É possível, então, partir-se do conceito e da mecânica da metodologia científica. Sobre o método, Reale, apresenta a concepção de “conhecimento” cartesiana, baseada na relação sujeito-objeto.²⁵

Conhecer, nessa acepção, consistiria em trazer para a consciência *algo* que se supõe ou pré-supõe fora de si. O conhecimento pressupõe um sujeito, que “conhece” e algo em relação a que se tem ou se quer ter “ciência”, chamado “objeto”, que é o resultado possível da atividade cognoscitiva.

²¹ DESCARTES, René. **O discurso do método**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2006, p. 16.

²² *Ibidem*, p. 33.

²³ PUGLIESI, Márcio. *Ibidem*, 2015, p. 77.

²⁴ HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 33.

²⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 53.

O sujeito do conhecimento é gnosiológico, enquanto o objeto é ontológico. Assim, a relação entre sujeito e objeto é ontognoseológica, caracterizada pelo método que, por sua vez, produz, como resultado, a ciência. O trabalho científico dá-se por meio de ordenações, classificações e síntese, que buscam nexos ou laços que unem os fatos.²⁶

Assim, não é algo particular, destacado. O objeto da ciência se situa em uma ordem particular de realidades ou de atos no sentido de generalidade, ou em sua *essencialidade categorial*, ao contrário do *conhecimento comum*.²⁷

Trata-se, portanto, de um conhecimento metódico, pois “é o método que faz a ciência”. O conhecimento científico deve obedecer a um processo ordenatório da razão, de modo que possa garantir uma margem de segurança em relação aos resultados, uma coerência unitária quanto aos juízos e uma “adequação ao real”.²⁸⁻²⁹

Conhecer, assim, consiste em demonstrar ao sujeito aquilo que foi colocado como objeto, ou seja, uma representação da realidade. A ciência pretende atingir conhecimentos que correspondam, na maior medida possível, à verdade. Não há, porém, como espelhar fielmente a realidade, mesmo por intermédio do método.

Especificamente no contexto jurisdicional, o questionamento deve construir uma resposta, de modo que é necessário indagar se a “verdade” seria, então, o “objeto” da ciência processual, enquanto o processo, por sua vez, seria o “método” necessário, correto e suficiente para obtê-la.

A veracidade dos fatos, dos relatos, das coisas, das proposições, enfim, dos arquétipos ideais comumente empregados à verdade, embora consensualmente aceitos no seio social, além de não serem absolutos, podem ser transitórios e relativos, pois devem estar consonantes com os avanços sociais e com o aprimoramento do método científico.

Mesmo que sejam utilizados procedimentos voltados à justificação das proposituras surgidas dos questionamentos e das hipóteses, a descoberta científica não é perene, de forma que não pode ser tida como uma “verdade” em sentido “comum”, porém, apenas como uma verdade “científica”.

Os cientistas, desse modo, não podem estar seguros acerca verdade, nem da possibilidade de seu atingimento. A verdade, nesse contexto, nada mais é do que um “ideal

²⁶ Ibidem, p. 54.

²⁷ Ibidem, p. 54.

²⁸ Ibidem, p. 55.

²⁹ Assim, as proposições tidas como verdadeiras e incontestáveis, somente o serão até que se comprove, em sentido diverso, a sua inveracidade. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 236)

regulador” da ciência, pois, se uma teoria substitui outra, a ciência se aproxima, progressivamente, da verdade.³⁰

A verdade científica permanece somente até o momento de sua contestação e da comprovação em sentido contrário, a partir da utilização do método. Nesse sentido, não é possível falar-se em “verdade” em sentido científico, mas, sim, novamente, na “busca pela verdade”.

Se a ciência não pretende esgotar ou eliminar o que foi pensado, não busca, necessariamente, a “verdade”, mas, sim, o ponto de vista do pesquisador acerca do objeto, especialmente nas ciências sociais, cujo “objeto”, muitas vezes é “inventado”, de modo que a realidade analisada é mais rica do que a análise.³¹

Nesse diapasão, sempre haverá o risco de a ciência se tornar a “justificação social do cientista”, até porque não é capaz de gerar certezas cabais, seja por precisar reconhecer sua ignorância diante de uma realidade que lhe escapa, seja porque a certeza cabal é “pura ignorância”.³²

Os cientistas sociais se orientam por seus interesses, e podem usar o saber para “justificar os não-iniciados ou não-alinhados”, usando o saber para a justificação e valorização de suas hipóteses. No mesmo sentido, tem seus ídolos, “que muito mais aceita do que crítica” e goza de algo como uma “impunidade típica”, encontrando-se acima da avaliação social, como “único avaliador competente”, o que faz com que não possa ser avaliado.³³

Especialmente nas ciências sociais, às quais pertence a ciência do Direito, as dificuldades em se buscar a verdade fazem com que seja um terreno ainda mais arenoso. Note-se, nesse sentido, que fez-se necessário, até mesmo, justificar, longamente, a existência de uma ciência do direito.

Para Eros Grau, é possível, todavia, descrever o direito por várias formas e perspectivas. O direito, porém, não descreve a realidade, senão um “modo de ver a realidade”: “[...] a realidade (realidade *da qual tomamos consciência*) é o que *aparenta ser* (se apresenta = apresenta) *para cada consciência*. Diante de um objeto qualquer, minha consciência recebe o impacto do que ele representa (como ele se *apresenta*), para mim [...]”.³⁴

³⁰ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 164.

³¹ DEMO, Pedro. Op. Cit., p. 32-33.

³² Ibidem, p. 33-34.

³³ Ibidem, p. 34-36.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 19.

Assim, a ciência do direito, como ciência social que é, se não pode pretender a verdade, muito menos pode tê-la como objeto científico, de modo que é necessário questionar, de fato, qual seria o seu objeto.

Kelsen designou sua teoria do direito como “pura”, propondo-se a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito, excluindo tudo que não pertencesse ao seu objeto, de modo a libertar a ciência jurídica de todos os elementos estranhos a ela. O teórico buscou evitar um sincretismo metodológico que obscurecesse a essência da ciência jurídica, diluindo os limites impostos pela natureza do seu objeto.³⁵

Desse modo, o fator externo que constitui um ato jurídico, lícito ou ilícito, ou seja, o “evento sensorialmente perceptível”, regido pela lei da causalidade, não está incluído, especificamente, no objeto desse conhecimento. O direito, assim, é uma ordem normativa da conduta humana, um sistema de normas voltado a regular o comportamento humano. A “norma” se refere a algo que deve ser ou acontecer, mas, especialmente, à forma mediante a qual um homem deve se conduzir.³⁶

Assim, se Direito é norma, esta é o objeto da ciência jurídica. O Direito, porém, não é a única ciência voltada ao conhecimento e à descrição das normas sociais. Ora, se o direito se distingue da moral, a ciência jurídica diferencia-se da Ética. Assim, a legitimação do direito por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto; apenas tem de conhecê-lo e descrevê-lo.³⁷

E, se o Direito é norma jurídica e a ciência jurídica é limitada ao conhecimento e à descrição dessas normas e às relações que constroem, trata-se, então, de uma ciência normativa, diferentemente das outras ciências, que visam o conhecimento, informados pela lei da causalidade.³⁸

Ainda para Kelsen, o Direito como norma não deve ser confundido com a atividade do jurisconsulto (*Rechtsberatung*), pois a ciência jurídica não pretende, com as proposições jurídicas, mostrar a conexão causal, mas, sim, a conexão de imputação, entre os elementos do seu objeto.³⁹

Nesse mesmo sentido, o processo judicial, que se propõe a verificar um fato condicionante da sanção, não é um processo de conhecimento jurídico, mas, sim, um processo de produção jurídica. Existe, todavia, um certo paralelismo entre o processo judicial e o

³⁵ KELSSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 14-47.

³⁶ *Ibidem*, p. 48-78.

³⁷ *Ibidem*, p. 79-94.

³⁸ *Ibidem*, p. 95-101.

³⁹ *Ibidem*, p. 101-147.

processo metodológico, no qual surge o conhecimento dos fatos naturais. O objeto desse conhecimento, que é o próprio fato que condiciona a sanção, é “produzido” no processo judicial, que, no mesmo diapasão, seria um processo do conhecimento.⁴⁰

O conhecimento jurídico se dirige às normas, que conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos ou antijurídicos. Normas jurídicas não são juízos, mas, sim, mandamentos, permissões e atribuições de poder ou competência. Se a norma é algo que *deve ser*, a ciência do Direito não pode ter como objeto o conhecimento, mas, sim, as proposições que se encontram no sentido daquilo que é jurídico, de modo que sua linguagem é propositiva.

Nesse sentido, então, não se preocupa com a verdade, que não poderá ser obtida por intermédio de sua metodologia. O sujeito cognoscente no processo judicial, qual seja, o juiz, não é, por si, o sujeito da ciência do direito.

O procedimento, todavia, assemelha-se ao método científico, no que concerne à busca por um enunciado voltado, especificamente, à determinação da existência ou inexistência de um fato antijurídico. Extrai-se, portanto, que a cognição, no contexto processual, não equivale ao conhecimento jurídico, limitado que é ao estudo da norma.

1.3 Algumas (im)possibilidades da verdade pelo método

Verificando, antecipadamente, que talvez a verdade não pode ser obtida por intermédio do processo judicial, faz-se necessário perquirir um outro paradigma, para que se possa aventar chegar a esse resultado. Uma alternativa seria, por via lógica, a filosofia.

Abbagnano define “verdade” na filosofia como a validade ou a eficácia dos procedimentos cognoscitivos, ou a qualidade em decorrência da qual um procedimento cognoscitivo qualquer se torna eficaz ou obtém êxito, aplicável às concepções de verdade como processo mental ou linguístico.⁴¹

Denota-se, aqui, que o conceito filosófico de “verdade” é procedimental e, portanto, não se baseia na experiência, assim, sim, no método, no procedimento, não nos fatos. Assim, seguida a metodologia correta, qualquer afirmação poderia se tornar, automaticamente, verdadeira.

⁴⁰ Ibidem, p. 148-168.

⁴¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2003, p. 994.

O empenho não persegue a verdade. Perde-se, então, a integridade do investigador, na qual vontade e o intelecto se harmonizam em um “quadro bruto”, fundamentado em fatos, perseguido pelo investigador genuíno, cuja honestidade intelectual agrega valor epistemológico, instrumental e moral à investigação. A partir de uma investigação genuína, produz-se um discurso que, também, tem valor epistemológico, instrumental e moral.⁴²

O adjetivo “racional” tem um uso descritivo, relacionado à “capacidade de raciocinar”, característica de todos os seres humanos “normais”; o “bom uso” dessa capacidade, porém, é próprio apenas de alguns seres humanos. Além disso, seu uso normativo é multiforme, abrangendo determinadas formas e ações a partir de certas crenças, objetivos e necessidades.⁴³

Os seres humanos, apesar de descritivamente racionais, não são normativamente racionais, por serem falíveis, preguiçosos, descuidados ou indiferentes à verdade: a “capacidade de raciocinar traz consigo o perigo de o pensamento transformar-se em patológico - da falsidade grotescamente elaborada, da obscuridade exagerada, do *nonsense* que faz sentido”.⁴⁴

Assim, nem mesmo por intermédio da aplicação do mais elaborado dos métodos é possível encontrar a verdade, até porque não há realidade eterna, perene. Até porque a filosofia é permanentemente crítica e, em decorrência dessa perene perplexidade diante de qualquer possibilidade de dogmas, não somente pela *skepsis*, mas, também, por negar a *paralisis*, move-se em uma persistente zetética, voltada a obter bases para construir a compreensão.

Já que problematiza a tudo, a filosofia é antidogmática, e não aceita verdades absolutas, concebendo o conhecimento como um processo em constante elaboração, em um processo infinito, no qual as questões são mais relevantes do que as respostas.⁴⁵

A epistemologia, a ciência do direito e a própria filosofia são capazes de, isoladamente, produzir, individualmente, definições acerca do que seria a verdade. Ocorre que há diversas teorias que se voltam à tentativa dessa conceituação. Trata-se das chamadas “teorias da verdade”, que passam a ser estudadas no tópico a seguir.

⁴² HAACK, Susan. **Manifesto de uma moderada apaixonada**: ensaios contra a moda irracionalista. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2011, p. 61-66.

⁴³ Ibidem, p. 207.

⁴⁴ Ibidem, p. 225.

⁴⁵ PUGLIESI, Marcio. Op. Cit., 2015, p. 77.

1.4 Algumas teorias sobre a verdade

Estabeleceu-se que o conceito de “verdade” é uma questão que atormenta os pensadores e filósofos. Não há uma definição única ou um consenso sobre o tema, de modo que diversas correntes de pensamento discutem a seu respeito. Frequentemente, a verdade aparecerá como definição, por meio de um conceito; outras vezes, surgirá como significação, por intermédio de algum critério ou método, que visa “testar” se um enunciado é verdadeiro ou falso, especialmente em questões de raciocínio lógico e de lógica formal.

Desse modo, as teorias da verdade podem assumir, essencialmente, características definicionais ou criteriosais. Haack utiliza o exemplo do estado febril, cuja definição seria “temperatura corporal acima de determinado ponto”. Para que se possa constatar o referido estado, utiliza-se um “critério de verificação”, um “procedimento de constatação” para essa realidade, *v.g.*, um termômetro.⁴⁶

Nessa “definição mediante um critério”, é verdadeiro que uma pessoa se encontra em estado febril após a constatação feita por intermédio de um critério comumente aceito. Parte-se, nessa situação, de uma premissa (estado febril), chegando-se à sua definição de “verdadeiro” por meio de um procedimento que a constata.

Há quem entenda, porém, que não há utilidade na distinção entre critério e definição. Apesar de a maioria das teorias serem denominadas criteriosais ou definicionais, as ideias acabam por se amalgamar. Assim, não é possível, simplesmente, partir-se do pressuposto lógico-formal de que a verdade surge a partir da “constatação mediante um critério”, de modo que se faz necessário esboçar algumas das teorias da verdade e seus entrelaçamentos, aperfeiçoamentos e antagonismos.

1.4.1 Teoria da Correspondência

A teoria da correspondência foi desenvolvida, enfaticamente, no século XX. Ocorre que já fora primitivamente esboçada por Platão e Aristóteles e desenvolvida, posteriormente, por Russel (1918), Wittgenstein (1922) e Austin (1950). Para a teoria em estudo, haverá um enunciado verdadeiro sempre que houver correspondência com um fato.

⁴⁶ HAACK, Susan. *Op. Cit.*, 2002, p. 85.

Em suas origens remotas, foi utilizada por muitas das escolas pré-socráticas, de modo que foi uma das primeiras teorias e uma das mais difundidas. Buscava um conhecimento racional. Seu expoente inicial foi Platão, que afirmava ser verdadeiro o discurso que diz as coisas como são, e falso aquele que diz as coisas como não são.⁴⁷

A tese platônica considerava que o mundo das ideias (imaterial) estaria separado do universo vivido, perceptível pelos sentidos (material), no qual seria impossível alcançar-se a verdade. De modo a obtê-la, o homem deveria recorrer à sua inteligência, à sua alma, que é sua parcela mais importante, capaz de alcançar a verdade pela contemplação do mundo das ideias.

Aristóteles, na *Metafísica*, porém, parte de premissas diversas. “O ente e o não ente são ditos, de um lado, segundo as figuras das categorias, e, de outro lado, segundo a potência ou a efetividade destas ‘figuras’ ou ‘de seus’ contrários, e também ‘segundo’ o ente ‘como’ verdadeiro ou falso”.⁴⁸

No plano da realidade, certos itens estão unidos e outros estão separados: aquele que pensa que como separado aquilo que está separado e como unido aquilo que está unido, diz a verdade, enquanto aquele que afirma o oposto, o faz falsamente, pois se comporta de modo contrário no que concerne aos “estados de coisas”.⁴⁹

Não é porque se pode conceber de modo verdadeiro algo branco como branco, mas, sim, pelo fato de algo ser branco é que alguém que assim enuncia, diz a verdade. Assim, Aristóteles foi quem apresentou uma concepção da verdade como correspondência, no sentido de correlação, pois: “Dizer daquilo que é que não é, ou daquilo que não é que é, é falso, enquanto dizer daquilo que é que é, ou daquilo que não é que não é, é verdadeiro”.⁵⁰

Aristóteles não parte da separação entre aparências sensíveis e ideias inteligíveis. O filósofo elege, sim, outro caminho: encontrar o que há de essencial e inteligível no âmbito da realidade. Assim, Platão busca a verdade no mundo transcendental e sensível das ideias, enquanto Aristóteles faz o caminho oposto, a partir do mundo percebido, sem, então, transcender a outro plano fora da realidade cognoscível.

Diante disso, Aristóteles trouxe duas vertentes fundamentais dessa teoria: na primeira, a verdade está no pensamento ou na linguagem, não no “ser” ou na “coisa”; na segunda, afirma que a medida da verdade é o “ser” ou a “coisa”, não o pensamento ou discurso. Assim, uma

⁴⁷ PLATÃO. *Crátilo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, 384b-431b.

⁴⁸ ARISTÓTELES. *Op. Cit.*, p. 32.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

coisa não é branca simplesmente por se afirmar, como verdade, que ela assim é, mas, sim, se se afirmar, com verdade, “que ela é branca porque é”.⁵¹

Desta teoria aristotélica se derivaram muitas outras, ao longo da história, tais como da coerência, pragmática, semântica, redundância entre outras.

Séculos depois de Aristóteles, Tomás de Aquino determinou, tendo como cenário ontológico de fundo a realidade, que o conhecimento humano se inclina para apreendê-la, de modo que se possa emitir um juízo verdadeiro e adequado a seu respeito.⁵²

A verdade, aferida por critérios de adequação e correspondência ao pensamento humano, ganha certa “proeminência filosófica” que, ao estabelecer uma “verdade ontológica”, inspira-se na concepção aristotélica.

Assim, na visão tomista, a verdade de uma proposição é garantida pela correspondência entre o juízo do intelecto e a realidade intencionada, ou “[...] *veritas est adequatio rei in intellectus*”. A verdade como correspondência baseia-se na conformidade do pensamento ou do discurso com determinada coisa, fato ou objeto racionalmente concebido. A conformidade do juízo ou relato que se diz verdadeiro é transcendente em relação ao plano da consciência.⁵³

A verdade, aqui, equivale à conformidade entre a ideia e a coisa e entre a coisa e a ideia, por intermédio da manifestação daquilo que se conhece no mundo, de acordo com o que ele manifesta ou se demonstra na realidade.

A expressão dessa verdade, porém, reveste-se de religiosidade e, até mesmo, autoritarismo. A verdade, em Tomás de Aquino, está sempre presente, pois criada pelo pensamento de Deus. Isso porque o teórico aceita apenas uma verdade, que é Deus, o que possibilita que a verdade exista pelo conhecimento humano, não pelo seu julgamento, de modo que a mente não julga a verdade, apenas *segundo a verdade*.⁵⁴

Nesse sentido é que o filósofo definiu a imparcialidade jurisdicional, na qual o juiz decide conforme a lei, mas não a própria lei, de modo que a decisão é apenas o reconhecimento da verdade, não a própria verdade.⁵⁵⁻⁵⁶

Em seu desenvolvimento, essa teoria pouco se preocupa com a constatação da verdade acerca de uma situação fática apresentada, já que não admitiria variações relacionadas às

⁵¹ ABBAGNANO, Nicola. Op. Cit., p. 994.

⁵² CAMELLO, Maurílio José de Oliveira. **A questão da verdade na filosofia**. p. 6.

⁵³ ZILLES, Urbano. **Teoria do conhecimento e teoria da ciência**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 131.

⁵⁴ SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 31.

⁵⁵ Ibidem, p. 32.

⁵⁶ Assim, a verdade para os gregos se traduziria num “[...] jogo de espelho entre palavras e coisas”. (DETIENNE, Marcel. **Os mestres da verdade na Grécia arcaica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1988. p. 14.)

impressões daqueles que deveriam apreciar tais fatos. Trata-se da concepção grega de *aletheia*, daquilo que não pode ser esquecido.

Refere-se, assim, a algo que não está oculto, que foi descoberto, revelado por meio da retirada do “véu” que encobria a realidade. Manifesta-se a verdade por meio dos sentidos, em uma realidade sensível, vinculando-se a fatos e dados de uma determinada realidade, descoberta por um processo de correspondência entre deduções e realidade.

O discurso “verdadeiro” e a correspondência das proposições com o real definem a verdade, que parte daquilo que é evidente ou visível para a razão. A verdade é, assim, uma “qualidade”, própria das coisas, que é somente “declarada” por meio de critérios linguísticos.

Conhecer equivale a “ver”, bem como a “dizer” a “verdade” que se encontra no âmbito da própria realidade. Assim, a verdade depende da “manifestação” da realidade e existe independentemente das crenças ou das impressões individuais. Encontra-se no mundo e dele depende, pouco ou nada importando o sujeito que a observa. Com o passar do tempo, outros teóricos passaram a estudar a teoria da verdade como correspondência, buscando reformular incongruências e aperfeiçoar alguns conceitos.

Lynch acredita que essas premissas não bastam para entender a essência da teoria. Separa, então, seus três principais aspectos: o que tem a propriedade de ser verdadeiro, ou qual é o portador-de-valor-de-verdade; a “realidade”, à qual corresponde o portador-de-valor-de-verdade; e a correspondência, ou seja, qual a relação entre o portador-de-valor-de-verdade e a realidade.⁵⁷

Nesse sentido, o autor apresenta uma “teoria robusta da verdade”, que afirma que a verdade é um tema robusto e que requer uma explicação complexa. O objeto da verdade é, ainda, o que pode ser verdadeiro ou falso. Os portadores-de-valor-de-verdade, por sua vez, são crenças, pensamentos, ideias, juízos, asserções, ou seja, são as *proposições verdadeiras*, que se conectam aos objetos por meio da correspondência, pelo procedimento de “emparelhamento”.⁵⁸

Por meio da junção das sentenças e orações, cria-se um enunciado, que tem a função de “verbalizar” as abstrações. Se as orações exprimirem o mesmo sentido, sendo, portanto, sinônimas, há, então, uma proposição. Posteriormente, contudo, houve quem destacasse o caráter “atomista” da teoria da correspondência, na qual uma proposição “atômica” corresponde à descrição de um fato e a proposição molecular relaciona-se à junção de proposições.

⁵⁷ LYNCH, Michael. **The nature of truth**: classic and contemporary perspectives. Massachusetts: The MIT Press, 2001, p. 9.

⁵⁸ Ibidem, p. 9-10.

Nesse sentido, Miguel Reale exemplifica que a afirmação “Sócrates é Ateniense”, descreve um fato, enquanto que a afirmação “Sócrates é Ateniense e mestre de Platão”, descreve, sim, uma proposição molecular, que se constrói mediante a junção de dois fatos atômicos.⁵⁹

O atomismo lógico pretendia ser uma filosofia emergente, que pregava a simbiose entre o empirismo radical e a lógica perspicaz. Isso porque a lógica ofereceria as formas-padrão de raciocínio, enquanto o empirismo ofereceria premissas, ou seja, proposições atômicas ou proposições complexas, construídas a partir daquelas.⁶⁰

O atomismo lógico distancia-se, ao menos, parcialmente, do radical “realismo” da teoria sob análise, passando a incluir um elemento empírico, produzindo certa viragem teórica, aproximando-se, todavia, da linguagem.

No *Tractatus*, de Wittgenstein, um enunciado tem sentido se descreve um “estado de coisas”. Toma sentido se uma proposição descreve uma possibilidade no espaço lógico acerca de um fato que pode ser ou não verdadeiro. Assim, as proposições elementares descrevem “estados de coisas”, enquanto que seus nomes designam objetos simples.⁶¹

A teoria da correspondência é um “isomorfismo estrutural”, no qual a formação de um enunciado verdadeiro dá-se a partir da junção de proposições linguísticas (atômicas) retiradas do mundo real, de modo que a verdade é a correspondência com uma realidade determinada por convenções linguísticas.

Assim, uma sentença será verdadeira se houver um estado de coisas linguisticamente apropriado, numa relação entre mundo e sentença. Cabe indagar qual seria o sentido da “realidade” descrita pela sentença, bem como a possibilidade de se declarar um enunciado como verdadeiro por corresponder à realidade como “estado de coisas.

Comentado Wittgenstein, Alexandre Morais da Rosa aponta falhas na teoria. No *Tractatus*, uma proposição poderia ser considerada a partir de uma imagem estruturada e isomorfa dos fatos que representava a sua verdade, influenciada pela matemática, na qual a forma lógica era a garantia da possibilidade de se pensar e falar do mundo real. Nesses termos, o sujeito deveria ser amplamente consciente, de modo que não estaria inserido nas formas da vida: “a relação era sujeito-objeto”.⁶²

⁵⁹ REALE, Miguel. Op. Cit., 2002, p. 297.

⁶⁰ Ibidem, p. 297-298.

⁶¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*. São Paulo: Nacional, 1968, p. 294.

⁶² ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 162.

Nas *Investigações Filosóficas*, porém, Wittgenstein muda sua abordagem, pois a proposição passa a ser apenas uma hipótese de representação, que demanda um processo constante de reformulação. Assim, o autor não mais se vincula à isomorfia entre proposição e fato representado, de modo que a proposição passa a depender, fundamentalmente, das circunstâncias em que é manejada, de acordo com o contexto.⁶³

A “maneira formal de significação” não mais existe, pois as formas de vida é que irão indicar seu significado provisório, condicionado ao decurso de tempo e aos contextos. Falar é, assim, só uma atividade humana, participante das “formas de vida”, como, andar, comer, jogar etc.⁶⁴

Wittgenstein passa a aceitar a provisoriedade dos contextos linguísticos, desprendendo-se de sua anterior perspectiva “exatíde” acerca da verdade a partir do cotejo da sentença com a realidade. Os significados passam a ser circunstanciais, de modo que a lógica formal que permeava sua teoria é abandonada, dando lugar à aceitação da efemeridade da fala.

Russel, contudo, mantém uma concepção “logicista” da verdade, porém, subordinada a uma construção linguística complexa. Objetos conexos formam uma “unidade complexa” que, relacionados em uma mesma ordem, na medida em que também se encontram na crença de alguém, constituem, portanto, um “fato correspondente à crença”.⁶⁵

Nesse mesmo sentido, uma crença é dita “verdadeira” se corresponder a uma unidade complexa (fato), ou, é dita “falsa”, se não corresponder. A crença, ou o fato de “acreditar” é uma relação do crente que tange a vários objetos unidos por uma outra relação.⁶⁶

Nesse diapasão, o “crente” *a*) acredita que *b*) ama *c*). A “verdade” consiste em *a*) (o sujeito) relacionado a *b*) (termo-objeto), *c*) (outro termo-objeto), na relação “amar” (relação-objeto). Aqui, o sujeito *a*) anuncia uma crença: a de que “*b*) ama *c*)”. Esse enunciado será verdadeiro, se uma pessoa que acredita nele o faz de modo verdadeiro, e falso, quando uma pessoa que acredita nele o faz de modo falso.⁶⁷

É necessário, assim, abandonar a perspectiva de que as crenças se relacionam a um só objeto. Consistem, sim, em uma relação com um único objeto, pois, se assim não o for, é

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ RUSSELL, Bertrand. **Da natureza da verdade e da falsidade**. São Paulo: Abril Cultural, 1910, p. 20-87.

⁶⁶ Ibidem, p. 87-104.

⁶⁷ Ibidem, p. 105.

impossível aceitar as crenças verdadeiras e rejeitar as falsas. Torna-se possível a descoberta da verdade ou, até mesmo, da falsidade de uma crença pelo exame de sua natureza intrínseca.⁶⁸⁻⁶⁹

Assim, Russel defende que a verdade é a correspondência, ou seja, a congruência entre o estado de coisas e a proposição.

Em Austin, as representações mentais dos sujeitos acerca de uma realidade são expressas pela linguagem, por meio de enunciados. Os sujeitos utilizam orações ou sentenças para expressar suas representações mentais.⁷⁰

Pela junção das sentenças e orações constrói-se um enunciado, que é, justamente, o conjunto de orações que são verbalizadas publicamente pela linguagem escrita, verbal, de sinais etc. A teoria de Austin consiste em uma diferenciação de critérios linguísticos entre sentenças e enunciados. É uma reformulação da teoria da correspondência, baseada nos isomorfismos estruturais de Russel e Wittgenstein.

A verdade, para Austin, dependerá da competência do falante de determinada língua na utilização da sentença para formular um enunciado da maneira mais apropriada possível, seguindo a máxima de Aristóteles, de que o entendimento comum (acordo central entre os falantes da língua) é a ideia fundamental da verdade.

A defesa de qualquer das teorias “atomistas” levaria à possibilidade de se obter conhecimento verdadeiro, empiricamente, por métodos indutivos, no contexto de uma ideia de correspondência aproximada e indutiva. Em termos jurídico-processuais, sua utilização daria força às convicções na construção da verdade processual, de modo que os critérios objetivos da prova processual ficariam em segundo plano.

Isso porque uma proposição, como complexo verbal, é a junção de proposições atômicas voltadas a formar proposições “moleculares”, tais como “Fa v Gb”, compostas funcional-veritativamente a partir de proposições atômicas (como “Fa”). Além disso, no contexto de uma linguagem perfeitamente clara, o arranjo das palavras em uma proposição atômica “verdadeira” refletiria o arranjo das coisas mais simples no mundo.⁷¹

Necessário questionar, porém, se a teoria da correspondência pode ser divorciada do atomismo lógico e, caso isso seja possível, que explicação se poderia dar a respeito da relação

⁶⁸ Ibidem, p. 155.

⁶⁹ Já a falsidade, ao contrário, depende da dissimulação da realidade. Desse modo, nessa concepção, a verdade é o “ser” (o que algo realmente é) e o falso é o “parecer” (o que algo aparenta ser e não é). (CHAUÍ, Marilena. Op. Cit., p. 122.)

⁷⁰ AUSTIN, John. Truth. **Proceedings of the Aristotelian Society**, n. 1. Warwick: The Aristotelian Society, 2013, p. 15.

⁷¹ HAACK, Susan. Op. Cit., p. 133-134.

de correspondência. Essa teoria não se faz clara, pois nem sempre é possível apontar o isomorfismo requerido entre a proposição e o fato. Além disso, vincula a evolução da teoria da correspondência por meio de seus autores.⁷²

Austin, todavia, progride em relação à explicação de Russell sobre “os fatos”: Russell escreve como se a verdade de p consistisse, em sua correspondência, com o fato de “que p ”. O problema é que a relação entre p e o fato de “que p ” é próxima demais, “que p ” não poderia deixar de corresponder a esse fato: “Sua forma evasiva perante os critérios de individuação dos fatos pode indicar que ele percebeu esse incômodo”.⁷³

De acordo com Austin, localiza-se a verdade do enunciado de “que p ”, não em sua correspondência com o fato de “que p ”, mas, antes, por serem os fatos como “ p diz”, ou seja, nas *convenções demonstrativas*, que correlacionam p a uma situação concernente às convenções descritivas.⁷⁴

O mundo consiste de coisas simples (“átomos lógicos”) e de vários complexos ou arranjos (“fatos”). Assim, há algo inegavelmente metafísico nas teorias, bem como uma evidente desvantagem no que se relaciona aos estudos linguísticos mais simples, como o de Austin, cuja vantagem é a de não pretender corresponder à realidade, porém, somente determinar as concepções do engendramento da linguagem de determinada prática e uso pelos falantes.

A interpretação da correspondência, assim como o isomorfismo, está intimamente relacionada tanto à teoria acerca da estrutura última do mundo quanto a um ideal de linguagem “perfeitamente clara”, teses características do atomismo lógico.

Assim, o conceito de verdade como correspondência, diferentemente do que ocorre com outros conceitos de verdade, é o que mais se adéqua às intuições dos falantes e de quem participa, de uma forma ou de outra, do procedimento judicial. Quando, no processo, se determina a uma testemunha que diga a verdade, não se lhe está pedindo que diga o que estima útil ou coerente, mas, sim, que descreva os fatos e como eles ocorreram.⁷⁵

Em decorrência do fato de que a probabilidade lógica ou indutiva de uma hipótese equivale ao seu grau de confirmação pelas provas disponíveis, uma hipótese poderá ser verdadeira se não tiver sido refutada pelas provas, ou se tiver sido suficientemente confirmada

⁷² Ibidem, p. 134-135.

⁷³ Ibidem, p. 135-136.

⁷⁴ Ibidem, p. 136.

⁷⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. A prova dos fatos. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 262-268.

por estas. Dessa forma, um *standard* de prova poderá ser formulado por meio de regras ou critérios de aceitabilidade das hipóteses, em relação ao seu grau de confirmação.⁷⁶

O ponto chave das teorias da correspondência é que a verdade é a relação entre duas coisas distintas: crença e fato; proposição e estado de coisas. Assim, dependem da reciprocidade de um estado mental (crença ou “estado de coisas”), em relação a outra instância, que se encontra aquém da consciência, qual seja, a própria realidade.

A verdade, portanto, é a relação entre os fatos ocorridos no passado e a averiguação procedimental dos fatos trazidos pelas partes ou revelados para o juiz, numa tentativa de reconstrução de uma realidade passada, da forma mais ampla e irrestrita possível. É nisso que consistiria a ideia de “verdade real”.

Nesse contexto, há três premissas a serem analisadas: as alegações trazidas pelas partes; a comprovação dessas alegações em juízo, pelo procedimento de prova; e a declaração e a fundamentação da verdade pelo magistrado. Permanece, todavia, a questão relacionada a qual seria a “verdade” no contexto processual.

Pela teoria da correspondência, portanto, essa declaração judicial da “verdade” seria plenamente intuitiva, baseada em probabilidades, de modo que pode ser falsa, pois depende, fundamentalmente, da prova produzida no processo.

1.4.2 Teoria da Coerência

A teoria surgiu no contexto do movimento idealista inglês, na segunda metade do século XIX, na obra de B. Bosanquet, *Lógica ou morfologia do conhecimento* (1888), difundida, contudo, por Bradley, em *Appearance and Reality* (1893), obra pela qual ficou mundialmente conhecida.⁷⁷

O seu fundamento não se encontra em Hegel, pois nada mais é do que a transcrição daquilo que Spinoza chamava de “terceiro gênero de conhecimento” ou de “amor intelectual por Deus”, correspondente ao conhecimento da ordem total e necessária das coisas, que Spinoza identificava como “Deus”.⁷⁸

⁷⁶ Ibidem, p. 268-273.

⁷⁷ ABBAGNANO, Nicola. Op. Cit., p. 998-999.

⁷⁸ Ibidem, p. 999.

Referida teoria não considera a verdade como a relação entre o pensamento ou a linguagem e a realidade, mas, sim, concebe-a como uma “propriedade linguística”, dependente apenas de caracteres do discurso, não do mundo exterior.

Nesse sentido, Blanshard entende que a teoria da coerência estabelece tanto uma definição quanto um critério, pois, se a coerência é um teste confiável acerca da verdade, deve sê-lo porque, no final constitui o próprio significado da verdade”⁷⁹. Os adeptos da teoria da coerência afirmam que a realidade afeta os homens e, assim, a verdade de uma sentença dependeria da experiência individual.

Urbano Zilles afirma que, nos entremeios dessa teoria, o ponto central da problemática tradicional acerca da verdade passa a ser o “pensar”, ou seja, é transferido da realidade para a subjetividade, da natureza e do alcance ontológico para os pressupostos e condições da sua realização.⁸⁰

Assim, a verdade de um juízo ou de uma proposição relaciona-se à sua coerência em relação ao sistema no qual se insere, de modo que não se refere, primariamente, ao objeto, mas, sim, ao sistema, de modo que a verdade ou a falsidade dependem da coerência de sua relação com outras proposições da mesma teoria.⁸¹

Se houver duas proposições que se contradizem, ao menos uma delas será, necessariamente, falsa. É difícil, porém, encontrar o critério para dizer qual delas seria falsa, pois isso depende de sua coerência com outras proposições, pois a teoria da coerência também pode ser uma formulação de caráter subjetivo, de modo que uma crença é verdadeira quando é coerente com as convicções de alguém.⁸²

Se forem comparadas sentenças no interior de um discurso e se for aferida sua coerência ou não contradição entre si, da melhor maneira possível, diz-se que se chegou à verdade, porém, sem qualquer referência à realidade.

A despeito do critério utilizado para se aferir a verdade por meio da coerência, Luigi Ferrajoli afirma que se trata de um critério que considera falsa uma proposição caso esta esteja em contradição com outra, reputada verdadeira, ou se for derivável desta outra, por sua vez, reputada falsa.⁸³

⁷⁹ BLANSHARD, Brand. **The Nature of Thought**. v. 1. 3. Ed. Macmillan: Allen and Unwin, 1964, p. 268.

⁸⁰ ZILLES, Urbano, Op. Cit., p. 133-134.

⁸¹ *ibidem*, p. 133.

⁸² *Ibidem*, p. 134.

⁸³ FERRAJOLI, Op. Cit., p. 66-67.

Considera, portanto, uma proposição como verdadeira se esta deriva de outra, reputada verdadeira, ou se estiver em contradição com outra, considerada falsa. Na questão judicial, Ferrajoli exemplifica acerca da utilização da teoria como critério subjetivo na averiguação da “verdade provável” dos fatos.⁸⁴

Os relatos de uma testemunha serão totalmente idôneos se forem coerentes com os demais fatos ou com o cotejo probatório dos autos. Assim, se um juiz impõe a uma testemunha o compromisso de dizer a verdade, não lhe pede que não entre em contradição, mas, sim, que diga como realmente ocorreram as coisas, de modo que a teoria não se contenta a subministração de justificações cômodas ou plausíveis do depoimento, mas, sim, exige que corresponda àquilo que seja de seu conhecimento.⁸⁵

A coerência e a aceitabilidade justificadas são os critérios subjetivos pelos quais o juiz pode avaliar e decidir acerca da verdade ou da confiabilidade das premissas probatórias na indução do fato, bem como das premissas interpretativas relacionadas à sua qualificação jurídica.

Desse modo, o único significado possível da palavra “verdadeiro” é a correspondência, mais ou menos argumentada e aproximada, entre as proposições e a realidade objetiva que, no processo, é constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas⁸⁶. A teoria tem como cerne a contradição dos enunciados ou das proposições.

Uma vez confrontados dois ou mais enunciados que são contraditórios entre si, considera-se verdadeiro aquele que se demonstrar *mais coerente com as convicções humanas*, ou que aquele que esteja em consonância com os estudos científicos que lhe darão, ou não, idoneidade.

Nesse mesmo sentido, de acordo com Häberle, a teoria da coerência entende a verdade como uma “inserção infrangível” de uma sentença em um contexto geral de declarações científicas, dedutível por meio da correspondência lógica entre um ditado e estudos científicos.⁸⁷

A realidade, assim, deriva de um processo matemático, que a define como interligação sistemática entre vários enunciados, que serão coerentes com outro sistema de afirmações, considerados, em conjunto, portadores de verdade. Assim, uma sentença será verdadeira ou falsa, a depender da coerência com a qual se relaciona com as outras.

⁸⁴ Ibidem, p. 67.

⁸⁵ Ibidem, p. 67-68.

⁸⁶ Ibidem, p. 68.

⁸⁷ HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 33.

Desse modo, o teste da verdade de todos os enunciados que não sejam perceptivos deriva de suas relações com outros enunciados, chamados *perceptivos*, que seriam verificados pela confrontação direta com os fatos. Assim, um enunciado que relata uma experiência perceptiva imediata seria incorrigível, pois corresponderia, automaticamente, ao fato.⁸⁸

A verdade desse enunciado tem relação lógica com outro enunciado. A realidade, então, seria um “todo unificado e coerente”. Enquanto se concede algo à ideia de verdade como correspondência à realidade, nada além do conjunto de crenças inteiramente abrangente e consistente visado pode ser verdadeiro.⁸⁹

É possível, no máximo, conseguir-se uma verdade parcial, que nunca será completamente verdadeira. As conexões entre a concepção de verdade e a concepção da realidade são suficientemente próximas, de modo que não consistem apenas na coerência como “teste da verdade”.

Já a correspondência é somente uma definição. A explicação do sucesso da coerência como “teste da verdade” deriva de uma explicação da realidade como algo essencialmente coerente.⁹⁰

Trata-se, perceptivelmente, de uma modificação da teoria da correspondência, que parte da premissa de que se poderia obter a verdade por meio da análise de enunciados coerentes entre si, porém, não perceptíveis na realidade. De modo a possibilitar o único teste “crível” da verdade, seria necessário buscar uma relação com as crenças humanas, em uma constante procura pelo conhecimento e pelo reajuste das crenças, de modo a formar uma consciência ampla, máxima e de negação do conhecimento, por meio dos juízos de percepção.

No contexto processual penal, a teoria ora estudada demonstra ser relevante, em decorrência das facilidades concernentes à análise acerca da “coerência normativa”, no sentido de uma estrutura lógica do próprio ordenamento jurídico, voltada a conferir integridade a um sistema.

Tanto uma norma quanto uma decisão são proposições jurídicas, que serão testadas em coerência com as demais proposições jurídicas dotadas de maior *status*, de modo a garantir a unicidade e coerência do sistema.

Além da coerência normativa há o problema da coerência narrativa, que se destina ao juiz. Nesse contexto, uma narrativa é verdadeira se forem analisadas as proposições fáticas

⁸⁸ HAACK, Susan. Op. Cit., 2002, p. 137.

⁸⁹ Ibidem, p. 137-138.

⁹⁰ Ibidem, p. 138.

trazidas pelos sujeitos processuais quando, conjuntamente, se sustentam e levam a uma conclusão idônea.

As provas e os argumentos são analisados no contexto restritivo do procedimento judicial, que comporta limitações legais, constitucionais e, até mesmo, históricas, que levam a um resultado concretamente verificável, tendo em vista que não se encontram em confronto ou em contradição.

A causalidade existente entre os fatos resulta de uma sequência de eventos que pode, coerentemente, indicar o que ocorreu, sem o risco de pretender corresponder à exata realidade. Nessa cadeia causal entre os eventos, há uma determinada motivação, em relação à qual se torna possível compreender uma ação humana.

Desse modo, a análise conjunta das proposições deveria levar tanto ao encadeamento fático quanto à descoberta da motivação, o que não é relevante para a teoria em escopo.

1.4.3 Teoria do consenso

A teoria em comento tem como principal expoente Jürgen Habermas, e se encontra arrimada no discurso, assim como em sua aceitação pelos ouvintes e debatedores, por meio do consenso. De acordo com sua tese, é possível considerar errôneo ou equivocado o discurso que embora pudesse ser verdadeiro, deveria ser rejeitado pelo fato de não haver, entre os interlocutores, um consenso no que concerne à sua veracidade.

Isso porque a compreensão da verdade ocorre, aqui, por meio da conformidade de uma alegação, ou como uma capacidade de consenso no discurso dos participantes, que se encontra sob a ideia orientadora de um diálogo livre e universal.⁹¹

Note-se, a partir disso, que a teoria parte de um pressuposto dialético, ou seja, a veracidade do discurso é dependente da concordância daquele que o “recebe”, de forma livre. Assim, a dialeticidade que se constrói entre falante e receptor do discurso é um pressuposto.

Na teoria em comento, o objetivo é a fundamentação racional das prescrições culturais, ou seja, uma organização das relações sociais de conformidade com a validade de qualquer norma. O próprio Habermas, porém, afirma que, nesse contexto, somente é possível falar em

⁹¹ HÄBERLE, Peter. Op. Cit., p. 33.

soluções de problemas “em termos aproximativos”. Como consequência, a ordem política passa a depender de um consenso, obtido por meio da comunicação *isenta de dominação*.⁹²

Assim, não se trata de uma teoria que busca, efetivamente, a verdade em sentido concreto, mas, sim, uma “aproximação”, por intermédio do consenso discursivo, não por um procedimento lógico, mas, sim, dialético.

A verdade, então, assume papéis diferentes na ação e no discurso. Tendo em vista a diferenciação à qual procede, entre a *verdade de uma proposição* e sua *aceitabilidade racional*, submete-se a *concepção epistêmica* do próprio conceito de verdade a uma revisão claramente necessária.⁹³

Para se adequar às *intuições realistas*, no entanto, o conceito de *verdade como proposição* não pode ser assimilado em um sentido de mera *aceitabilidade racional*. Nesse diapasão, faz-se necessário passar a uma diferenciação mais precisa entre “verdade” e “correção”.⁹⁴

Desse mesmo modo, um conceito *não-epistêmico* de verdade, que seja explicável sob as premissas do *diálogo com um mundo* que, por sua vez, *é impregnado pela linguagem*, deve levar em conta a diferença entre a verdade de um enunciado e a sua justificação, sob as condições ideais.⁹⁵

Sobre Wittgenstein, Habermas afirma que, se o “mundo” pressuposto pela pragmática é *a totalidade dos fatos, não das coisas*, é necessário levar em conta que as entidades abstratas, assim como os conteúdos enunciativos ou as proposições, são *algo no mundo*. Os objetos e eventos, no entanto, também são “algo no mundo”.⁹⁶

Os fatos, porém, não o são, pois são algo que as afirmações afirmam, caso sejam verdadeiras; têm apenas um *ser veritativo*, que se distingue da existência dos objetos. Nesse mesmo sentido, o conceito de “referência” explica como é possível o *primado ontológico de um mundo objetivo*, compreendido em termos nominalistas, se conciliar com o *primado epistêmico do mundo da vida*, articulado linguisticamente.⁹⁷

Para que o fenômeno a ser explicado não se perca na transição de uma interpretação para outra, é necessário manter-se a referência ao mesmo objeto, apesar da existência de

⁹² HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse com um novo pós-fásico**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 297

⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004, p. 15.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004, p. 15.

⁹⁵ Ibidem, p. 26.

⁹⁶ Ibidem, p. 36.

⁹⁷ Ibidem, p. 37.

diferentes descrições. Até mesmo alguns conceitos “universais”, que se relacionam, por exemplo, a “ouro”, “água” e “calor”, trazem várias conotações e “estereótipos semânticos”, em algumas situações, servem para identificar algo presente, como “ouro”, “água” ou “calor”, enquanto, em outras, identificam outras coisas.⁹⁸

Assim, a descrição, impregnada de interpretação, pode se alterar sem se perder a possibilidade de designar ou indicar uma extensão igual ou de referenciar os mesmos objetos, pois sempre é possível “reinterpretar empiricamente”, sob o fundamento de um termo “genérico”, que mantém sua constância.⁹⁹

As espécies naturais têm, em seus conceitos, uma dimensão referencial, que deve ser ocupada pelo *emprego indicativo de designações*. Estas pertencem à *intensão dos conceitos constitutivos*, relacionados a uma *pré-compreensão gramatical*, que se desdobra, intrinsecamente, em descrições que são impregnadas de interpretação. Ocorre que o emprego indicativo de designações não é totalmente determinado pelo sentido da correspondente descrição.¹⁰⁰

Trata-se, assim, de uma relação em três termos. Assim, a verdade se torna uma *validade trimembre*. Isso porque a concepção epistêmica [atomista] do conceito de verdade transforma a validade *bimembre* (do enunciado *p*) em *para nós*, portanto, *trimembre*, pois o “auditório ideal” deve poder justificar a *pretensão de verdade*” levantada para *p*, somente se for legítima.¹⁰¹

Assim, a teoria sob análise preocupa-se mais com o reconhecimento do fato por meio de uma relação dialética do que com a percepção da verdade em si, pois pressupõe a validade acima da própria realidade.

A teoria do consenso se baseia na aceção de que o conhecimento de uma pessoa depende do conhecimento de outras, de maneira que, conseqüentemente, a verdade não é mera “propriedade de proposições”. A dificuldade se assenta, porém, na exigência de se convencer outros de que uma proposição é verdadeira, pois se encontra no plano do discurso.¹⁰²

A concordância intersubjetiva dos participantes é somente o aspecto “externo” da constatação da verdade, que, assim, pode ser definida, exclusivamente, com base em proposições. Indicam-se os meios e o caminho para que se possa chegar a um consenso, de

⁹⁸ Ibidem, p. 37-50.

⁹⁹ Ibidem, p. 50.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 51.

¹⁰¹ Ibidem, p. 51-52.

¹⁰² ZILLES, Urbano. Op. Cit., p. 135.

modo que são nomeadas as condições e os pressupostos de uma situação idealista da linguagem.¹⁰³

Concentra-se, isso sim, em um processo voltado à verdade, mas, não à própria definição da sua essência. Ocorre que o consenso não pode ser o último critério para se aferir a verdade ou a falsidade. É necessário recorrer à experiência e à evidência. Assim, a verdade obtida por meio do consenso conduz à exigência de que as pronúncias e os enunciados correspondam a uma argumentação comum e universal, aceita por seus interlocutores.¹⁰⁴

Desse modo, na medida em que o critério para aferir a verdade se pauta no diálogo, faz-se necessária sua aceitação por seus interlocutores, de forma que um relato será verdadeiro se, amplamente discutido entre os participantes, ocasionar consenso e aceitação no que toca à sua veracidade.

É possível, em sentido contrário, aceitar como verdade as afirmações que, a princípio, são equivocadas, inverídicas ou errôneas, pois, no plano do discurso, embora deturpada sua veracidade, é possível haver consenso entre seus participantes, no sentido de que tal relato seja verdadeiro.

Assim, resta evidente que a teoria do consenso tem limitações: inicialmente, verdade e validade são equivalentes; em segundo lugar, o critério deriva de um consenso discursivo. Obviamente que é necessário discutir a validade de uma proposição. Ocorre que a validade não corresponde à verdade em todos os casos. Desse modo, é possível que o consenso afirme um erro como verdadeiro, ou até mesmo rejeite verdades que não forem reconhecidas.

No concernente à apuração de fatos a serem julgados, é possível, sim, que a verdade seja estabelecida pelo consenso, por exemplo, Nas presunções de verdade, comuns no processo civil, como um dos efeitos da revelia, da inexistência de controvérsia, ou da intempestividade de defesa.

Na esfera criminal, todavia, essas presunções são repudiadas. Sobre o acusador pesa o ônus de demonstrar que o que alega corresponde à realidade. Assim, o consenso acerca da verdade, por si, é insuficiente para definir a verdade processual penal.

¹⁰³ Ibidem, p. 135-136.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 136.

1.4.4. As Teorias Pragmáticas

A teoria pragmática se funda em um critério prático,¹⁰⁵ de coadunar a observação sensível de resultados empiricamente verificáveis,¹⁰⁶ de modo que a verdade, aferível pela experimentação e pela experiência, possa ser encontrada nos resultados e nas aplicações práticas do conhecimento.

O pragmatismo é um método de filosofar, para *pensar*, que, originalmente, era um método voltado a determinar o significado dos termos científicos e filosóficos. Assim, desenha uma conexão entre teoria e prática, pensamento e ação e, em sentido oposto às filosofias fundacionistas, estabelece um critério de significação de a partir das consequências práticas concebíveis a partir dos conceitos.¹⁰⁷

O pragmatismo, então, é um “um *método* para fazer filosofia”, bem como a aplicação desse método a conceitos filosóficos como “verdade”, “absoluto”, “identidade”, “realidade”, “liberdade” etc., levando a uma filosofia “pragmaticizada”, aliás, a mais bem adaptada aos desafios dos tempos atuais.¹⁰⁸

Desse modo, em resumo, para a teoria sob análise, uma proposição se tornaria verdadeira caso houvesse uma *vantagem prática em sustentá-la*. Demonstra-se que se trata de uma teoria baseada em possibilidades, que busca, porém, certo objetivismo no conceito de “vantagem”.

No pragmatismo, há interesse somente no resultado prático da investigação, não na sua essência, de modo que, tudo o que for útil e eficaz torna-se verdadeiro. A verdade pragmática descansa na concordância do pensamento com objetivos práticos do homem, o que se provar útil e benéfico à sua conduta prática.¹⁰⁹

Assim, o juízo “a vontade humana é livre” somente é verdadeiro na medida em que se demonstra útil e benéfico para a vida humana em sociedade.¹¹⁰ A teoria, assim, distancia-se flagrantemente da relação sujeito-objeto que, de uma forma ou de outra, impregna as demais teorizações.

¹⁰⁵ Nesse sentido, para Haack, “[...] o significado de um conceito deve ser dado pela referência às consequências ‘práticas’ ou ‘experimentais’ de sua aplicação [...]”. (HAACK, Susan. Op. Cit., 2002, p. 140).

¹⁰⁶ Sob a ótica pragmática, “[...] um conhecimento é verdadeiro não só quando explica alguma coisa ou algum fato, mas, sobretudo quando permite retirar consequências práticas e aplicáveis”. (CHAUÍ, Marilena. Op. Cit., p. 132).

¹⁰⁷ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 5-18.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 175-176.

¹⁰⁹ SAMPAIO, Denis. Op. Cit., p. 23-24.

¹¹⁰ Isso porque o critério da verdade não é apenas adequação do sujeito ao objeto, mas, sim, “[...] a medida de sua conveniência sócio-cultural, como utilidade menor ou maior para o homem”, de modo que só existirá a verdade que vá de encontro às exigências vitais do homem”. (REALE, Miguel. Op. Cit., 2000, p. 169).

1.4.4.1. O pragmatismo como critério de significação em Peirce

A história do método se iniciou com Charles Sanders Peirce, em 1878, com a publicação do artigo *Como tornar claras nossas idéias*, no qual apresenta uma regra de esclarecimento de ideias que leva em consideração quais objetos poderiam ter consequências práticas, de modo que a concepção desses efeitos é a totalidade da concepção do objeto.¹¹¹

Esse princípio passou a ser conhecido como *máxima pragmática*, pois o termo “pragmatismo” não é usado por Peirce no referido artigo de 1878; enuncia, sim, um princípio lógico de esclarecimento de pensamentos, voltado a determinar o significado de conceitos, ideias, crenças, alegações, proposições, ou de qualquer coisa que possa atuar como um signo.¹¹²

Em Peirce, para que seja possível determinar o sentido de uma concepção intelectual, é necessário considerar as consequências práticas pensáveis como resultados necessários da verdade da concepção, de modo que a soma dessas consequências constituirá o sentido total da concepção.¹¹³

Assim, a pragmática de Peirce é mais um critério de significação do que uma teoria da verdade, o que esclarece a diferença entre o referido teórico e James, qual seja: Peirce concebe o pragmatismo como método capaz de elucidar os significados obscuros do exame e seus efeitos na conduta humana.¹¹⁴

A ciência atual é algo vivo, pois as verdades determinadas são “catalogadas e colocadas em prateleiras nas mentes dos cientistas onde elas possam estar ao alcance quando for necessário utilizá-las”, arranjadas de acordo com a sua conveniência, enquanto a ciência é o processo vivo, que se ocupa-se de conjecturas em processo de estruturação ou teste.¹¹⁵

Um método que possa determinar os significados das proposições e de qualquer concepção intelectual depende do teste de suas consequências práticas. Assim, a *verdade* dessa concepção é a soma das consequências, que constituirá o significado total da concepção: “[...] a ciência consiste em realmente distender o arco na direção da verdade, com atenção no olhar, com energia no braço”.¹¹⁶

¹¹¹ WAAL, Cornelis de. Op. Cit., p. 18-19.

¹¹² Ibidem, p. 19.

¹¹³ PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligidos**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 7.

¹¹⁴ Ibidem, p. 110.

¹¹⁵ Ibidem, p. 142.

¹¹⁶ Ibidem, p. 143-151.

Já que a ciência é uma busca realizada por homens, sua principal característica é genuinamente estar em permanente estado de metabolismo e crescimento. Assim, ao contrário do que se pensa comumente, não é conhecimento sistematizado. A convicção de que algo é, de uma forma ou de outra, é uma crença, uma opinião.¹¹⁷

Sem elas, porém, não existiria a ação, pois, para o pragmatismo, a crença gera a ação. Enquanto há várias formas de se fixar uma crença, o método científico é o único pelo qual as crenças podem surgir por intermédio de algo não humano, mas, sim, de uma permanência externa, voltada a clarear o pensamento de forma mais perfeita¹¹⁸

A verdade é algo público. O investigador deve inquirir os fatos, pois a *realidade do real* depende da intenção de que a investigação resulte em uma crença: “considere-se quais efeitos que concebivelmente teriam atuações práticas, os quais imaginamos que o objeto de nossa concepção possua. Então, nossa concepção desses efeitos é o todo de nossa concepção de objeto”.¹¹⁹

Em Peirce, o pragmatismo estabelece uma relação entre a atividade racional e a conduta humana. A ação tem, contudo, um papel intermediário, pois, para conseguir atribuir um significado ao um conceito, deve ser capaz de aplica-lo à existência. É, todavia, por meio da ação que essa aplicação constitui o significado real dos conceitos, o que faz com que o pragmatismo não possa ser definido como a “solidificação da ação por si mesma”.¹²⁰

Assim, se o único propósito de uma inquirição for estabelecer uma crença, e se esta é um hábito ou uma disposição a agir, a significação de uma palavra, sentença ou sinal deve ser entendida de acordo com os hábitos ligados a eles, ou seja, *como levam a agir*. Para Peirce, o único efeito que os objetos reais podem ter sobre as pessoas é a produção da crença.¹²¹

Se toda a concepção dos efeitos desse objeto real é a produção da crença, esta pode construir a totalidade da concepção desses objetos, de modo que a realidade só pode ser o objeto de crença ou da opinião permanentemente estabelecida. Peirce liga o significado de uma ideia aos hábitos gerais que ela cria.¹²²

O método de *esclarecimento* de conceitos criado por Peirce foi, aos poucos, transformando-se em um método de *determinação da verdade* dos conceitos, voltado a

¹¹⁷ Ibidem, p. 151-175.

¹¹⁸ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 53-62.

¹¹⁹ Ibidem, p. 73-85.

¹²⁰ DEWEY, John. **Experience and Nature**. 2. ed. New York: Dover publications, 1958, p. 132-146.

¹²¹ WAAL, Cornelis de. Op. Cit., p. 39-40.

¹²² Ibidem, p. 56.

demonstrar como a ideia da verdade não é sem valor para a filosofia, ao contrário do que defendem Rorty e Dewey.¹²³

Peirce se volta à análise do processo pelo qual o pragmatismo se desenvolveu como “método filosófico de inquirição”. O pragmatismo, inicialmente, surge como um método filosófico de investigação geral, confundindo-se com as diversas interpretações da máxima pragmática, destacando a tentativa de definição filosófica da verdade.¹²⁴

Uma importante inovação que se agrega à adoção da semiótica como método de investigação jurídica, ao se adotar a análise fenomenológica proporcionada pelas *categorias cenopitagóricas* concebidas por Peirce é a ausência de separação absoluta entre ser e dever ser, entre conduta e pensamento.¹²⁵

A prestação da tutela jurisdicional reflete a produção de uma linguagem técnica, prescritiva de condutas, e não científica e descritiva, de modo que sua natureza é dialógica, argumentativa, voltada a estabelecer uma opinião que decida o conflito social, “[...] essencialmente comprometida em refletir uma verdade empiricamente demonstrável ou logicamente deduzida”.¹²⁶

Peirce retira das categorias do conhecimento o exagerado subjetivismo kantiano, transformando-as em categorias objetivas e ontológicas, passando a construir sua própria arquitetura ou classificação das ciências. A partir de sua classificação, a ciência do Direito é uma ciência prática, encontrando-se ao lado da arte, da ética e da ciência da moralidade. Essa *interdependência* encontra ressonância com o pragmatismo, que propõe a *superação das concepções cartesianas e dualistas*, pode afastar a análise normativa de seu aspecto factual.¹²⁷

A *praxis* passa a ser o modo de ação e interação da conduta científica, que produz os princípios metafísicos abstratos que servem às investigações subsequentes, provendo verdades e referentes provisórios para a continuidade de uma investigação. Assim, adotando-se um pragmatismo de matriz peirceana para a investigação do fenômeno jurídico, a teoria se subordinará à prática¹²⁸. Desse modo, a importância do pragmatismo peirceano para o direito processual se evidencia, tendo em vista que não separa teoria e prática de maneira estanque.

¹²³ Ibidem, p. 122.

¹²⁴ Ibidem, p. 122-123.

¹²⁵ ARAUJO, Clarice Von Oertzen de. Fenomenologia e semiótica de Peirce: métodos para a Ciência Jurídica. **Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 4 n. 1, p. 409-422, jan.-dez. 2013, p. 411.

¹²⁶ Ibidem, p. 418.

¹²⁷ ARAUJO, Clarice von Oertzen de. Contribuições do pragmatismo ao desenvolvimento das instituições. **Revista Duc In Altum: cadernos de Direito**, v. 9, n. 17, p. 5-22, jan.-abr. 2017, p. 7-8.

¹²⁸ Ibidem, p. 9-10.

1.4.4.2. John Dewey e a realidade pelas sensações

Dewey rejeita conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, entes transcendentais, dentre outros, pois a função primordial da filosofia seria explorar, racionalmente, as possibilidades da experiência humana coletiva, negando que o pensamento tenha fundações perenes, de modo que rejeita qualquer projeto filosófico que busque verdades eternas e “simplificadoras”, reduzidas à “mera aparência” e que não atendam às necessidades da sociedade moderna, ao refletirem concepções pré-científicas do mundo natural.¹²⁹

As sensações não fazem parte de nenhuma espécie de conhecimento, pois são apenas desejos relacionados a uma investigação que deverá resultar em um conhecimento; já a experiência contém princípios práticos de conexão e de organização. Assim, não há uma diferença perpétua entre razão e experiência, de modo que deve se desligar de problemas epistemológicos. Fora do campo da epistemologia, a experiência passa a ter racionalidade e coerência internas e empíricas.¹³⁰

Se uma ideia perde sua sensação imediata, passa a ser um mero estímulo para executar uma operação impensada. Na pesquisa científica e na especulação filosófica, um pensador não procede de acordo com as regras, mas, sim, de conformidade com os significados que existem imediatamente, como sensações “tingidas de qualidades”.¹³¹

O conhecimento, então, é um instrumento de enriquecimento da experiência imediata por meio da ação exercida por ele, constituída pela interação do ser vivo com aquilo que o cerca; já a ciência utiliza esse instrumento, adaptado ao propósito de controle e previsão, de aumento de uma capacidade, o que faz com que seja, sim, uma arte.¹³²

O pragmatismo tem uma implicação metafísica, pois, enquanto “doutrina do valor das consequências”, determina que se leve o futuro em consideração, em uma concepção de um universo que está, permanentemente, “no processo de se tornar”. Assim, a razão tem uma função construtiva, pois as ideias gerais postas em ação produzem consequências.¹³³

¹²⁹ DEWEY, John. **Reconstrução em filosofia**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959, p. 78-106.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 107-108.

¹³¹ DEWEY, John. **Art as experience**. New York: Perigee, 1980, p. 120.

¹³² *Ibidem*, p. 290-320.

¹³³ DEWEY, John. **The essencial Dewey**. v. 1: pragmatismo, Education, Democracy. Bloomington: Indiana University Press, 1998, p. 283-299.

Em Dewey, assim como em Peirce, o pragmatismo se ocupa do desenvolvimento da ciência por meio da experiência, não o oposto, o que, também, se encontra em consonância com a ciência processual.

1.4.4.3. Willian James e a essência dos objetos

Para Willian James, uma crença seria verdadeira, na medida em que produzisse “bons efeitos”. Os pragmáticos consideram verdadeiro o que é útil, de modo que tudo “o que é bom para nossa vida” será, em certa medida, dotado de veracidade.¹³⁴

A ideia fundamental do pragmatismo de James é que a essência dos objetos e das pessoas se expressa em seu comportamento e em suas ações, determinando-se a partir dos efeitos. Como consequência, uma ideia apenas será verdadeira se for útil de forma “crível”. Assim, por exemplo, se a hipótese da existência de Deus produz efeitos nas vidas das pessoas, é verdadeira.¹³⁵

Apesar de seu ideal de objetividade, esta teoria pragmática, aparentemente, preocupa-se, exclusivamente com a linguagem, especificamente, com a adjetivação “positiva”, “importante” ou “útil” de algo.

Em James, o valor pragmático da noção de transubstanciação não está, ao contrário do que entende Peirce, relacionado às consequências práticas relacionados às consequências práticas de uma crença. O valor pragmático da noção de transubstanciação não está, ao contrário do que entende Peirce, relacionado às consequências práticas de uma crença.¹³⁶

James ataca o princípio metafísico intelectualista da realidade transcendente que é subjacente às finitas experiências humanas, por meio da promoção de um *pluralismo pragmático*, segundo o qual a verdade cresce dentro de todas as experiências finitas, que se apoiam mutuamente, porém, sem se apoiar em coisa alguma.¹³⁷

Esse *coerentismo incipiente* tem como problema de fundo *o indivíduo imerso no fluxo da experiência*. Isso porque seu objetivo era opor-se à *concepção intelectualista de verdade imutável*, combatendo, portanto, a ideia de realidade fixa, pois o mundo é “profundamente inacabado”.¹³⁸

¹³⁴ ZILLES, Urbano. Op. Cit., p. 136.

¹³⁵ Ibidem, p. 137.

¹³⁶ Ibidem, p. 19-43.

¹³⁷ WAAL, Cornelis de. Op. Cit., p. 43-46.

¹³⁸ Ibidem, p. 46-47.

James liga o significado de uma ideia às sensações e reações particulares, com ênfase para a ligação das consequências práticas dos conceitos com as experiências particulares do sujeito empírico. Assim, a verdade deve dar conta da “experiência” em sua dinamicidade, mutabilidade e funcionalidade, relacionando-se à ação, de forma que a verdade não pode ser vista como um reflexo distante em um mundo já pronto.¹³⁹

O pragmatismo jamesiano é uma posição teórica própria, diferente da de Peirce. James enfatiza um *estado de crença* próprio do indivíduo, propondo algo como um individualismo oposto ao universalismo peirciano, relacionando a significação das concepções a efeitos particulares ou a experiências concretas.¹⁴⁰

Isso porque Peirce concentra suas análises na capacidade que o *objeto real* tem de fixar crenças e moldar a conduta futura, criando hábitos gerais. Assim, estabelece uma diferença “metafísica” entre os dois: enquanto Peirce é um realista, James é um nominalista¹⁴¹. Não são, todavia, concepções criadas, especificamente, para serem utilizadas no contexto Jurídico.

1.4.4.4. O pragmatismo jurídico em Richard Allen Posner

Acerca da aplicabilidade específica do pragmatismo à ciência jurídica, Clarice Araujo esclarece que a complexidade da ordem social cresce, povoada por fenômenos de comunicação e progressos tecnológicos que se entrecruzam e com os quais o Direito tem que lidar, o que determina a conveniência da exploração do pragmatismo e de seus desdobramentos.¹⁴²

Uma característica do pragmatismo é a sua cosmovisão ampla de um universo dotado de novidades, contingências e acasos, no qual a causalidade eficiente responde por parte dos fenômenos, ao lado da causação final também operativa no universo. Não se caracteriza o mecanicismo como uma explicação universal para o curso dos fenômenos ao longo do tempo.¹⁴³

O Pragmatismo Jurídico é uma “forma de ciência viva do Direito”, definido como uma lógica de abdução, “no sentido de que o raciocínio abduutivo se propõe, antes, como uma hipótese operativa de interpretação, uma hipótese com a qual se possa trabalhar em um processo de representação”.¹⁴⁴

¹³⁹ Ibidem, p. 56-70.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 122-176.

¹⁴¹ Ibidem, p. 122-123.

¹⁴² ARAUJO, Clarice von Oertzen de. Op. Cit., 2017, p. 14.

¹⁴³ Ibidem, p. 17.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 17-19.

O universo jurídico, assim como a natureza, é amplo e expansivo, “comungando das características propostas pela visão cosmológica concebida pelos pragmatistas, notadamente por Peirce”. Trabalhar o direito, na perspectiva do Pragmatismo Jurídico, como “ciência viva” equivale a partir de uma “instância dinâmica da observação”, ou seja, observando o Direito em evolução, como um sistema de signos, dotado de continuidade.¹⁴⁵

Uma das teorias jurídico-pragmáticas mais trabalhadas no Brasil é aquela construída pelo Juiz americano Richard Allen Posner.

De acordo com o referido autor, uma orientação empírica não rejeita, necessariamente, os princípios jurídicos, pois a investigação empírica os incorpora. São porém, princípios que os pragmatistas consideram menos abstratos e diferentes daqueles utilizados pelos constitucionalistas. Assim, na maior parte dos casos, o juiz deve se restringir à linguagem do contrato, da lei ou do precedente.¹⁴⁶

Em outras oportunidades, porém, a abordagem pragmática permite ao juiz “arrombar” a área fechada e desconsiderar a lei, de modo a alcançar um objetivo prático imediato. Todavia, mediante um exame minucioso das consequências sistêmicas dessa atitude, pesando os bons resultados da adesão às virtudes da norma jurídica, em detrimento das más decorrências da inovação, caso se depare com controvérsias nos precedentes e nos textos legais, que dificultem a decisão.¹⁴⁷

O pragmatismo “cotidiano” é uma “atitude mental”, referente ao uso popular da palavra “pragmático”, que significa uma visão “prática”, negocial, direta, que despreza a abstração, a pretensão intelectual, o moralismo e a utopia. Equivale à predisposição para julgar por meio do critério que “funciona”, com base em suas consequências concretas para a felicidade e a prosperidade.¹⁴⁸

Os magistrados devem pensar de acordo com as consequências, sem levar a sério o formalismo legal ou a filosofia pragmática, pois a restrição à política deve ocorrer por fatores psicológicos, profissionais ou institucionais, não pelo consenso moral e político.¹⁴⁹

Aceitando, portanto, a pluralidade de metas e preferências em uma sociedade moralmente heterogênea e, assim, proferindo a decisão mais razoável possível, por meio do sopesamento entre os prós e os contras, a decisão “pragmática” não deve buscar,

¹⁴⁵ Ibidem, p. 19.

¹⁴⁶ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 12-13.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 14-16.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 38-39.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 42-50.

invariavelmente, a análise de custo-benefício, a maximização da utilidade ou outros métodos consequencialistas. Até porque os pragmáticos clássicos não eram consequencialistas.¹⁵⁰

Ao contrário, as teorias mais bem sucedidas são aquelas firmadas no contexto das ciências naturais, pois versam sobre fenômenos empiricamente constatáveis e entidades reais, que podem ser comprovadas por meio da comparação entre suas previsões e os resultados da observação.¹⁵¹

Espera-se que os juízes apresentem razões para suas decisões. Ocorre que essas razões nem sempre estão claramente contidas nas fontes ortodoxas do direito. A partir das razões que um juiz apresenta, poder-se-á construir uma “teoria” que ele deve justificar, não necessariamente, pelo estudo da teoria moral.¹⁵²

Posner afirma, então, que a “cura” não está nas teorizações complexas ou na teoria moral, mas, sim, na melhor compreensão das consequências práticas das decisões judiciais. Apesar de a maioria dos juízes não atuar por idealismo, mas, sim, de maneira pragmática, devem entender que as disputas judiciais têm uma dimensão empírica.¹⁵³

A aplicabilidade da teoria constitucional ao direito constitucional é limitada, pois, sobre as questões constitucionais, não são necessárias “teorias”, pois a história e o texto da Constituição proporcionam diretrizes seguras. Assim, nas questões constitucionais *simples*, nenhuma teoria é necessária, enquanto nas *difíceis* podem ser resolvidas por meio da ponderação das consequências das interpretações alternativas, ou seja, pragmaticamente.¹⁵⁴

O pragmatismo é a disposição de basear decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações, de modo que uma das teorias capazes de contribuir para que os juízes encontrem as melhores consequências é a teoria científica, *pari passu* com a pesquisa empírica.¹⁵⁵

Assim, os juízes pragmatistas devem fazer o melhor possível em relação ao presente e ao futuro, de forma a cumprir seu dever de assegurar a coerência dos princípios jurídicos com a história das instituições, somente se a decisão conforme os precedentes seja o melhor método para a produção dos melhores resultados futuros.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Ibidem, p. 263.

¹⁵¹ POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 19.

¹⁵² Ibidem, p. 177-178.

¹⁵³ Ibidem, p. 186-187.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 226-228.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 287.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 358-363.

Assim, deve respeitar as fontes usuais do direito, porém, não se limitar a elas, devendo valorar outras fontes, diretamente relacionadas à sabedoria da norma que deve confirmar ou modificar¹⁵⁷. Tomado “vulgarmente”, o pragmatismo jurídico não seria compatível com as premissas constitucionais do processo penal.

Isso porque várias pessoas consideram *útil* a condenação baseada em meros indícios ou presunções dotadas de gigantesca abstração, que, por qualquer critério minimamente lógico, não poderiam corresponder à verdade. Assim, por razões evidentes esta teoria pragmática, especificamente, não seria adequada no que tange ao conceito de verdade para o processo.

Ocorre que, considerada em sua essência, especialmente no que concerne à ligação que propõe entre teoria e realidade, o pragmatismo pode, sim, ser um marco teórico relevante para a apreciação da prova processual penal.

1.4.5 Teoria Semântica

Trata-se de uma teoria influente, cujo expoente principal é o filósofo polonês Alfred Tarski (1902-1983) que, em princípio, restringe seu interesse à análise da *concepção aristotélica clássica de verdade*.

Alfred Tarski afirmou que sua teoria não visaria *modificar o significado da verdade*, mas, sim, capturar o seu *real significado*. Isso porque todas as formulações anteriores sofreriam, em maior ou menor grau, de alguma falta de clareza, ambiguidade ou incorreção formal.¹⁵⁸

Nesse sentido, para todas as linguagens, o significado do problema da definição da verdade é mais ou menos vago, de modo que sua solução apenas poderia ter um caráter aproximado, especialmente na linguagem natural ou nas “semanticamente fechadas”, pois as frases autorreferenciais dariam origem a contradições.¹⁵⁹

Tem-se, aqui, a chamada “verdade em L”, um problema insuperável. Somente se poderia definir a verdade de uma sentença nas linguagens formalizadas, ou seja, aquelas que são artificialmente construídas, nas quais os sentidos das expressões são univocamente determinados por sua forma.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Ibidem, p. 363-382.

¹⁵⁸ TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. São Paulo: Editora Unesp, 2007, p. 13-36.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 37-54.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 55-61.

Afirma que, em um grupo de pessoas entrevistadas, apenas quinze por cento (15%) concordaria que “verdadeiro” significa “concordância com a realidade”, enquanto noventa por cento (90%) conviria que uma sentença como “está nevando” é verdadeira se e somente se estiver nevando.¹⁶¹

A concepção de verdade é neutra em relação a qualquer teoria realista, idealista, empirista ou metafísica. Para “aprimorar” a verdade de uma sentença como “a neve é de fato branca”, poder-se-ia retirar as palavras “de fato”, que não figuram na formulação original e, além disso, seriam equivocadas, mesmo não afetando o conteúdo, pois causam a impressão de que a concepção semântica da verdade visa estabelecer condições nas quais se tem a garantia de poder afirmar qualquer sentença empírica.¹⁶²

Assim, seria formalmente correta a definição que respeita as regras formais relativas à construção de definições. Tarski oferece, nesse sentido, todo um conjunto de indicações que permitiriam especificar, com exatidão, a estrutura e o vocabulário da linguagem na qual a definição será dada.¹⁶³

A especificação precisa ser exata, pois o problema da definição de verdade passa a ter um significado preciso, que pode ser resolvido de maneira rigorosa somente pelas linguagens cuja estrutura foi especificada com exatidão. Qualquer definição semântica de verdade, para ser aceitável, deveria satisfazer a uma condição material e uma correção formal.¹⁶⁴

Quanto à condição material, de acordo com Tarski, “Cai neve é uma proposição verdadeira, quando de fato cai neve”, de forma que afirmar o que algo não é, é falso, enquanto afirmar o que algo é, é verdadeiro”. A *correção formal* respeita à estrutura da linguagem, na qual a definição de verdade deveria ser dada, aos conceitos que podem ser empregados na definição, e às regras formais às quais a definição deve se conformar.¹⁶⁵

Nesse viés, imprescindível se faz que eventual definição da verdade seja, ao menos, materialmente adequada e formalmente correta para que, então, possa ser considerada satisfatória. Não se trata, porém, de uma teoria da correspondência, pois a condição de

¹⁶¹ Ibidem, p. 62-76.

¹⁶² Ibidem, p. 78-136.

¹⁶³ Ibidem, p. 137-142.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 143-166.

¹⁶⁵ HAACK, Susan. Op. Cit., p. 144-146.

adequação material, embora voltada a eliminar algumas definições, não identifica a correspondência como a única teorização correta.¹⁶⁶

Desse modo, ainda que haja uma afinidade teórica entre as várias teorias da verdade, a condição da adequação material é algo neutro no que se relaciona à correspondência e a outras definições. Trata-se de um paradoxo, por exemplo, a possibilidade de uma proposição ser verdadeira, mesmo que ninguém acredite nela, ou falsa, mesmo que todos nela acreditem.¹⁶⁷

Para evitar tais paradoxos, de modo a tornar concreta a fórmula “‘a neve é branca’ é verdade se, e somente se, a neve é branca”, é que Tarski propõe as noções de adequação material e de condição formal, de modo que sua definição faça justiça à concepção aristotélica de verdade.¹⁶⁸

Assim, a análise da verdade passa por duas “fases”: uma, material, de condição, e, outra, formal, de adequação. Na primeira, busca-se eliminar as dubiedades da linguagem, enquanto, na segunda, procura-se driblar os paradoxos. É possível que seja uma teoria ao menos parcialmente adequada para a definição procedimental de “verdade”.

Isso porque a análise da “verdade processual” conduz à necessária observância de ambos aspectos da teoria, porém, apresentados mediante nomenclatura diversa: a “verdade fática” se encontra ligada à noção de condição material, enquanto a “verdade jurídica” se conecta à ideia de adequação formal.¹⁶⁹

Diante disso, é possível deduzir uma “caracterização semântica adequada” dos dois conceitos em um modelo ideal de jurisdição penal, rigidamente cognitivo da definição de “verdade”, já que é, também, uma estipulação geral das condições de uso do termo “verdadeiro”.¹⁷⁰

Desse modo, se uma proposição *p* é verdadeira se, e somente se, *p*, onde *p* “[...] está para o nome metalinguístico da proposição” e *p* está para a própria proposição, aplicada essa equivalência ao termo “verdadeiro”, enquanto proposição fática e jurídica, na qual pode ser decomposta a proposição “Tício cometeu culpavelmente tal fato definido na lei como delito”, obtém-se, por substituição, duas proposições separadas: primeiramente, a proposição de que Tício cometeu culpavelmente tal fato é verdadeira se, e somente se, Tício cometeu,

¹⁶⁶ HAACK, Susan. Op. Cit., p. 147-149.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 150-157.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 157-162.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 51.

¹⁷⁰ Idem.

culpavelmente, tal fato; e, em segundo lugar, a proposição de que esse fato está definido na lei como delito é verdadeira se, e somente se, tal fato estiver definido na lei como delito.¹⁷¹

Essas equivalências definem, respectivamente, a verdade fática e a verdade jurídica, que servem para esclarecer as várias referências semânticas que, no primeiro caso, são os fatos ocorridos na realidade e, no segundo, as normas a eles referentes. Conjuntamente, portanto, definem a “verdade processual”.¹⁷²

Desse modo, uma proposição jurisdicional será verdadeira se, e somente se, for verdadeira, tanto fática quanto juridicamente, no sentido assim definido. Ocorre que essa “redefinição” não resta comprometida com o propósito metafísico da existência de uma correspondência ontológica entre as teses das quais se quer obter a verdade e a realidade às quais elas se referem, porque se limita a elucidar, unívoca e precisamente, o significado do termo “verdadeiro”, como um predicado metalinguístico de um enunciado.¹⁷³

Nesse diapasão, a referida teoria não busca um critério “objetivo” acerca da verdade, de modo que apenas define algumas condições que uma proposição deve preencher para ser verdadeira. Desse modo, é até capaz de dizer, superficialmente, o que seria a *verdade para o processo*, porém, escapam as nuances, inclusive as *paradoxais*, que caracterizam o processo judicial.

Diante disso, apesar de, realmente, ser capaz de colaborar para a definição da qual ora se ocupa, não fornece critérios suficientes para a eliminação, mesmo que parcial, das subjetividades relacionadas ao processo penal, em especial, no que se relaciona à decisão processual penal.

1.4.6 Teoria da redundância

Essa teoria tem como ponto marcante a busca no estabelecimento de uma lógica textual, pautada na formação dos enunciados e do discurso que se produz a partir deles, de modo a evitar o excesso ou a deficiência nas informações. Assim, eliminados esses predicados, o enunciado, ainda assim, manterá sua veracidade.

A teoria da redundância busca as palavras certas para comunicar, com a maior eficiência possível, trabalhando, então, a *lógica do texto*, a ideia exata da informação sem redundância,

¹⁷¹ Ibidem, p. 51-52.

¹⁷² Ibidem, p. 52.

¹⁷³ Ibidem, p. 52-53.

sem excesso e sem *deficiência de informação*, ou seja, no ponto certo, no contexto da busca pela verdade.¹⁷⁴

Nesse mesmo sentido, afirmar algo sobre um fato equivale a atribuir-lhe, publicamente, a verdade, e a dar referência sobre quem afirma equivale a pensar que, também, é verdadeira. Assim, o problema passa da verdade para a sua fonte.¹⁷⁵

No processo judicial, se uma testemunha, afirma, com veemência, haver presenciado, diretamente, um evento criminoso, no qual “Tício” agredira fisicamente “Caio”, causando-lhe lesões corporais, a aferição da verdade, nesse contexto, não estaria no interior do discurso proferido pela referida testemunha, pois é indiferente que, no contexto de seu relato, afirme ser “verdade” que “Tício” agrediu “Caio” ou que, ao invés, simplesmente, afirme: “Tício agrediu fisicamente Caio”.¹⁷⁶

Ambos enunciados dizem o mesmo. A última afirmação (“Tício” agrediu fisicamente “Caio”), embora despida do enunciado “é verdadeiro”, não deixa de ser verdadeira, tendo em vista o axioma que se atribui a seus relatos, tendo em vista que presenciara, diretamente, o fato delituoso. Assim, afirmar que “é verdadeiro” que “Tício” agrediu fisicamente “Caio” é redundante.

Realça-se, então, que a noção de verdade empregada por essa teoria parte da ideia de que os predicados “verdadeiro” e “falso” são redundantes no sentido de que podem ser eliminados de todos os contextos, sem qualquer perda semântica, de modo que não haveria, realmente, nenhum problema que independesse da verdade, apenas uma confusão linguística. A redundância ocorre “para todo p , se ele afirma p , então p ”.¹⁷⁷

O predicado final é exigido para que se possa inferir a verdade, que não estaria eliminada e, por isso, não seria redundante. Por exemplo: “o que ele diz é sempre verdadeiro” deve ser explicado de modo a significar que “para todo p , se ele afirma p , então p ”; se a análise demonstra, por meio do predicado “é verdadeiro”, a verdade, o predicado acaba por não ser eliminado, de modo que não é redundante.¹⁷⁸

É possível utilizar o mesmo raciocínio para atribuir falsidade a um enunciado, mediante o uso do predicado “é falso”. Eliminando-se o “verdadeiro”, nas situações nas quais o que é dito ser verdadeiro não é explicitamente fornecido, mas apenas, obliquamente, referido, por meio de uma “quantificação de segunda ordem”.

¹⁷⁴ NESPOLI, Ricardo. **Teoria da redundância**. 2009, n. p.

¹⁷⁵ Ibidem, n.p..

¹⁷⁶ Ibidem, n. p.

¹⁷⁷ HAACK, Susan. Op. Cit., p. 177-180.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 180-182.

Caso o referido predicado (“é verdadeiro”) seja deslocado para o fim do enunciado, não podendo ser aferido de modo implícito, sua pronúncia passará a ser necessária para que se mantenha o significado daquilo que se enuncia.

Desse modo, não é que a atribuição de verdade a uma proposição seja supérflua. Ela pode, contudo, ser substituída por uma proposição *judicada* ou *asserida*, sem que tal atribuição seja linguisticamente explicitada. Se *judicar* uma proposição equivale a pensar que ela é verdadeira, e *asserir* uma proposição equivale a atribuir, publicamente, verdade a uma proposição *judicada*, tudo o que a teoria da redundância faz é varrer o problema da verdade para debaixo do tapete do problema da asserção, onde ele acaba por permanecer.¹⁷⁹

Essa situação acaba por torná-la correta, em decorrência, porém, da propriedade que as línguas naturais têm de, usualmente, não atribuir verdade às proposições de modo explícito, pois o ato de *asserir* é tão frequente que a explicitação dessa atribuição acaba por se tornar supérflua.¹⁸⁰

Assim, a teoria da redundância aparenta ser, de fato, redundante. Apenas se preocupa em afirmar que a inclusão da expressão “dizer a verdade” e suas variantes em uma frase é dispensável, ocupando-se da asserção, não da veracidade. Isso não faz com que esteja logicamente incorreta, porém.

A redundância, desse modo, é expressada por um enunciado. A eliminação do predicado, no entanto, não afetaria a sua possibilidade de compreensão, pois enunciá-lo, de igual modo, será compreensível, assim como era na presença do predicado.

Diante disso, a teoria da redundância é somente capaz de determinar a desnecessidade da afirmação de que uma assertiva coincide com a realidade, o que pode fazer com que os fatos alegados e as provas colacionadas possam ser apreciados “puramente”, sem a necessidade da afirmação expressa de sua veracidade.

1.4 Estágio atual (verdade na pós-modernidade)

Diante do que foi analisado acima, é possível afirmar que a verdade assume nuances e conceitos variados, adaptáveis às mais diversas análises, da história ou da consciência, melhor adaptáveis a um momento histórico ou à cultura vivenciada pelos sujeitos e que contextualiza

¹⁷⁹ COSTA, Cláudio Ferreira. **A verdadeira teoria da verdade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 54

¹⁸⁰ Idem, p. 54

os objetos. Nesse sentido, cabe estudar as nuances da verdade no presente espaço histórico-temporal, por alguns denominado “pós-modernidade”.

A oposição entre modernidade e pós-modernidade relaciona-se à teorização dos três últimos séculos da história europeia ocidental, sob uma perspectiva da *praxis* intelectual, que pode ser moderna ou pós-moderna, pois a dominância de um ou outro “mundo” distingue modernidade e pós-modernidade como períodos diversos da história intelectual. A distinção entre ambas é útil, mesmo como “tipo ideal”, pois avança no sentido de revelar a essência das controvérsias e a extensão das estratégias intelectuais disponíveis.¹⁸¹

A visão moderna do mundo é de uma *totalidade ordenada*. A presença de um padrão desigual de distribuição de probabilidades possibilita uma explicação dos fatos que se demonstra como uma ferramenta de predição e de controle. Esse “controle” se associa a uma ação ordenada, entendida como a manipulação de probabilidades, que tornou alguns eventos mais prováveis do que outros.¹⁸²

Sua efetividade, todavia, é dependente da adequação do conhecimento à ordem “natural” que, em princípio, mostra-se alcançável. A visão pós-moderna do mundo, portanto refere-se a um sem-número de modelos de ordem, gerados por um conjunto autônomo de práticas.¹⁸³

A ordem, contudo, não pode servir como medida externa de sua validade. Cada modelo só faz sentido no contexto das práticas que torna válido. Em cada caso, a validação introduz critérios desenvolvidos em uma tradição particular, sustentados por hábitos e crenças de uma “comunidade de significados”, não admitindo outros testes de legitimidade: do ponto de vista moderno, o relativismo era um problema a lidar-se e superar-se na teoria e na prática; já do ponto de vista pós-moderno, a relatividade do conhecimento é um traço duradouro do próprio mundo.¹⁸⁴

O dissenso filosófico acerca do tema faz com que o conceito de verdade seja trabalhado no interior dos mais variados contextos, da razão, ou do conhecimento. Não se trata, porém, de um tema superado, tendo em vista que, na atualidade, ainda não se conseguiu uma teorização “pura” acerca de sua definição.

Ocorre que, para alguns dos filósofos atuais, não se deveria mais construir um discurso sobre a verdade. Demonstra-se, assim, certo ceticismo, ao se rejeitar a possibilidade do encontro

¹⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 17-18.

¹⁸² Ibidem, p. 18.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 18-19.

da Verdade, única, absoluta. Alguns desses movimentos científicos que “negam” a existência da verdade são denominados *deconstructionist vortex*¹⁸⁵.

Para esses grupamentos, que demonstram posicionamentos mais “radicais” do que as correntes “clássicas”, alguns dos conceitos mais tradicionais, a exemplo da verdade, estariam em uma crise paradigmática. Nesse sentido, negam a possibilidade de uma definição concreta da verdade, defendendo a inutilidade das discussões respeitantes à temática, cujo estudo seria ingênuo, errôneo e fadado ao fracasso.

Há teóricos que “viraram as costas” à ciência e ao conhecimento científico, defendendo sua substituição por uma verdadeira “sociologia da ciência”, em decorrência de seu ceticismo, certos da ineficiência dos procedimentos científicos para a obtenção da verdade e do conhecimento.

Referidos teóricos afirmam que os objetos se sustentavam empiricamente, apenas até a sua reavaliação, por meio de outros procedimentos, ou seja, até o momento de sua “redescoberta”. Assim, uma “descoberta científica”, após verificações, estudos e, inclusive, introdução de novas tecnologias, era comumente substituída por outra.

Esse movimento, denominado por Susan Haack de *new cynics*, em referência ao cinismo grego (*kynismós*), afirma que, durante muito tempo, v.g., afirmou-se que terra era plana e que os negros eram intelectualmente inferiores aos brancos. Tempos depois, descobriu-se a inverdade dessas afirmações. Assim, a ciência só pode ser relativa, e a verdade, a razão e as conotações sociais dos cientistas é que deveriam ser, realmente, valoradas e estudadas.¹⁸⁶

Um dos grandes expoentes dessa teorização é Richard Rorty, que sustentou que a procura pela verdade deveria ser inteiramente banida do discurso filosófico. Afirmou que essa busca é um completo *nonsense*, pois a verdade nada mais é do que o consenso em relação a um discurso, por seus interlocutores.

Somente seria possível aceitar uma verdade “única”, pouco importando a perspectiva pela qual seja observada, seja como correspondência ao mundo real, seja por meio do consenso entre os interlocutores, pois qualquer teorização é capaz de produzir verdades “múltiplas”, mesmo com a correta utilização dos termos linguísticos para expressar os fatos e a realidade.

A linguagem, porém, tem origem em uma situação *face a face*, mas pode ser facilmente destacada desta. Esse destacamento consiste em sua capacidade de comunicar significados que

¹⁸⁵ WILLIAMS, Bernard. **Truth and truthfulness: an essay in genealogy**, Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 146.

¹⁸⁶ HAACK, Susan. Op. Cit., p. 154.

não são expressões diretas da subjetividade “aqui e agora”. Assim, é capaz de ser um repositório objetivo de vastas acumulações de significados e experiências, e de preservá-lo no tempo.¹⁸⁷

Outra possibilidade é o conflito que ocorre entre grupos rivais de peritos: enquanto as teorias continuam a ter aplicações práticas imediatas, as eventuais rivalidades devem ser harmonizadas por meio das provas, pois os cientistas são forçados a substituir a argumentação abstrata por elas. Aquilo que é convincente para um homem, contudo, pode não ser para outro, de modo que esses teóricos recorrerão a vários suportes para fortalecer os respectivos argumentos.¹⁸⁸

A linguagem e o aparelho cognoscitivo objetivam o mundo, ordenando-o em objetos a serem apreendidos como realidade e, em seguida, interiorizando-os como verdades objetivamente válidas. Assim, o conhecimento da sociedade é uma realização faz apreender a realidade social, assim como produz, continuamente, essa realidade.¹⁸⁹

As simbolizações altamente abstratas são corroboradas mais pelo suporte social do que pelo suporte empírico, de modo que se reintroduz algo como um “pseudopragmatismo”. Faz-se necessária, então, uma reinterpretação do significado desses acontecimentos e pessoas passados, pois é provável que o indivíduo busque substituir uma realidade por outra. Subjetivamente, então, esse indivíduo não estaria, propriamente, mentindo a respeito do passado, mas, sim, harmonizando-o com a sua verdade.¹⁹⁰

No contexto dessa reinterpretação, o indivíduo se torna um ator em um drama involuntário, cujo significado não entende, de modo que, geralmente, rejeita a imputação que lhe é feita. Assim, é possível propor uma prescrição específica para a alteração de qualquer realidade concebível, por mais implausível que seja do ponto de vista externo.¹⁹¹

Trata-se, no limite, daquilo que Susan Haack denomina de “pragmatismo vulgar”. A autora identifica que há diferentes estilos de pragmatismo, que teriam em comum a aspiração de livrar a filosofia dos “excessos metafísicos”, fazendo degenerar a tradição pragmática, o que resulta em uma série sucessiva de interpretações equivocadas.

Enquanto o pragmatismo clássico é uma tentativa de entender e criar uma estrutura nova que legitime a investigação científica, o pragmatismo de Rorty se afirma como um abandono

¹⁸⁷ BERGER, Peter; LUCKMAN, Thomas. Op. Cit., p. 57.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 93.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 94.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 161.

¹⁹¹ Ibidem, p. 212-213.

da própria tentativa de aprender mais sobre a natureza e sobre as condições de adequação da investigação.¹⁹²

Ocorre que não é possível visar algo se for impossível reconhecê-lo se e quando o obtiver. Desse modo, a diferença entre verdade e justificação equivale àquela que há entre o reconhecível e o irreconhecível.

Isso porque é impossível precisar se uma dada crença é verdadeira, mas é possível ter certeza de que ninguém tem como invocar objeções residuais contra ela e que todos concordam que ela deve ser sustentada.¹⁹³ Desse modo, demonstra-se o ceticismo do autor em relação à possibilidade de se encontrar a verdade a partir das premissas teóricas desenvolvidas até então.

Em *Objetivismo, relativismo e verdade*, Rorty assenta o seu posicionamento sobre como se deve encarar a busca pela verdade. A cultura ocidental tradicional fixa-se na noção de busca pela verdade, desde os filósofos gregos, passando pelo iluminismo. Tendo em vista que as tentativas de se encontrar a verdade remetem à antiguidade, sem frutos concretos, justifica-se uma tentativa de se encontrar um sentido para a existência a partir do abandono da solidariedade, em direção à objetividade.¹⁹⁴

Assim, a ideia de verdade, como algo capaz de persuadir “por sua própria causa”, não é boa, seja no contexto de uma comunidade real ou imaginária. Ocorre que é o tema central de uma tradição teórico-filosófica. Os “resquícios” da forma clássica de se analisar a verdade ainda existem, introjetados na ciência, seja em relação à correspondência, ao “estado de coisas” ou ao mundo real, o que faz com que ainda se procure uma abordagem realista e objetivista da verdade.¹⁹⁵

Isso porque, para serem verdadeiramente racionais, os procedimentos de justificação devem conduzir à verdade, à correspondência com a realidade e à natureza intrínseca das coisas. Haveria, assim, um padrão fundamentalmente racional a ser compartilhado por todos os seres racionais, que é o mesmo que havia sido criado pela busca da verdade e pelo significado, de modo que se tornou impossível haver linguagem sem a racionalidade ou a verdade.¹⁹⁶

¹⁹² HAACK, Susan. Vulgar pragmatism: an unedifying prospect. In: SAATKAMP, JÚNIOR; Herman. (Ed.). **Rorty & Pragmatism: the philosopher responds to his critics**. London: Vanderbilt University Press, 1995, p. 126-146.

¹⁹³ SOUZA, Gelson Amaro de. LAZARI, Rafael José Nadim. (Neo) processualismo e (neo) CPC: reflexões sobre a nova interpretação processual. In: HERRERA, Luiz Henrique Martins; BAILO, Lucas Seixas. (Org.). **A nova interpretação do direito: construção do saber jurídico**. Birigui: Boreal Editora, 2012, p. 105-106.

¹⁹⁴ RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997, p. 37.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 37-38.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 38.

A verdade como objetividade reduz-se à “verdade-solidariedade”, ou seja, “o que é bom para se acreditar”, que surge pela modificação do foco, que passa da objetividade para a justificação etnocêntrica, baseada na solidariedade. Assim, Rorty coloca em xeque até mesmo os objetivos das teorizações relacionadas à verdade, ao afirmar que somente buscam uma “definição” para a verdade, não a verdade em si, que deveria ser, idealmente, a sua meta final.

Nesse aspecto da verdade como *baliza fundada na prática social*, ligada à capacidade linguística dos seres, Rorty produz um arquétipo que une racionalidade, verdade e significado. Nesse diapasão, linguagem e racionalidade são criadas pela prática social, de forma que a verdade surge como um produto das justificações críveis e bem-sucedidas, trabalhadas pelo juiz e pelas partes, em um processo “dialético-probatório”.

A teoria de Rorty ficou mais conhecida por seus debates com Jürgen Habermas, que criticou suas posições, afirmando serem antiplatônicas e relativistas¹⁹⁷. No ano de 2000, foi publicada a coletânea *Rorty e seus críticos*,¹⁹⁸ que é inaugurada com uma polêmica peça de Rorty, intitulada *Verdade, universalidade e política democrática*,¹⁹⁹ na qual o teórico apresenta respostas e críticas às proposições de Habermas e ao seu lado “universalista-kantiano”, defendendo suas posições pragmáticas e sua filosofia analítica.

Dando continuidade ao debate, Habermas publicou o texto *A virada pragmática de Richard Rorty*, que ensejou, logo após, uma tréplica, intitulada *Realidade objetiva e comunidade humana*. O debate prosseguiu, construindo um verdadeiro diálogo entre os filósofos, o que culminou na evolução e no amadurecimento de suas posições e pensamentos.

Habermas afirmou que essa filosofia é fruto da desilusão com a filosofia clássica metafísica de Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino, bem como que, para Rorty, a verdade é muito sublime para ser observada ou afirmada por seres mortais, razão pela qual deve ser substituída e validada pela *vontade de justificação*, muito mais crível e real.²⁰⁰

Para Rorty, o conceito deve ser buscado nas relações humanas e não nas relações transcendentais. Esse é um dos maiores pontos de antagonismo entre Habermas e Rorty. Ambos, todavia, refutam a possibilidade de construção de um modelo conceitual que leve à busca de um consenso e à elevação da justificação como forma de se enxergar a verdade.²⁰¹

¹⁹⁷ NIZNIK, Józef; SANDERS, John. (Eds.). **Debating the State of Philosophy**: Habermas, Rorty, and Kolakowski. Londres: Praeger Publishers, 1996.

¹⁹⁸ BRANDON, Robert. (Ed). **Rorty and his critics**. Oxford: Blackwell Publishers, 2000.

¹⁹⁹ RORTY, Richard. Verdade, universalidade e política democrática. In SOUZA, José Crisóstomo de. (Ed). **Filosofia, racionalidade e democracia**: os debates Rorty e Habermas. São Paulo: Unesp, 2005, p. 9.

²⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., 2004, p. 106-178.

²⁰¹ Ibidem, p. 178-201.

Rorty busca uma definição de verdade baseada nas relações humanas, em uma interação que agrega a justificação como forma de entender a verdade. Habermas, por sua vez, busca a verdade em uma relação não-mundana, transcendente, de modo que se caracteriza mais como uma crença, não como um conceito científico justificável.²⁰²

A diferença entre verdade e justificação estaria entre o irreconhecível e o reconhecível, de modo que a verdade seria algo irreconhecível, demasiado sublime para ser reconhecido ou visado, enquanto a justificação é “apenas bela”, porém, reconhecível e, assim, capaz de ser buscada sistematicamente.²⁰³

Desse modo, a *virada pragmática* deveria, assim, passar a substituir o modelo “representacional” do conhecimento por um modelo “comunicacional”, que colocaria o “[...] mútuo entendimento intersubjetivo bem-sucedido” no lugar de uma “objetividade quimérica da experiência”.²⁰⁴

Esse *intersubjetivismo* se encerra sob a descrição objetivadora dos processos de cooperação e do entendimento mútuo. Rorty utiliza um jargão que não tolera as diferenciações entre a perspectiva dos participantes e a do observador. As relações interpessoais, que são tributárias da posse intersubjetiva de uma linguagem comum, são assimiladas a um modelo do comportamento adaptativo, ou do *agir instrumental*.²⁰⁵

A renúncia à distinção entre o uso estratégico e o não-estratégico da linguagem, entre o “agir para o sucesso” e o “agir orientado para o entendimento mútuo”, priva Rorty dos meios conceituais que permitiriam fazer justiça às diferenças intuitivas que existem entre “convencer” e “persuadir”, entre “motivação por razões” e “influência causal”, entre “aprendizado” e “doutrinação”.²⁰⁶

Em decorrência da “mistura contra-intuitiva de uma coisa com a outra”, perdem-se os critérios críticos que funcionam no dia-a-dia. A estratégia naturalista de Rorty, então, conduz a uma nivelção categorial, que torna as descrições insensíveis a certas diferenças que são relevantes para a *praxis*.²⁰⁷

A linguagem é obra e instrumento do processo decisório de justificação racionalmente elaborada. É difícil dissociar os termos e conceber que a linguagem possa existir sem racionalidade e, por conseguinte, sem linguagem.

²⁰² Ibidem, p. 201-213.

²⁰³ Ibidem, p. 201-213.

²⁰⁴ Ibidem, p. 214-223.

²⁰⁵ Ibidem, p. 224-244.

²⁰⁶ Ibidem, p. 245-251.

²⁰⁷ Ibidem, p. 251-265.

Nesse diapasão, Márcio Pugliesi afirmou que a verdade é nada mais do que “[...] uma correspondência entre frases ou pensamentos, resultado das regras da língua. A verdade absoluta, essa correspondência entre a língua e o que ela significa, é tão inarticulável quanto esse algo”.²⁰⁸

As questões de verdade e falsidade, inclusive para enunciados teóricos, “[...] podem ser compreendidas pelas ações desenvolvidas pelos sujeitos presentes na relação, isto é, o critério de veracidade decorre, principalmente, da análise das ações, antes que da representação fática das mesmas, ou seja, da sua expressão por palavras”.²⁰⁹

Demonstra-se, então, a impossibilidade de se desvencilhar a busca da verdade da linguagem, assim como se mostra a dificuldade no que concerne à sua definição. As teorizações feitas acerca da verdade remontam à antiguidade, tendo sido desenvolvidas e reformadas através dos séculos seguintes, todavia, sem levarem a um consenso, resultando, até mesmo, no ceticismo em relação à possibilidade de se alcançar o referido objetivo.

1.5. A verdade como aproximação em Karl Popper

Karl Popper identifica a possibilidade da verdade somente como uma *aproximação* à realidade, inclusive no que concerne às “verdades científicas”. Nesse sentido, refere-se a essa aproximação como *verossimilhança*.

O ideal de racionalidade das ciências vinculava-se à ampliação do conhecimento conjectural, cujo aumento, por sua vez, se relaciona a uma progressiva aproximação à verdade, ao aumento da *verossimilhança* ou da *veracidade*. O estudioso procura, nesse contexto, elaborar teorias cada vez mais próximas da verdade, o que implicaria o aumento do conteúdo teórico, ou seja, o aprimoramento do conhecimento do mundo.²¹⁰

Ocorre que não há uma medida absoluta do grau de aproximação alcançado, somente uma comparação entre aproximações melhores ou piores. Até mesmo os esforços mais bem-sucedidos podem produzir apenas uma rede cuja malha seja larga demais para o determinismo. Nesse sentido é que Popper se opõe às teorias do consenso, da coerência e outras, afirmando que acabam por estabelecer barreiras à verdade, bem como um relativismo.²¹¹

²⁰⁸ PUGLIESI, Márcio. Op. Cit., 2015, p. 64.

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 17-303.

²¹¹ Ibidem, p. 17-31.

O consenso não estabelece critérios claros, enquanto o contexto deve ser ultrapassado em nome de uma efetiva aproximação à verdade. É possível evitar a utilização dos conceitos “verdadeiro” e “falso”, porque seu lugar deve ser ocupado pelas considerações lógicas acerca das relações de dedutibilidade.²¹²

As teorias “absolutas” ou “objetivas” da verdade permitem dizer que há uma “busca pela verdade”, mas é impossível saber quando ela é encontrada, pois não há critério para reconhecê-la. Mesmo assim, aquela orientação pela ideia de verdade como princípio regulador persiste.²¹³

Embora não existam “critérios gerais” para reconhecer a verdade, há requisitos para definir o progresso feito na sua aproximação. Desse modo, Popper formula um raciocínio “indutivo”, em oposição ao “dedutivismo” das demais teorias. Refere-se a uma tendência de avanço em direção às teorias “universais”, em progressiva elevação.²¹⁴

Não seria necessário afirmar que previsão p é verdadeira contanto que sejam verdadeiros a teoria t e o enunciado básico b . Basta afirmar que o enunciado p decorre da conjunção de t e de b . No mesmo diapasão, não seria necessário afirmar que uma teoria é ou não falsa, bastando afirmar que foi contraditada por um conjunto de enunciados básicos que já foram aceitos.²¹⁵

Uma teoria que mereceu corroboração só pode ceder diante de uma teoria de mais alto grau de universalidade, passível de submeter-se a melhores testes, que abranja a teoria anterior ou, ao menos, que lhe aproxime. Teorias com algum nível de universalidade são propostas e dedutivamente submetidas a teste. Em seguida, são propostas teorias de nível mais alto de universalidade, submetidas, por sua vez, a novos testes, com auxílio das que tem o nível anterior de universalidade, e assim por diante.²¹⁶

Ora, o mesmo deve valer para a teoria do processo penal e para a verdade processual em si. De conformidade com os estudos a seguir, por exemplo, delineia-se a impossibilidade de uma verdade processual “real”, bem como a possibilidade de uma verdade aproximativa, caracterizada pela dialeticidade.

Apesar de se tentar examinar o mundo por entre as “redes”, a “malha” sempre deixar fugir algum “peixe miúdo”, de modo que haverá, sempre, uma “folga” suficiente para o

²¹² Ibidem, p. 32-57.

²¹³ Ibidem, p. 58-121.

²¹⁴ Ibidem, p. 121-179.

²¹⁵ Ibidem, p. 180-201.

²¹⁶ Ibidem, p. 202-303.

indeterminismo. O aumento do conhecimento consiste em seu próprio aperfeiçoamento, que se modifica rumo a uma aproximação à verdade. A certeza não é uma meta razoável.²¹⁷

Assim, o conhecimento é “progressivo”. Teoria alguma é eterna, assim como a verdade perene é impossível. Confirma-se, nesse sentido, que a busca pela verdade deve ser incansável, assim como é o desejo por ela.

A ciência tem, portanto, um caráter empírico e racional, em decorrência de sua característica essencial, que é o progresso contínuo. A ciência progride, não pela adição de novas experiências ao conhecimento existente, mas, sim, pela substituição das teorias anteriores por outras teorias, melhores ou mais satisfatórias.²¹⁸

Popper afirma, então, o *potencial de falseabilidade*, que é um critério de demarcação científica, voltado a balizar a definição de um critério de progresso, chamado de *adequação relativa potencial*. Compreende-se, aqui, a possibilidade de uma escolha racional entre teorias concorrentes.²¹⁹

Para que uma teoria supere a antecedente, deve ter um conteúdo empírico mais consistente, ou seja, maior capacidade explicativa e poder de revisão. O conceito de verdade, assim, é dispensado, pois é possível argumentar que o progresso científico é satisfatório sem se fazer referência à veracidade das teorias.²²⁰

A partir de Tarski, as ideias de Popper sobre o progresso científico ganharam maior clareza e amplitude, pois, superando suas dificuldades iniciais para falar sobre a verdade, passa a declarar que a ciência *busca* a verdade, sendo, porém, impossível saber quando é alcançada. A verdade é, então, um *princípio regulador*.²²¹

A *ideia* de verdade possibilita apurar os erros, de forma sensata. Nesse contexto é que Popper, de forma a definir que uma teoria seria melhor que outra, utiliza o conceito de *verossimilhança* ou *aproximação da verdade*, que pressupõe as noções de conteúdo de verdade e de falsidade.²²²

Sustenta que as consequências lógicas de uma teoria podem ser divididas entre “verdadeiras” e “falsas”. Entre duas teorias rivais é possível conjecturar que uma possui maior verossimilhança, se acarreta todas as consequências verdadeiras da outra e mais algumas, e se

²¹⁷ POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo**. Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 1975, p. 63-122.

²¹⁸ POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 241-243.

²¹⁹ Ibidem, p. 243-244.

²²⁰ Ibidem, p. 244-246.

²²¹ Ibidem, p. 246-249.

²²² Ibidem, p. 250-251.

não tiver mais consequências falsas do que aquela, ou seja: uma teoria se aproxima da verdade se mais enunciados verdadeiros e menos enunciados falsos decorrerem dela.

Essa tese da aproximação da verdade foi criticada em suas bases internas, na medida em que e conduz à questão de saber se podemos falar em uma melhor correspondência, ou se haveria graus de verdade. Assim, a verdade a partir de Tarski se situa em um espaço métrico ou topológico.²²³

A respeito de duas teorias, uma pode se aproximar mais da verdade do que outra. A verdade, então, só pode ser aproximativa: é possível, somente, uma aproximação melhor ou pior à verdade. A possibilidade do progresso científico não prescinde da noção de verdade. A ideia de verdade, assim, projeta luz sobre a ideia do progresso científico.²²⁴

Desse modo, a própria ideia de verdade é, no fundo, dialética, porque pressupõe as afirmações e as refutações, entre uma teoria e outra, contudo, visando à *verossimilhança*, na eterna e inquieta busca pela verdade.

Aproxima-se da verdade, contudo, pelo *esforço de aproximação*. O verdadeiro iluminista não pretende persuadir ou convencer, pois está ciente de que pode enganar-se. Deve respeitar a autonomia intelectual do outro, de modo a não buscar convencê-lo sobre questões importantes. Prefere-se suscitar protestos, suas críticas. Não se deve querer persuadir, mas, sim, despertar para a livre formação de opiniões.²²⁵

A perspectiva dialética se confirma, de modo que uma descoberta deve ser submetida à discussão respeitosa, ausente a hierarquia, presente, porém, a liberdade opinativa, pois não se pode considerar teoria alguma como definitiva ou verdade, de modo que todas as leis ou teorias devem ser encaradas como hipotéticas ou conjecturais.

A ideia de verdade desempenha uma função de *meta ideal* a ser atingida. Todo o esforço, porém, deve se concentrar na busca por uma aproximação cada vez maior da meta ideal que é a verdade. Essa aproximação sugere a ideia de que haveria vários níveis ou “degraus” no caminho da busca de uma teoria verdadeira.²²⁶

A *aproximação cada vez maior da verdade* contempla a ideia de que as teorias científicas estão sujeitas à refutação. Não são encaradas como definitivas e podem ser falseadas e superadas por teses melhores. Assim, se *p* é deduzível de *t* e se *p* é falsa, então, *t* também é falso. Nessa inferência, falseia-se todo o sistema necessário para deduzir o enunciado *p*.²²⁷

²²³ Ibidem, p. 252-253.

²²⁴ Ibidem, p. 254-255.

²²⁵ POPPER, Karl. **Em busca de um mundo melhor**. Lisboa: Fragmentos, 2006, p. 187.

²²⁶ POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 74-89.

²²⁷ Ibidem, p. 90-93.

As teorias científicas devem ser avaliadas de acordo com a possibilidade de serem falseadas, quanto à capacidade de gerarem previsões singulares, que possam ser observadas e testadas. Caso se mostrem contrárias às previsões, falseiam, também, a teoria da qual foram deduzidas.²²⁸

A decisão positiva só pode proporcionar um alicerce temporário à teoria. Subsequentes decisões negativas poderão constituir-se em motivo para rejeitá-la. Não se pode supor que, por força de conclusões “verificadas”, seja possível ter por “verdadeiras” ou “prováveis” quaisquer teorias.²²⁹

A doutrina segundo a qual as ciências empíricas são redutíveis a percepções sensoriais pode ser rejeitada ou acolhida, a depender de se aceitar ou não a utilização de uma lógica indutiva. Nem mesmo as observações particulares tem caráter conclusivo, já que é impossível emitir um enunciado científico sem ultrapassar aquilo que pode ser conhecido de maneira incontestável, de acordo com a experiência imediata.²³⁰

Toda prova de uma teoria deve deter-se em algum enunciado básico que se decide aceitar. Se não se chega a qualquer decisão e não se aceita um enunciado básico, a prova terá conduzido a nada. Assim, se a prova puder levar a alguma conclusão, é necessário interromper o processo em um ponto ou outro e afirmar uma satisfação momentânea.²³¹

Nesse ponto, admite-se não a desistência da busca pela verdade, mas, sim, a possibilidade de “satisfação” acerca da investigação, mesmo que momentânea.

Confirma-se, assim, que a ciência é um empreendimento baseado em conjecturas e refutações. Seu aspecto racional está na submissão até as mais bem corroboradas hipóteses ao exame crítico. A “verdade reguladora”, nesse diapasão, compatibiliza os ideais metodológicos e realistas.²³²

Respeita à existência de uma verdade objetiva que, embora não se possa saber se foi ou não alcançada, serve de referência para medir o avanço em sua direção. O interesse pelas conjecturas ousadas deve-se à convicção metodológica de que só a partir delas se pode descobrir a verdade interessante e relevante.²³³

A ciência, como busca da verdade permite afirmar que, apesar da falibilidade humana, é possível aprender com os erros. A ideia de verdade permite falar, sensatamente, acerca dos

²²⁸ Ibidem, p. 94-97.

²²⁹ Ibidem, p. 98-105.

²³⁰ Ibidem, p. 106-107.

²³¹ Ibidem, p. 108-111.

²³² POPPER, Karl. Op. Cit., 2008, p. 47-100.

²³³ Ibidem, p. 101-183.

erros e da crítica, propiciando a discussão racional, visando descobrir os erros, de modo a eliminá-los ao máximo e que se possa aproximar da verdade. Assim, a própria ideia de “falibilidade” implica uma verdade objetiva, um padrão que é possível que não se atinja, o que confirma a ideia de que a verdade é reguladora.²³⁴

Destaque-se, assim, que a ideia de verdade aproximativa em Popper pressupõe a dialeticidade, já que não se baseia no objetivismo total, na ilusão da verdade absoluta. Desse modo, a aproximação à verdade ocorre de maneira dialética. Com essas conclusões, faz-se possível avaliar, por comparação, o “estado da arte” da questão, a partir dos trabalhos dos jus-processualistas, análise à qual se procederá no capítulo a seguir.

²³⁴ Ibidem, p. 184-255.

CAPÍTULO II – AS (IM)POSSIBILIDADES DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

A busca da verdade intriga os estudiosos desde a antiguidade. Apesar de ainda ser um conceito inalcançado, a filosofia desincumbiu-se de maneira mais efetiva dessa missão, de modo que suas conclusões são aproveitáveis nos mais diversos ramos do saber. Não se chegou, porém, a um consenso ou mesmo a uma definição, de modo que as teorias se diversificaram, alcançando, até mesmo, o ceticismo acerca da possibilidade de definições concretas.

Assim, não existe um critério único e seguro sobre o que, de fato, é a verdade. No direito processual há, porém, uma *expectativa jurídica* de que, para a correta aplicação do direito material ao caso concreto, é necessário elucidar a “verdade dos fatos” trazidos à análise pelo Estado-juiz, que deve demonstrá-la na sentença, ao fim de uma instrução probatória.

O processo espera uma *reprodução fática*, relacionada às narrativas fornecidas pelas partes, de modo que seja possível alcançar, com a maior precisão possível, a verdade. Essa expectativa resta ainda mais evidente no processo penal, pois, nesse âmbito, a discussão ameaça bens jurídicos dos mais preciosos: o patrimônio, a sua liberdade e a dignidade do indivíduo, de modo que o fato imputado a alguém deve ser apurado da forma mais cuidadosa possível.

É por isso que o processo, além de outras funções, destinar-se-ia a encontrar a verdade, possibilitando, assim, a justa e correta aplicação da lei, por meio da instrução probatória, voltada à reconstituição dos fatos narrados. Em decorrência dessas pretensões, é recomendável estudar, de maneira aprofundada, os principais aspectos da busca da verdade no processo, ao menos no que concerne ao “estado da arte” das discussões relacionadas, de modo que se possa entender os conceitos e os objetivos primordiais que lhe são essenciais.

Nesse sentido, o objetivo do presente capítulo é analisar, primordialmente, o aspecto cognitivo do processo, na tentativa de demonstrar, nos tópicos subsequentes, os formatos que seguem a busca da verdade no processo, na atualidade. O capítulo resta dividido em nove partes. Na primeira, serão trabalhados os conceitos iniciais acerca da verdade processual.

A seguir, será estudado o conceito de verdade “dos fatos” e sua semelhança com o estudo da história. Na sequência, passa-se ao estudo da verdade como pressuposto para o atingimento da justiça processual. Na sequência, passa-se a tratar da (im)possibilidade de uma “teoria geral do processo”, principal responsável pela “separação” entre os conceitos de verdade “formal” e “real” para, em seguida, serem estudados as diferenças entre as “verdades processuais” civil e penal.

Após, trata-se do chamado “princípio da verdade real”, inicialmente, estudando-se a chamada “teoria dos princípios”, o princípio como norma jurídica, a (im)possibilidade de enquadramento da verdade “real” como princípio jurídico, bem como outras refutações ao referido conceito.

Em seguida, estuda-se as relações entre a verdade e o livre convencimento do juiz. Após trabalha-se um conceito de verdade aproximativa e suas relações com o conceito de “certeza” para, finalmente, trabalhar-se as relações dialéticas entre o livre convencimento e o contraditório.

Justifica-se o presente estudo, tendo em conta que se volta a possibilitar uma compreensão da verdade no processo para, oportunamente, indagar-se se a “verdade” a se consubstanciar na sentença, de fato, corresponde àquela idealizada pela filosofia.

2.1 Conceitos iniciais

De começo, e em uma conceituação objetiva, tem-se que o *processo* é uma consecução de atos, ordenados em uma sequência legalmente adequada, denominada *procedimento*, que se desenvolve em um determinado curso temporal e que visa, ao final, a prolação de uma decisão que tem por escopo encerrar um litígio posto ao crivo do Poder Judiciário, que é o ente público sobre o qual pesa o ônus constitucional de solucioná-lo.

Acerca da diferença entre processo e procedimento, em 1868, Oskar von Bülow, publicou, na Alemanha uma obra intitulada, *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, que trata a relação jurídica processual ocorrente entre as partes e o juiz.²³⁵

Sob o prisma substancial, portanto, o processo é uma *relação jurídica*, composta por um procedimento previamente estabelecido pela lei processual, que se destina, por meio de sua ordenação lógica, a uma decisão.

Os atos de um processo são ligados entre si como elementos de um todo. Essa interligação resulta da identidade de seu escopo formal, que é a sentença. Para atingi-lo, cada

²³⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 161-163.

ato traz uma contribuição, embora os sujeitos que realizam os atos possam ter interesses diferentes e contraditórios.²³⁶

Essas diferentes posições jurídicas subjetivas são agrupadas em “feixe” na relação processual, representando a *tessitura jurídica interna do processo*. Essa relação é uma unidade que, paralelamente ao procedimento correspondente, perdura e progride no decorrer do processo. Essa relação permite distinguir o processo da relação litigiosa que é o seu objeto: “ele é o *iudicium*, que não deve realmente ser confundido com a *res in iudicium deducta*”.²³⁷

Em uma percepção mais pragmática, o principal desiderato do processo é apaziguar os ânimos e eliminar as desavenças dos litigantes, mediante uma imposição estatal voltada a encerrar os litígios judiciais, culminando na pretendida “pacificação social”, aspiração máxima de qualquer sociedade. Por meio do processo, busca-se resguardar e concretizar algumas aspirações constitucionais, como o direito de ação e acesso à justiça.

Espera-se, também, que do processo resulte, na sentença, uma correspondência à verdade. No processo, desenvolve-se uma atividade cognitiva, pois há um juiz que não conhece os fatos, mas que precisa conhecê-los para decidir, de modo a solucionar o litígio, com escopo pacificador, a partir das narrativas carreadas pelas partes até a prolação da decisão final, que visa garantir sua imutabilidade, após o encerramento da instrução.

Nesse sentido, a verdade é *construída*, no campo argumentativo, por meio das narrativas fáticas e jurídicas e dos contra-argumentos, também fáticos e de aplicação e interpretação do Direito. No campo instrutório, a verdade deve se revelar por meio das provas, corporificando a narrativa fática.

Ocorre que nem mesmo as “verdades científicas” são extraíveis de critérios absolutos, tendo em vista que estão impregnadas de contextualismo, determinado pela época histórica em que surgiram, de modo que a verdade, também no contexto do Direito Processual, oscila no tempo.²³⁸

Assim, se nem mesmo em relação às ciências se pode falar em um alcance final para o conceito de verdade, que se dirá na seara processual. Seria, contudo, possível alcançá-la, ao menos abstratamente, e de forma “acidental”.

Neste sentido, Ferrajoli reafirma a dificuldade de formular um critério preciso da verdade nas teses judiciais, já que essa formulação é dependente do fato de que a verdade

²³⁶ LIEBMAN, Erico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 32.

²³⁷ Ibidem, p. 40-41.

²³⁸ BARROS, Marcos Antônio de. Op. Cit., p. 43.

“objetiva ou absoluta” representa uma meta, um objetivo inalcançável. Isso porque a convicção de que se pode asseverar uma verdade absoluta é uma *ingenuidade epistemológica*, que as doutrinas dogmáticas do juízo, com a aplicação mecânica da lei, compartilham com um *realismo gnosiológico vulgar*.²³⁹

Assim, também no Direito Processual, a ideia abstrata de verdade pode ser arquitetada somente como um *ideal regulador*, um ponto de referência teórico, que deve orientar a obtenção do conhecer no mundo do processo. Confirma-se, novamente, que a busca pela verdade é um ideal inalcançável, porém, uma ambição humana inexorável.

Taruffo, referindo-se à dicotomia entre verdade absoluta e relativa afirma que a primeira pertence ao domínio da religião e da metafísica. Essa verdade é inalcançável às demais ciências, cuja verdade somente poderia ser relativa, inclusive, no que concerne ao processo judicial. Assim, a concepção de verdade absoluta pode até ser uma hipótese, mesmo que abstrata, em um contexto filosófico amplo.²⁴⁰

Ocorre que, em outros domínios do conhecimento humano, inclusive no direito, é difícil amparar a ideia de situá-la. Ao menos de antemão, demonstra-se a dificuldade de vislumbrar uma estreita relação entre o processo e a busca pela verdade. Até porque a noção básica de “litígio” tem como premissas os fatos que o embasam.

No processo penal, os fatos sob análise serão aqueles potencialmente tipificados como crime, supostamente praticados pelo agente, de modo que a sentença deve fazer incidir sobre ele a sanção penal, na hipótese de comprovação da subsunção de sua conduta aos dispositivos penais, bem como aos substratos do crime.

Assim, comprovada a transgressão do preceito normativo imputado ao agente, caberá o exercício vinculado do *jus puniendi*. O conflito se instala entre a imputação fático-jurídica à qual procede a parte acusadora, ante a resistência argumentativa da parte acusada. Considerando-se, então, a existência de duas pretensões contrapostas, surge o engendramento processual, que buscará a apuração dos fatos, visando à justa e correta aplicação da lei, pela punição culpado ou pela manutenção do *status libertatis* do inocente.

A atividade processual probatória, nesse sentido, é o meio legalmente idôneo para alcançar esse objetivo. Por isso é que a instrução probatória a ser desenvolvida precisa aproximar-se da “verdade dos fatos” da maneira mais fiel possível ao que efetivamente ocorreu,

²³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 173.

²⁴⁰ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16-25.

de modo que a reconstituição da realidade no processo deverá pautar-se pelo respeito e pela observância ao devido processo legal e aos seus consectários.

A prova é indispensável ao processo, na medida em que pretende reconstruir fatos pretéritos que não podem ser diretamente conhecidos pelo julgador que, no entanto, deverá, ao final, encontrar uma solução para o conflito judicial. A verdade no processo será situada e confirmada na sentença, na qual o julgador proferirá um discurso de “verdade”, ao fim da instrução probatória. Sinteticamente, essa é a lógica processual quanto à busca da verdade.

2.2. Verdade histórica ou “dos fatos”

A liberdade deve ser tratada como um bem supremo, que merece ser preservada, bem como sua restrição deve ser a última opção, que somente pode ocorrer por meio da aplicação da pena, que deve ter fundamento e objetivo.

A liberdade é garantida, no aspecto penal, pelo processo, que é um instrumento estatal que deve assegurar ao acusado seus direitos elementares. Nesse contexto, a prova é um pressuposto para a condenação, pois o principal objetivo de um procedimento de prova é a averiguação da causa. Assim, a causa, excepcionadas as excludentes, é que determinam a perda da liberdade. Desse modo, sem prova não há se pode falar em restrição de direitos.²⁴¹

A reconstrução da verdade fática ocorre por meio de sua narração ao juiz, que passa a deles conhecer, por meio dos discursos acerca da situação pretérita e de seus fundamentos relacionados ao direito posto.

Esse *silogismo estrutural* tende, nesse sentido, à condenação, à absolvição, ou a qualquer outra das várias possibilidades e desdobramentos, como a prescrição da pretensão punitiva, a extinção do processo por ausência das condições da ação ou de procedibilidade, dentre vários outros.

Destaca-se, aqui, que, ao menos aparentemente, a verdade processual surgiria a partir de uma construção “argumentativa”, entre as alegações de fato e de direito colacionadas pelas partes, a serem apreciadas pelo julgador.

A doutrina entende, porém, que, no processo, prevalece uma “verdade histórica”, que se procura obter com o propósito de afirmar a realidade de certos acontecimentos, ou “fatos realizados no tempo e no espaço”. Assim, no processo, descobrir a verdade equivale a oferecer

²⁴¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit., p. 247.

conhecimentos voltados a convencer o julgador da existência ou da inexistência de determinado fato, de modo a construir uma relação de identidade, adequação ou acordo entre o pensamento e as coisas que constituem o seu objeto.²⁴²

Desse modo, a verdade é um elemento fundamental, que o Direito persegue e visa atingir. Ocorre que, nem sempre esse intento será alcançado. Até porque, os fatos passados não podem ser diretamente experimentados pelo julgador, de maneira que devem ser verificados a partir de suas consequências materiais, fáticas e jurídicas.

No processo penal comum, a narrativa inicial é feita na peça acusatória exordial, geralmente objetivando a condenação do réu, afirmando sua incursão na prática de um ilícito previamente tipificado.

Referida peça deverá preencher as condições da ação penal, e deverá carrear elementos mínimos de provas de materialidade e de autoria, demonstrando que a causa defendida é justa, de acordo com o Art. 395, III, do Código de Processo Penal, o que se faz por meio da narração dos fatos que, supostamente, adequam-se a uma figura penal.

O *fato* que a peça acusatória deve narrar é um *acontecimento histórico*, adequado ou não a um fundamento jurídico. Assim, essa *verdade histórica* deve ser *recognoscível*, por intermédio de um procedimento, qual seja, a *prova* processual. Desse modo, a prova é um conjunto de elementos ou um *meio* que constrói a convicção do juiz sobre um caso concreto, porém, não de maneira isolada.²⁴³

O julgador, que formará sua convicção por meio da “livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”²⁴⁴ não pode excluir a ideia de que os fatos possam ter ocorrido de forma diversa daquela narrada na peça acusatória.

Além da discussão acerca dos fatos, há a possibilidade de argumentação jurídica, para além dos fatos, de forma que é possível que uma narrativa processual dissocie, hermeticamente, direito e fato e, até mesmo, direito processual e direito material. Não são, porém, dimensões hermeticamente separadas.

Até porque, todas as normas encerradas na lei representam uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos que, em regra, podem multiplicar-se, indefinidamente. Assim, quando se verifica um fato ou um grupo de fatos previstos pela

²⁴² BARROS, Marcos Antônio de. Op. Cit., p. 25-29.

²⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. Cit., p. 80.

²⁴⁴ Artigo 155 do Código de Processo Penal. (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941, n.p.)

norma, concretiza-se a vontade da lei: da vontade geral e abstrata nasce a vontade particular que tende a atuar no caso determinado.²⁴⁵

Aqui surge a jurisdição, cujo escopo final é a atuação de maneira conforme ao Direito. Apenas os enunciados de fato, contudo, poderão ser objetos de prova. A instrução probatória deve servir para demonstrar os fatos em causa. Até porque, *jura novit curia*, ao juiz é defeso desconhecer o direito. As partes, por sua vez, devem *demonstrar os fatos*.

O processo penal é uma *recepção natural dos fatos históricos*, o que torna necessária a digestão dessas informações, de modo que surja uma demonstração próxima à realidade. Assim, o processo volta-se, na questão probatória, a *reconstruir um fato histórico*, por intermédio da prova, porém, “sob o crivo inafastável do contraditório”.²⁴⁶

Desse modo, é necessário que o réu se contraponha à pretensão condenatória, por meio da demonstração de perspectivas diversas acerca dos fatos narrados pela acusação, interpretando-os a partir de outras premissas, participando ativa e eficazmente do convencimento do julgador acerca de sua inocência.

Pode também trazer novos fatos que levariam a uma absolvição, diminuição de pena, atenuação da reprimenda, situação que serão melhor trabalhadas, quando se discorrer sobre o ônus da prova. Demonstra-se, pois, o viés “dialético” que deve permear a edificação (ou o desvelamento) da verdade no processo.

As partes, por intermédio dos seus argumentos e dos procedimentos probatórios codificados, reconstroem, em conjunto, a realidade que se apresenta ao juiz por intermédio do processo. Justifica-se, portanto, a atual preocupação corrente entre os processualistas, de saber se o fato reconstruído no processo equivale àquele ocorrido no mundo físico.

A ideia de fato que se obtém no processo deve guardar consonância com a realidade ocorrida no passado. Diversos ramos do conhecimento sabem que a reconstrução de um fato ocorrido no passado é influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram ou, ainda, do juiz, que deve valorar a evidência concreta.²⁴⁷

Isso porque o julgador não esteve presente no momento da ocorrência dos fatos narrados. Assim, alguns fatores de “contaminação” da realidade são inerentes ao processo, a

²⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 18.

²⁴⁶ SAMPAIO, Denis. Op. Cit., p. 160.

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 30-38.

exemplo da subjetividade das testemunhas e do próprio juiz, distorcendo-se, duplamente, os fatos.²⁴⁸

Nesse mesmo sentido, filosofia e a teoria do Direito distinguem entre os conceitos de *narratives* e *storytelling*. As narrativas são as “histórias”, contadas em juízo. O fato passado não pode se encontrar no campo da ficção. A narrativa, portanto, deve ser crível, coerente e comprovável pela parte acusadora.

A história contada no processo é uma construção interpretativa de eventos, obtidos a partir de informações esparsas e fragmentárias. Quando combinadas, porém, formam um *complexo de fatos*, que foram deduzidos e que são coerentes e possíveis no mundo real. Devem ser consideradas pelo juízo, porém, apresentam riscos de imprecisão e de manipulação da reconstrução dos fatos.²⁴⁹

Comprova-se, novamente, a natureza argumentativo-dialética do processo no que concerne à busca pela verdade. A narrativa processual é um engendramento de fatos e situações complexas, que levaram àquele a quem se pretende convencer de que a história é crível, a uma conclusão.

A narrativa processual surge, assim, de um procedimento dialético, travado entre os sujeitos processuais, acerca de pontos de vistas e perspectivas que, por sua própria natureza, não são estremes de erros ou dúvidas, de modo que podem levar, sim, a equívocos, ou seja, a *inverdades*.

Taruffo, buscou definir a o que se deve entender por *fato processual*, afirmando, nesse sentido, que não é necessário mergulhar num “espiral de questões filosóficas e epistemológicas”, até porque os fatos relevantes para a administração da justiça são *tranches de vie*, ou seja, acontecimentos ou conjuntos de acontecimentos que respeitam à vida das pessoas”.²⁵⁰

Assim, tais fatos, em regra, determinam-se num nível *macro*, ou seja, mesmo se envolverem microfísica ou genética, *v.g.*, sua finalidade ainda é provar um *fato da vida* que, normalmente, é definido de um ponto de vista específico, referindo-se às situações jurídicas dos sujeitos interessados.²⁵¹

²⁴⁸ Ibidem, p. 39-45.

²⁴⁹ TWINING, Willian. **Rethinking evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: London. 2006, p. 67.

²⁵⁰ TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, n. 13, p. 111-153, jan.-abr., 2011, p. 127.

²⁵¹ Ibidem, p. 127-128.

Essas situações, geralmente, referem-se a um *enunciado de fato*, ou seja, a um evento que é descrito como tendo acontecido “assim e assim”. Já que descreve algo que se afirma ter ocorrido na realidade, é um enunciado *apofântico*, ou seja, pode tanto ser verdadeiro quanto falso.²⁵²

Diante disso, não é, ao menos até o momento, adequado falar-se em verdade “real” na reconstituição dos fatos. Somente é possível falar em “reconstrução”, pois se trata de fato ocorrido no passado, que deverá ser trazido aos autos, pelos sujeitos processuais, por narrativas e provas.

Taruffo refuta os meios arcaicos de obtenção da verdade com base nos instrumentos probatórios de outrora. O contexto do processo pode ser bem concebido como um espaço privilegiado para a *exigência da verdade*, a *devoção à verdade* e o *desejo da verdade*, que são “traços essenciais do pensamento e da cultura modernos”.²⁵³

Desse modo, a verdade *não cairá do céu*, nem pode ser obtida por adivinhação, um lance de sorte ou “interpretando folhas de chá”, por meio do *duelo judicial* ou mediante qualquer outra forma irracional e incontrolável, a exemplo dos juízos de Deus ou outro tipo de *ordálio medieval*.²⁵⁴

Deve basear-se, sim, nos meios de prova “apropriadamente oferecidos, admitidos e produzidos”. Até porque, em matéria processual, as presunções acerca da verdade de um fato são, na verdade, presunções sobre um enunciado desse fato. Assim, o que se narra, prova ou demonstra é apenas a veracidade ou a falsidade dos enunciados sobre os fatos em litígio.²⁵⁵

Nesse diapasão, tendo em vista que as *proposições de fatos* podem ser tanto verdadeiras quanto falsas, demonstram ser o objeto apropriado para a prova judicial, que é o instrumento legalmente determinado para que se possa estabelecer a verdade dos fatos colacionados em um litígio.²⁵⁶

Já que *o crime é história*, depende da memória de quem o narra. O narrador tende a preencher os espaços deixados na memória com experiências verdadeiras, porém, decorrentes de outros acontecimentos. Isso porque a imaginação não constrói as imagens, mas as deforma, por meio de “cópias pragmáticas fornecidas pela percepção”.²⁵⁷

²⁵² Ibidem, p. 128.

²⁵³ TARUFFO, Michele. Op. Cit., 2014, p. 15-16.

²⁵⁴ Ibidem, p. 16-17.

²⁵⁵ Ibidem, p. 18-20.

²⁵⁶ Ibidem, p. 18-20.

²⁵⁷ Ibidem, p. 21-22.

Assim, a *boa testemunha* nada mais é do que uma ilusão. A própria ideia de *verdade judicial* é vaga, confusa e duvidosa. Vagueza e dúvida são inerentes ao conceito. Há quem sustente que a “verdade judicial” deve se distinguir das verdades “ordinárias” ou “normais”, que podem ser buscadas e alcançadas fora do contexto judicial.²⁵⁸

No processo judicial, todavia, a verdade a ser alcançada pode ser definida como *formal* ou *convencional*, de modo que é concebida, portanto, como uma verdade bastante “diferente” da verdade extrajudicial, tendo em vista que os processos se encontram em “contexto especial”.²⁵⁹

Até porque as partes e o juiz não podem se valer de qualquer meio para a busca da verdade, pois devem se submeter a várias regras relativas à admissibilidade e à produção da prova, assim como devem abandonar a busca pela verdade se a necessidade de se alcançar a solução final se sobrepuser à necessidade de coletar provas adicionais.²⁶⁰

A *construção fática da história* atrela-se à argumentação e à interpretação jurídicas, que, ao complementarem a narração, tornam as proposições adequadas ou não às questões suscitadas no processo. São, portanto, indispensáveis. Apesar disso, narrativas processuais ainda podem se distanciar da realidade dos fatos, pois não basta que estejam fundadas em coerência textual.

Assim, as narrativas, mesmo coerentes e persuasivas, ainda podem ser inteiramente falsas. Uma testemunha, mesmo que narre coerentemente, pode fazê-lo falsamente e, ainda, embasar uma sentença coesa. Ocorre que essa narrativa não corresponde aos fatos, o que demonstra uma distinção fundamental entre verdade e coerência.

As narrativas podem ser persuasivas, porém, não verdadeiras. Daí a necessidade de aprofundamento na conceituação da verdade processual: a prestação jurisdicional justa perpassa a busca pela verdade, pois a reconstituição histórica dos fatos é indispensável para o cumprimento do dever estatal de jurisdição.

Ocorre que, para que a hipótese prevista na norma seja devidamente aplicada, é imprescindível a correta e adequada reconstrução dos fatos com a estrita e necessária observância das garantias individuais do acusado. A reprodução dos fatos, por intermédio das provas, contudo, pode demonstrar sua inadequação, justamente pelas subjetividades que contaminam sua produção no curso do processo.

Já que o fato só existe na memória, nunca poderá ser rematerializado como ocorreu. O tempo é um fator irreversível em relação ao seu decaimento, já que a realidade ora ocorrida não

²⁵⁸ Ibidem, p. 22-23.

²⁵⁹ Ibidem, p. 22-23.

²⁶⁰ Ibidem, p. 23.

poderá sê-lo novamente. Destaque-se o exemplo do policial, que presencia, hodiernamente, várias situações hediondas, e que testemunha um crime em uma situação de flagrância e que, meses depois, é requisitado a depor sobre a referida situação.

Esse agente, porém, foi treinado exaustivamente para ser capaz de *preencher as lacunas fáticas*, de modo a poder determinar o encadeamento causal de um ilícito penal durante a investigação. Imagine-se o que poderia surgir em sua mente, a partir de seu subconsciente, no momento de narrar a situação que presenciou. A possibilidade de seu depoimento restar, inconscientemente, corrompido, é, evidentemente, gigantesca.

Ferrajoli ressalta que o fato de as verdades processuais não serem diretamente acessíveis pela experiência empírica do julgador faz com que somente se possa contar com uma *verdade histórica*. A verdade processual fática é relativa a proposições relacionadas a fatos passados, inacessíveis pela experiência, enquanto a verdade processual jurídica é *classificatória*.²⁶¹

Nesse sentido, refere-se à classificação ou qualificação de fatos históricos comprovados de acordo com as categorias subministradas pelo léxico jurídico e elaboradas por meio da interpretação da linguagem legal. São espécies de teses empíricas, porém, compartilham com as teses científicas a “não suscetibilidade a uma verificação experimental direta”.²⁶²

Note-se, portanto, que a verdade revelada pelo processo, tanto fática quanto jurídica, por não ser empiricamente comprovável, será contingente. Então, faz-se necessário questionar a legitimidade das decisões judiciais, já que não se podem fundar, de maneira absoluta, na realidade.

Diante desse raciocínio, seriam ilegítimas todas as decisões que não declarassem, expressamente, a total coincidência com a realidade pretérita. Isso porque a impossibilidade da reconstrução indutiva dos fatos resulta na dificuldade de reconstituí-la de forma fidedigna, o que produz dúvidas e incertezas, contrariando a aspiração processual de buscar a verdade.

Ocorre que, sempre, acerca do conhecimento de um fato, o espírito humano pode se encontrar em estado de ignorância, dúvida ou certeza.²⁶³

É possível, então, que as sentenças atestem o erro, a mentira ou a dúvida, deflagrando a falha do sistema processual e, conseqüentemente, do ideal de justiça. Confirma-se, assim, que o resultado da reconstrução processual dos fatos dificilmente refletirá, de maneira

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 54.

²⁶² Idem.

²⁶³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Bookseller, 1996, p. 19.

absolutamente fidedigna, a realidade fática, estreme de qualquer possibilidade de que os fatos possam ter-se dado de outra maneira.

Não obstante a dificuldade (ou a improbabilidade) do resultado perfeito da reconstrução da realidade, sua busca deve ser um compromisso irrenunciável da atividade estatal. A verdade processual não pode ser mero instrumento de justificação, como quer o neopragmatismo. Assim, já que a obtenção da verdade é impossível pela via processual, retorna-se ao inescapável desejo humano de *busca da verdade* que, agora, deve ser tida como a finalidade precípua do processo judicial.

2.3. Verdade e justiça como finalidades do processo

Faz-se necessário estudar as relações estabelecidas entre a verdade e a justiça no contexto do processo, para que seja possível determinar o alcance da busca da exatidão na reconstrução dos fatos para justa resolução dos conflitos judiciais, de modo a gerar credibilidade e apaziguamento social.

Carnelutti afirma que processo é um *trabalho*, ou seja, a “união do *homo* com a *res*”, estando a coisa em torno do homem, determinando-se “que o *homo iudicans* trabalhe sobre o *homo iudicandus*”, de forma a se unir a ele. Somente por intermédio dessa união é que o homem conseguirá saber como as coisas acontecem e como deveriam ter ocorrido. O processo, assim, permitir descobrir, em uma palavra, a sua verdade.²⁶⁴

A busca pela verdade é próprio da inteligência humana, traduzindo-se em um *ideal norteador*, constantemente perquirido pelo ser humano. É, porém, em essência, inatingível. Se o objetivo do processo for apenas a pacificação de conflitos judiciais, mediante a aplicação do Direito, a despreocupação com a busca da verdade tornaria a própria ocorrência do fato algo dispensável.

Ocorre que a pacificação social deve ser apenas uma consequência da busca pela verdade do processo. Justiça e verdade complementam-se, pois uma não subsiste sem a outra. Assim, a verdade é o atributo de um juízo, não de uma prova. O juízo a “cria”, revelando o próprio horizonte da *verdade jurídica*, que é fundamentado pela justiça.²⁶⁵

²⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 124.

²⁶⁵ BARROS, Marcos Antônio de. Op. Cit., p. 24.

Aqui, a Justiça se refere à reparação do mal causado, infligindo-se o mal ao condenado. Assim, o juiz deve buscar restabelecer a justiça “reparadora”, de modo que os objetos [crime e pena] devem ter o mesmo valor “intercambiável”. O dano e a reparação devem estar em paridade. Ao juiz, por meio da pena, cabe restabelecer a igualdade, de forma que exista proporção entre o delito e o castigo, entre a transgressão e a reparação.²⁶⁶

Para que a justiça reparadora possa, todavia, ser realmente atingida, o juiz, ao proferir uma decisão terminativa, deve poder acreditar que tal decisão esteja pautada tanto na verdade jurídica quanto na verdade fática, a partir de uma reconstrução válida da realidade pretérita. Assim, o processo deve, ao menos, buscar ser um instrumento de certeza, de forma que a verdade e a justiça devam ser os objetivos, as finalidades do processo.

Até porque, instrumentalmente, o processo se destina a assegurar a correta aplicação do direito material, de modo a solucionar litígios e os conflitos sociais que os abastecem, estes postos sob o crivo do Judiciário, a quem a Constituição deu a missão de solucioná-los, a partir de normas previamente estabelecidas.

É por isso que o processo busca encontrar a verdade e fazer justiça, oferecendo uma solução “justa” ao caso concreto (*Einzelfallgerechtigkeit*), por meio da adequada concretização de previsões abstratas. Ocorre que o estabelecimento da verdade sobre os fatos é, ao lado da interpretação adequada das normas vigentes, um dos pressupostos para atingir a solução justa.²⁶⁷

Desse modo, a verdade está em uma relação “instrumental” no que concerne ao processo, finalidade “ótima” é a Justiça. Assim, o processo objetiva a verdade dos fatos, que é condição necessária à correta aplicação do direito: a constatação do que *realmente ocorreu* é pressuposta para *construir a premissa maior do silogismo jurídico de maneira adequada*.²⁶⁸

É necessário, então, que o juiz esteja convencido de que a verdade histórica foi revelada mediante a reconstrução idealmente precisa dos fatos da causa, para que possa aplicá-los, de maneira justa, em sua decisão. Pelo atingimento da verdade processual, surgiria uma solução para a controvérsia, não uma imposição estatal voltada a *forçar a resolução de um conflito*.

Desse modo, a busca pela verdade como objetivo do processo é condição indispensável para que o cidadão possa confiar na Administração da Justiça, certo de que a atividade jurisdicional considerará suas garantias fundamentais. Demonstra-se, aqui, os perigos que

²⁶⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998 p. 662-663.

²⁶⁷ LUNARDI, Soraya Gaspareto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial? **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 28, n. 55, p. 175-194, dez. 2007, p. 177-178.

²⁶⁸ Ibidem, p. 178.

envolvem a busca pela verdade processual: a atividade de coleta e de apreciação das provas é limitada pela Constituição, por preceitos inexpugnáveis, até mesmo para o juiz.

O atual Código de Processo Penal brasileiro foi elaborado em um período bélico mundial, de exaltação do fascismo, eliminação de minorias, banalização da tortura e de outras formas hediondas de obtenção de fatos. Há, inclusive, quem defenda que os dispositivos do Código de Processo Penal respeitantes ao autoritarismo, não foram recepcionados pela atual Constituição Federal, de pretensões democráticas e de preservação da dignidade humana.²⁶⁹

O Código, porém, continua a ser aplicado, praticamente, em sua inteireza. A tortura, de qualquer espécie, contudo, é repudiada veementemente pelo ordenamento nacional. Assim, apesar de a verdade dever ser obtida ao longo da persecução, os direitos fundamentais do acusado devem prevalecer.

Até porque o processo é um instrumento destinado a assegurar a concretização do Direito. O Processo Penal, todavia, deve objetivar a aplicação do Direito como um todo, especialmente das garantias constitucionais do acusado, não somente das penas cominadas em relação às práticas delituosas.

Nesse sentido, o processo penal deve ser, no limite, um conjunto de *garantias de liberdade*, de acordo com o que a Constituição Federal determina. Uma decisão, desse modo, não poderá ser considerada legítima caso as normas que regulam o caso não sejam devidamente aplicadas.

A norma deve ser aplicada adequadamente aos fatos, o que somente se faz possível a partir da determinação verdadeira de tais fatos. Apesar dessa afirmação, ainda há quem afirme que o objetivo único do processo é o de *resolver* litígios, de modo que a busca pela verdade não seria uma garantia, mas, sim, mero instrumento para a pacificação social. Essa teoria sustenta que o objetivo principal do processo é a resolver o conflito entre as partes.²⁷⁰

Ocorre que nenhuma decisão correta e justa pode basear-se em fatos erroneamente determinados, de modo que um procedimento no qual os Tribunais sequer tentem alcançar a verdade é, inevitavelmente, injusto, pois, na base do procedimento “jaz o objetivo de obter a verdade”.²⁷¹

Trata-se da teoria do processo como “resolução de conflitos”, que se origina na ideologia tradicional do processo civil e nas suas ideias básicas de liberdade individual e coletiva. Para

²⁶⁹ KHALED JÚNIOR, Salah. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340 - 355, jan.- fev. 2015, p. 350.

²⁷⁰ TARUFFO, Michele. Op. Cit., 2014, p. 20.

²⁷¹ Ibidem, p. 21-22.

essa teorização, seria desnecessário definir uma estrutura para procedimento judicial voltada à busca da verdade, por não haver expectativa em relação a seu estabelecimento.²⁷²

Mais do que isso, a verdade dos fatos seria útil, mas não uma meta do processo, constituindo apenas um “subproduto”, enquanto seu objetivo seria o de resolver o conflito, de modo que a forma mediante a qual o juiz encerra a controvérsia pouco importaria. Uma garantia das mais essenciais, porém, é a que determina que o processo deve ser *devido*, caracterizado pelo contraditório e pela possibilidade ampla de defesa.²⁷³

Já que a verdade “real” nada mais é do que uma utopia, é necessário assegurar, tanto ao acusado quanto ao acusador, que o julgador, ao menos, tentará fazer com que sua decisão se aproxime, idealmente, da realidade²⁷⁴. O direito processual penal se volta às garantias do acusado e à correta aplicação do direito penal, mais condicionado ao respeito a essas normas do que à pacificação social forçada. A verdade é, assim, uma finalidade inescapável.

A resolução forçosa dos conflitos, desligada da busca pela verdade, equivale ao arbítrio e, portanto, ao descumprimento das garantias processuais. A busca pela verdade processual, então, constitui-se em uma garantia fundamental, cuja inobservância, fatalmente, ocasionará a ilegitimidade de qualquer decisão.

A justa solução da lide somente pode se dar mediante busca efetiva da verdade na reconstrução dos fatos, o que se dá, no Direito processual penal, primordialmente, por intermédio das provas, de modo que é defeso ao juiz decidir pela condenação com base em argumentos incertos, superficiais ou deslocados de um amplo contexto probatório.

Assim, a decisão judicial, especialmente a condenatória, somente se pode legitimar após o exaurimento da busca pela verdade,²⁷⁵ para além das presunções, das ficções, bem como de qualquer dúvida razoável. Por isso é que a tentativa de *descoberta da verdade* sempre foi indispensável para ao próprio conceito de processo judicial.²⁷⁶

Trata-se de um dos seus principais objetivos, já que é por meio do processo que juiz descobre a verdade sobre os fatos, somente assim podendo aplicar, corretamente, a norma apropriada. É por isso que a decisão judicial não é capaz de revelar a verdade dos fatos, mas,

²⁷² Ibidem, p. 22.

²⁷³ Diante disso, a verdade é “[...] meio e fim do processo penal, quando ligado à necessidade impostergável de defesa social”. (SAMPAIO, Denis. Op. Cit., p. 81).

²⁷⁴ Nesse sentido, reconhece-se a verdade como um dos alicerces do processo, pois não se pode sequer cogitar emprestar-se legitimidade à mentira. (BARROS, Marcos Antônio de. Op. Cit., p. 30).

²⁷⁵ Assim, para Ferrajoli, “[...] se uma injustiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”. (FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 48).

²⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 31-33.

apenas impor, como verdade, alguns dados que a decisão toma por pressuposto, nomeando-os de verdade, mesmo que ciente de que não necessariamente se confundem com a verdade.²⁷⁷

Assim, para a solução justa dos conflitos, busca pela verdade é indispensável, por ser condição necessária à consecução da justiça, especialmente, no processo penal. Ocorre que são necessário esclarecimentos acerca de algumas diferenciações sistêmicas entre direito processual civil e direito processual penal.

2.4. Notas sobre a (im)possibilidade de uma teoria geral do processo

As diferenças estruturais, dogmáticas e epistemológicas entre direito processual civil e direito processual penal são evidentes. Ocorre que ambos procedimentos se desenvolvem pela mesma Administração da Justiça, ou seja, na mesma estrutura jurisdicional, por profissionais teoricamente habilitados a trabalhar, na prática, qualquer das esferas.

Especialmente em decorrência dessas similaridades, que são apenas superficiais, construiu-se a tese de que ambos poderiam ser classificados, simplesmente, como “direito processual”. A partir dessa tese, que engloba ambas disciplinas e diversas outras que se relacionam de uma forma ou de outra a procedimentos, surgiu a “Teoria Geral do Processo”.

Essa junção disciplinar, no entanto, é incapaz de esclarecer as várias diferenças existentes entre direito processual civil e direito processual penal. Isso porque a profundidade das características individuais de cada uma das disciplinas impede que sejam tratadas, sequer, como similares.

Ambos, evidentemente, têm natureza de direito público, compartilhando, em diversos pontos, a mesma disciplina constitucional, a exemplo das garantias do juiz natural, do devido processo e seus corolários, da inadmissibilidade da prova ilícita, da publicidade dos atos e da fundamentação das decisões.

Nesse sentido, a teoria geral do processo é caracterizada por uma “pretensão científica totalizadora”, que parte diretamente do processo civil, fazendo com que as demais esferas processuais resem inferiorizadas, pois passam a ser interpretados a partir de categorias processuais civis.

Desse modo, a teoria geral do processo nada mais é do que uma *teoria geral do processo civil*, que reduz o processo penal à categoria de um “primo pobre”. Ocorre que a

²⁷⁷ Ibidem, p. 34-35.

instrumentalidade de cada um é definida pela estrutura de direito material que lhe confere, respectivamente, subsistência.²⁷⁸

O processo civil instrumentaliza, em regra, interesses privados (patrimoniais), enquanto o processo penal tem por objetivo primordial a limitação do poder punitivo do Estado e a garantia dos direitos da parte hipossuficiente, de modo que é inadmissível utilizar o mesmo discurso para ambos, em nome de uma *pseudocoerência sistêmica*, que acaba por legitimar o *status quo*, não importando sua origem jurídica, democrática ou autoritária.²⁷⁹

Ocorre que as diferenciações entre as disciplinas não terminam na questão epistemológica acima referida. As estruturas dos dois “ramos” guardam idiosincrasias que não podem ser ignoradas. De início, o processo penal e o processo civil são duas instituições distintas.

A essência do processo penal está em uma relação de direito público, especificamente, de direito penal, indispensável à aplicação da lei penal ao caso concreto. No processo penal não há debate sobre dois interesses contrapostos, pois o interesse é um só, qual seja, a determinação da verdade, em torno da qual pode surgir, ou não, a controvérsia.²⁸⁰

Desse modo, a construção de uma teoria geral do processo dá-se levando em consideração apenas algumas formas que são comuns entre processo civil e processo penal, que têm importância mínima se comparadas aos elementos que os diferenciam, estes, sim, decisivos.²⁸¹

Assim, o triunfo da tese unitária conduziria à absorção da ciência do processo penal pela ciência do processo civil, perdendo o primeiro a sua autonomia²⁸². Uma das principais diferenças, porém, refere-se à estrutura probatória de ambos, que acaba por diferenciá-los de maneira decisiva.

Nesse mesmo sentido é que se faz imperioso o estabelecimento das diferenciações entre os sistemas processual penal e processual civil no que tange à busca pela verdade, especialmente no concernente ao conceito teórico de *verdade real* e à sua impossibilidade lógica.

²⁷⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54-55.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 55.

²⁸⁰ FLORIAN, Eugênio. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 89.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 89-90.

²⁸² *Ibidem*, p. 90.

2.5 Vieses da verdade no processo penal e civil

Apesar da insistência da “teoria geral do processo”, voltada à unificação dos paradigmas processuais civis e penais, a diferença entre as mecânicas probatórias de ambas é muito evidente. De acordo com esses “dogmas”, a verdade de cada “espécie” de processo poderia ser classificada de acordo com uma maior ou menor profundidade da investigação empregada na busca pela verdade.

Dividir-se-ia em duas espécies, quais sejam, verdade *formal* (relacionada ao processo civil) e verdade *material* (afeta ao processo penal). A verdade formal prima pelo encerramento abreviado dos litígios, de modo que não exige do juiz um aprofundamento probatório, já que pode conformar-se, exclusivamente, com as provas constantes dos autos processuais.

A verdade formal se identifica mais com uma “ficção” do que com a própria “verdade”, pois, ao processo civil, bastaria que o fato fosse considerado, *juridicamente*, como verdadeiro. Até porque, o processo civil lidaria com bens menos relevantes do que aqueles com os quais o processo penal se preocupa, de modo que se contenta com um menor grau de segurança, satisfazendo-se, portanto, com um menor grau de certeza.²⁸³

O julgador poderia considerar mais relevante a observância de certos requisitos probatórios do que o próprio conteúdo da prova. Evidente, todavia, o equívoco dessa distinção já que, apesar de o processo penal lidar com a liberdade do indivíduo, no processo civil, tratam-se interesses humanos fundamentais, como a família, a capacidade civil e os direitos metaindividuais.²⁸⁴

Desse modo, não é possível diferenciar as cargas probatórias pelo “grau” de cognição, até porque, mesmo nas tutelas de cognição sumária, exige-se a demonstração da verossimilhança das alegações. Ocorre que, no direito processual civil, há a possibilidade de serem aceitas presunções²⁸⁵ e transações²⁸⁶, o que afastaria a exigência de um critério material para a configuração de sua verdade.

²⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 35.

²⁸⁴ Ibidem, p. 35-36.

²⁸⁵ “Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”. (BRASIL. **Código de processo civil**. 2015, n.p.)

²⁸⁶ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. [...] Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas

Isso porque, no processo civil, há uma relação de custo-benefício entre a necessidade de decidir rapidamente e de decidir com segurança: entre as duas, o processo civil optou pela celeridade²⁸⁷. Em qualquer caso, o juiz não pode deixar de julgar o direito no caso concreto, de modo que a busca pela verdade deve orientá-lo.

É fato, porém, que, no direito processual civil, o juiz pode ser mais flexível no concernente à apuração dos fatos. Os critérios da verdade material e formal relacionam-se, muito mais, à iniciativa probatória do magistrado, em decorrência da diferença entre os interesses jurídicos discutidos no processo civil e no processo penal.

Para o processo penal, todavia, não é suficiente aquilo que tenha “aspecto” verdadeiro. É por isso que, por intermédio da verdade material, o juiz passaria a conhecer a verdade “como ela é”, ou seja, despida de “artificialismos”. Até porque, a verdade formal seria produto da inteligência humana, que pode ou não coincidir com a realidade, mas produz efeitos jurídicos idênticos, por ser uma *verdade judicial*.²⁸⁸

Essa situação, porém, não seria efetivamente capaz de corromper a decisão final, pois a providência jurisdicional, no direito processual civil, “repousa no conjunto probatório do qual emerge a verdade formal, fracionada ou limitada, sem qualquer inconveniente para a atividade jurisdicional”.²⁸⁹

A postura mais “indulgente” do juiz civil, possibilitada pelo Direito, que lhe exige uma conduta menos ativa na obtenção e na colheita das provas, limitada à análise e à preservação da legalidade processual das provas, incide de forma mais relevante sobre direitos disponíveis, sem que haja qualquer inconveniente para a atividade jurisdicional.²⁹⁰

Não se trata de uma verdade destituída de suporte probatório, porque qualquer presunção deve resultar de uma dedução lógica, até porque, *onde não se pode admitir a verdade, aí também nem a ficção* ²⁹¹. O ideal de justiça penal, todavia, somente pode ser alcançado se a sentença estiver alicerçada na “verdade material”, que é “alma” do processo.²⁹²

Um dos exemplos dessa possibilidade é a presunção da veracidade dos fatos alegados na peça exordial em decorrência da inércia ou desídia da parte oposta em não elidi-las ou impugná-las. Se for verdade que boa parte dos conflitos cíveis se relaciona a direitos

destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. (BRASIL. **Código de processo civil**. 2015, n.p.)

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 36.

²⁸⁸ BARROS, Marcos Antônio de. Op. Cit., p. 34-.

²⁸⁹ Ibidem, p. 34-35.

²⁹⁰ Ibidem, p. 34-35.

²⁹¹ “*Ubi non potest cadere veritas, ibi fictio non cadit*”.

²⁹² Ibidem, p. 35-36.

disponíveis, em relação aos quais é possível a transação, acaba por tornar-se desnecessária a profunda investigação da verdade.

Mesmo no direito processual civil, apesar das possibilidades de presunção e da desnecessidade hodierna de aprofundamento probatório, ainda se exige a busca pela verdade, até porque há uma exigência substancial de provar os fatos, de modo a se garantir a justiça da decisão.²⁹³

Na seara penal, todavia, ainda que o acusador se persuada da inocência do réu, a transação é proibida, excetuadas as situações especialíssimas que podem ocorrer no foro dos Juizados Especiais, nos casos das colaborações premiadas e situações análogas que, nem por isso, conferem o caráter de disponibilidade às causas criminais.

Não bastasse, a iniciativa probatória do magistrado dá-se em caráter supletivo,²⁹⁴ somente se for imprescindível à formação de sua convicção a respeito dos fatos narrados. Neste mesmo sentido, a inércia do réu em responder à acusação a ele imputada não induz qualquer efeito da revelia.

Assim, não podem ser presumidos verdadeiros os fatos alegados em desfavor do acusado. Quanto à confissão, esta, no processo civil, tem como consequência, além da presunção de veracidade, a dispensa de produção de prova, de modo que o juiz pode considerá-la, isoladamente, ao fundamentar sua decisão.

De acordo com Taruffo, a dinâmica acusatória seria até mesmo capaz de incentivar a distorção e a supressão das provas, a preparação de testemunhas e a ocultação das provas desfavoráveis pelos advogados, que desenvolvem uma “destreza profissional para vencer a verdade”.²⁹⁵

Assim, o sistema adversarial não é um meio eficaz de se buscar a verdade, pois o combate não a promove. A competição entre as partes é deficiente na busca da verdade, pois o processo acusatório confia a responsabilidade de reunir e apresentar as provas às partes, cujo interesse principal é a vitória, não a verdade.²⁹⁶

²⁹³ No mesmo sentido, encontra-se o artigo 370 do Novo Código de Processo Civil, que afirma que “[...] caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015, n.p).

²⁹⁴ “[...] juridicamente a vontade da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. Nem esta afirmação do juiz pode chamar-se uma verdade formal: frase que supõe um confronto entre o que o juiz afirma e o que poderia afirmar”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Madrid: Reus, 1922, p. 96).

²⁹⁵ TARUFFO, Michele. Op. Cit., 2014, p. 22-23.

²⁹⁶ Ibidem, p. 23.

É por isso que os autores que tem na busca pela verdade a orientação primordial do processo civil criticam a lógica adversarial, afirmando sua ineficiência como método para seu atingimento. A verdade deixa de ser uma simples possibilidade. Sua procura incansável é condição necessária a uma decisão legítima, pois, pois o processo judicial tem por objetivo prover a justiça, não simplesmente resolver conflitos por meio de uma solução.²⁹⁷

Não se pode, nesse diapasão, “deixar de lado” a verdade, que é uma indispensável *condição de justiça* da decisão dos casos concretos, submetidos ao crivo jurisdicional. Até porque não é possível que uma decisão correta e justa seja baseada em fatos erroneamente determinados.²⁹⁸

Assim, nem mesmo o juiz cível pode decidir fora da verdade dos fatos subjacentes às alegações, de modo que a decisão deve ter por base ao menos um mínimo conteúdo probatório, sob pena de se configurar a arbitrariedade estatal. Até porque é necessário que sobre o processo incida, prevalentemente, o contraditório e a plenitude de defesa, sob pena de desnaturar-se a lógica adversarial a ele inerente.

Das partes, todavia, não se pode exigir a inclinação para a verdade dos fatos, tendo em vista que seus interesses são opostos. Acreditar que as coisas são de uma determinada forma equivale a assumir que a verdade é de determinada forma, permitindo a superveniência de um complexo de disposições para falar e agir como se as coisas fossem de determinada forma.²⁹⁹

Trata-se de uma *pseudocrença*, um fenômeno usual, encontrada nos estados psicológicos de “lealdade obstinada” a uma proposição que se suspeita ser falsa, ou uma vinculação sentimental a uma proposição para a qual se tenha dado pouca ou nenhuma consideração.³⁰⁰

A *pseudocrença* é ratificada pela *pseudoinvestigação*, que demonstra que a coisa reside, como afirmou Peirce, no “motivo”. Distingue-se da investigação genuína, na qual o investigador realmente quer encontrar a verdade sobre uma questão; na *pseudoinvestigação*, porém, apenas quer argumentar a favor de uma proposição previamente determinada.³⁰¹

Susan Haack afirma que os pensamentos que buscam “forçar” a verdade, resultam no chamado “raciocínio fajuto” ou “fingido” (*fake reasoning*), que tem como característica a indiferença ao valor verdade da proposição em relação à qual se argumenta a favor, de forma a

²⁹⁷ Idem.

²⁹⁸ Idem.

²⁹⁹ HAACK, Susan. **Manifesto de uma moderada apaixonada**: ensaios contra a moda irracionalista. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2011, p. 58.

³⁰⁰ Idem.

³⁰¹ Ibidem, p. 59.

defender a verdade de uma proposição com a qual, evidentemente, já se comprometeu, apenas esforçando-se em confirmá-la, por meio da obtenção de uma resposta “correta”.³⁰²

É possível, também, a disposição de não acreditar ou de não querer acreditar no que não encontra como verdade, ocasião na qual se identifica a *pseudocrença*, da qual decorre uma *investigação desinteressada*, em três sentidos possíveis: *investigação não interessada*; *investigação sem interesse em um resultado específico*; ou uma *investigação não motivada pelo desejo de um resultado específico*.³⁰³

Na *pseudoinvestigação*, portanto, “vontade” e “intelecto” se encontram dissociados, pois a vontade de que ocorra um determinado resultado subverte o intelecto³⁰⁴. Assim, a visão da realidade sobre determinado evento histórico é de alcance impossível. Somente seria possível uma aproximação à verdade, sem que se possa alcançar a *certeza*.

Essa impossibilidade é clara no processo civil, no qual as contribuições dos litigantes são caracterizadas pela parcialidade, pouco contribuindo para o desvelamento da realidade pretérita, especialmente nas demandas acerca de interesses patrimoniais. Ocorre que, sob a égide do processo civil há, também, direitos indisponíveis, que refletem o interesse público, em relação aos quais o julgador não pode restar completamente inerte.

Nesses casos, o juiz poderá agir oficiosamente, por exemplo: na determinação das provas necessárias ao julgamento do mérito; na possibilidade de indeferimento fundamentado de diligências inúteis ou meramente protelatórias (artigo 370 e Parágrafo único do CPC); na determinação do comparecimento pessoal das partes para inquirição, sob pena de confissão, a qualquer tempo (artigo 139, VIII, do CPC); na ordem de exibição de coisa ou documento (artigo 396 do CPC); ou na inspeção de pessoas ou coisas voltada a esclarecer fato de interesse à resolução da causa (artigo 481 do CPC).³⁰⁵

Assim, a missão de reconstrução histórica dos fatos também caberá ao juiz. Bedaque afirma que a direção do processo deve caber ao juiz, a quem compete não apenas o papel de fazer com que as partes observem, formalmente, as regras processuais, mas, também, a intervenção no processo para que atinja, pelos meios adequados, os objetivos da investigação dos fatos e da descoberta da verdade.³⁰⁶

³⁰² Ibidem, p. 59-60.

³⁰³ Ibidem, p. 60.

³⁰⁴ Ibidem, p. 60-61.

³⁰⁵ BRASIL. **Código de processo civil**. 2015, n.p.

³⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 59.

Assim, apesar do predomínio do conceito clássico *verdade formal* no processo civil, há possibilidades de ingerência probatória do juiz na busca pela verdade. Em sentido contrário, porém, há presunções, especialmente, aquelas resultantes da inércia das partes, que poderão acarretar efeitos nefastos até mesmo no que concerne à busca pela realidade dos fatos.

Diante disso, é inegável a possibilidade de uma decisão judicial cível contentar-se com a verdade formal sem, contudo, perder sua legitimidade. Essa situação, porém, não renega as possibilidades de ingerência probatória do juiz, nem pode se aplicar em causas concernentes a direitos indisponíveis.

Taruffo, porém, afirma que a distinção entre verdade formal e verdade material é inaceitável, por várias razões evidenciadas pela doutrina “menos superficial”. A verdade judicial não pode ser completamente distinta da verdade *tout court*, simplesmente pelo fato de que deve ser determinada por meio das provas.³⁰⁷

A existência de regras jurídicas e de limites de natureza distinta servem, no máximo, para excluir a possibilidade de se obter verdades absolutas, mas não basta para diferenciar totalmente a verdade que se estabelece no processo daquela que existiu fora dele. Desse modo, a expressão “verdade material” e seus sinônimos são *rótulos sem significado*.³⁰⁸

Ora, se não se pode aceitar a existência “pura” de uma verdade formal no direito processual civil, seria impensável admiti-la no âmbito do direito processual penal, justamente em decorrência das diferenças estruturais entre ambos. No processo penal, há um manifesto intuito condenatório, que traz o risco de segregação da liberdade e restrição de outros direitos fundamentais ao acusado.

Por isso é que se busca ligar o conceito de *verdade real* ao direito processual penal: em decorrência dos bens jurídicos que tutela, absolutamente indisponíveis. Passa-se a exigir do julgador uma postura proativa na busca pela verdade,³⁰⁹ de modo que não pode se contentar com as provas trazidas pelas partes ao processo.

A lei processual, em decorrência desses fatores, outorga-lhe possibilidades de determinação *ex officio* de produção das provas que reputar convenientes ou imprescindíveis à formação de sua convicção. Assim, o conjunto probatório deve buscar refletir, com a maior

³⁰⁷ TARUFFO, Michele. **La Prueba de los Hechos**. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 24-25.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 25.

³⁰⁹ Mais do que isso, o processo penal não se conforma com presunções, ficções ou critérios distantes da busca aproximativa pela realidade pretérita. É por isso que “[...] a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 177).

fidelidade possível, os acontecimentos pertinentes ao fato investigado, especialmente porque o processo penal tutela bens jurídicos indisponíveis.

Ferrajoli, ao definir a verdade material, afirma que a *crença no alcance da verdade* serviu como discurso legitimador para inúmeras arbitrariedades, especialmente no direito processual penal, em relação ao qual imperava o entendimento de que a verdade deveria ser buscada como meta primordial, justificando-se, para tanto, a supressão de regras procedimentais e direitos e garantias fundamentais.³¹⁰

A *verdade material* é, nesse mesmo sentido, *onicompreensiva* em relação às pessoas investigadas, não encontrando limites ou justificativas legais, de modo que poderia ser alcançada por qualquer meio, inclusive, para além das regras procedimentais e sem prejuízo de sua inobservância.³¹¹

A pretendida *verdade material*, ao ser perseguida fora das regras e controles e da predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em arbitrário juízo de valor, na mesma linha de arbitrariedades que caracteriza o *substancialismo penal*, solidário, portanto, a uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.³¹²

A verdade, enquanto objetivo primordial do processo penal, encontra-se *pari passu* com a proteção das garantias fundamentais do acusado e com a justiça da decisão. Assim, o juiz deverá, sim, perquirir a *verdade fática* em sua essência.³¹³ Essa atividade probatória, contudo, resta limitada pelas regras processuais e pelas garantias fundamentais do acusado.

Essas garantias devem ser, portanto, uma preocupação inescusável, mesmo que impeçam, no plano fenomênico, a obtenção da exata realidade pretérita. Mais do que isso, a superação desse “paradoxo”, aparentemente intransponível, é um dever institucional do julgador.

A necessidade de preservação das garantias fundamentais do acusado não justifica, todavia, a passividade do julgador, que também deve se preocupar com o seu dever de exercer o *jus puniendi*. No mesmo sentido, a busca da *verdade material* não pode chancelar a injustiça ou prejuízos a pessoas inocentes.

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 47-48.

³¹¹ Ibidem, p. 48.

³¹² Ibidem, p. 48.

³¹³ Nesse sentido, o objetivo de se chegar o “[...] mais próximo da realidade através da busca pela verdade real, impõe que o julgador não se contente com as provas produzidas pelas partes, enfrentando interesses retóricos de segurança jurídica pela sociedade, mas também pela busca de aplicações de garantias fundamentais”. (SAMPAIO, Denis. Op. Cit., p. 85).

Nesse sentido, faz-se necessário reafirmar a necessidade de se buscar, incansavelmente, a verdade dos fatos que, todavia, não pode ser a única meta do processo. Assim, a impossibilidade de se conhecer perfeitamente a realidade pretérita por intermédio do processo leva a concluir que essa verdade somente poderia ser aproximativa.

No sentido de permitir a busca pela *máxima aproximação à realidade passada*, o Código de Processo Penal determina, no artigo, 156, I, a possibilidade de o juiz, de ofício, ordenar, antes do início da ação penal, a produção de provas urgentes e relevantes e, ainda, nos termos do inciso II do referido dispositivo, determinar, durante a instrução, ou antes de sentenciar, a realização de diligências voltadas a dirimir dúvida acerca de ponto relevante.³¹⁴

Demonstra-se, então, a impossibilidade lógica, tanto da *verdade formal* quanto da *verdade material*, seja no processo civil, seja no processo penal. Em qualquer contexto, há limitações insuperáveis tanto em relação ao maniqueísmo teórico que contamina essa diferenciação quanto ao estabelecimento de relações estanques entre os formatos e os ramos.

Em sentido jurídico, assim, demonstra-se a fluidez e a indeterminação desses conceitos, de modo que é impossível estabelecer que a verdade formal ou que a verdade material sejam regras processuais. Nesse sentido, a doutrina processual refere-se ao denominado “princípio da verdade real”, cuja estrutura normativa passa a ser analisada, no tópico a seguir.

2.6. Os princípios jurídicos

O conceito de *princípio* é uma problemática complexa e, mais, multifacetada. A definição de uma norma como *princípio jurídico* pode se relacionar a questões axiológicas, estruturais e, até mesmo, históricas, pois a definição dos princípios como normas jurídicas esbarra em divergências. Assim, não há, na filosofia do direito, um consenso sobre o assunto.

Tais divergências, porém, são naturais, próprias da filosofia, que não pode pretender o *plano do exato*, nem pode concorrer com as ciências exatas. Ao contrário, divaga, profundamente, sobre o humano, o que, fatalmente, gera vários pensamentos divergentes, em acordo com a individualidade de cada ser pensante.³¹⁵

No mesmo sentido, a ciência do Direito tem como objeto a experiência social, disciplinada por modelos de organização e conduta que se denominam *normas jurídicas*.

³¹⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941, n.p.

³¹⁵ REALE, Miguel. Op. Cit., 2002, p. 71-179.

Assim, a norma é redutível a um juízo ou a uma proposição hipotética, na qual se prevê um fato (*f*) ao qual se liga uma consequência (*c*). A norma não se separa dos fatos e dos objetivos axiológicos. Assim, *fato, valor e forma lógica* se complementam, criando uma estrutura lógico-fático-axiológica da norma de direito.³¹⁶

Todo conhecimento, filosófico ou científico, pressupõe a existência de princípios, que podem ser conceituados como enunciados lógicos condicional ou embasam a validade das demais asserções componentes de um campo do saber. Voltam-se ao preenchimento das lacunas, assim como são enunciados normativos dirigidos à interpretação do ordenamento jurídico e ao aprimoramento da aplicação, integração, atualização e eficiência do direito.³¹⁷

Assim, os princípios são as *bases do direito*, demonstrando sua importância, sua normatividade³¹⁸ e sua aplicabilidade na resolução de casos concretos. Nesse sentido, representam o reconhecimento de que apenas a lei não é suficiente para atender a todas as necessidades humanas, vez que não pode prever, abstratamente, todas as situações passíveis de ocorrência no mundo fenomênico.

Em uma visão *pós-positivista*, o princípio não é apenas um “valor”, mas, sim, integra o direito,³¹⁹ com força normativa própria. No neoconstitucionalismo, migra-se do ético para o jurídico, de forma que os valores morais de uma comunidade, em um momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.

O *pós-positivismo* é uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem ideias de justiça para além da lei e da igualdade material mínima, resultantes da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais. Revaloriza-se a razão prática, a teoria da justiça e a legitimação democrática, de modo a ir além da estrita legalidade.³²⁰

³¹⁶ Ibidem, p. 180-203.

³¹⁷ Ibidem, 2002, p. 204-305.

³¹⁸ Assim, têm importância indispensável para o direito atual, diferentemente do positivismo normativista, que acreditava que a norma jurídica derivaria apenas da lei *stricto sensu*. Se, antes, eram apenas fontes abstratas e subsidiárias, das normas, atualmente, são autônomos. Ou seja, são normas jurídicas. (BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.184-185).

³¹⁹ Vinculam-se, portanto, moral e direito. Assim, o conceito de direito deve ser definido de modo a conter elementos morais, sem excluir, porém, “[...] os elementos de legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social”. (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 4).

³²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 272-273.

Não despreza, todavia, o direito posto; procura somente empreender a *leitura moral* da Constituição e das leis, sem, contudo recorrer a categorias metafísicas³²¹. Observa-se o direito, então, para além das proposições legais. Valoriza-se a interpretação, voltando-se a unir ética e direito.

O direito passa a associar-se à moral, transformando preceitos éticos em normas jurídicas, quais sejam, os princípios. Muitos desses direitos e garantias fundamentais estão corporificados, na Constituição, por princípios, expressos ou implícitos, o que torna necessário o estudo de sua natureza normativa.

2.6.1 O princípio como norma jurídica

Compreender a norma jurídica é uma das tarefas mais importantes e, ao mesmo tempo, mais complexas que cientista do direito tem de enfrentar. Isso porque a norma jurídica influencia o comportamento humano, diferenciando-se, todavia, da norma moral.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a dogmática contemporânea visualiza, no conceito de *norma*, uma *ferramenta operacional*, por sua vez, imprescindível no que concerne à realização do direito, e que só reconhece os comportamentos humanos caso estejam abstratamente regulados por normas.³²²

Os comportamentos humanos, no entanto, são fenômenos *empíricos*, perceptíveis pelos sentidos, que expressam um significado e que tem um aspecto subjetivo variável, de conformidade com a intenção de quem o pratica, assim como um objetivo, que é constituído pela norma.³²³

A maior parte dos juristas enxerga a norma como uma proposição de *dever-ser*, de modo que a norma, promulgada, passa a ter vida própria, de acordo com o sistema de normas no qual está inserida. As normas, também, deveriam ser observadas como prescrições, ou seja, como atos de vontade impositiva que estabelecem disciplina para as conduta.³²⁴

Há, todavia, a possibilidade de apreciar a norma como um fenômeno complexo, que envolve não apenas a vontade de seu comando, mas, também, diferentes situações estabelecidas

³²¹ Ibidem, p. 274-275.

³²² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 93.

³²³ Ibidem, p. 93-94.

³²⁴ Ibidem, p. 94-95

entre as partes, que se comunicam. Nesse contexto, a norma é vista como comunicação, ou seja, como uma *troca de mensagens* entre os seres humanos.³²⁵

A norma, como proposição, prescrição e comunicação, estabelece, normativamente, as relações sociais, com a finalidade de resolver os conflitos sociais. Assim, o fenômeno jurídico se manifesta como um *dever-ser de conduta*, por meio do qual os homens criam, entre si, uma variedade de relações.³²⁶

Ou seja, a norma, como proposição hipotética, se expressa pelo *dever-ser*, no *impositivo da vontade*, que estabelece algum tipo de relação entre os comunicadores, bem como seu modo de comunicação. A viragem linguística promovida pelos pós-positivismos, porém, dificultou a aceitação de uma conceituação única. Surgiu, então, a necessidade de se dividir o conceito de “norma” em dois: *regras* e *princípios*.

Normas não são apenas textos ou seu conjunto, mas, sim, sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. As normas são construídas pelo intérprete, a partir dos dispositivos. A qualificação de uma norma como regra ou princípio depende de conexões axiológicas não incorporadas no texto, mas, sim, são construídas pelo intérprete.³²⁷

Diante disso, não somente as *regras* são normas jurídicas, já que os *princípios* também têm *força normativa*. O enquadramento de uma norma em uma categoria ou outra passa a depender da colaboração do intérprete.

De acordo com Ronald Dworkin, um princípio é um padrão a ser observado, não por “[...] promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.³²⁸

O autor explica que a distinção entre regras e princípios deve ser realizada com base em *casos difíceis*, que não teriam solução se fossem adotados os métodos clássicos de interpretação de regras³²⁹. Já as *regras* são normas que são válidas ou não, de modo que se há de fazer precisamente o que demanda, nem mais, nem menos.

Nesse sentido, contém determinações sobre aquilo que é fática e juridicamente possível. Assim, a distinção entre *regras* e *princípios* é *qualitativa*, não *de grau*. O conflito entabulado

³²⁵ Ibidem, p. 95-96.

³²⁶ Ibidem, p. 96.

³²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30-34.

³²⁸ DWORKIN Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

³²⁹ Ibidem, p. 146.

entre regras, será solucionado se houver, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou, ao menos, se uma delas for, declaradamente, inválida.³³⁰

Resolve-se a colisão pela observância das circunstâncias particulares do caso, situando os princípios em uma *relação de precedência condicionada*, que consiste em fixar condições sob as quais um princípio tem precedência em relação ao outro, bem como sob quais condições seria possível que a questão de precedência fosse resolvida de forma contrária.³³¹

É impossível, assim, haver hierarquia ou mesmo uma prevalência preordenada entre princípios, de modo que a escolha de um em detrimento de outro depende das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Mais do que isso, há normas de direitos fundamentais que têm estrutura de regra, enquanto outras, têm estrutura de princípio.³³²

A distinção entre princípios e regras, portanto, mostra-se mais evidente nos casos de colisões entre normas. Resolve-se o conflito entre regras no plano da validade, de modo que a regra é aplicada ao caso que a ela se adequa, o que significa que sua consequência jurídica é válida.

Ao contrário, no caso dos princípios, o conflito se resolve no plano da importância. O princípio declarado não aplicável àquele caso não será considerado invalidado, nem mesmo será imposta uma cláusula de exceção, que vincularia casos posteriores similares. Faz-se necessário ponderar entre os princípios opostos, diante das circunstâncias do caso concreto.

Observe-se, porém, que as colisões entre os princípios ocorrem porque o exercício de um direito fundamental entra em conflito com o exercício de outro ou de outros preceitos constitucionais.³³³

Desse modo, haverá colisão entre princípios se o exercício de um direito fundamental obstaculiza ou causa efeitos no exercício de outro direito fundamental, ocasião na qual a colisão deve ser resolvida.

Barroso, nesse diapasão, afirma que há consenso na dogmática jurídica quanto a esses critérios distintivos entre regras e princípios. Ambos são normas jurídicas, porém, em relação ao conteúdo, as regras são relatos objetivos, descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados.³³⁴

³³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 91-93.

³³¹ Ibidem, p. 93-95.

³³² Ibidem, p. 95-96.

³³³ DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007, p. 161.

³³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 341.

Os princípios, então, são *mandamentos de otimização*, pois são normas que ordenam que alguma coisa seja realizada *na maior medida possível*, dentro das possibilidades jurídicas e fática, que são ditadas pelo contexto no qual conflitam. As regras, de outro lado, são mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridos ou descumpridos, de maneira que, se forem válidas, devem ser cumpridas exatamente como impõem.

Assim, o ponto crucial da distinção entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível dentro das probabilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo ser satisfeitos em vários graus, pois a medida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas, também, das jurídicas.

Neste sentido, é a solução tomada no embate entre normas que acarreta ao jurista a identificação das espécies normativas, eis que o conflito entre as regras está no âmbito do plano de validade, enquanto o embate entre os princípios se encontra na dimensão do peso ou da importância.

Tendo-se demonstrado que os princípios integram um sistema jurídico-constitucional, reafirma-se a sua importância no direito processual penal, por serem garantidores dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Faz-se necessário, assim, estudar a (im)possibilidade de enquadramento do conceito jurídico-processual de *verdade real* como princípio jurídico.

2.6.2. A verdade “real” como “princípio”

Da própria ideia de *verdade material* surgiu, a partir da legislação processual penal, o chamado *princípio da verdade real*. Tratar-se-ia de algo como a *corporificação normativa da necessidade de busca da verdade substancial*, no entanto, *travestida* como um princípio jurídico.

Diante da já discutida impossibilidade de atingimento de uma reprodução perfeita da realidade pretérita, faz-se necessária uma readequação desse conceito à aproximação pós-positivista acima proposta. De início, repete-se que o processo penal tem três objetivos basilares: a busca pela verdade, a justiça e a defesa das garantias processuais do acusado.

A chamada *verdade real*, se estiver consubstanciada em um princípio, tratando-se, pois, de um *mandamento de otimização*, deve voltar-se à otimização desses três objetivos primordiais. Nesse sentido, o Processo Penal não está imune à modificação paradigmática, pois

deve se voltar à efetivação dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição.³³⁵⁻³³⁶

Em decorrência dessa necessidade de assegurar condições fundamentais à existência livre e digna, ao juiz penal cabe a busca aprofundada da verdade, que guarde a maior fidelidade possível com a realidade pretérita, da qual não pode se esquivar. Esse “princípio”, todavia, não estaria na Constituição Federal.

Encontrar-se-ia, porém, expresso no Código de Processo Penal, por exemplo, nos artigos 156³³⁷ e 209³³⁸, que determinam a iniciativa probatória ao juiz, demonstrando que não deve se contentar com as provas trazidas pelas partes para obtenção da verdade, de modo a se preservar, ao máximo, a liberdade.

Dessa forma, os meios de prova são ilimitados, pois a busca da verdade material preside a atividade probatória do juiz e exige que os requisitos objetivos da prova se reduzam ao mínimo, para que as partes possam se utilizar dos meios de prova com liberdade ampla. A *verdade real* confunde-se, assim, com a *verdade absoluta*.

Isso porque relaciona-se a diversos bens jurídicos de relevância evidente. Ocorre que é impossível assegurar o predomínio de uma verdade absoluta, nem mesmo nas ciências exatas. A verdade, portanto, é relativa e contingencial, referente a um contexto e a uma formação social.³³⁹

Desse modo, a verdade real não é “crível”, por não ser alcançável em termos absolutos e perfeitamente fidedignos. Sua exigência levaria o Estado ao constante risco do equívoco, já que o erro poderia se tornar um ingrediente do julgar. Desse modo, se a verdade real, em si, é um mito, também o é o “princípio” que a consagraria.

³³⁵ VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 67.

³³⁶ Até porque a garantia dos direitos fundamentais pelas normas é própria da evolução do “relacionamento indivíduo-Estado”. (FERNANDES, Manuela Braga. A verdade no processo judicial: a falácia da verdade metafísica. **Problemata**: R. Intern. Fil. v. 8. n. 1, p. 191-214, 2017, p. 23).

³³⁷ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

³³⁸ “Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. §1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem”.

³³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., 2010, p. 257.

A *busca* pela verdade real, todavia, pode ser enquadrada no conceito alexiano de “mandamento de otimização”,³⁴⁰ tendo em vista tratar-se de um dos objetivos basilares do processo penal. Se a verdade for apenas a conformidade da noção ideológica com a realidade, não pode ser algo nem objetivo, nem absoluto.

Nesse diapasão, o critério da chamada *verdade real* é inconsistente, insuficiente para assegurar, veementemente, a veracidade de um fato objeto do conflito judicial, pois, no processo judicial, *factos humanos* devem ser demonstrados e estes são, naturalmente, contingenciais.³⁴¹

O julgador, porém, deve extirpar, terminantemente, a hipótese do erro judiciário diante da falibilidade do espírito humano em sua percepção. Os critérios da necessidade e da contingência da verdade não são suficientes para elucidar as possibilidades de erros, até porque a maior ou a menor capacidade de errar não resulta, diretamente, da natureza especial da verdade, mas, sim, do modo como o espírito dela se apodera.³⁴²

A *verdade processual* distancia-se da realidade, pois sua natureza é diversa, de modo que adentra o espírito, também, de forma diferente. Assim, mesmo mediante critérios objetivos, as consequências somente são verdadeiras dentro desses critérios objetivos, de modo que não está na realidade, mas, sim, na percepção própria do espírito.³⁴³

O magistrado, no contexto do direito processual penal deve, nesse diapasão, orientar-se pela *busca da verdade*, visando, alternativamente à correta e justa aplicação da reprimenda estatal, bem como o reestabelecimento da liberdade a quem injustamente dela tenha sido privado.

O vocábulo “verdade” origina-se do latim, *veritate*, que representa “exatidão, realidade, conformidade com o real”, ou seja, a adequação ou a conformidade entre o intelecto e a realidade. Ocorre que não se trata de algo absoluto. Como afirmou Santo Agostinho, *Verum est id quod est* (a verdade é o que é).³⁴⁴

Trata-se, contudo, de um elemento fundamental para o direito processual, que visa atingi-la. Apesar da impossibilidade de alcançá-la, trata-se de um dos alicerces do processo,

³⁴⁰ Nesse sentido, já que o processo penal visa o interesse público de repressão ao crime, eventuais limitações às provas prejudicam a obtenção da verdade real “[...] e, portanto, a justa aplicação da lei”. (MIRABETE, Nicola Framarino Dei. Op. Cit., p. 20).

³⁴¹ MIRABETE, Nicola Framarino Dei. Op. Cit., p. 20-29.

³⁴² Ibidem, p. 29-34.

³⁴³ Ibidem, p. 35-41.

³⁴⁴ BARROS, Marco Antônio de. Op. Cit., p. 22.

que determina que não se pode sequer cogitar emprestar validade a um processo baseado na mentira.³⁴⁵

Desse modo, o magistrado deve guiar-se pela busca, ao mesmo tempo em que precisa estar consciente de que é inatingível, de que seu alcance será sempre imperfeito, dedutivo ou limitado. Confirma-se, assim, que a busca da verdade no processo penal é, sim, um “mandamento de otimização”, já que somente pode ser atingido em termos aproximativos.

Sustentar o discurso da existência de uma *verdade real* é logicamente impossível, pois qualquer conclusão a que se chegue é somente uma hipótese probabilística, até porque, por mais eloquentes que sejam os dados do passado deixados no presente, nada pode imunizar o juiz da possibilidade de errar.³⁴⁶

O juízo emanado acerca de um caso nada mais é do que um discurso acerca da probabilidade³⁴⁷ de sua correção. A verdade está no passado, revelando-se pelos mais diversos meios, de modo que as impressões subjetivas e as distorções na produção e na reprodução das provas devem ser consideradas. Está no todo, não apenas em parte dele.

Com esse pensamento, Carnelutti reconhece que a verdade da coisa, como um todo ou apenas de uma parte,³⁴⁸ exige o conhecimento do seu *não-ser*, a *outra cara da moeda*. Assim, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que algo é, mas, também, aquilo que esse algo não é.

Isso porque a verdade é, também, *histórica* e, assim, *recognoscível*. Por isso é que a prova é o meio que constitui a concepção do juiz sobre um caso concreto e, ao mesmo tempo, um conjunto de elementos formadores de sua concepção³⁴⁹. Assim, as críticas à *verdade real* têm natureza semântica e estruturais.

Essa situação que veda a possibilidade de sua conceituação rígida, já que se trata de uma impossibilidade fática e jurídica, de maneira que não pode ser caracterizada como um “princípio”.

³⁴⁵ Ibidem, p. 23-30.

³⁴⁶ DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 383.

³⁴⁷ Por ser a atividade jurisdicional na prolação de uma sentença baseada em juízos indutivos e valorativos das provas trazidas aos autos, o juiz não poderá atingir a verdade “real”. Fala-se, nesse sentido, no atingimento de uma “certeza jurídica”. (GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit., p. 274).

³⁴⁸ Assim, a verdade está no todo, não na parte, mas “[...] o todo é demais para nós”. Percebe-se, aqui, por que Cristo disse: “Eu sou a verdade”. (CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit., p. 8-9).

³⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. Cit., p. 90.

2.6.3. *Refutações finais à verdade real no processo penal*

Tendo em vista a impossibilidade de uma teoria geral do processo, e comprovada a inexistência de uma *verdade real*, tanto no processo civil quanto no processo penal, faz-se necessária a crítica específica à essa teorização no âmbito criminal.

De começo, a referência às noções de verossimilhança e probabilidade, como sucedâneos de uma verdade objetiva são úteis à identificação de algumas características da pesquisa probatória, o que não implica a aceitação de que uma reconstituição verdadeira dos fatos seja impossível ou desnecessária.³⁵⁰

A busca pela verdade processual traduz um valor que legitima a atividade jurisdicional penal, bem como se demonstra viável. Ocorre que não se pode conceber uma sentença como *justa* se não estiver amparada pela “inquietação” de uma averiguação correta dos fatos. Se assim não o fosse, os sistemas processuais não se ocupariam em prever vários meios de impugnação e reexame de decisões errôneas acerca dos fatos, inclusive, após o trânsito em julgado.³⁵¹

Assim, é a *busca pela verdade* que legitima a decisão penal, não a verdade em si. O julgador deve chegar ao limite probatório, utilizando todas as possibilidades legais de obtenção da verdade. Caso não a encontre, então, tendo em vista que um dos objetivos do processo é a preservação das garantias dos acusados, se a carga probatória pender mais para a incerteza do que para a certeza, deve, então, absolver o réu.

Nesse sentido é que o juiz pode ultrapassar a iniciativa das partes, determinando provas não requeridas. Não pode, todavia, tornar-se acusador ou defensor, sob pena de violar o sistema acusatório do processo penal, que visa garantir um julgamento justo, por um órgão desinteressado e imparcial.

Na impossibilidade do atingimento da verdade real, porém, da necessidade de sua busca,³⁵² é que vários processualistas penais buscam, na legislação, uma reconstrução semântica do “princípio” da *verdade real*. Afirmam, ademais, sua sinonímia em relação à possibilidade de obtenção de provas pelo juízo, afirmando, nesse sentido, a existência persistente de uma parcela inquisitorial da atividade judicial.

³⁵⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 54.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 54-55.

³⁵² Rogério Tucci, nesse mesmo sentido, afirma que a verdade real é a “[...] reconstrução atingível de fato relevante e metaprocessual, inquisitivamente perquirida para deslinde da causa penal. (TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 145).

Indo além, Nucci relaciona diretamente o “princípio” à possibilidade e ao dever de o magistrado buscar provas, tanto quanto as partes, não podendo se contentar, simplesmente, com o que lhe é apresentado. Determina, mais, que a verdade real é a que mais se aproxima da realidade.³⁵³

Haveria, então, um “paradoxo aparente” ao se afirmar que seria possível que a verdade estivesse mais próxima ou mais distante da realidade. O conceito, porém, é “relativo”, o que possibilitaria falar em uma verdade *absoluta* ou *ontológica*, especificamente, no processo, conduzido e julgado homens falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca dos fatos podem ser insuficientes.³⁵⁴

A verdade real estaria relacionada à *incursão do espírito do juiz* em um sentimento de *busca* e de *inconformidade* com o que lhe é apresentado pelas partes: um “impulso contrário à passividade”. Por estarem em jogo direitos fundamentais que podem ser afetados pela condenação, o juiz deve *sair em busca* da verdade *que mais se aproxima do que aconteceu*.³⁵⁵

Nesse sentido, mesmo se for possível relacionar a *verdade real* à possibilidade de produção de prova judicial, admite-se que não se pode fazer nada além de se *aproximar* da verdade. Assim, nada há de “real” nessa “verdade”. Assim, o processo penal “transige” com a verdade real.³⁵⁶

Ocorre que a verdade não pode surgir *de qualquer forma*, pois a investigação deve obedecer a regras preestabelecidas, de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, confirma-se que a *aproximação à verdade real*, que deve ser um objetivo do julgador, encontra-se limitada pelo procedimento.

Maier afirma que, em decorrência do *ideal de averiguação da verdade real* que o processo penal persegue, a regulação jurídica da prova, favorece a investigação, em uma medida muito superior àquela prevista por outros procedimentos judiciais. Apenas nesse sentido a *verdade real* pode ser considerada um *princípio processual penal*.³⁵⁷

Isso porque, na persecução penal, o interesse é público, destituído de desejos particulares, inclusive, em matéria probatória. Assim, o Estado se interessa em averiguar a

³⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 102-103.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 103-104.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 104-105.

³⁵⁶ CANABARRO, Américo. **Estrutura e Dinâmica do Processo Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 3-4.

³⁵⁷ MAIER, Julio. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999, p. 859-860.

verdade de modo que possa aplicar suas normas penais e, eventualmente, fazer atuar a consequência jurídica, prescindindo do interesse particular.³⁵⁸

A *inquietação* do juiz em obter a *verdade real* não se relaciona a um *interesse particular de punir*, mas, sim, ao *direito estatal de punir*. Assim, as limitações à investigação são inerentes à atividade probatória, de modo que o *princípio da verdade real* sobrevive apenas sob o argumento da importância dos bens protegidos pelo direito processual penal.

Isso porque a gravidade das questões penais permite, por si, a busca mais ampla e mais intensa pela verdade. Essa possibilidade, todavia, já autorizou práticas probatórias diversas, disseminando uma cultura inquisitiva que atingiu os órgãos estatais responsáveis. A *crença inabalável* de que a verdade estaria ao alcance do Estado ocasionou a “[...]implantação da ideia da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal”.³⁵⁹

Por “autorizar” a atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação acusatória, a *verdade real* não sobrevive à igualdade, à *par conditio*, ao contraditório, à ampla defesa, e à imparcialidade de convicção e de atuação do juiz. Persiste, todavia, uma *cultura inquisitiva*, que atingiu os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal.³⁶⁰

A crença de que a verdade estaria *ao alcance do Estado* foi a responsável pela necessidade inadiável de sua perseguição, como principal meta do processo penal³⁶¹. Ressalte-se que a gravidade das possíveis consequências de um processo criminal, isoladamente, justifica o cuidado necessário no que se refere à busca pela verdade no processo penal.

Mais do que isso, a regulação da prova mais favorece do que prejudica a busca pela *verdade real*, pois o direito processual penal é, essencialmente, a limitação ao poder punitivo estatal, caracterizando-se pelo interesse público. Antes da Constituição de 1988, contudo, o “princípio” tinha por objetivo legitimar desvios autoritários e justificar uma ampla iniciativa probatória reservada ao juiz no processo penal, como se fosse *portador de poderes mágicos*.

Nesse mesmo sentido, a verdade real, como “princípio” processual *autorizador de abusos probatórios*, foi rechaçado pela Constituição. Assim, deve ser, no mínimo, *reinterpretado*, porém, dirigido à necessidade de *busca pela correspondência à realidade pretérita*.

As consequências da *mentalidade inquisitória* deixada pela utilização constante e permissiva do “princípio” no âmbito processual penal, contudo, deixaram suas marcas, mesmo

³⁵⁸ Ibidem, p. 860.

³⁵⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit., 2008, p. 285.

³⁶⁰ Ibidem, p. 327-328.

³⁶¹ Ibidem, p. 328.

após 1988. Por isso é que as próprias condições de uso do termo *verdadeiro* e da afirmação de que uma tese judicial é *verdadeira*, apesar de independem do sistema legal, continuam ligadas às técnicas legislativas e jurisdicionais admitidas e praticadas.³⁶²

Essas técnicas, portanto, são garantias penais e processuais sem as quais não se pode falar em verdade processual nem em mesmo sentido aproximado. É aqui que surge a responsabilidade da ciência e da teoria do direito, que devem influenciar a legislação e a jurisprudência, de modo a que se possa construir seu *objeto de indagação*.³⁶³

O próprio conceito de *busca pela verdade* depende da regulamentação legislativa do procedimento probatório, a partir da Constituição de 1988, pois as garantias do acusado são fundamentais ao processo penal. Assim, a verdade real aponta para a *relativização da verdade*, pois afirma que toda realidade pode ser interpretada.

A partir da Constituição da República, portanto, possibilita-se a desmistificação da *falsa dualidade*, persistentemente reafirmada, entre *verdade formal* e *verdade material* e de suas respectivas relações com o processo civil e o processo penal, que possibilitaria a diferenciação entre *dois tipos diversos de certeza*.

A ideia da amplitude de poderes conferidos ao juiz para *alcançar a verdade* é perniciosa, pois o *discurso da verdade real* é um mito, que parte da premissa de que o juiz penal pode atingir a verdade dos fatos. É possível, nesse sentido, questionar-se quais *poderes especiais* os magistrados teriam para, acima dos demais seres humanos, alcançarem a verdade.³⁶⁴

A partir disso, o *mito da verdade real* é apenas uma artimanha, engendrada nos meandros da inquisição, de modo a justificar o *substancialismo penal*, o *decisionismo processual* e o *ativismo judicial*, típicos de um sistema inquisitório³⁶⁵. Trata-se, especialmente no contexto do processo penal brasileiro, de um engodo, voltado a justificar o autoritarismo e a confirmar o *misticismo meta-jurídico* que confere divindade à figura do juiz.

As regras do devido processo legal, fundadas na instrumentalidade constitucional impõem limites ao *decisionismo* e ao *substancialismo*. O respeito às regras do jogo, portanto, cria condições de possibilidade de equilíbrio entre relativismo cético e a *mitologia da verdade real*.

A dicotomia da “verdade” é incongruente, pois: ou há *verdade material*, com a *busca pela essência dos fatos*, irrefutáveis, indiscutíveis, inexistente o convencimento; ou, há a

³⁶² FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 53-54.

³⁶³ Ibidem, p. 54.

³⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 271-272.

³⁶⁵ Ibidem, p. 272.

objetificação da relação processual e do *livre convencimento*, por meio do qual é possível o uso da racionalidade dedutiva e do método construído pela subjetividade.³⁶⁶

Mais do que isso, o atrelamento da concepção de direito à *mistura da vulgarização dos paradigmas aristotélico-tomista* e da *filosofia da consciência* faz com que a verdade “real” caiba, perfeitamente, “[...] na boca de um essencialista medieval, da filosofia clássica, objetivista”.³⁶⁷

A instituição da *verdade real* como um “princípio” é, na verdade, uma tentativa de limitar o *assenhoramento dos sentidos*, feito pelo *sujeito solipsista* e fundado na *metafísica essencialista*, pois, a verdade “real” determina a existência de um processo penal inquisitivo, que convive, simultaneamente, com o objetivismo e o subjetivismo, com efeitos nefastos.³⁶⁸

É por isso que o “princípio” é utilizado como *álibi teórico* que serve para justificar a busca de *elementos de convicção* pelo juiz, como *argumentos performáticos* para motivar uma decisão incoerente, com pouco ou nenhum fundamento jurídico. A verdade real é estereotípica e sugere a aceitação teórica e a *reivindicação de práticas de solidariedade e de submissão*.³⁶⁹

Desse modo, jamais poderia ser um princípio. Ocorre que a concepção de verdade imperante na dogmática jurídica é *metafísica*. Por isso é que o “princípio” da verdade “real” ainda é aceito por considerável parcela da doutrina e por setores pretensamente críticos. Ocorre que nem mesmo a dogmática consegue colocar a verdade “real” no seu próprio *solo filosófico*.³⁷⁰

A dogmática confunde os paradigmas ontológico-clássico e da filosofia da consciência, produzindo um conceito *autocontraditório*. Os juízes *realmente acreditam na possibilidade da verdade real*, em um objetivismo sustentado pela ontologia clássica aprimorada pelo *positivismo exegético* no século XIX.³⁷¹

A escola exegética, em sua “pureza”, acreditava que direito estaria na lei e que o juiz seria sua “boca”, como se norma e texto estivessem “colados” e o direito fosse apenas uma *racionalidade instrumental*. Assim, A vinculação à verdade “real” seria defensável apenas em um sistema tarifário (medieval), no qual fosse possível a obtenção de provas “irrefutáveis”, a exemplo da confissão obtida por meio de tortura (*regina probationum*).³⁷²

³⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011, p. 635-637.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 638-639.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 639-640.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 640-641.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 641-642.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 643-644.

³⁷² *Ibidem*, p. 644-645.

Processo inquisitorial e verdade real são *irmãos siameses*. Não se pode criticar o inquisitorialismo e, simultaneamente, defender a verdade real. Essa contradição equivale à defesa concomitante do sistema acusatório e do livre convencimento, que adiciona discricionariedade ao sistema inquisitório, *como se o processo penal brasileiro não fosse suficientemente autoritário*.³⁷³

Comprova-se, assim, que a verdade real *não pode ser um princípio*, pois não tem em si a possibilidade de *otimizar* coisa alguma. Aliás, nada que seja verdadeiro pode ser otimizado no contexto de uma *ilusão*. A partir dessas constatações, faz-se necessário estabelecer um critério aceitável para a determinação da busca da verdade no processo penal.

2.7 Verdade e livre convencimento

Diz-se que a sentença penal, no Brasil, guia-se pela *livre convicção* ou pelo *livre convencimento motivado*, contexto no qual o juiz pode decidir *de qualquer forma*, de conformidade com a sua *convicção*, desde que seja capaz de motivar sua decisão de acordo com a lei e com as provas carreadas aos autos.

Extraí-se essa definição do Art. 93, IX, da Constituição da República, que ordena a publicidade dos julgamentos e a fundamentação de todas as decisões,³⁷⁴ assim como do artigo 155 do Código de Processo Penal, que determina que o juiz formará sua convicção pela *livre apreciação da prova* produzida em contraditório.³⁷⁵

Se se pretender, com o processo, uma *aproximação à verdade* dentro das limitações humanas e jurídicas, a convicção se encontra muito além da necessidade de motivação da decisão. Aliás, a ausência de crítica a esse fundamento decisional determina o retorno ao *decisionismo* e à *busca ingênua pela verdade real* desprezando-se a necessária adequação da principiologia processual penal à Constituição e, em especial à filosofia da linguagem.

Corroborar-se, a partir dessa conceituação, a persistência da visão metafísica do processo, de sua concepção inquisitorial,³⁷⁶ bem como da *visão meta-jurídica* do juiz como

³⁷³ Ibidem, p. 645.

³⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988., n.p.

³⁷⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941, n.p.

³⁷⁶ Nesse sentido, em Mirabete, a carga probatória voltar-se-ia a produzir um “estado de certeza” na consciência do juiz, voltado à sua convicção sobre a (in)existência de um fato, da verdade ou falsidade de uma afirmação acerca de uma situação de fato. (MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit., p. 256).

divindade onisciente. Há quem, todavia, estabeleça algumas limitações de ordem lógica a essa possibilidade.

Marques afirma que o juiz não tem *liberdade de apreciação* suficiente para atingir o arbítrio. O que esse “princípio” faz é, sim, libertar o juiz dos *critérios legais apriorísticos*, nos quais a lógica do legislador se impunha sobre opinião em concreto. Ainda há, porém, o dever de decidir de conformidade com os ditames do bom senso, da lógica e da experiência.³⁷⁷

Desse modo, o livre *convencimento lógico e motivado* não se confundiria com o *juízo por convicção íntima*”, vez que é o único aceito pelo processo penal³⁷⁸. Note-se, que ao menos se pretende retirar a *arbitrariedade abstrata* da decisão penal, o que não a impediria em concreto, pois a decisão ainda é *discricionária*.

Tourinho Filho determina que, no referido sistema, não haveria o perigo de se *cair no despotismo judicial*, nem *limitar os movimentos do juiz* ao investigar à verdade, como acontece no sistema das provas legais, pois, por mais que admita um número amplo de provas, limita-se àqueles contidos no processo e às provas admitidas pelo direito.³⁷⁹

Ocorre que, se é que se pode evitar o despotismo, a arbitrariedade ainda é uma possibilidade presente no sistema, já que não apenas a apreciação da prova é “livre”, mas, também, o é a motivação, que pode, por lógica, justificar qualquer “verdade” vislumbrada pelo julgador.

Isso porque a convicção decorre não apenas das provas, mas, também, do *conhecimento pessoal* do juiz, de suas impressões pessoais que, à vista destas, pode repelir qualquer prova. No mesmo sentido, não está legalmente obrigado a especificar os fundamentos de sua convicção.³⁸⁰

Esse princípio, então, se opõe ao contraditório e decorre da apreciação subjetiva do juiz, que deve demonstrar as razões de seu convencimento, de modo que os fatos e as provas submetidos ao seu juízo, se fossem submetidos à apreciação desinteressada de qualquer outra pessoa razoável, deveriam produzir a mesma convicção que produziram no julgador.³⁸¹

³⁷⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. v. 2. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 278.

³⁷⁸ Idem.

³⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Curso de processo penal**. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 121.

³⁸⁰ HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, Porto Alegre, v. 39, p. 109-124, 2003, p. 110-111.

³⁸¹ Ibidem, p. 111.

Equiparando-se o juiz ao *homem médio*, encerra-se, portanto, a sua *divindade* e, com ela, qualquer possibilidade de onisciência. Ocorre que a subjetividade do sistema acaba por retirar a sua dialeticidade, de modo que o contraditório perde sua materialidade já que, não necessariamente, influenciará na decisão.

Dentre os sistemas probatórios, considerados historicamente, é o sistema que menos dá margem a erros, pois, ao menos, impõe o dever de motivação ao juiz. Além disso, reduz-se a possibilidade de crítica social da decisão, por meio da satisfação do requisito da *sociabilidade da convicção*, que corresponde ao máximo de garantia da verdade declarada na sentença.³⁸²

Não “escraviza”, pois, o juiz, pois não contraria a sua consciência, nem confere a ele uma “discricionariedade indomável”³⁸³. De fato, o sistema do *livre convencimento motivado* demonstra vantagens diante dos seus antecessores, pois, efetivamente, diminui, mesmo que discretamente, a discricionariedade do juiz.

No mesmo sentido, favorece uma *aproximação à verdade*, pois não limita o julgador às provas prescritas pela lei. A discussão, todavia, não se esquia da questão da verdade no processo penal, pois os efeitos desses sistemas afetam diretamente o grau de idoneidade do conhecimento judicial válido dentro dos limites do devido processo legal.³⁸⁴

A discussão diz respeito, também, ao juiz, no contexto do chamado devido processo penal, pois é necessário reduzir os riscos relacionados à interferência aprioristicamente condicionada, por força dos vícios funcionais e das funções e missões do processo judicial, referentes aos compromissos com o Estado de Direito.³⁸⁵

É evidente que o processo judicial tem que afirmar algum tipo de convicção em relação aos fatos e à norma fundamentadora de sua decisão, de modo que aquele que decide e aquele que está autorizado a decidir, em qualquer instância, afirmará um *tipo de verdade*, que pressupõe capacidade e autoridade para decidir sobre essa verdade.³⁸⁶

O processo penal, todavia, é caracterizado pela *dialética da incerteza* e pela *potencialização da ampla defesa*. Há, porém, de se reconhecer a possibilidade de construção de

³⁸² ARANHA, Adalberto José de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78.

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Cardoso de. (Org.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao Professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2006, p. 91-92.

³⁸⁵ Ibidem, p. 92-94.

³⁸⁶ Ibidem, p. 94.

um convencimento judicial válido sobre os fatos³⁸⁷. Além disso, é evidente que, em algum momento, o juiz tem de decidir, com base nos fatos apresentados e por ele colhidos.

Até porque o processo não pode durar eternamente, de forma que, por mais que o julgador tenha de se esforçar na *busca pela verdade*, é necessário que, em algum ponto, possa-se dizer *suficientemente convencido* acerca da realidade pretérita apresentada no decorrer do processo.

Coutinho afirma que, a partir dessas determinações é possível compreender quão solitário e angustiante é o labor do juiz, que deve chegar à verdade por meio dos caminhos que escolher. O crime, nesse sentido, é *multifário*, mas o juiz deve *reconstruí-lo de maneira aceitável*, mediante a verificação de cada um de seus aspectos ou, ao menos, os principais.³⁸⁸

A *lógica deformada* do sistema, porém, não o permite, pois privilegia o dedutivismo, permitindo ao inquisidor escolher a premissa maior, de modo que pode decidir antes e, só depois, buscar a prova necessária para justificar sua decisão. Trata-se do *primatto dell'ipotesi sui fatti*: partindo-se de uma premissa falsa, várias vezes assentada em um lugar comum, chega-se a uma conclusão falsa, transformada em *verdade constituída*.³⁸⁹

No sistema do livre convencimento motivado, exige-se do juiz a verdade “real”, de modo que ele, na sentença, corporificando o “padrão” de adequação perfeita à realidade que dele se exige, decide acreditando que alcançou, de fato, a correspondência exata aos eventos pretéritos. Mas essa correlação, pela impossibilidade lógica da verdade material, é falaciosa.

Ainda se crê no *modelo solipsista-cartesiano*, no qual o juiz é o principal destinatário da prova e na necessidade de a instrução processual poder gerar a *certeza da sentença*. A verdade “real” e o *juiz inquisidor presidente da instrução* são usados como *álibi teórico* para justificar a busca de *elementos de convicção* pelo juiz e como *argumento performático* na motivação da decisão, sem coerência, integridade, ou necessidade de fundamento jurídico.³⁹⁰

Dessa forma, a verdade real “existe” em concomitante ao livre convencimento. É, todavia, impossível compatibilizá-los, pois, ou há verdade real nos fatos e elas são irrefutáveis, ou o convencimento é livre, possibilitando *deduções autônomas e racionais do que é verdadeiro*.³⁹¹

³⁸⁷ Ibidem, p. 94.

³⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovas, 2001, p. 25-26.

³⁸⁹ Ibidem, p. 26.

³⁹⁰ STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 634-635.

³⁹¹ Ibidem, p. 635-636.

O sistema inquisitório está intimamente ligado ao *esquema sujeito-objeto*, no qual o sujeito é *senhor dos sentidos*, que *assujeita as coisas*, o que resulta na produção de prova *ex officio* e da prevalência do “princípio” do “livre convencimento”. Se o convencimento for “livre”, mas não estiver balizado pela Constituição, retorna-se ao inquisitorialismo, pois o dever de fundamentar não resolve, isoladamente, o problema do livre convencimento.³⁹²

Não bastasse, não há indicador expresso de que o “livre convencimento” conste do Artigo 93, IX, da Constituição. Ao contrário, se todas as decisões devem ser fundamentadas, isso não quer dizer que qualquer fundamentação bastaria, pois *decisão não é sinônimo de escolha*.³⁹³

Assim, a decisão jurídica não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades, escolhe aquela que lhe parece mais adequada, pois a formação do convencimento do juiz refere-se a uma questão filosófica, representada pela discussão sobre as *condições de possibilidade* das quais o juiz dispõe para decidir”.³⁹⁴

À luz da *filosofia da linguagem*, é evidente que as teorias que se voltam à vontade do intérprete possibilitam discricionariedades e arbitrariedades. É paradigmática a discussão sobre a *tríade evolutiva* do conceito, entre o modelo da prova legal, da livre apreciação e do livre convencimento: se o primeiro estiver preso ao dedutivismo, os outros dois se vinculam ao *solipsismo do sujeito da modernidade*.³⁹⁵

Nada se construiu além do livre convencimento, como se a filosofia não pudesse adentrar o campo processual ou estivesse estacionada no paradigma da *filosofia da consciência*, que é a *outra face da moeda do livre convencimento*. Assim, o livre convencimento *não é racional* porque *não está ancorado na razão*, mas, sim, *na vontade*, ligando-se ao mesmo paradigma que vem persiste na ideia de *verdade real*.³⁹⁶

Nesse sentido, não cabe ao juiz *explicar o que o convenceu*, mas, sim, *explicitar os motivos de sua compreensão*, oferecendo uma justificação, demonstrando como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso, ou seja, uma *resposta correta*, em um contexto de unidade, integridade e coerência sobre o Direito da Comunidade Política.³⁹⁷

Talvez, nesse ponto, passa-se falar, efetivamente, em *livre convencimento motivado*: não na liberdade ampla de decidir, em um discricionarismo minimamente regrado, mas, sim,

³⁹² Ibidem, p. 636-637.

³⁹³ Ibidem, p. 637-638.

³⁹⁴ Ibidem, p. 637-638.

³⁹⁵ Ibidem, p. 642-645.

³⁹⁶ Ibidem, p. 646-650.

³⁹⁷ Ibidem, p. 651-652.

na possibilidade de apreciar as provas, complementar a instrução e *decidir em qual momento estaria suficientemente convencido* acerca de uma realidade passada, de modo que a obrigatória motivação deve servir, também, para determinar *o quão próximo pôde chegar da verdade*.

2.8 A verdade aproximativa e a certeza

Sabe-se, de conformidade com o que foi estudado acima, que a *verdade material* nada mais é do que um *ideal*, que deve, todavia, ser perseguido, incessantemente, pelo julgador.

O próprio conceito de verdade é algo absoluto, atingível somente quando se seja certo de que algo se passou de uma forma que exclui qualquer outra possibilidade. Essa possibilidade, porém, extrapola os limites humanos. O *mito da verdade substancial* serve para *atarracar o processo*, para que se possa intentar uma *impossível reconstrução precisa dos fatos*.³⁹⁸

Faz-se necessário excluir do *campo de alcance* da atividade jurisdicional a possibilidade de uma verdade substancial, pois o juiz nunca poderia chegar a esse ideal. É possível, no máximo, chegar-se a um resultado que apenas se *assemelhe à verdade*, baseado na convicção do juiz de que é o ponto mais próximo da verdade que poderá atingir.³⁹⁹

O juiz não pode analisar, objetivamente, um fato, sem, necessariamente, acrescentar-lhe subjetividade. Apesar disso, persiste a ilusão de que a decisão judicial está calcada na verdade dos fatos, o que produz a impressão de que o juiz se limita ao simples silogismo, afirmação que não tem o menor respaldo.⁴⁰⁰

Trata-se, contudo, de um mito em derrocada. A manutenção da *miragem da verdade substancial* não conseguirá impedir o naufrágio de suas ideias. Assim, é necessário excluir do alcance da atividade jurisdicional a possibilidade da verdade substancial, até porque se trata de um *ideal inalcançável*.⁴⁰¹

A atividade probatória permite chegar, no máximo, a um *resultado semelhante à verdade*, de forma meramente aproximativa, baseada na convicção do juiz “[...] de que ali é o ponto mais próximo da verdade que ele pode atingir, do que, propriamente, em algum critério objetivo”.⁴⁰²

³⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., p. 41-49.

³⁹⁹ Ibidem, p. 50-52.

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 53-59.

⁴⁰¹ Ibidem, p. 60-63.

⁴⁰² Ibidem, p. 64-66.

Se o magistrado, incerto acerca da efetiva ocorrência dos fatos descrito no antecedente normativo, puder aplicar sanção, mesmo no caso de dúvida, sua decisão não seria legítima e *cairia por terra toda teoria da norma*, pois, mesmo verificado o antecedente, o consequente não incidiria corretamente.⁴⁰³

O resultado, nesse encadeamento, seria desastroso, “[...] já que não mais se poderia legitimar a decisão judicial no ordenamento jurídico (ou na repartição dos poderes), mas apenas na força do Estado”. Essa impossibilidade, porém, não lhe dá o direito de julgar o mérito sem a convicção da verdade.⁴⁰⁴

O esforço para se chegar o mais próximo possível dessa meta inalcançável é um *dever de honestidade*, de modo que a convicção da verdade é uma necessidade diretamente relacionada à *impossibilidade de se encontrar a verdade*. Nesse sentido, a produção de provas de ofício volta-se a “[...] suprir, dentro de limitações naturais, a insuficiência de produção de provas pelas partes, com o fim de possibilitar ao juiz a formação do seu convencimento para julgamento do mérito”.⁴⁰⁵

Até porque, *verdade, certeza e convicção*⁴⁰⁶ são estruturalmente diversas. Pelo caminho da verdade relativizada, não absoluta, o conhecimento se relaciona ao contexto em que surge, com o método que se desenvolve em sua busca e com a quantidade e qualidade de informações de que se dispõe.

A verdade de um enunciado é *univocamente determinada pela realidade do evento que representa*. O enunciado é ou não é verdadeiro. Não pode ser *mais ou menos verdadeiro*. O *grau de confirmação* que pode ser atribuído a esse enunciado com base nos conhecimentos disponíveis pode, contudo, variar. Pode existir, assim, *maior ou menor aproximação da verdade*.

Fala-se, nesse contexto, em verdade *relativa e objetiva*. A verdade na apuração dos fatos é *relativa*, pois fundada em provas que justificam o conhecimento do juiz como cognoscitiva, na qual o convencimento acerca de um determinado enunciado corresponde à realidade dos fatos, no grau em que puderem ser justificados.

⁴⁰³ Ibidem, p. 66-69.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 72-83.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 84-99.

⁴⁰⁶ Taruffo crê que a verdade pode ser alcançada, no processo, da mesma forma que pode ser obtida em outros campos da experiência cotidiana. As normas jurídicas, contudo, definem um contexto para a verdade “judicial” que, como qualquer tipo de verdade, é, de alguma forma, “contextual”. (TARUFFO, Michele. Op. Cit., 2016, p. 24).

A verdade *objetiva*, todavia, não é fruto das preferências subjetivas e individuais do juiz, pois deve se fundamentar em *razões objetivas*, que justifiquem seu convencimento, e que derivem das provas colhidas.

Malatesta afirma que, sobre o conhecimento de um fato, o espírito humano pode se encontrar em estado de ignorância, dúvida ou certeza. No estado de *certeza* haverá um *conhecimento triunfante*. Assim, *verdade e certeza não se confundem*, pois verdade é a *conformidade da noção ideológica com a realidade*, enquanto a certeza é a *crença na percepção dessa conformidade*.⁴⁰⁷

A certeza é, por consequência, um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva. Apesar de ser impossível romper as relações existentes entre a alma humana e realidade exterior, *a certeza não pode ser destacada da verdade*, sob pena de transformar-se em pirronismo.⁴⁰⁸

A certeza resulta do *influxo da verdade objetiva*, porém, verdade não é. Trata-se de um estado da alma, que pode não corresponder à verdade objetiva⁴⁰⁹. A certeza tem natureza subjetiva, de modo que não se pode descartar sua variabilidade no contexto social. O que é incontestável para uma pessoa, pode, eventualmente, não o ser para outra.⁴¹⁰

A convicção, porém, *é algo menor que a certeza*, mas exprime um ponto máximo de persuasão, por meio de uma *visão intelectual segura*, não pelo *impulso cego do espírito*.⁴¹¹ Nesse mesmo sentido, o convencimento *aperfeiçoa a certeza*, pois conserva sua natureza genuína e racional, que não deve ser determinada por razões estranhas à verdade.⁴¹¹

Ao convencimento deve se aspirar a sociabilidade que, porém, não pode determinar a condenação, mas pode servir para absolver. O juiz só pode condenar legitimamente, com base em seu conhecimento, se julgar que os fatos e as provas submetidas à sua apreciação o forem de maneira desinteressada de qualquer outro cidadão racional.⁴¹²

Essa situação também produziria, no *homem médio*, a mesma certeza que produziu no espírito do julgador. A certeza não se relaciona à *probabilidade*, que é mero *narcótico sobre a consciência do magistrado*. A probabilidade não pode gerar condenação, de modo que *confundir certeza e probabilidade abalaria a garantia de justiça*.⁴¹³

⁴⁰⁷ MALATESTA, Nicola Framarino. Dei. Op. Cit., p. 19-36.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 37-67.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 37-67.

⁴¹⁰ Ibidem, p. 68-92.

⁴¹¹ Ibidem, p. 94-105.

⁴¹² Ibidem, p. 106-125.

⁴¹³ Ibidem, p. 125-126.

Por isso surge a necessidade de se investigar para se chegar à “verdade com certeza”. Assim, não basta a probabilidade para pronunciar a condenação com justiça: “Desde que se encontre um motivo para não acreditar, digno de ser tomado em conta, falta à certeza, e não pode condenar-se”.⁴¹⁴

Nesse sentido, sobre o conhecimento de um fato, o espírito humano pode estar em estado de ignorância, dúvida ou certeza. A dúvida existe se uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e negativos. Assim, se prevalecerem os negativos sobre os afirmativos, pode haver: o “improvável”; a “simetria entre os motivos afirmativos e negativos”; o “crível” no sentido específico; e o “provável”, pela “prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos”.⁴¹⁵

A certeza é, assim, um aspecto intrínseco ao homem, ligado às suas crenças ou aos seus pensamentos,⁴¹⁶ enquanto a verdade se coloca diretamente no plano da realidade e, especialmente, da noção de correspondência com o objeto, coisa ou enunciado fático cuja veracidade se perquiria.

Verdade e certeza não são sinônimas. Uma afirmação é verdadeira independentemente da certeza, pois é objetiva e determinada pela realidade. É um grau de persuasão que um sujeito tem a respeito da veracidade de um enunciado, que poderá ser dimensionado, quantificado ou escalonado.

Na escala mínima, tem-se a incerteza, que é a ausência total de convicção e conhecimento. Da incerteza até o grau da certeza absoluta, há diversos graus de convencimento do sujeito, que podem ser denominados de várias formas: dúvida, improbabilidade, probabilidade, convicção.

Como afirmou Carnelutti, *a verdade está no todo, e o todo é demais para nós*, de modo que a verdade é impossível, devendo o processo buscar a certeza, em sentido oposto à noção de *verdade absoluta*. A “certeza” decorre de uma aplicação etimológica do verbo *cernere*, que, traduzida do italiano, significa “ver”, “discernir”, referindo-se, então, a uma escolha, a uma atividade do sujeito de conhecer os fatos da causa.⁴¹⁷

⁴¹⁴ Ibidem, p. 127-128.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 129-133.

⁴¹⁶ Relaciona-se, portanto, a um “estado da mente”, a um grau elevado de intensidade do convencimento do sujeito, pois demonstra tratar-se de um “[...] acto do espírito pelo qual se reconhece sem reservas a verdade ou falsidade de uma coisa ou, melhor, de uma situação objectiva”. (MORA, Jose Ferrater. Op. Cit., p. 37).

⁴¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit., p. 9.

Cernere, no contexto do processo, não se relaciona a *ver*, mas, sim, a *escolher*. A certeza, então, implica em uma escolha⁴¹⁸. Carnelutti, portanto, abandonou o *conforto da metafísica* e deixou a verdade absoluta para o plano divino. Reconheceu que a verdade da coisa como um todo ou apenas de uma parte, exige o conhecimento do seu não-ser, a *outra cara da moeda*, de modo que se possa, efetivamente, escolher.

Carnelutti, nesse diapasão, admite a incapacidade humana de encontrar e de *suportar a verdade* como ela deveria ser, ou seja, a *verdade total*, que não pode derivar de um lugar apenas, mas, deveria ser encontrada em sua completude. Por isso, elegeu a busca da *certezza* como escopo do processo, deixando a verdade para o plano divino.⁴¹⁹

O referido autor, portanto, afastou-se da linha de pensamento heideggeriana, porém, manteve-se fiel à concepção platônica da verdade, *dicotomizada entre essência-matéria e corpo-espírito*⁴²⁰. Desvela o “ser” como “ente” e percebe seus sentidos, incluindo-o no mundo da linguagem.

Ao trazer a linguagem para o centro da questão, aponta que o processo deve primar pela certeza, pelo *conhecimento verificado e justificado pelo juiz*. Como consequência, a certeza do sujeito (juiz) acerca do conteúdo de uma afirmação (fato), deverá ser transmitida por meio das justificativas fáticas e jurídicas que ele puder fornecer.

Ocorre que, para afirmar e justificar a certeza da culpabilidade, seu convencimento deve ser fundamentado e motivado, baseado em provas de sua afirmação. O discurso da absolvição ou da culpabilidade deve estar ancorado e embasado em elementos objetivos verificáveis no processo. O processo deve *objetivar a certeza* por meio das provas, retirando da decisão judicial a subjetividade imanente ao juiz, que poderia levar a arbitrariedades.

Deve, assim, reaproximá-la da verdade. Se o processo é o método que visa a aplicação do Direito material, por meio de normas processuais preordenadas, o direito além de “ver” tem de “prever”, o que se faz por meio da lei, de modo que seria possível afirmar que, para a certeza, bastaria a formulação de um juízo ou de um raciocínio com base na lei.

⁴¹⁸ Idem.

⁴¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Fragmento de Melancolia: aproximações sobre a glosa de "Verdade, Dúvida e Certeza" de Carnelutti. **O Estado do Paraná**, Curitiba, coluna "Direito e Justiça", 10 nov. 2002, p. 8.

⁴²⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Fragmento de Melancolia: aproximações sobre a glosa de "Verdade, Dúvida e Certeza" de Carnelutti. **O Estado do Paraná**, Curitiba, coluna "Direito e Justiça", 10 nov. 2002, p. 8.

O direito, porém, não se reduz às leis, de modo que a certeza não é um problema de subsunção. Assim o raciocínio silogístico não é adequado e reduziria a atividade jurisdicional à mera aplicação da lei ao caso concreto. Se se partir do *pressuposto da busca da verdade* enquanto aspecto essencial à formação da convicção judicial, o direito se aproximaria da concretização da justiça.

A lei deve ser um instrumento para alcançar a justiça e o processo deve ser o método por meio do qual as leis são traduzidas em sentença. O conhecimento, todavia, é sempre parcial. Mesmo que existam procedimentos de otimização do processo de reconstrução histórica dos fatos, o julgador não pode ignorar a impossibilidade humana de descobrir a verdade.⁴²¹

Assim, *a verdade em um processo é uma verdade aproximativa*. Nesse sentido é que o embasamento do convencimento judicial em provas é indispensável. As provas deverão estar aptas a demonstrar a verdade dos fatos e inculcar no julgador a certeza sobre o acontecimento fático.

Na dúvida ou na incerteza da culpabilidade do agente, é inconcebível que uma sentença condenatória se sustente na *probabilidade* da autoria e da materialidade, tendo em vista a garantia fundamental do *in dubio pro reo*. O processo penal pode apenas fornecer a *probabilidade* de o julgador obter provas por iniciativa própria.

Essa possibilidade favorece o *ideal de certeza*, já que, quanto maior a iniciativa probatória do julgador na instrução, mais perto da certeza chegará. Dinamarco afirmou, porém, que verdade e certeza são, ambas, inalcançáveis. O máximo a ser obtido no processo seria uma *marginem segura de probabilidade*, capaz de produzir uma *considerável segurança jurídica*, que não se confunde com a verdade ou com a certeza.⁴²²

No processo penal, todavia, impera a ideia de que o juiz deve estar convicto de ter atingido a verdade. Reputando legítimo seu convencimento acerca do cometimento do delito, só pode condenar o indivíduo se os fatos e as provas submetidos à sua apreciação forem capazes de gerar a certeza em seu espírito⁴²³, persuadindo-o acerca da veracidade (ou não) dos fatos.

Assim, a lei percebe que a convicção está estritamente relacionada à matéria probatória, pois é por meio dela que o julgador se convence acerca da (in)existência do crime. Em um

⁴²¹ CASARA, Rubens. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 178.

⁴²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 449.

⁴²³ O artigo 155 do Código de Processo Penal determina que “[...] o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]”. (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941, n.p.).

sistema de processo penal assegurado pelas garantias constitucionais⁴²⁴. é necessário entender que *a verdade real não existe*.

A *verdade processual* caracteriza-se pela *certeza jurídica*, que não se confunde com a certeza da realidade pretérita, pois deriva das provas dos autos. O juiz *nunca saberá o que de fato ocorreu*, de modo que, não chegará à verdade, apenas à justificação, trazida por uma decisão *embasada na certeza objetiva*, caracterizada pelo *exaurimento dos meios probatórios*.

Ferrajoli afirmou que, para se expressar a relatividade da verdade, é possível utilizar a noção de *aproximação à verdade objetiva*, entendida como uma *ideia reguladora* que, por sua vez, não se iguala à verdade, mas possibilita uma aproximação, sob a condição de que não se associem *conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial* a essa noção.⁴²⁵

Trata-se, então, de um *princípio regulador*, que permite asseverar que uma tese ou uma teoria é *mais plausível* ou *aproximativamente verdadeira* e, portanto, preferível a outras em decorrência de seu *maior poder de explicação*” e da *maior quantidade de controles* à qual foi submetida.⁴²⁶

Não é, então, uma probabilidade; é, sim, uma *verdade provável*, embasada em um *juízo de probabilidade*, caracterizado pela intensa argumentação dialética entre os sujeitos cognoscentes (partes e juiz) e pela garantia do pleno contraditório, em um procedimento adequado, condizente com o devido processo legal.⁴²⁷

A verdade é, evidentemente, *aproximativa*. Dela é possível extrair que determinada tese é *mais plausível e preferível em relação às outras*, por ter maior *poder de explicação* e ter passado por um controle mais apurado. Para que seja válida, porém, deve ser precedida por um processo dialético de *construção da certeza*.

Desse modo, o diálogo processual, consubstanciado pelo contraditório, faz com que a decisão se aproxime ainda mais de uma verdade processual *legítima*, de acordo com o que será demonstrado no tópico a seguir.

⁴²⁴ Nesse sentido, aceitar a limitação da verdade processual como aproximação não significa aceitar a dúvida como sucedâneo da verdade, pois, se a verdade processual não conduzir ao convencimento quanto à culpabilidade, prevalece o *in dubio pro reo*.” (QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37).

⁴²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 53-57.

⁴²⁶ Ibidem, p. 58-60.

⁴²⁷ Ibidem, p. 60-62.

2.9 O livre convencimento e o contraditório: a verdade dialética

Tendo-se encontrado que a verdade não pode ser substancial, porém, só pode ser aproximativa, faz-se necessário estabelecer como, dentro da filosofia e do direito processual, seria possível fazer com que a decisão se distancie da incerteza, em direção à certeza desejada por Canelutti.

De início, essa aproximação não pode se dar em relação à “consciência” do julgador, mas, sim, no contexto do processo. Para que se aproxime da verdade como consenso, faz-se necessário que o processo assuma, de fato, um caráter dialético, caracterizado pela cooperação das partes, em detrimento do modelo adversarial criticado, *v.g.*, por Taruffo.

O processo *dialético*, ou seja, de estrutura *aristotélica*, preserva a contraditoriedade das relações humanas, que é inerente ao *ser das coisas*", presente em qualquer questão submetida ao Judiciário. A partir de uma ação, inicia-se o conhecimento sobre o objeto de uma pretensão, em relação ao qual o autor pretende submeter o interesse do réu ao seu.⁴²⁸

Aquele em face de quem se pede, deverá ser ouvido, em contraditório⁴²⁹. Devido a vários motivos e fatores, a incerteza de uma pertinência à veracidade, a existência concreta de um conjunto de elementos fáticos e jurídicos e a definição e delimitação dos direitos subjetivos em oposição, a certeza dependerá da *paridade simétrica* da posição processual dos envolvidos.

Há, portanto, um vínculo entre o processo judicial democrático e participativo e o propósito essencial do Estado de *facilitar a participação de todos nas decisões que os afetam*, pois, no processo, são tomadas decisões que afetam os direitos das pessoas. Por isso é que a participação deve ser facilitada, para que se possa cumprir e legitimar o Estado democrático.⁴³⁰

Argumentação, diálogo, sustentação e defesa de ideias, estão presentes no mundo social, que é concebido de forma participativa e democrática, e contribuem para a aproximação à verdade e à tomada das melhores decisões. No campo do direito tudo é discutido, debatido, e o que se pensa é controvertido.⁴³¹

Ideias, valores, atitudes, projetos são discutidos, nem assumidos passivamente, mas, sim, resistidos de acordo com a visão de mundo de cada um. Advogados e funcionários públicos

⁴²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O processo penal como dialética da incerteza. **Revista de Informação Legislativa**, v. 183, p. 67-75, 2009, p. 68-69.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 69.

⁴³⁰ CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. La argumentación y el diálogo frente al principio de contradicción. **Derecho penal contemporáneo**, Bogotá, n. 3, p.131-161, abr./jun. 2003, p. 131-133.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 133-135.

produzem textos argumentativos escritos ou orais, sujeitos à controvérsia. Assim, a prática legal não é estranha ao mundo da argumentação, da refutação e do diálogo.⁴³²

Os diálogos surgem na criação das leis, da mesma forma que aparecem no momento em que o juiz resolve um conflito pela aplicação da lei, ou se as partes utilizam meios alternativos de resolver disputas. A argumentação, a refutação e o diálogo são necessários ao processo, bem como a motivação, fundamentação e embasamento de decisões que possam afetar direitos.⁴³³

O processo judicial dialógico apenas será legítimo e democrático se garantir a argumentação e a contradição, pois se liga, politicamente, à democracia, por meio de paradigmas participativos. A questão litigiosa, porém, é essencial entre partes dissidentes, que ocupam posições opostas, na busca da solução pacífica por intermédio da razão, não da força.⁴³⁴

Assim, o direito à defesa técnica é uma garantia fundamental e um pressuposto essencial de validade da relação contraditória, estabelecida por meio do processo criminal. É um ato fundamental de participação em assuntos processuais voltados a materializar o direito de defesa, rodeado de seriedade e formalidade, porém, não se descuidando do dever de atenção e respeito às intervenções orais das partes na audiência pública.⁴³⁵

O respeito ao contraditório garante a dialeticidade ao processo e, via de consequência, uma aproximação ainda maior à verdade dos fatos. A participação simétrica dos interessados na construção do processo torna-se imprescindível, e o contraditório se torna uma garantia fundamental. Consequentemente, os problemas envolvendo os direitos fundamentais atingirão, também, o contraditório.

Nesse sentido, o contraditório, além da *função de resistência*, deve se voltar à proteção, pois ao Estado não cabe apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais, mas, principalmente, de promovê-los, por intermédio das medidas que os concretizem do melhor modo possível.⁴³⁶

Os atos processuais são desenvolvidos de forma bilateral, ao passo que as partes se manifestam sobre os atos do processo. O autor da demanda apresenta razões, o réu

⁴³² Ibidem, p. 135-146.

⁴³³ Ibidem, p. 147-149.

⁴³⁴ Ibidem, p. 149-151.

⁴³⁵ Ibidem, p. 152-154.

⁴³⁶ NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47-48.

contrarrazões, uma parte produz a prova e a outra pode apresentar contraprova, até o limite imposto pela legislação.⁴³⁷

Nesse sentido, o contraditório, mais do que uma garantia processual, é uma *regra do jogo*, que deve ser respeitada, de modo a promover maior aproximação à verdade no processo, bem como a atingir a dialeticidade requerida pela democracia.

Faz-se necessário, todavia, ao menos tentar construir uma teorização que abarque os pressupostos filosóficos e jurídico-processuais estudados neste e no primeiro capítulo, de modo a dar concretude aos raciocínios aventados preliminarmente. Proceder-se-á a essa tentativa no capítulo a seguir.

⁴³⁷ Ibidem, p. 49-50.

CAPÍTULO III - AS (IM)POSSIBILIDADES DA OBTENÇÃO DE UMA VERDADE “APROXIMATIVA” NO PROCESSO PENAL

O objetivo do presente capítulo é trabalhar a modificação conceitual que pode ser determinada, no que concerne à gestão da prova, no interior do paradigma aproximativo-dialético, no contexto do direito processual penal.

Justifica-se o presente estudo pela necessidade de se concretizar, argumentativamente, a tese ora defendida, de modo a comprovar a possibilidade de uma *gestão dialético-aproximativa da prova*, comprometida com os três objetivos do processo penal: a preservação das garantias fundamentais do acusado, a aplicação da lei penal e a justiça no caso concreto.

De conformidade com o que foi estudado nos capítulos anteriores, não é possível esperar que o processo, especialmente no contexto inquisitorial no qual ainda se encontra inserido, encontre a *verdade real* acerca da realidade pretérita. É viável, todavia, a tentativa de formulação de um paradigma interpretativo acerca da prova, que leve em consideração que, apesar de impossível seu alcance, a *busca da verdade* é um princípio jurídico *otimizável*.

É dever do juiz tentar se aproximar o máximo possível da realidade pretérita colocada sob sua apreciação no processo. No mesmo sentido, o processo judicial deve ser trabalhado sob os pressupostos dialéticos anteriormente colocados, de modo que não é lícito ao julgador apropriar-se da gestão da prova.

Faz-se necessário que os argumentos colocados pelas partes façam parte do seu conhecimento, que tenham capacidade de influenciar a decisão final. Esses argumentos, todavia, devem ser materializados pelas provas coligidas aos autos, em um processo dialético, voltado à máxima supressão das subjetividades, para que a aproximação à verdade seja possível.

O presente capítulo será dividido em oito partes. Inicialmente, será estudada a prova, enquanto principal método de obtenção da verdade. A seguir, serão estudados o conceito e a finalidade da prova. Após, passa-se ao estudo das diferenças entre a verdade científica e verdade jurídico-processual.

Na sequência, estuda-se a Constituição como *condição de possibilidade* para a obtenção da verdade processual, em decorrência do necessário respeito às garantias fundamentais do acusado. Posteriormente, serão estudados os conceitos de argumentação, lógica e retórica e os seus respectivos papéis no concernente à aproximação à verdade.

Após, passa-se ao estudo dos limites da discricionariedade judicial no que se relaciona à apreciação do conteúdo probatório. A seguir, trabalham-se as possibilidades dialético-aproximativas demonstradas pelos meios de prova e, por último, procede-se ao estudo das

possibilidades de uma *aproximação suficiente à verdade* e suas relações com a motivação das decisões judiciais penais.

3.1 A prova como principal método de obtenção da verdade

A análise dos fatos no processo está relacionada à *verdade histórica* sobre fatos pretéritos, cuja veracidade deverá ser aferida por meio das provas. No processo penal, a prova ganha importância ímpar, pois, de um lado, há o interesse social na correta⁴³⁸ e justa punição do agente criminoso e a preocupação de que a reprimenda estatal não chancele injustiças.

Nesse sentido, há quem entenda que, no direito processual penal, vigora o *princípio da verdade real*, que permitiria ao juiz requisitar a produção oficiosa de provas, de modo a garantir a proteção necessária a todos os bens jurídicos em jogo: o exercício do direito de punir e a liberdade do cidadão.

O juiz, então, deve *tentar descobrir a verdade*. A atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Nesse sentido, a partir da omissão de qualquer das partes, é facultado ao juiz valer-se dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento.⁴³⁹

Se os entender, contudo, insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas. Ocorre que a “certeza” buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida⁴⁴⁰. Evidentemente, todavia, que a requisição de provas pelo julgador não pode ser feita indiscriminada e desproporcionalmente, fora do contexto do contraditório.

Essa atividade deve ser *complementar*, pois é limitada pela principiologia processual penal e, em especial, pela dialeticidade do processo. Desse modo, há limites jurídicos (constitucionais e legais) que o magistrado não poderá ultrapassar, sob pena de violar o sistema acusatório, o que desnorteia a correta aplicação do direito.

⁴³⁸ A propósito, Liebman, ao conceituar o termo “julgar”, assevera consiste em valorar um fato ocorrido no passado, valoração com base no direito vigente, determinando, em consequência, a norma concreta que regerá o caso. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. t.1, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 4).

⁴³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. (Org.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 5-7.

⁴⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. (Org.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 5-7.

O magistrado não pode ser omissivo quanto à carga probatória, nem pode ser excessivamente ativo, sob pena de perder sua imparcialidade. Essa preocupação, aliás, não é recente. Merryman relembra que a experiência dos tribunais pré-revolucionários fez com que os franceses temessem o *poder legislativo dos juízes*, disfarçado de interpretação das leis.⁴⁴¹

Sustentou-se que se deveria negar aos juízes até mesmo a faculdade de interpretar. O temor de um *ouvernement des juges* pendia, então, sobre as reformas francesas pós-revolucionárias, matizando o processo de codificação. Essa foi uma das razões para a separação estanque entre os poderes, concentrando a força jurídica na legislatura representativa, negando a faculdade legiferante ao Poder Judiciário.⁴⁴²

Nesse sentido é que, no direito continental europeu, surgiu uma imagem do processo judicial como uma atividade rotineira, com um juiz agora convertido em um *empregado especializado*, ao qual se apresentava uma situação de fato para a qual deveria encontrar uma resposta legislativa, exceto nos casos “extraordinários”.⁴⁴³

A função judicial passou a consistir em encontrar uma disposição legislativa correta, compará-la a outra situação jurídica, enquadrá-la na situação de fato e consagrar uma solução, unindo-as, de forma automática. O juiz, nesse sentido, passa a assumir a imagem de operador de uma máquina, desenhada e construída pelo legislador: sua função passa a ser mecânica.⁴⁴⁴

O juiz, assim, não é um *herói cultural* nem uma *figura paternal*. Sua imagem passou, sim, àquela de um mero *empregado público* que desempenha funções que, apesar de importantes, são, essencialmente, pouco criativas⁴⁴⁵. Evidente, contudo, que não é essa atividade mecânica que se espera do juiz, especialmente sob a égide da Constituição de 1988.

Apesar de o juiz dever buscar, inquietantemente, a verdade, as possibilidades dessa procura esbarram no dever de imparcialidade, que é uma barreira juridicamente intransponível. A busca pela verdade somente encontrará sua legitimidade se estiver pautada nas provas trazidas aos autos, possibilitando, então, a justiça no caso concreto.

A produção probatória deve estar em consonância com as normas relacionadas a essa procura. Mais do que isso, apesar de a verdade real nada mais ser do que uma ilusão, somente

⁴⁴¹ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1950, p. 64-65.

⁴⁴² Ibidem, p. 65-66.

⁴⁴³ Ibidem, p. 67-69.

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 69-73.

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 73-77.

poderá haver um processo justo se a decisão se aproximar, o máximo possível, dentro dos limites humanos e jurídicos,⁴⁴⁶ da efetiva obtenção da verdade.

A inobservância das garantias constitucionais e legais, contudo, é capaz de desvirtuar os objetivos do processo, de modo que a “verdade” obtida sob essas violações restaria irremediavelmente tisonada. O processo não pode ser apenas a confirmação de uma acusação, nem o acusado pode ser seu objeto.

Se a inocência se presume até que o contrário reste provado, não se pode iniciar o processo pressupondo-se a culpa. Assim, o direito de provar deve ser amplo, de modo a efetivar a justiça por meio da tentativa de reconstrução da verdade pretérita. Busca-se por meio da instrução, não pela narração dos fatos.

Respeitam-se e observam-se as garantias processuais, que devem ser colocados a salvo do acusador, pois a verdade nada mais é do que um *ideal a ser perseguido pelo processo*. À luz de um sistema processual verdadeiramente acusatório, o magistrado não deve admitir o discurso da busca da *verdade real*, que pode fazer com que essa procura seja irracional e ilimitada.

A prova judiciária tem por objetivo, desse modo, a *reconstrução dos fatos investigados no processo*, de forma que necessita buscar a *maior coincidência possível com a realidade histórica* e com a *verdade dos fatos*, assim como efetivamente ocorreram no espaço e no tempo.⁴⁴⁷

Apesar dos limites legais à obtenção da verdade, bem como da necessidade de *paridade de armas* entre acusação e defesa, a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada. Em um Estado de Direito, é impossível conceber uma condenação de alguém que o próprio Estado crê ser inocente.

Esse aproveitamento, além disso, é um critério objetivo de proporcionalidade, até porque a violação do direito, na busca pela inocência, pode ser entendida como estado de necessidade, o que excluiria sua ilicitude⁴⁴⁸. O magistrado deve orientar-se, assim, pela busca de uma *verdade processualmente atingível*.

A decisão do juiz deve se basear nas provas que constaram dos autos, inclusive, aquelas produzidas por requisição judicial, porém, sob a observância do devido processo legal e dos

⁴⁴⁶ Chiovenda bem afirmou que a interpretação admite a aplicação de um pensamento, a partir da lei, que o juiz trata de aplicar. A interpretação partiria da doutrina, não do juiz. Trata-se, porém, de uma fonte do direito, a ser aplicada pelo juiz. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. vol. I. Madrid: Reus, 1922, pp. 90-91).

⁴⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit., 2017, p. 174-185.

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 185-197.

direitos e garantias do acusado. Trata-se de uma missão complexa. Ocorre que o direito é, por natureza, um fenômeno complexo e a busca da verdade processual não poderia ser diferente.

O raciocínio dedutivo, utilizado na apreciação da prova, somente pode resultar em *probabilidades*, mais distantes da certeza do que uma *concepção aproximativa da verdade*. As garantias que o corroboram, inevitavelmente, produzirão entraves jurídicos à investigação. Nem por isso é possível dispensá-los em nome da busca pela obtenção da *verdade real*.

Nesse sentido, a prova não pode ter um objetivo *meramente persuasivo*, preocupado apenas com o convencimento do magistrado acerca de um argumento. Sua destinação precípua deve ser a *plausibilidade das alegações fáticas*. Até porque, se o objetivo é a persuasão,⁴⁴⁹ seria possível provar fatos que não existiram. O juiz pode, sim, ser persuadido ao erro.

A dificuldade de se alcançar a verdade pelo raciocínio dedutivo faz com que o magistrado permaneça no campo da probabilidade. Ocorre que, no processo penal, a probabilidade não deve prevalecer, especialmente na justificação de uma decisão condenatória, o que colocaria em risco extremo a presunção de inocência.

Não se pode admitir a verossimilhança ou a probabilidade na decisão penal condenatória, que depende de provas robustas, distantes da *dúvida razoável* sobre os fatos alegados na peça acusatória, capazes de afastar a presunção de inocência que milita em favor do acusado. As garantias do acusado, desse modo, podem se sobrepor⁴⁵⁰ à busca da verdade.

O encargo probatório caberá, majoritariamente, às partes do processo, enfaticamente, porém, à acusação, que deverá provar um fato imputável ao réu. Ambas buscarão persuadir o julgador,⁴⁵¹ cabendo ao juiz se *desincumbir da busca pela verdade* por meio da *máxima aproximação possível* respeitando, formal e materialmente, o contraditório.

Ocorre que, em decorrência da presunção de inocência, ao acusador cabe o encargo de provar sua alegação, enquanto ao acusado somente cabe provar excludentes relacionadas ao substrato do crime, ou que se voltem a gerar dúvida razoável, a ponto de se determinar a

⁴⁴⁹ Sobrelevada, todavia, a concepção cognoscitiva da prova, que, nesse mesmo entendimento, seria direcionada a “conhecer” ou “averiguar” a verdade sobre os fatos controvertidos, com base no que é provável, passa a ser possível, sim, comprovar fatos irreais. (GASCÓN ABELLÁN, Marina. Op. Cit., p. 143).

⁴⁵⁰ Nesse sentido, Taruffo afirmou que as normas jurídicas sobre os meios de prova e da busca da verdade no processo judicial estabelecem limites quanto ao tempo, aos meios e aos procedimentos que podem ser utilizados para buscar a verdade. (TARUFFO, Michele. Op. Cit., 2014, p. 24).

⁴⁵¹ Nesse sentido, o Código de Processo Penal determina que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”. (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941, n.p.).

aplicação do *in dubio pro reo*. É necessário, no presente contexto, o fornecimento de um conceito de *prova processual*, bem como da finalidade de sua produção.

3.2. Conceito e finalidade da prova

No contexto processual, o vocábulo *prova* assume uma conotação especializada, relacionada ao meio pelo qual o julgador se aproxima da verdade relacionada a uma situação fática pretérita. Etimologicamente, o termo *prova* se origina do conceito de *probo*, do latim, *probatio* e *probus*, que traduz as ideias de reconhecimento, demonstração, formação de juízo.

No sentido jurídico, refere-se aos *meios legais de demonstração da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico*, em virtude da qual se pode concluir pela existência do fato ou do ato demonstrado. Relaciona-se, portanto, à demonstração daquilo que se alega, que se defende ou que se contesta.

Em sentido processual, designa a somatória dos meios de constituição da prova, voltados à conclusão ou à *produção da certeza*. Funda-se na alegação ou na negociação dos fatos em relação aos quais se pretende o nascimento de um direito, orientando-se na afirmação positiva ou negativa do fato contestado, *cujas demonstrações determinam a certeza da afirmação*.

A prova, em matéria processual, é a própria alma do processo, a luz que esclarece a dúvida a respeito dos direitos disputados. Objetivamente, refere-se à *demonstração material de uma pretensão*, revelada pelo conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos.

Subjetivamente, designa a certeza ou a convicção a respeito da veracidade da afirmação feita. É a própria convicção sobre a existência dos fatos alegados. Somente há prova se, pela demonstração, produz-se *luz suficiente* para achar a verdade, ou se os elementos componentes da demonstração estabelecerem *força suficiente* para produzir certeza ou convicção.⁴⁵²

A procura pela verdade dos fatos, acerca de um determinado acontecimento passado, é de inegável importância no que concerne à verificação da responsabilidade do agente e à consequente imposição de uma sanção penal,⁴⁵³ tendo em vista o risco de limitar a liberdade do

⁴⁵² SILVA. Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 656.

⁴⁵³ Trata-se, nesse sentido, de uma terminologia plurívoca, assumindo diversos sentidos. No sentido comum, imagina-se alguém a demonstrar a veracidade de um fato, uma forma de convencimento. Juridicamente, todavia, no contexto do direito processual penal, especificamente, é o meio instrumental do qual se valem os sujeitos processuais para comprovar

indivíduo. Para que a decisão processual penal seja minimamente justa, é necessária a colheita de todos os elementos aptos a recriar um fato praticado no passado.

Nesse sentido, para Florian, a prova se refere a um conjunto de atos legalmente ordenados, voltados à apuração do fato e da autoria, bem como à *exata aplicação da lei*. É um meio cuja finalidade é a *descoberta da verdade*. Assim, a sentença trata da aplicação da lei, enquanto a instrução se relaciona à *apuração da verdade*.⁴⁵⁴

A instrução é a fase processual na qual o acusador procura demonstrar a pretensão punitiva e o acusado busca se defender. Essa demonstração é, justamente, a prova, que consiste em fornecer, no processo, o conhecimento acerca de um fato, de modo a gerar em outra pessoa a *convicção da substância* ou a verdade acerca de tal fato.⁴⁵⁵

Já que não é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados, o resultado da prova deve ser decisivo para a conclusão última do processo, de forma que o juiz deve assumir uma posição ativa na fase instrutória, não se limitando, necessariamente, a analisar os elementos fornecidos pelas partes.

No processo, a definição de “prova” liga-se à ideia de *reconstrução de um fato*, que leva o julgador rumo à certeza acerca de eventos ocorridos, permitindo-lhe exercer sua função, ou seja, todos os elementos aos quais a lei autoriza a possibilidade de *restabelecer a verdade dos fatos* da hipótese aventada.⁴⁵⁶

Nesse sentido, a prova se destina à verificação de um fato pretérito, de forma a permitir ao julgador a *convicção de certeza* sobre sua ocorrência.

Essa elucidação, porém, não pode fazer com que se relacione o resultado do processo ou a convicção do juiz, exclusivamente, à influência exercida pelas partes sobre o juízo; deve ser, sim, atribuída à verdade dos fatos, pois o juiz tem o dever de solucionar o litígio, mesmo que não esteja plenamente convencido.⁴⁵⁷

O juiz poderá se utilizar dos elementos colhidos na investigação preliminar como *atividade complementar* àquela produzida no processo, sob o crivo do contraditório, mas não pode utilizá-los como única fundamentação para sua decisão. Isso demonstra a amplitude das

os fatos da causa, aqueles deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa. (SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 656).

⁴⁵⁴ FLORIAN, Eugenio. **Delle prove penale**. Imprenta: Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1921, p. 84.

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 85.

⁴⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit., 2015, p. 69-98.

⁴⁵⁷ Ibidem, p. 99-117.

possibilidades probatórias, bem como suas limitações, pois os elementos produzidos na fase pré-processual não se submetem ao contraditório, o que *elimina sua dialeticidade*.

O processo, por meio das provas, tem por objetivo reconstruir a verdade histórica dos fatos, para que, dessa situação, possa extrair as consequências em face do alegado. Por meio do processo, pretende-se criar condições para que o juiz exerça sua *atividade recognitiva*, a partir da qual será produzido o convencimento externado na sentença.⁴⁵⁸

A prova, não obstante a falaciosa suposição de sua *função persuasiva*, deve, na verdade, servir para *fazer crer que o processo penal determina a verdade dos fatos*”, pois é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que, na realidade, isso não ocorra⁴⁵⁹. As limitações à atividade probatória, especialmente as derivadas das garantias constitucionais, decorrem do nível de evolução do processo penal, que conduz à *valoração da forma dos atos processuais* como garantia a ser respeitada.

É necessário assumir, no que concerne à prova, uma *proporcionalidade a favor do réu*, na qual a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre eventual direito sacrificado na obtenção da prova⁴⁶⁰. São, portanto, elementos informativos, não probatórios.

As provas são elementos de convicção produzidas, enfaticamente, no trâmite do processo judicial, dependente da participação das partes, caracterizado pelo contraditório e, portanto, dialético. As provas surgem com o objetivo de *desvendar um fato pretérito*, a partir da descrição acusatória, que tem ônus de comprovar o que alega.

É necessário, no entanto, possibilitar à parte oposta a contradição, iniciando-se diálogo que caracteriza o processo. Resulta daí a importância da prova para o processo penal: seu objetivo primordial é trazer a “aproximação à certeza” sobre um fato, coadunando-se com a realidade.

Até porque, não tendo o juiz presenciado o fato, é por meio das provas que poderá *reconstruir o momento histórico* em questão, para que possa decidir se a infração ocorreu e se o réu foi o autor. O contraditório é uma premissa basilar não apenas relacionada à validade, como, também, à existência da verdade processual, tendo em vista sua característica dialógica.

Assim, somente se pode considerar como verdade aquela apresentada com solidez no processo, revestida dos procedimentos de legalidade, que apenas será válida se for construída

⁴⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., 2010, p. 193-211.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 212-216.

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 217-220.

sobre uma base de legalidade, amoldando-se a um juízo racional, previamente balizado pelo ordenamento jurídico.

A prova é o meio legal pelo qual a verdade consegue *alcançar o espírito do julgador*, de modo a nele gerar, legitimamente, a convicção racional acerca de um crime⁴⁶¹. É por isso que o legislador, na parte final do artigo 155 do Código Processo penal, ressalvou as provas produzidas cautelarmente, as não repetíveis e as antecipadas, permitindo que, a partir delas, o juiz forme sua convicção.

Evidente, porém, que, no concernente a essa parcela da carga probatória, deverá ser aberta a possibilidade de contraditório, mesmo que diferido. Para Malatesta, a prova se relaciona ao estado de espírito de seu destinatário, no que tange ao conhecimento da verdade, nos aspectos de *credibilidade, probabilidade e certeza*.

Poderá se encontrar em três estados: ignorância (ausência total de conhecimento); credibilidade (igualdade de motivos para o conhecimento afirmativo); ou certeza (conhecimento afirmativo triunfante). A prova é um meio objetivo pelo qual o espírito humano busca se apoderar da verdade. Assim, a eficácia da prova será proporcionalmente maior em relação à clareza, amplitude e firmeza com a qual ela faz surgir a crença na *posse da verdade*.⁴⁶²

Dessa forma, para que se possa conhecer a eficácia da prova é necessário aferir o quanto a verdade se reflete no espírito humano, ou seja, qual o estado ideológico a prova criou no espírito. A obtenção da certeza no processo, todavia não equivale ao encontro da verdade dos fatos discutidos, pois esta é *a conformidade da noção ideológica com a realidade*, ao passo que a certeza é apenas *a crença na percepção desta conformidade*.⁴⁶³

A prova, portanto, tem apenas a capacidade de diminuir a incerteza ou, ao menos, de aumentar a possibilidade de existência do fato narrado por alguém, de modo que sua função primordial é a resolução das celeumas inerentes à atividade processual.

Objetiva-se superar o estado de dúvida para, conseqüentemente, proporcionar no espírito do julgador a “certeza necessária” para que possa decidir racionalmente a respeito da veracidade dos fatos versados na demanda judicial, por meio da construção lógica extraída do contexto probatório carreado ao processo.

A prova seria um *instrumento* voltado à obtenção da verdade no processo. A decisão sobre os fatos significa fazer uma escolha que supere a incerteza e resolva uma dúvida acerca

⁴⁶¹ BARROS, Marcos Antônio de. Op. Cit., p. 26-38.

⁴⁶² MALATESTA, Nicola Framarino dei. Op. Cit., p. 15.

⁴⁶³ Ibidem, p. 16.

da veracidade ou falsidade dos enunciados relacionados a esses fatos. Assim, a prova é indispensável, pois, visa coincidir com determinado fato.⁴⁶⁴

Dada a limitada capacidade do ser humano em conhecer a verdade, eis que condizente a determinado fato, a dúvida é algo comum. A ausência da prova leva à negação da certeza. Desse modo, a tarefa do julgador é determinar, com base na prova produzida, a veracidade ou a falsidade de cada enunciado de fato.⁴⁶⁵

As provas têm por finalidade precípua influir na convicção do julgador, de modo a fazer com que a existência do fato-crime que se imputa ao réu adentre seu conhecimento, para que, convicto acerca da (in)veracidade dos fatos narrados na peça acusatória, possa condenar ou absolver o acusado.

Trata-se do instrumento probatório que vai desenvolver a convicção do julgador sobre a existência ou não de uma situação de fato. Infere-se que a verdade processual tem uma mecânica completamente diversa no que se relaciona aos demais conhecimentos, mesmo no que concerne às denominadas “ciências do espírito”. As diferenças epistemológicas entre a verdade científica e a verdade jurídico-processual serão tratadas no tópico a seguir.

3.3. Verdade científica X verdade jurídico-processual

Como visto no primeiro capítulo, é possível propor, no mínimo, uma noção inicial referente ao conceito de *verdade aproximativa*, em especial, a partir da epistemologia de Popper. Ocorre que essa adaptação carece de alguns matizes, em decorrência das evidentes diferenças entre o direito e as demais ciências.

Há uma diferença essencial entre o direito, ciência *normativa*, e as ciências *descritivas*, como, por exemplo, a história. Tais diferenças vão além da linguagem. Há diferenças técnicas entre o direito e uma ciência teórica: nesta, toda asserção deve ser provada, pois tanto a afirmação ou a negação de um fato não-estabelecido são colocadas em pé de igualdade; naquele, as presunções intervêm constantemente para favorecer aqueles a quem aproveitam.⁴⁶⁶

No mesmo sentido, as provas em direito diferem das provas científicas. Há provas que o juiz não pode admitir, pois a prova é regulamentada. Certos gêneros de prova são

⁴⁶⁴ TARUFFO, Michele. Op. Cit., 2014, p. 28-29.

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 29.

⁴⁶⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 507-508.

considerados inadmissíveis, de modo que a estabilidade da ordem social pode ser considerada mais importante que o estabelecimento da verdade.⁴⁶⁷

No que se relaciona à busca pela verdade, essa diferenciação torna-se ainda mais matizada, em decorrência do fato de que essa verdade se refere, no contexto das ciências *descritivas*, a uma realidade pretérita, que se precisa apreender, a partir de um conjunto de “simulacros de realidade”, que, no contexto processual, são denominados como “provas”.

As razões que fazem com que a verdade processual seja inevitavelmente *aproximada* em relação ao modelo ideal de correspondência relacionam-se, em parte, àquelas que tornam aproximada a verdade existente nas teorias científicas. A diferença entre um *experimento* (de um fato presente) e as *provas* (relacionadas a um fato passado) ofende o modelo ideal de verdade processual fática como correspondência objetiva.

Na inferência judicial, a conclusão tem o valor de uma *hipótese* na ordem da conexão causal entre o fato provado e o conjunto dos fatos probatórios. A verdade não está demonstrada como logicamente deduzida das premissas; apenas comprovada como *logicamente* ou *razoavelmente plausível*, de acordo com um ou vários princípios de indução.⁴⁶⁸

A tarefa da investigação judicial, como a de qualquer outro tipo de investigação ou explicação é a de eliminar o dilema em favor da *hipótese mais simples*, com maior capacidade explicativa e compatível com o maior número de provas e conhecimentos adquiridos. A comprovação jurisdicional, porém, deve ser concluída em algum momento.⁴⁶⁹

Se o dilema não é resolúvel, *prevalece a hipótese mais favorável ao acusado*, que é uma norma que prescreve uma condição de *aceitabilidade da verdade processual*. Cada hipótese fática formulada no processo pode ser desmentida por uma prova ulterior incompatível com aquela, até o ponto no qual se possa julgar.⁴⁷⁰

Nesse diapasão, se o juízo penal devesse alcançar a *verdade objetiva* ou se se tomasse, integralmente, o *in dubio pro reo*, as *margens irredutíveis da incerteza*, que caracterizam a verdade processual deveriam considerar ilegítima qualquer condenação, paralisando a função judicial”.⁴⁷¹

Em um sentido oposto, poderiam, no entanto, gerar um *irresignado cepticismo judicial*, disposto a afastar, como se fosse *ilusória*, qualquer pretensão de se perseguir a verdade no

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 508.

⁴⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 42-43.

⁴⁶⁹ Ibidem, p. 43-44.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 44-45.

⁴⁷¹ Ibidem, p. 45-46.

contexto do processo e avaliar modelos de direito e processo penal substanciais e decisionistas.⁴⁷²

A *decidibilidade da verdade processual* e a *decisão sobre a verdade processual* correspondem, respectivamente, à *verificabilidade* (e falseabilidade) e à *verificação* (ou refutação) das motivações judiciais. Trata-se da alternativa epistemológica entre garantismo e autoritarismo, entre a presença e a ausência das ou garantias que asseguram um ou outro.⁴⁷³

Se a verdade for *indeterminável*, a decisão judicial é tomada segundo valores distintos do “verdadeiro” e do “falso”, confiados à discricionariedade judicial; se a verdade for *determinável*, a decisão do juiz é controlada e relativamente vinculada. Nesse caso, é necessário esclarecer sua natureza específica, explicando as escolhas que intervêm na aceitação da verdade fática e da verdade jurídica, além dos critérios e das regras que as justificam.⁴⁷⁴

A afirmação de que a tese avançada está confirmada e/ou não desmentida por uma ou várias provas e por uma ou várias interpretações jurídicas de outras normas, sendo, então, verdadeira, deve ter coerência com o conjunto dos conhecimentos disponíveis: a *aceitabilidade justificada*, para afirmar que tal conjunto, incluída a tese avançada, é mais satisfatória ou plausivelmente verdadeira do que outra, por causa de sua maior *capacidade explicativa*.⁴⁷⁵

Na questão processual, todavia, a *prescritibilidade* do direito é essencial, pois a titularidade de uma ação, além de se basear em um evento pretérito, no momento da decisão, confirma ou desmente a existência desse direito, relacionado a um momento *anterior* ao processo.

Para Vilanova, há uma *abstrata e potencial titularidade ativa processual* e uma *abstrata e potencial titularidade passiva* do Estado, pelo juiz, de prestar a tutela jurisdicional: sem um fato, porém, não surge uma relação jurídica processual. Além disso, é do titular da pretensão a manifestação de vontade, que é o exercício do direito público subjetivo de acionar.⁴⁷⁶

Encontrando-se com a manifestação de vontade do Estado-juiz, e tendo sido aceito o pedido, a *potencialidade abstrata se converte em ato jurídico processual*. Satisfeitos os pressupostos e as condições de exercício do direito de ação, pressupondo-se a competência do órgão, há o “suporte fático”, do qual resulta um efeito, que é a relação jurídico-processual.⁴⁷⁷

⁴⁷²Ibidem, p. 46-47.

⁴⁷³ Ibidem, p. 48-49.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 49-51.

⁴⁷⁵ Ibidem, p. 51-53.

⁴⁷⁶ Ibidem, p. 53-54.

⁴⁷⁷ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 133.

A própria decisão judicial faz com que se volte no tempo,⁴⁷⁸ para determinar a existência ou não do evento que teria ou não gerado um direito de ação, de modo que se volta, também, à (re)composição da integridade do ordenamento. Desse modo, em decorrência de sua força, o processo é capaz não só de voltar ao passado, mas, de reconstruí-lo, a partir da decisão judicial, podendo, literalmente, modificar a forma como os fatos ocorreram no mundo fenomênico.

Ao mesmo tempo, assemelha-se e se diferencia da história, que também tem o condão de reescrever o passado por intermédio da linguagem, porém, não o de modificar o mundo dos fatos, inclusive, em direção ao futuro. Assim, o juiz não dispõe dos instrumentos cognoscitivos nem do tempo ou da liberdade de investigação dos quais o cientista dispõe.

Não fosse suficiente, o processo tem que se desenvolver dentro de um limite de tempo, pois, tanto o interesse público quanto o privado pressionam para que o fim do litígio seja alcançado rapidamente. Tratam-se de *dois grande obstáculo* no concernente à busca pela verdade.⁴⁷⁹

O limite temporal para o encerramento do processo penal é um direito fundamental. Não se trata, porém, de uma barreira intransponível. É possível que o julgador alcance, ao menos, um *grau aceitável de aproximação da verdade*, a partir dos instrumentos probatórios que lhe são disponibilizados pela Constituição e pela lei processual.

Evidenciam-se, assim, as diferenças estruturais entre a prova científica e a prova processual: aquela é caracterizada pela ampla liberdade, temporal e de ação, dentro de limites éticos característicos da pesquisa; a verdade processual é temporal e juridicamente limitada, devendo ocorrer em um contexto procedimental específico.

Não pode descurar, todavia, de limites mínimos de atuação e de decisão. Referidas limitações encontram-se, especialmente, na Constituição Federal e resultam de uma condição indispensável à dignidade humana, qual seja, a liberdade, de conformidade com o que passa a ser estudado no tópico a seguir.

⁴⁷⁸ No mesmo sentido, em Carnelutti, as provas servem para “voltar atrás”, ou seja, para “reconstruir a história”. Como alguém que, caminhando através de um campo, quando de seu retorno, segue os rastros de sua passagem. O risco, nessa metáfora, porém, é errar o caminho, situação que se agrava notoriamente “[...] quando o passado se reconstrói para se decidir o destino de um homem”. (CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Conan, 1995, p. 44).

⁴⁷⁹ TARUFFO, Michele. Op. Cit., 2005, p. 45.

3.4. A Constituição com *condição de possibilidade* para a interpretação dos fatos no processo penal e o necessário respeito às garantias processuais

Como referido anteriormente, um dos objetivos do processo é, justamente, a preservação dos direitos fundamentais processuais do acusado. O processo penal, assim, antes de ser uma forma de exercício legítimo do direito estatal de punir, é um instrumento de garantia para o réu, a quem não pode ser negado o exercício de suas prerrogativas.

A garantia que mais se destaca nesse contexto, sem dúvidas, é a da liberdade que, por meio de seus corolários, não permite a privação do direito de ir e vir sem o devido processo legal. Determina a necessidade de que os argumentos do acusado influenciem a decisão judicial, bem como que possa se defender de maneira ampla.

Trata-se, aliás, de algo indispensável no que se relaciona ao próprio processo civilizatório. No momento em que o homem adentra, juridicamente, no Estado de Direito, deixando o Estado de Natureza, passa a ser governado pela razão, de modo que não se pode retirar sua liberdade arbitrariamente.

Isso porque, em Kant, a razão prática complementa a razão teórica, pois permite desvendar as leis do mundo social, regido pela vontade e pela verdade. Enquanto o mundo da natureza representa o *reino da necessidade, contingência e determinação*, a sociedade passa a construir o *reino da liberdade, do possível e da indeterminação*.⁴⁸⁰

Nesse mesmo sentido, o homem está, simultaneamente, nos dois mundos. Assim, passa a ter a faculdade de *conhecer* o mundo da natureza e de *agir* no mundo social. Enquanto aquele representa o *Sein*, cuja finalidade escapa à vontade humana, este é o mundo do *Sollen*, cujas finalidades são definidas pela vontade humana, que constrói o “sistema dos fins”.⁴⁸¹

No *mundo do ser* valem os julgamentos científicos, enquanto no *mundo do dever ser* ou dos *fins*, valem os julgamentos morais. É no mundo social que os homens têm liberdade de fazer valer as suas vontades e de fixar seus objetivos. No *Sollen*, a ação humana pode ser julgada segundo os critérios do bem e do mal, do certo e do errado, do justo e do injusto.⁴⁸²

⁴⁸⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret. 2004, p. 58-59.

⁴⁸¹ Ibidem, p. 59.

⁴⁸² Ibidem, p. 59-60.

O sujeito deve estar disposto a agir no interior de alguns padrões que concretizam fins autodeterminados, pois suas faculdades se concretizarão na formulação e no respeito a uma lei geral e necessária, cujo valor último é a defesa da dignidade, de modo que o *cidadão dos dois mundos* (natural e social) precisa *defender-se* no primeiro e *afirmar-se* no segundo.⁴⁸³

Por isso é que a supressão arbitrária da liberdade, despreocupada, portanto, com o *Sollen*, fere direta e mortalmente a própria dignidade do humano que, privado de seu estado de natureza *puro*, coloca-se sob o jugo do Estado. Desse modo, não pode ser *traído* em seu compromisso.

A liberdade é essencial ao humano. Está diretamente afeta à sua dignidade. Do mesmo modo que ninguém pode constranger alguém a ser feliz à sua maneira, a cada um é permitido buscar a felicidade da maneira que lhe aprouver, desde que não adentre a esfera moral alheia. Assim, as liberdades possam coexistir, de acordo com uma “lei universal possível”.⁴⁸⁴

A regra é a liberdade do ser humano, da qual somente pode ser privada a partir da comprovação de que sua atuação interferiu, negativamente, na *esfera moral alheia*, que determina a *quebra* na coexistência das liberdades. A sociedade justa, que outorga e garante seus direitos individuais, depende de limites impostos aos detentores do poder.

Esses limites, porém, independem de seus fundamentos de legitimação. Reconheceu-se que a melhor forma de alcançar esse objetivo é fazendo constar os freios que a sociedade deseja impor aos detentores do poder na forma de *normas constitucionais fixas*, limitativas do exercício do poder político, portanto, *dispositivos fundamentais de controle de poder*.

Em um sentido ontológico, o *telos* de toda Constituição é a criação de instituições voltadas a limitar e controlar o poder, apresentando uma dupla significação ideológica. Inicialmente, necessita liberar os destinatários do poder do controle social absoluto de seus dominadores. A seguir, deve demonstrar uma legítima participação no processo do poder.⁴⁸⁵

Mesmo que submetidas a uma *variação interpretativa*, decorrente da diferença do ambiente no qual se encontram em vigor, as garantias fundamentais são um *núcleo inviolável do sistema constitucional*, e regem a ordem jurídico-positiva, mesmo que não estejam formulados em normas constitucionais expressas.⁴⁸⁶

Desse modo, esses direitos, em sua totalidade, encarnam a dignidade do homem. Os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, expressa e implicitamente, passam a

⁴⁸³ Ibidem, p. 60.

⁴⁸⁴ KANT, Immanuel. **Sobre a expressão corrente:** isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 75.

⁴⁸⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Barcelona: Ariel Derecho, 1986, p. 149-238.

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 238-390.

ser os *limites naturais ao poder do Estado*, de forma que não pode haver qualquer atuação jurídica que se descuide de sua preservação ou de sua aplicação.

Nesse sentido é que a Constituição se torna *condição de possibilidade* para o exercício da democracia, pois os direitos fundamentais, de *meras expectativas simbólico-sociais*, tornaram-se *direitos subjetivos públicos*. Nesse sentido o “*plus normativo*” representado pelo Estado Democrático (e social) de Direito é a função transformadora assumida pelo Direito.⁴⁸⁷

Essa função surge do caráter dirigente e compromissário do Texto Constitucional. Isso porque uma sociedade carente de direitos fundamentais sociais, cujo *déficit* decorre de um *welfare state* que nunca aconteceu, contrapõe-se, diretamente, à materialidade do texto constitucional.⁴⁸⁸

A supressão dessa crise de paradigma é necessária para a construção de um discurso jurídico apto a compreender as especificidades da revolução ocorrida no direito constitucional. Alterou-se a relação entre a política e o Direito. Este não está mais submisso àquela, que se converteu em instrumento de atuação do Direito.⁴⁸⁹

Essa submissão, porém, resta subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais. O processo penal, nesse diapasão, deixa de ser um instrumento político de legitimação artificial de arbítrios punitivos como fora, pois, encontra-se diretamente subordinado à Constituição.

Por isso é que o processo penal deve ser concebido em dupla perspectiva: de instrumento de autolimitação ao poder punitivo do Estado e de garantia do direito de liberdade; e como instrumento de que se vale a sociedade para aplicar o direito penal aos fatos concretos, alegados e provados em juízo.⁴⁹⁰

Essas perspectivas não se chocam. Não é necessário buscar uma *posição intermediária*, mas lutar para que ambos sejam alcançados. Não se pode admitir, em nome da *ineficácia relativa* do sistema processual penal, se procure transformar o processo em um instrumento de combate aos índices de criminalidade.

⁴⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio-ago. 2003, p. 290-291.

⁴⁸⁸ *ibidem*, p. 291-292.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 292-293.

⁴⁹⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 471.

Mascara-se a *realidade dos fatos*, postergando valores éticos e humanitários indelevelmente incorporados à nossa civilização⁴⁹¹. Se o Estado Democrático de Direito determina limitações da atuação do Estado, assim como a subordinação da política ao Direito, é impossível que o processo penal possa ser usado como forma de contenção da criminalidade.

Isso porque sua verdadeira e legítima função é a de *limitação do arbítrio*. Permanece, todavia, o problema da verdade e de sua procura, pois o processo penal ainda é um meio de aplicação do direito estatal de punir. Necessário, portanto, continuar o aprofundamento da da problemática, inclusive, a partir do contexto da argumentação jurídica.

3.5. Argumentação, lógica e retórica: entre o *convencimento* e a *máxima aproximação à verdade*

O processo penal deve se voltar à preservação das garantias fundamentais do acusado, pois não é apenas um veículo legítimo do direito estatal de punir. Ora, o direito processual penal se insere no Direito Público, movendo-se pela legalidade, não pela autonomia da vontade, não podendo se desvencilhar dos limites jurídicos que lhe são impostos pela Constituição e pela lei.

De acordo com Perelman, o fato de o direito não menosprezar a segurança jurídica e dever evitar a subjetividade e a arbitrariedade, resulta do fato de constituir um empreendimento público, que o impede de identificar, pura e simplesmente, o que é justo, segundo o direito, *com o que parece justo* a um indivíduo.⁴⁹²

Todos os litígios cuja solução dependem de uma questão de direito, põem em oposição adversários que defendem teses diametralmente opostas. Assim, a afirmação de que uma tese jurídica é preferível supõe a existência de uma ordem jurídica, pois, de outro modo, seria impossível motivar, validamente, o dispositivo da sentença.⁴⁹³

O raciocínio jurídico não pode ser reduzido a uma mera dedução silogística, cuja conclusão se imponha forçosamente, mesmo que pareça desarrazoada. Não pode se referir, todavia, à simples busca de solução equitativa (*ars aequi*), que poderá ou não ser inserida na ordem jurídica em vigor.⁴⁹⁴

Nesse mesmo contexto, o juiz deixaria de ser *atado pelo legislador*, o que poderia suprimir a distinção tradicional entre o justo *de lege lata* e o justo *de lege ferenda*. A tarefa que

⁴⁹¹ Ibidem, p. 471-472.

⁴⁹² PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 98-242.

⁴⁹³ Ibidem, p. 98-102.

⁴⁹⁴ Ibidem, p. 103-127.

ao juiz se impõe é a busca de uma síntese que leve em conta o valor da solução e sua conformidade ao direito. A retórica visa persuadir por meio do discurso.⁴⁹⁵

Ocorre que o recurso à experiência, para a *obtenção da adesão a uma afirmação* não se trata, propriamente, de retórica. Desse modo, a experiência, sem um acordo prévio sobre o sentido das palavras utilizadas no enunciado, é insuficiente para a obtenção da adesão ao enunciado relacionado a um fato.⁴⁹⁶

A prova *demonstrativa*, ao ser analisada por meio dos mecanismos da lógica formal, demonstra ser mais persuasiva, convincente, desde que se admita a verdade das premissas de que parte. A validade de uma demonstração só garante a verdade da conclusão se se reconhecer a verdade das premissas.⁴⁹⁷

Assim, a adesão a uma tese pode ter intensidade variável. Admite-se, preliminarmente, que fatos e verdades são sempre compatíveis, e duas proposições evidentes não podem afirmar teses contraditórias. Aquilo que nega algo que se afirma ser uma evidência não pode querer que a negação seja julgada, também, como evidência.⁴⁹⁸

Um dos fatos perderia seu estatuto, passando a ser somente aparência, pois uma das “verdades” seria desqualificada e se tornaria erro. O mesmo não ocorre, porém, em relação aos valores. Se um valor somente pode ser obtido pelo sacrifício de outro, afirmar que se sacrifica um valor apenas aparente equivale desconhecer o significado do sacrifício.⁴⁹⁹

Na adesão a uma tese ou a um valor, sua intensidade pode ser aumentada, pois é impossível saber com qual tese ou qual valor ela poderia competir em caso de incompatibilidade. A retórica se relaciona à adesão do que com a verdade: as verdades são impessoais, pois o fato de serem reconhecidas ou não em nada muda seu estatuto.⁵⁰⁰

A adesão refere-se a um ou mais espíritos aos quais se dirige, ou seja, um auditório. A noção de *auditório* é central na retórica, pois um discurso somente pode ser eficaz se for adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer. A argumentação, todavia, pode dirigir-se a auditórios diversos, pois não se limita ao exame das técnicas do discurso público.⁵⁰¹

Volta-se, sim, a uma *multidão não especializada*. Interessará, igualmente, pela arte de defender uma tese e de atacar a do adversário em uma controvérsia. Aquilo que se opõe ao

⁴⁹⁵ Ibidem, p. 128-194.

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 128-194.

⁴⁹⁷ Ibidem, p. 195-202.

⁴⁹⁸ Ibidem, p. 203-217.

⁴⁹⁹ Ibidem, p. 218-229.

⁵⁰⁰ Ibidem, p. 229-231.

⁵⁰¹ Ibidem, p. 230-232.

verdadeiro só pode ser falso, de modo que aquilo que é verdadeiro ou falso, para alguns, deveria sê-lo para todos.⁵⁰²

Não se pode escolher entre o verdadeiro e o falso. Em sentido oposto, aquilo que se opõe a um valor, apesar disso, não deixa de ser, em si, um valor, mesmo que a importância que se lhe conceda não possa impedir o seu sacrifício. Como raciocínios demonstrativos que são, as inferências formais são corretas ou incorretas.⁵⁰³

Os argumentos fornecidos pró e contra uma tese têm maior ou menor força e fazem variar a intensidade da adesão de um auditório. Assim, as técnicas de argumentação visam, reforçar ou enfraquecer a adesão a outras teses ou a suscitar a adesão a teses novas, que podem resultar da reiteração e da adaptação das teses primitivas.⁵⁰⁴

As teses retóricas são formuladas em uma linguagem particular, de uma comunidade cultural ou profissional, elaborada na história de uma cultura ou no desenvolvimento de uma disciplina. O raciocínio judiciário será diferente se o conflito judicial se referir a questões de fato ou de direito, embora seja difícil separá-las totalmente.⁵⁰⁵

Se disserem respeito ao estabelecimento dos fatos, embora o ônus da prova seja regulamentado por presunções, a prova, em todos os processos penais e na maior parte das questões cíveis, é livre, e a argumentação determinará a *íntima convicção do juiz*. Ocorre que o estudo científico da prova judicial e a introdução de técnicas laboratoriais demonstraram a fragilidade dos depoimentos e o valor dos indícios, a exemplo das impressões digitais.⁵⁰⁶

Depoimentos, indícios e presunções não conduzem a uma certeza absoluta. Ocorre que somente é necessário que a convicção dos juízes seja suficiente para afastar qualquer dúvida razoável. Nada impede, então, que o raciocínio judiciário seja apresentado sob a forma de um silogismo, mas tal forma não garante o valor da conclusão.⁵⁰⁷

Se esta é *socialmente inaceitável*, isso ocorre porque as premissas foram aceitas levemente: todo o debate judiciário e toda a lógica jurídica concernem tão somente à escolha das premissas que forem mais bem motivadas e que, ao mesmo tempo, suscitem menos objeções.⁵⁰⁸

⁵⁰² Ibidem, p. 232-233.

⁵⁰³ Ibidem, p. 233-234.

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 234-236.

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 237-238.

⁵⁰⁶ Ibidem, p. 238-239.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 240-241.

⁵⁰⁸ Ibidem, p. 241-242.

Assim, não é possível desprezar a importância da argumentação⁵⁰⁹, mesmo no processo penal, caracterizado pela necessidade de respeito às garantias daqueles aos quais são imputados fatos puníveis. Faz-se necessário, porém, diferenciar a argumentação processual da retórica, tendo em vista suas possibilidades de *falsear a verdade*, intrínsecas às suas técnicas.

A porque a prova não é nem o fato nem sua reprodução. É, sim, um meio pelo qual são externados os significados que promovem uma “possibilidade de conhecimento” ao juiz ou outro sujeito processual. Daí porque o termo *meio de prova* é mais adequado.⁵¹⁰

Uma vez produzida a prova, do processo constará seu substrato. Após, ao valorá-la, o julgador encontrará o *sentido da prova*, que corresponde àquilo que ela comunica e revela ao mundo jurídico. Trata-se de uma tarefa interpretativa, privativa do juiz. Às partes cabe argumentar, de modo a convencer o juízo sobre o *melhor significado da prova*.⁵¹¹

Após essa valoração, com embasamento nos significados a ele apresentados, o juiz definirá os fatos que entender demonstrados, que serão chamados de *elementos de prova*, com base nos quais formará sua convicção sobre a procedência ou não da pretensão deduzida em juízo.⁵¹²

No contexto processual, a questão probatória adentra a argumentação, passando a dela fazer parte. É no âmbito da argumentação que se começa a demonstrar os aspectos dialéticos da matéria probatória, já que é, também, por intermédio dos argumentos das partes opostas, que as provas adentrarão a esfera de conhecimento do julgador.

No processo, é necessário que uma das teses esteja errada, pois duas verdades opostas não coexistem. Assim, uma conduta é ou não é contrária à lei, pois *não pode meio contrária à lei*. É possível, todavia, que uma conduta seja permitida por uma norma jurídica e proibida por outra. Nesse caso, o conflito não seria fático, mas, sim, jurídico.⁵¹³

Se o juiz pusesse duas teses opostas como verdadeiras, seu julgamento seria inócuo. Assim, deve apontar a verdade de apenas uma delas, que será a vencedora. Ocorre que, mesmo

⁵⁰⁹ A teoria da argumentação, nesse mesmo contexto, é importante porque é a argumentação que será determinante para estabelecer a convicção do juiz, pois permitirá motivar uma decisão. Se a lógica é vinculada à verdade e à maneira pela qual esta pode ser corretamente deduzida, “[...] a argumentação diz respeito à prática, às decisões e à maneira de justificá-las”. (PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 514).

⁵¹⁰ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. **Temas de direito penal e processo penal em perspectiva crítica**. Rio de Janeiro: Santoro, 2010, p. 59-60.

⁵¹¹ Ibidem, p. 60.

⁵¹² Ibidem, p. 60-61.

⁵¹³ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 20-23.

que duas verdades opostas não possam coexistir, a existência de duas argumentações opostas não significa, necessariamente, que uma delas seja correta ou incorreta.⁵¹⁴

Quem argumenta não trabalha com a exatidão numérica, de modo que se afasta dos binômios verdadeiro/falso ou sim/não, pois trabalha com a aparência de verdade, com a probabilidade, de modo que surge a possibilidade de argumentos combinados comporem teses diversas, sem que seja possível dizer que uma delas esteja certa ou errada.⁵¹⁵

Apenas é possível se afirmar que uma delas seja mais ou menos convincente. Já que o processo não matemático, mas, sim, humano, não existe uma conclusão única, pois *acusação e defesa estão, ao mesmo tempo, certas e erradas*, de modo que o argumento, antes de ser um modo de comprovação da verdade, é somente um elemento linguístico destinado à persuasão.⁵¹⁶

O argumento é um elemento linguístico porque se exterioriza por meio da linguagem, de modo que está inserido em um processo comunicativo, que deve ser o mais eficiente possível. Assim, o argumento é destinado à persuasão, pois procura fazer com que o leitor creia nas premissas e na conclusão daquele que argumenta.⁵¹⁷

Ao contrário da lógica formal, a argumentação permite conclusões controvertidas, pois aquela se move no terreno da necessidade, de modo que, em um raciocínio demonstrativo ou lógico-dedutivo, importa que a passagem de uma premissa para a conclusão seja determinada. A argumentação, porém, move-se na mera probabilidade.⁵¹⁸

Não há demonstração de *provas evidentes*, de forma que é possível chegar a conclusões controvertidas de acordo com o avanço dos raciocínios retóricos, que caminham por trilhas distintas. Nenhuma conclusão é absolutamente verdadeira, mesmo que o orador a anuncie como verdade ímpar ou único raciocínio aceito.⁵¹⁹

O jurista está acostumado ao discurso da fundamentação, no qual as partes explicam suas próprias conclusões. O discurso nunca aparece *puro*. Assim, não é raro que até mesmo em uma tese dotada da mais objetiva cientificidade ou em uma decisão fundamentada e imparcial, encontrem-se elementos linguísticos que se voltem mais à persuasão do que à demonstração.⁵²⁰

Aquele que defende um ponto de vista buscando a adesão do leitor não pode fazê-lo como se construísse uma fundamentação. O argumentante explica seu próprio motivo de

⁵¹⁴ Ibidem, p. 23-25.

⁵¹⁵ Ibidem, p. 25-27.

⁵¹⁶ Ibidem, p. 27-28.

⁵¹⁷ Ibidem, p. 28-32.

⁵¹⁸ Ibidem, p. 33-36.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 36-38.

⁵²⁰ Ibidem, p. 38-40.

convencimento. Pode, até mesmo, afastar-se dele se se preocupar em conseguir a adesão daquele a quem a sua argumentação se dirige.⁵²¹

É impossível haver um único caminho correto no contexto argumentação, nem mesmo uma verdade absoluta no Direito; deve haver, sim razoabilidade e força de persuasão⁵²². A partir das falas dos participantes, o juiz poderá, então, *aproximando-se da verdade* acerca da realidade pretérita, construir e demonstrar a *certeza acerca da (in)ocorrência de um fato punível*.

Apesar de o convencimento ocorrer no contexto de uma arena argumentativa, que é o processo judicial, as impressões do julgador devem se colocar, no contexto probatório, com um mínimo de objetividade, de modo que não se pode admitir uma discricionariedade ampla na apreciação das provas, de acordo com o que será observado a seguir.

3.6. Discricionariedade X arbitrariedade na apreciação das provas

Uma das grandes preocupações dos jusfilósofos na atualidade refere-se à questão da discricionariedade judicial, bem como das arbitrariedades que podem resultar de seu exercício ilimitado.

Ocorre que o leitor deixa de transportar sua própria *poluição semântica* ao texto, de modo que não há uma solução correta, apenas a solução adequada ou conveniente para um individualizado intérprete, em um determinado caso, que poderá não ser compreendido pelo destinatário do texto que demonstrará sua *interpretação correta*, que de resto, jamais o será.⁵²³

A compreensão é uma tarefa *possível e infinita: possível*, porque é não se pode excluir o surgimento de compreensões melhores ou mais adequadas que as demais, em épocas posteriores; *infinita*, porque uma compreensão aparentemente adequada pode mostrar-se incorreta e sempre possível encontrar compreensões novas e melhores.⁵²⁴

Os princípios, entendidos como *marcos delimitadores da juridicidade*, representam valores dessa sociedade, que são materializados política e juridicamente para preservar as estruturas mais relevantes de uma civilização, pela regulação política dos poderes do Estado. É

⁵²¹ Ibidem, p. 41-42.

⁵²² Ibidem, p. 42.

⁵²³ PUGLIEIS, Márcio. Aquisição do sentido - questões de Hermenêutica. **Revista do TRF-3**, ano XXIV, n. 118, p. 45-66, jul.-set. 2013, p. 46.

⁵²⁴ Ibidem, p. 48.

necessária a ponderação política, pelo judiciário, nos *casos difíceis*, para tornar as decisões aplicadas a eles de acordo com os desígnios dos ideais das classes dominantes.⁵²⁵

No processo penal, essas preocupações são qualificadas, em decorrência dos bens jurídicos em jogo, especialmente, a liberdade do acusado e seus demais direitos fundamentais, que se encontram sob o risco de cerceamento antijurídico e injusto. Faz necessário, portanto, estudar as possibilidades e limites da discricionariedade judicial na apreciação da prova.

Para Ronald Dworkin, a *discricionariedade em sentido forte* não equivale apenas a se afirmar que um funcionário público deve usar seu discernimento para a aplicação dos padrões que foram estabelecidos pela autoridade, nem mesmo para afirmar que ninguém irá rever aquele juízo: equivale a dizer que, em certos assuntos, não está limitado pelos padrões da autoridade.⁵²⁶

O *sentido forte* do poder discricionário *não equivale à licenciosidade*, nem exclui a crítica, pois quase todas as situações nas quais uma pessoa age tornam relevantes certos *padrões de racionalidade, equidade e eficácia*. O fato de um funcionário ter poder discricionário não significa que esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade.⁵²⁷

Significa, apenas, que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade que o utiliza. O detentor de poder discricionário nesse sentido pode ser criticado não por ser desobediente, nem por ter cometido um erro, se não tiver privado um participante de uma decisão que lhe era, por direito, devida.⁵²⁸

Dessa forma, a discricionariedade judicial não se refere, diretamente, à possibilidade de arbítrios judiciais agasalhados pelo ordenamento jurídico, mas, sim, à possibilidade de críticas e de controle de sua atuação. Desse modo, a *discricionariedade judicial* equivale à abertura criada no sistema para legitimar, veladamente, uma *arbitrariedade* cometida pelo Judiciário.

Até porque, no âmbito judicial, a regulamentação legal é pressuposta, o juiz, efetivamente, criará uma regra para regulamentar o caso a ele apresentado, de modo que a *situação de ilegitimidade* se assemelha ao arbítrio do déspota no sistema administrativo pré-Estado Liberal.⁵²⁹

O juiz teria discricionariedade no sentido *forte*, possível apenas se não houver regra clara e preestabelecida. No Brasil, porém, a discricionariedade judicial vai além disso, pois, em

⁵²⁵ Ibidem, p. 53-54.

⁵²⁶ DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 52-53.

⁵²⁷ Ibidem, p. 53-54.

⁵²⁸ Ibidem, p. 54.

⁵²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 73-424.

qualquer espaço de sentido, vaguezas, ambiguidades ou cláusulas abertas, o *imaginário dos juristas* vê um infundável terreno para o exercício da *subjetividade do intérprete*.⁵³⁰

A afirmação de que o *interprete sempre atribui sentido (Sinngebung) ao texto* não pode se transformar em uma autorização para atribuir sentidos de forma arbitrária, como se o texto e a norma estivessem permanentemente separados, de forma estanque e, portanto, tivessem *existência autônoma*.⁵³¹

A *metáfora da única resposta* em Dworkin estabelece a convicção hermenêutica de que há um *desde-já-sempre existencial* que conforma um *compromisso minimamente objetivado*. Isso porque, no processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando à objetivação.⁵³²

O intérprete, no âmbito da discricionariedade, parte de um *grau zero* de sentido, de modo que reina nos seus *domínios de sentido*, a partir de seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas, partindo os sentidos a lhe pertencerem, repetindo-se uma *relação de propriedade (neo)feudal*. Aqui reside a *morte do sistema jurídico*.⁵³³

Contra o caos representado pelos decisionismos e arbitrariedades, o *establishment* corre sério risco de criar um *neoabsolutismo hermenêutico*, no qual a *argumentação hipostasiada*, resume-se ao mero *preceduralismo-argumentativo*, que acaba se substituindo ao próprio direito.⁵³⁴

Forma-se um círculo vicioso: admitem-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da *ideologia do caso concreto*; para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos, com pretensões de universalização, como se fosse possível que uma norma jurídica abarcasse todas as hipóteses de aplicação.⁵³⁵

A discricionariedade judicial pode ser suprimida ou evitada, porque está superado o conceito de juiz como *boca que profere as palavras da lei*. É necessário, todavia, romper o *círculo vicioso* no qual a *discricionariedade se transforma em arbitrariedade*, especialmente no contexto da apreciação das provas, que podem levar ao *injusto cerceamento da liberdade*.

⁵³⁰ Ibidem, p. 73-105.

⁵³¹ Ibidem, p. 105-275.

⁵³² Ibidem, p. 275-301.

⁵³³ Ibidem, p. 301-348.

⁵³⁴ Ibidem, p. 348-393.

⁵³⁵ Ibidem, p. 393-424.

A discricionariedade judicial deve ser dirigida não a estender, mas, sim, a *reduzir a intervenção penal*, enquanto não for motivada por *argumentos cognoscitivos seguros*. A dúvida sobre a verdade jurídica demanda a intervenção de instituições garantidoras, a exemplo da presunção de inocência, do ônus da prova a cargo da acusação, do *in dubio pro reo*.⁵³⁶

Faz-se necessário intervir, também, na absolvição pela incerteza acerca da verdade, da analogia *in bonam partem* e da interpretação restritiva dos pressupostos típicos e extensiva das circunstâncias favoráveis ao réu⁵³⁷. O juiz, apesar de poder valer-se da *discricionariedade judicial mitigada*, não pode se descuidar das *regras do jogo processual*.

Isso porque as partes têm, cada qual em sua medida, o direito de influir na decisão. Nesse contexto é que, novamente, a argumentação, bem como o direito de argumentar no processo, demonstram-se imperiosas, no sentido do *alcance dialético-aproximativo da verdade processual*.

A quantidade e a qualidade das informações antes de cada *rodada processual* resultam em constantes *alterações táticas*. Buscar a verdade real *do e no* processo penal é uma forma ingênua de atuação, pois o *desvelar subjetivo do jogo processual* apresenta o processo penal dentro de um contexto dinâmico, sujeito às contingências do mundo da vida.⁵³⁸

As estratégias são simetricamente opostas entre acusação e defesa. Superada a visão da verdade real, o processo acolhe pretensões menos idealizadas e mais próximas da realidade, passando o processo penal a ser o *confronto em contraditório* para garantia da Democracia, no qual acontece a guerra de informações, estratégias e táticas para *vencer o jogo processual*.⁵³⁹

Ao mesmo tempo em que cada jogo processual é singular, está inserido na *dinâmica repetitiva de processos*, que constroem padrões táticos que podem ou não funcionar, em decorrência da ausência de cuidado com as informações preliminares e as possibilidades probatórias.⁵⁴⁰

⁵³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

⁵³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

⁵³⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 26-96.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 26-37.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 37-52.

A fusão dos horizontes no processo judicial implica no reconhecimento de uma versão *inventada e corroborada*, não o certificado de *acontecimento definitivamente comprovado*. É especialmente nesse ponto que a distinção entre as *duas formas de verdade* forjou o mal-entendido.⁵⁴¹

A história demonstra que fatos tidos como verdadeiros são controvertidos e que a versão oficial pode não corresponder ao que de fato ocorreu. Não se pode, todavia, colocar nenhum fato em uma *versão última e definitiva*. O processo, que é *aparentemente retrospectivo*, implica na escolha dos *elementos mais interessantes para cada parte*.⁵⁴²

Os processos sempre são parciais e *representativos de interesses não ditos*. Por serem sistemas históricos, os ordenamentos nacionais guardam características de ambos os sistemas. Assim, *não existe sistema puro*. Daí se falar equivocadamente em *sistemas mistos*, pois estes não podem ocorrer em um contexto sistemático, por *ausência de um significante*.⁵⁴³

Instaurar-se-ia, assim, uma *dupla legalidade* e uma *confusão sob aparência de sistema*. A denominada *verdade real* é mito sedutor, conveniente e ilusório. É o engodo de que, mediante depoimentos e demais informações, é possível reconstruir os fatos tal como eles se deram, como se um acontecimento passado pudesse ser trazido ao presente com a força de um *replay*.⁵⁴⁴

Ocorre que nem mesmo um *replay* consegue mostrar um acontecimento por todos os ângulos. Mesmo que existam várias câmeras, algo escapará. A verdade real engana e funciona como um *mecanismo retórico* para a aceitação de práticas inquisitórias e autoritárias, e faz com que os julgadores possam *dormir o sono dos justos* que nada mais é do que o *sono do iludido*, pois *não há como reconstruir o passado*.⁵⁴⁵

No processo penal, existe um *acertamento temporal de discursos* no momento da decisão, que são de ordem parcial e contingente. A função do processo é de *acertamento do caso penal*. A decisão judicial resultada da *produção válida de significantes*, não do *mito ultrapassado da verdade real*, que é uma *empulhação ideológica*, voltada a *acalmar a consciência de acusadores e julgadores*.⁵⁴⁶

Trata-se da *ilusão da informação perfeita*. A informação adentra o processo penal por meio da prova. Em todos os seus momentos de absorção, requerimento, deferimento, produção

⁵⁴¹ Ibidem, p. 53-65.

⁵⁴² Ibidem, p. 70-73.

⁵⁴³ Ibidem, p. 70-73.

⁵⁴⁴ Ibidem, p. 74-79.

⁵⁴⁵ Ibidem, p. 79-86.

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 86-90.

e valoração, há possibilidade de perdas (*gaps*). Toda as possibilidades processuais atinentes à prova impedem a informação perfeita.⁵⁴⁷

Para se alcançar o fim ideológico de manutenção da *crença na melhor qualidade na decisão penal*, herança do modelo inquisitório, ao julgador se atribui a função de *gestor da prova em nome da verdade verdadeira*. Isso porque a verdade processual não é espelho da realidade.⁵⁴⁸

A atividade recognitiva avivada no processo é um mecanismo de “*bricolage singular*”, entendido como *fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito*, até porque nunca o é, por impossível. A *verdade processual*, assim, tem *estrutura de ficção*. O julgador, todavia, precisa dar uma resposta e *acertar os fatos* com os instrumentos dos quais dispõe.⁵⁴⁹

Vertido inexoravelmente na e pela linguagem, resta desprovido da *verdade verdadeira*. Uma instrução processual sempre autoriza várias compreensões: a partir da forma como serão dispostos, de maneira encadeada, os significantes é que se poderá verificar a *legitimidade democrática da decisão*.⁵⁵⁰

Confirma-se, assim, a impossibilidade de se alcançar uma *verdade real*, e reafirma-se que a apreciação das provas deve acontecer em um *contexto dialético-aproximativo*, porém, *dentro das regras do jogo*. Uma delas é a necessidade de apreciação das provas para permitir a aproximação à verdade processual, dentro das *possibilidades oferecidas pela lei processual*, pelos meios de prova constitucional e legalmente permitidos.

3.7. O processo dialético-aproximativo e os meios de prova

A apreciação da prova deve ocorrer em um contexto dialético, que facilite ao julgador a *apreciação otimizada* das provas produzidas no processo judicial. Ocorre que, também de conformidade com o que já foi trabalhado, a argumentação processual não ocorre em um contexto plenamente objetivo, permitindo, assim, tanto equívocos quanto arbitrariedades.

Retorna-se, assim, à *verdade como justificação dialética*, forjada na arena dos argumentos, contaminada por subjetividades, prejudiciais à aproximação à verdade dos fatos.

⁵⁴⁷ Ibidem, p. 90-92.

⁵⁴⁸ Ibidem, p. 92-94.

⁵⁴⁹ Ibidem, p. 92-94.

⁵⁵⁰ Ibidem, p. 94-96.

Para Habermas, porém, nos discursos, nos quais apenas as razões contam, a *instância de certificação* é suspensa.⁵⁵¹

Nesse contexto de *interpessoalidade*, na qual os participantes desviam o olhar objetivante do mundo e se voltam, em *atitude performativa*, às objeções dos oponentes, *podem entrar em conflito tantos mundos quantas interpretações houver*. Os participantes da argumentação ainda associam à *meta do resgate discursivo de pretensões incondicionais*, a conotação de *apreensão dos fatos*, voltada a *conservar o mundo objetivo* no campo de visão.⁵⁵²

Não esqueceram que, no seu papel de *atores*, referem-se, em conjunto, ao mesmo mundo, tão logo retornem ao *mundo da vida* após o término de seu conflito de interpretações. Nesse contexto pragmático da conexão entre a verdade dos enunciados e a objetividade daquilo que tratam os enunciados, evidencia-se a dificuldade de compreensão da *validade moral por assimilação à verdade*, sobressaindo a diferença entre as duas pretensões de validade.⁵⁵³

Ambas dependem de um *resgate discursivo* e de uma *praxis* de justificação, por meio da qual os envolvidos se orientam pela ideia de *única resposta correta*. Sabem, porém, que não poderão ir além de uma *aceitabilidade idealmente justificada* dos enunciados, analogia existente apenas no nível da argumentação, não no nível pré-reflexivo.⁵⁵⁴

Isso porque as convicções morais não fracassam ante a resistência de um mundo objetivo pressuposto como idêntico por todos os envolvidos, mas ante o caráter insolúvel de uma dissensão normativa entre adversários num mundo social comum. As convicções morais governam as “interações normativamente reguladas” do mesmo modo que as convicções empíricas governam as intervenções no mundo objetivo, voltadas a um fim.⁵⁵⁵

Resistem à prova, não pelo sucesso da manipulação de processos autônomos, mas, sim, pela *solução consensual de conflitos de ação*, que apenas pode ser bem-sucedida no plano das *convicções normativas intersubjetivamente partilhadas*. Põe-se à prova não uma *praxis* diferente do discurso, mas, sim, o *medium* da comunicação linguística, mesmo quando as consequências de infrações morais são primeiramente “sentidas”.⁵⁵⁶

O que decide o *malogro das certezas* que guiam a ação é a contradição ou o *grito dos adversários sociais* que demonstram orientações axiológicas dissonantes. A resistência não

⁵⁵¹ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., 2004, p. 286.

⁵⁵² HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., 2004, p. 286.

⁵⁵³ Ibidem, p. 286-287.

⁵⁵⁴ Ibidem, 2004, p. 287-288.

⁵⁵⁵ Ibidem, 2004, p. 288.

⁵⁵⁶ Ibidem, p. 288-289.

provém de dados objetivos não dominados, mas, sim, da *falta de um consenso normativo* com as outras pessoas.⁵⁵⁷

A *objetividade do espírito alheio* não é a mesma objetividade da realidade surpreendente. A *resistência do espírito objetivo* é vencida por processos de aprendizado moral que levam as partes conflitantes a *ampliar o mundo social*, incluindo-se reciprocamente em um *mundo construído em comum*, para que apreciem e resolvam seus conflitos consensualmente.⁵⁵⁸

Às *pretensões de validade moral* falta a *referência ao mundo objetivo*, o que é característico das pretensões de verdade, que as priva de um ponto de referência que *transcende a justificação*. Para determinar a diferença entre correção e verdade, é necessário perceber como essa orientação por inclusão poderia *compensar a falta de referência ao mundo*.⁵⁵⁹

A argumentação, mediante a objetivação que resulta da *contraposição dos argumentos*, produz um aprendizado voltado à *aproximação à verdade*, no contexto de um *mundo construído em comum*. A dialeticidade, como elemento necessário do processo penal contemporâneo, colabora na aproximação à verdade dos fatos pretéritos, de modo que amenizam as pré-convicções morais, conduzindo o julgador à uma *objetividade ideal*.

Passa-se ao *diálogo acerca da probabilidade* dos meios de prova, não no sentido abstrato, mas, sim, atribuindo-se, contextualmente, às provas, um *valor aproximativo à verdade*, que determinará uma maior objetividade, permitindo uma *aproximação ideal à verdade*. É necessário, contudo, estabelecer qual o tipo de probabilidade a ser considerado.

A impossibilidade de se atingir a verdade absoluta dos fatos não significa que a decisão não possa ser tomada racionalmente. A falta de meios idôneos para garantir a verdade objetiva não é motivo para renunciar à ideia da *verdade como correspondência aos fatos*. Ocorre que a *racionalização do convencimento* passou a identificar a certeza judicial com a probabilidade.⁵⁶⁰

A partir das provas, juiz somente poderá chegar à conclusão de que o fato afirmado é *provável*, em maior ou menor grau. Se houver um *altíssimo grau* de probabilidade da ocorrência de um fato ou de sua não existência, o juiz terá atingido uma verdade relativa, porém, correspondente uma *verdade suficientemente persuasiva*.⁵⁶¹

Após, é necessário saber qual deve ser o *alto grau de probabilidade* exigido para que o juiz afaste a dúvida e atinja a certeza, atingindo um *mínimo de objetividade*. Ao final, é preciso

⁵⁵⁷ Ibidem, p. 289.

⁵⁵⁸ Ibidem, p. 289-290.

⁵⁵⁹ Ibidem, p. 290.

⁵⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. Cit., p. 38-39.

⁵⁶¹ Ibidem, p. 39.

indagar se é possível cogitar uma diversidade de graus de probabilidade, de acordo com a natureza do objeto do processo ou da espécie de juízo formulado pelo juiz.⁵⁶²

A consciência de que a probabilidade da ocorrência de um fato é maior do que a de sua inoção não impede que possa surgir a hipótese contrária. Se a ocorrência de um fato é provável, isso indica uma maior possibilidade no que se relaciona à sua ocorrência, mas, também, sinaliza que a menor probabilidade de sua inoção.⁵⁶³

O *crescimento da probabilidade* da ocorrência de um fato e o simétrico *decréscimo da hipótese contrária*, faz com que a situação vá se modificando. Cada vez mais, a possibilidade de inoção do fato contrário vai se tornando menor. Em certo ponto, as possibilidades serão distribuídas de forma que a primeira tenda ao *inteiro* e a segunda tenda a *zero*.⁵⁶⁴

Atinge-se, assim, a *certeza judicial acerca* do fato. No julgamento dos fatos, o juiz deve escolher a hipótese racionalmente mais atendível dentre as várias reconstruções possíveis dos fatos. Em consequência, a *verdade dos fatos* não pode ser absoluta, mas, sim, apenas a hipótese mais provável, de acordo com os elementos de confirmação.⁵⁶⁵

A prova é o instrumento capaz de produzir *elementos de confirmação ou de negação* de uma hipótese relativa à existência ou à inexistência de um fato, de modo que a atividade probatória é desenvolvida com vistas à verificação dos fatos históricos que fundamentam a pretensão.⁵⁶⁶

Caso seja bem-sucedida, permite-se concluir pela existência de um “altíssimo grau de probabilidade” de ocorrência dos fatos narrados, o que equivale à “verdade dos fatos afirmados”. No referido sentido, no contexto da análise das provas, a verdade objetiva deve ser substituída pela verdade probabilística.⁵⁶⁷

O juiz pode atingir uma certeza *necessária* para decidir. Conceitos como “verdade absoluta” ou “verdade material” serviram mais para justificar abusos processuais do que contribuíram para a melhoria epistemológica do processo como instrumento de realização de justiça.⁵⁶⁸

Negar tais conceitos e afirmar que a verdade deve ser entendida como *elevadíssima probabilidade* é um caminho mais seguro para buscar a justiça. A prova se coloca em três

⁵⁶² Ibidem, p. 39-45.

⁵⁶³ Ibidem, p. 46-74.

⁵⁶⁴ Ibidem, p. 75-88.

⁵⁶⁵ Ibidem, p. 89-110.

⁵⁶⁶ Ibidem, p. 111-112.

⁵⁶⁷ Ibidem, p. 113-114.

⁵⁶⁸ Ibidem, p. 115-118.

sentidos: o primeiro se identifica com a atividade probatória, com a produção de meios e atos praticados no processo voltados a convencer o juiz sobre a veracidade de uma alegação fática.⁵⁶⁹

O segundo se refere à ação de *provar acerca da veracidade de uma afirmação*, no qual afirma-se que o ônus de provar pesa sobre quem afirma. O terceiro se liga ao convencimento que os meios de prova levam ao juiz sobre a existência ou não de um fato, ou seja, o próprio resultado da atividade probatória, a convicção sobre os fatos alegados em juízo.⁵⁷⁰

O objeto da prova é uma alegação acerca de um fato e não o fato em si, que são acontecimentos que tiveram existência no mundo real, se um fato ocorreu ou não, se existiu ou não. Desse modo, não comporta adjetivações ou valorações. O que existe na realidade *não pode ser verdadeiro ou falso*; simplesmente, existe.⁵⁷¹

O que pode ser verdadeiro ou falso é o conhecimento, as percepções, as opiniões, os conceitos ou os juízos acerca de um objeto. Os “fatos” debatidos no processo são nada mais do que enunciados sobre os fatos do mundo real, *aquilo que se faz afirmar em torno de um fato*, ou seja, a *enunciação de um fato*, não o próprio fato.⁵⁷²

Desse modo, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes, enquanto fundamentos da acusação e da defesa. Aquilo que pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, probado ou improbo são as alegações sobre os fatos.⁵⁷³

Para as teorias que negam a possibilidade do conhecimento verdadeiro dos fatos, não há sentido em se falar em prova, que se torna um verdadeiro *nonsense*, de modo que acaba servindo apenas para conferir uma *aparência de legitimação racional* a um conjunto de mecanismos teatrais, cuja função é *dissimular a realidade irracional e injusta* da decisão judicial.⁵⁷⁴

Diversamente, no que concerne às *teorias narrativistas do processo*, a prova deve servir como um *elemento de persuasão* de modo que cada uma das partes procure convencer o juiz de sua *story of the case*. A função da prova, desse modo, não é *cognitiva*, mas, sim, *argumentativa*.⁵⁷⁵

⁵⁶⁹ Ibidem, p. 119-126.

⁵⁷⁰ Ibidem, p. 127-134.

⁵⁷¹ Ibidem, p. 135-142.

⁵⁷² Ibidem, p. 143-150.

⁵⁷³ Ibidem, p. 151-153.

⁵⁷⁴ Ibidem, p. 154-155.

⁵⁷⁵ Ibidem, p. 155-156.

Em uma demanda fundada em fatos que, embora verdadeiros, sejam improváveis, partindo-se da premissa de que é possível atingir um conhecimento verdadeiro dos fatos, ainda que essa verdade não seja absoluta, a prova assume a função instrumental de *fundamentar racionalmente uma escolha da versão dos fatos* que se possa definir como verdadeira.⁵⁷⁶

Embora o problema do acerto judicial dos fatos não se coloque em termos de determinação da *verdade absoluta* ou da *certeza indubitável* de uma alegação fática, a prova se coloca como um mecanismo que permite realizar uma escolha racional entre hipóteses diversas sobre os fatos debatidos no processo.⁵⁷⁷

Assim, na seara processual penal, exige-se do magistrado que, ao formar sua convicção acerca da (in)veracidade da imputação narrada na denúncia ou na queixa-crime, atenha-se ao contexto probatório coligido ao processo, pois somente a afirmação fática acompanhada de sua respectiva prova poderá ser tida como aceitável para uma condenação.

Demonstra-se que a prova é um elemento instrumental que permite que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos nos quais as partes fundamentam suas alegações. Podem constituir-se de provas históricas, críticas, pessoais ou reais.⁵⁷⁸

Nenhuma das espécies de provas⁵⁷⁹ tem uma *carga aproximativa* à verdade maior do que a outra, ao menos em abstrato. Por exemplo, uma perícia parece ter uma carga de veracidade maior do que uma prova testemunhal. Ocorre que, por vezes, somente a prova testemunhal é capaz de corroborar uma confissão, total ou parcial.

Nesse mesmo sentido, a *carga aproximativa* da cada um dos meios de prova dependerá de sua comparação com as demais, no contexto dialético do processo, de modo que seja possível uma aproximação à verdade.

Assim, o problema da prova judiciária é apenas um aspecto do problema geral da prova, pois visa fundamentar convicções, mas não se apresenta de modo uniforme. Varia conforme as

⁵⁷⁶ Ibidem, p. 157-159.

⁵⁷⁷ Ibidem, p. 159-161.

⁵⁷⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 2. 3. ed. Campinas: Millennium, 2009, p. 268-271.

⁵⁷⁹ Quantos às provas “nominadas” pelo Código de Processo Penal, há as seguintes: exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184); interrogatório do acusado (arts. 185 a 196); confissão (arts. 197 a 200); pergunta ao ofendido (art. 201); testemunhas (arts. 202 a 225); reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228); acareação (arts. 229 e 230); documentos (arts. 232 a 238); indícios (art. 239); busca e apreensão (arts. 240 a 250). (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941, n.p.).

áreas e os casos de aplicação. Por exemplo, se fosse possível contentar-se com a confissão, oferecer-se-ia ao réu a possibilidade encobrir o verdadeiro culpado.⁵⁸⁰

É por isso que se exige de todas as partes, dos terceiros e do juiz, que colaborem para o estabelecimento dos fatos. Provar, nesse mesmo sentido, é *fazer conhecer*, no processo judicial, a verdade de uma alegação pela qual se afirma um fato, do qual decorrem consequências jurídicas.⁵⁸¹

As provas, todavia, devem ser conciliáveis com outros valores considerados até mais importantes, de modo que as consequências jurídicas possam ser consideradas, contextualmente, justas: prova e verdade voltam-se à realização da justiça, como é concebida em uma sociedade.⁵⁸²

Nesse sentido, as provas, no contexto processual, devem se voltar, simultaneamente, aos três objetivos do processo penal, a preservação das garantias do acusado, a aplicação da lei penal e a justiça no caso concreto.

Ocorre que essa *aproximação em termos processuais*, considerada a *necessária discricionariedade judicial*, mitigada pelos direitos fundamentais, bem como a impossibilidade de uma verdade real, somente pode acontecer em um *contexto dialético-aproximativo*, caracterizado pela *maior objetividade possível*, a partir da argumentação das partes.

A melhor razão para acreditar na veracidade de uma proposição sobre o passado é o fato de ela ser mais coerente do que qualquer outra com as *crenças gerais sobre causa e efeito* e sobre a *motivação das ações humanos*, e uma série de proposições particulares referentes a *fatos coerentes entre si*, que incluam proposições fundadas em *percepções sensoriais*.

Ocorre que nenhuma razão semelhante jamais pode ser conclusiva. Mesmo entre as teorias da veracidade pela *correspondência* e pela *coerência*, é mais satisfatório definir enunciados verdadeiros como os que correspondam a uma realidade cuja existência é independente do enunciado.⁵⁸³

Se, em um caso, as provas se mostrarem conflitantes, o efeito pode ser a construção de duas versões coerentes do passado, porém, *conflitantes entre si*: uma que inclui a execução do ato criminoso pelo acusado; a outra que exclui essa possibilidade. Assim, passa a ser essencial

⁵⁸⁰ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 591-594.

⁵⁸¹ Ibidem, p. 594-595.

⁵⁸² Ibidem, p. 595-599.

⁵⁸³ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 115-116.

a opinião formada pelos juízes sobre um fato, relacionada à *credibilidade das provas disponíveis*, diretas e imediatas.⁵⁸⁴

Assim, não há *valor aproximativo estanque* entre as *cargas de verdade*. Essa carga valorativa depende do desenvolvimento da argumentação no contexto do processo. Por isso, é necessário o diálogo. Por mais que um indício esteja mais próximo à incerteza, pode ser confirmado por outras fontes; por mais que uma confissão esteja mais próxima à certeza, pode ser rechaçada por outras provas.

Existe, todavia, um problema ainda não resolvido, que se relaciona à *necessidade de conclusão* do processo penal, em algum momento, tendo em vista, especialmente, os limites temporais, mesmo que abstratos, impostos à atividade judicial, até mesmo pela Constituição Federal.

3.8. Aproximação suficiente à verdade e motivação da decisão penal: o paradigma do juízo “além de uma dúvida razoável”

É impossível a obtenção de uma verdade estreme de dúvida no que se relaciona a uma realidade pretérita. É possível, todavia, por intermédio da *dialeticidade processual*, uma *aproximação à verdade*, desde que o *monopólio da gestão da prova* pelo juiz seja relativizado, entregando-se às partes a possibilidade de interferir e construir a convicção do julgador acerca da (in)ocorrência de um fato penalmente relevante.

Mais do que isso, diferentemente do que ocorre em outras ciências, a sentença penal deve ocorrer dentro de um certo limite temporal, de acordo com o que determina a própria Constituição Federal. Demonstra-se, assim, uma situação paradoxal, pois o juiz deve se aproximar o máximo possível da verdade dos fatos, da mesma forma que os demais cientistas, contudo, obedecendo a limitações temporais.

De modo a tentar resolver essa problemática busca-se, de conformidade com o conceito de *truth beyond reasonable doubt*, estabelecer um paradigma de *suficiência*, determinando o momento no qual o julgador chegaria à objetividade e à *aproximação máxima* à verdade racionalmente possível.⁵⁸⁵

Historicamente, o conceito de *verdade além de uma dúvida razoável* foi trazido aos EUA pela *common law* inglesa, afirmando que, se um homem julga outro, especialmente na

⁵⁸⁴ Ibidem, p. 116-117.

⁵⁸⁵ LOWE, Sandra. **Proof beyond a reasonable doubt: what is it and does it work in our criminal system.** 2012, p. 3-4.

possibilidade de derramamento de sangue ou *selamento de um destino*, o julgador deveria estar totalmente seguro quanto à culpa, ou seria julgado por Deus, por derramar sangue inocente.⁵⁸⁶

A Suprema Corte estadunidense afirmou que, se fosse possível convencer uma pessoa com base apenas em provas circunstanciais, probabilidades ou em um *quantum* de prova, o custo para a sociedade seria gigante, pois a liberdade de inocentes seria negada, porém, o criminoso seria libertado.⁵⁸⁷

O “*teste de dúvida razoável*” é superior aos demais, no que concerne a proteger alguém contra um julgamento injusto. É um elemento determinante da culpabilidade criminal. No caso *O.J. Simpson*, no qual o astro de *football* e cinema foi acusado de assassinar sua antiga esposa e um homem que com ela estava, o julgamento foi uma experiência de abertura para o mundo.⁵⁸⁸

Um de seus advogados, Robert Shapiro, desafiou a acusação, na audiência preliminar, a uma investigação forense aprofundada, que revelou a verdade sobre o sistema de justiça criminal. A sociedade obteve uma visão ampla sobre os abusos cometidos pela polícia para resolver casos, inclusive, testemunhando falsamente para *enquadrar* um suspeito.⁵⁸⁹

O padrão de *dúvida razoável* deve ser a base do sistema de justiça e do devido processo, sob pena de torná-lo vulnerável aos caprichos de qualquer homem que se volte à destruição das liberdades promulgadas pelos *pais fundadores* para manter o país livre. A *obtenção da lei e da ordem* é difícil devido ao equilíbrio de poder necessário para manter o sistema de justiça.⁵⁹⁰

Sem esse padrão, passa-se ao caos, como no medievo, escravos dos caprichos da determinação da elite acerca de quem vive ou morre. A *quantificação* não é, contudo, um bom padrão para as convicções, pois a mera noção de que alguém, provavelmente, praticou o crime, não é uma prova de que realmente o fez.⁵⁹¹

Não se trata de um obstáculo à apresentação de evidências críveis *além da dúvida razoável*. Sob certo ponto, a *preponderância de uma evidência* pode condenar pessoas inocentes⁵⁹². Confirma-se a necessidade de *diálogo entre as partes* a partir das fontes probatórias, não em relação à sua quantidade, mas, sim, à construção *mais objetiva possível* da convicção do julgador.

⁵⁸⁶ Ibidem, p. 4-5.

⁵⁸⁷ Ibidem, p. 5-6.

⁵⁸⁸ Ibidem, p. 6-7.

⁵⁸⁹ Ibidem, p. 7-8.

⁵⁹⁰ Ibidem, p. 8-9.

⁵⁹¹ Ibidem, p. 9-10.

⁵⁹² Ibidem, p. 10.

A aproximação à verdade não é um conceito meramente jurídico; trata-se, sim, de um conceito lógico, que deve permear a atividade do juiz, de modo que possa se desincumbir de seu dever de buscar a verdade e, assim, otimizar, no caso concreto, o princípio jurídico que assim o determina.

Ocorre que a expressão *dúvida razoável* não aparece na Constituição. Foi, na realidade, a Suprema Corte americana que determinou que esse padrão *crystalizou-se*, especialmente após a década de 1970, construindo-se a inabalável exigência da prova *além de uma dúvida razoável*.⁵⁹³

É inconcebível abandonar o compromisso com o padrão de *dúvida razoável* de prova que, todavia, pode ser difícil de explicar e justificar. A fórmula da *dúvida razoável* é de custosa interpretação, especialmente no que concerne às dúvidas sobre a culpa dos acusados. O padrão de *dúvida razoável*, porém, é, por interpretação, parte da Constituição.⁵⁹⁴

Esse padrão não foi concebido, originalmente, todavia, para dificultar a convicção judicial, mas, sim, para assegurar aos jurados a *segurança de suas almas* caso condenassem o acusado. Em nada se relacionavam com a segurança da lei ou com os valores da liberdade. Nada há de complexo sobre a ideia de que alguns procedimentos se destinam a verificar a verdade.⁵⁹⁵

As complexidades se multiplicam quando se volta à relação entre prova e conforto moral. O mesmo procedimento passa a servir a ambos propósitos, pois a busca da verdade pode servir para aliviar o senso de responsabilidade moral, podendo afirmar aquilo que a igreja medieval afirmava: *a lei tomou a decisão*.⁵⁹⁶

O julgador pode se declarar um *servo da verdade* ao invés de assumir sua responsabilidade moral. Nesse sentido, o juiz julga de conformidade com a evidência apresentada, não coma sua própria consciência (*iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*).⁵⁹⁷

A lição correta sobre o histórico de *dúvida razoável* refere-se às consequências das grandes mudanças morais dos últimos dois séculos, mas, sim, ao fato de se ter esquecido como

⁵⁹³ WHITMAN, James. **The Origins of "Reasonable Doubt"**. New Haven: Yale, 2005, p. 1-27.

⁵⁹⁴ Ibidem, p. 28-53.

⁵⁹⁵ Ibidem, p. 54-84.

⁵⁹⁶ Ibidem, p. 85-121.

⁵⁹⁷ Ibidem, p. 122-147.

moralmente terrível é o ato de julgar. A falta de compromisso do julgador permite condenar infratores à moda de Santo Agostinho, com a *paixão da autojustiça*.⁵⁹⁸

O sentido de duvidar da própria autoridade moral de julgar outros seres humanos foi perdido, em sentido contrário àquele conhecido pelos juristas cristãos do Século XV: se o juiz encontra glória na morte de um homem, é um assassino⁵⁹⁹. Assim, o juiz não pode estar imune aos influxos argumentativos das partes, baseados nas provas coligidas aos autos.

A mentalidade inquisitorial de outrora não mais pode ser capaz de justificar a desobediência aos preceitos constitucionais basilares, corporificados pelas garantias processuais do acusado. Para Salo de Carvalho, porém, o sistema processual penal se estrutura em uma *economia de poder*, cujo protagonismo é exercido pelo Magistrado.⁶⁰⁰

A relação que se estabelece entre julgador e julgado é estruturante, traça os limites de atuação dos sujeitos processuais. Os demais atores, porém, são coadjuvantes, detentores de papéis secundários. Nesse contexto, a resolução do caso se vincula à técnica do juiz na descoberta da verdade, da qual o acusado é detentor exclusivo.⁶⁰¹

Assim, o poder é concentrado e direcionado somente contra o suspeito-acusado-réu. Em decorrência da exclusividade da posse da verdade histórico-material no quadro inquisitorial, o réu se transforma em *objeto* de investigação. A temática inquisitorial se insere, portanto, em um terreno de alta complexidade.⁶⁰²

O processo não pode ser enclausurado em modelos *históricos jurídicos cerrados*. No *modelo persecutório de investigação e conquista da verdade juridicamente válida*, sua proliferação em dimensões extraordinárias decorre de sua característica *trans-histórica* e de sua alta funcionalidade para a legitimação das máquinas judiciárias autoritárias.⁶⁰³

A lógica que orienta a atuação dos sujeitos do processo penal no Brasil, medida pela incorporação da sistemática do Código de Processo Penal, é notadamente inquisitória, apesar de ter sido suavizada pela *aparência* de um devido processo legal.⁶⁰⁴

Além da arquitetura processual que caracteriza o inquisitorialismo no processo penal brasileiro, a cultura judiciária brasileira incorpora determinadas formas de produção da verdade

⁵⁹⁸ Ibidem, p. 122-147.

⁵⁹⁹ Ibidem, p. 148-166.

⁶⁰⁰ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 76-104.

⁶⁰¹ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 76-104.

⁶⁰² Ibidem, p. 104-156.

⁶⁰³ Ibidem, p. 157-189.

⁶⁰⁴ Ibidem, p. 189-204.

que permitem a manutenção e a transcendência da lógica inquisitória, mesmo após a redemocratização política.⁶⁰⁵

Nos sistemas consensuais, especialmente aplicados nos países de *common law*, o *regime da verdade* é baseado na ideia de *decisão como resultado* de um *processo de negociação entre as partes*, que se inicia no momento da *plea guilty, not guilty* e termina em uma eventual *plea bargain*.⁶⁰⁶

Nesse regime de verdade espera-se a resolução do caso a partir de seu debate no espaço público, onde as *verdades parciais*, apresentadas pelas partes processuais, serão propostas, abdicadas e, finalmente, negociadas, de modo que se possa estabelecer uma *nova verdade*, partilhada entre os envolvidos e o público.⁶⁰⁷

Aqui, a tentativa de reconstrução da *verdade substantiva*, por sua vez, *congelada e obscurecida pelo tempo do fato*, sempre é falha, pois o diálogo processual público pretende construir uma verdade possível e atual, que permita a resolução do conflito em termos razoáveis.⁶⁰⁸

O sistema brasileiro de Justiça criminal opera por meio de *técnicas inquisitoriais de revelação de verdade*, centralizadas na figura do juiz. Referidas técnicas, contudo, promovem o *enfrentamento entre as partes* a partir da imposição da sua verdade sobre o caso, situação que reforça o decisionismo e o protagonismo judicial.⁶⁰⁹

O inquisitorialismo cria um *regime de produção de verdade* que exclui os envolvidos no caso penal, reforçando o papel de império do julgador que, protagonista da cena processual, não ouve o drama das pessoas envolvidas e de mediar resolução. Assim, resta obstaculizada a efetivação do sistema acusatório, impedindo que se realize democracia processual.⁶¹⁰

Dessa forma, o momento no qual o julgador pode, legitimamente, considerar-se desincumbido de seu dever jurídico de buscar a verdade, tendo em vista que ter alcançado a máxima objetividade possível, coincide com o final das possibilidades probatórias das partes processuais.

Um *processo penal democrático*, que preserve as garantias processuais do acusado, permitindo a dialeticidade por meio da argumentação acerca das provas processuais, não pode

⁶⁰⁵ Ibidem, p. 205-222.

⁶⁰⁶ Ibidem, p. 223-231.

⁶⁰⁷ Ibidem, p. 231-242.

⁶⁰⁸ Ibidem, p. 242-251.

⁶⁰⁹ Ibidem, p. 252-253.

⁶¹⁰ Ibidem, p. 254-264.

ser caracterizado por um convencimento completamente livre, já que está *minimamente subordinado* à Constituição e à busca da *verdade aproximativa por meio do diálogo processual*.

O Código de Processo Penal subordina-se às formas procedimentais do processo civil ibérico. Assim, o livre convencimento é tão vetusto quanto o rito procedimental que o código adotou, um conjunto de preceitos arcaicos, coordenados sem um sistema, que precisa ser substituído por um novo código que atenda às *reais necessidades* da Justiça penal.⁶¹¹

Essas *reais necessidades* relacionam-se, indubitavelmente, à evidente e forçosa constitucionalização do processo penal, que não mais permite o monopólio da gestão da prova, nem a liberdade total no que se relaciona ao conhecimento acerca da verdade dos fatos. A Constituição Federal determina que todas as decisões judiciais devem ser motivadas.

Assim, a prova ganha relevância ímpar, pois servirá de base necessária para a fundamentação das sentenças, não se limitando apenas à sua função persuasiva, que lhe é atribuída no que se refere à sua destinação, antes voltada, exclusivamente, a formação do convencimento do julgador.

A prova se converte em *instrumento diálogo processual*, tornando-se seu embasamento maior, na busca pela aproximação à verdade. Desse modo, a teoria da decisão judicial passou por modificações inegáveis, que devem estar *pari passu* à constitucionalização do processo penal.

Para Vilanova, um sistema normativo-jurídico válido para um *universo-de-conduta* é completo ou suficiente se, para qualquer conduta, existe uma norma que a qualifique, em qualquer modal deontico. A completude não é, então, uma propriedade estática, no sentido de que o sistema já tenha.⁶¹²

Em um sistema dinâmico há a possibilidade aberta de se responder com a norma a um fato natural que se tornou relevante, e, ao fato da conduta, cuja estrutura relacional exige que se indiquem quais as direções proibidas, as condições obrigatórias e as condições permitidas. A decisão é o ato que qualifica deonticamente uma situação controvertida.⁶¹³

⁶¹¹ MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 216.

⁶¹² VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 243-263.

⁶¹³ Ibidem, p. 263-277.

O ato jurisdicional não é uma proposição declarativa, mas, sim, prescritiva. Uma controvérsia pede uma decisão, que se verte em norma. O juiz não pronuncia um juízo-de-realidade nem um puro juízo-de-valor: o “existencial” do fato e o “critério-de-valor” são componentes do juízo normativo.⁶¹⁴

Esse juízo normativo não é de ordem moral, religiosa, atinente à etiqueta, ou aos usos-e-costumes. É, especificamente, jurídico. A completude é possibilitada pelo próprio *dever-de-julgar*, que deriva e depende do direito positivo quanto à extensão da competência distribuída aos órgãos jurisdicionais, quanto ao que o juiz deve julgar acerca do que se lhe tenha requerido e apenas sobre o que se requereu.⁶¹⁵

Todo o sistema de proposições normativas tem uma estrutura interior estratificada. No ápice, seu fechamento o é dado, gnosiologicamente, pela norma fundamental e, empiricamente, pela norma constitucional material. Assim, *há um mínimo de Constituição sem o qual nenhum indivíduo se acha investido na qualidade de órgão*.⁶¹⁶

Esse nivelamento é lógico e ontológico. O próprio *ser do direito* está estruturado em planos normativos, de modo que a *norma de investidura*”, que confere autoridade ou titularidade de órgãos a indivíduos, antepõe-se às demais. É *norma-de-norma*, que dispõe sobre o *processo sintático de construção e transformação e dogmático de criação das normas*.⁶¹⁷

Nesse sentido, sem a referida norma, cujo pressuposto necessariamente descreva um primeiro fato como “jurígeno fundamental” (*Grundfaktum*) é impossível a constituição de nenhum sistema jurídico. O *status* gnosiológico dessa norma é o de condicionamento necessário das demais normas: a precedência lógica é a versão formal da antecedência gnosiológica.⁶¹⁸

Se a Constituição *antecede* as demais normas, tornando-se sua *condição de possibilidade*, deve o juiz voltar-se a ela antes mesmo de observar a legislação processual. Ao motivar sua decisão deverá demonstrar que alcançou a *objetividade máxima*, determinada pela Constituição, e que *permitiu o diálogo processual* e que este teve influência em sua decisão.

No contexto de um *processo penal democrático* o juiz pode se considerar desincumbido de seu dever jurídico de buscar a verdade, no momento em que consegue *otimizar* essa busca, por intermédio do diálogo processual, caracterizado pelo contraditório, voltado à aproximação máxima à verdade.

⁶¹⁴ Ibidem, p. 278-284.

⁶¹⁵ Ibidem, p. 285-298.

⁶¹⁶ Ibidem, p. 299-301.

⁶¹⁷ Ibidem, p. 302-305.

⁶¹⁸ Ibidem, p. 308-311.

Até porque, motivar uma sentença é justificá-la; não é fundamentá-la de modo impessoal e demonstrativo. Trata-se, então, de persuadir um auditório de que a decisão é conforme às suas exigências, conciliando os comandos legais, o espírito do sistema e a apreciação das consequências.⁶¹⁹

A motivação deve se adaptar ao auditório que se propõe a persuadir, às suas exigências em matéria de direito e de justiça, à ideia que ele se forma do papel e aos poderes do juiz no conjunto das instituições. A busca da verdade objetiva se mescla com preocupações práticas, como a proteção de uma ordem social, que têm interesse não apenas histórico e sociológico, mas, também, epistemológico.⁶²⁰

Em sentido paralelo, se, mesmo após desincumbir-se de buscar a verdade, a incerteza persistir, de modo a dar cumprimento à Constituição em sua plenitude, é defeso ao juiz que, mesmo no exercício de sua necessária discricionariedade, faça ensejar uma condenação baseada em dúvida.

Isso porque, ao lado da presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, como *critério pragmático de solução de incerteza judicial*, corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador. A única *certeza* exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias à prolação da sentença condenatória.⁶²¹

A motivação serve, então, para controlar a racionalidade da decisão judicial, não para gastar várias folhas para demonstrar erudição jurídica e jurisprudencial ou discutir obviedades; importa, sim, explicar o porquê da decisão sobre a autoria e materialidade. Se esse grau de *liberação de carga* não for, todavia, alcançado, *a absolvição é imperativa*.⁶²²

A motivação sobre a matéria fática demonstra um saber que *legitima o poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem, racionalmente, possa ser considerado autor do fato criminoso⁶²³. Na decisão penal, assim, a *pré-compreensão* deve ser substituída por fundamentos que mais se aproximem da objetividade.

Ocorre que a dialeticidade ainda deve integrar a construção do conhecimento do julgador, de modo que o pragmatismo filosófico, de base linguística, não pode ser dispensado da equação. É necessária, sim, a compatibilização das teorias para que, no contexto do processo penal, seja possível uma *aproximação otimizada* à verdade relacionada a um fato pretérito.

⁶¹⁹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 570.

⁶²⁰ Ibidem, p. 591.

⁶²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179.

⁶²² LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., 2006, p. 205-206.

⁶²³ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit., 2006, p. 205-206.

Passa-se a entender, então, porque o “significado ontológico” fundamenta as recentes teses antidiscricionárias da interpretação jurídica. Marcio Pugliesi e Núria Lopes afirmam a impossibilidade de uma compreensão correta do texto legal por meio do exercício hermenêutico que testa a validade e a adequação dos preconceitos e pré-compreensões do intérprete, *substituindo-os por outros, mais adequados, até, finalmente, eliminá-los*.⁶²⁴

Após a *viragem linguístico-pragmática*, a referida aplicação passou a ser questionada, *em favor de uma conjectura mais ampla da interpretação jurídica*, pois “[...] a interpretação de uma norma é uma escolha tomada com o escopo de solucionar um conflito”. É evidente que a questão envolve muito mais que a relação sujeito-intérprete/objeto-texto.⁶²⁵

Se o sujeito compreende o mundo a partir de seu próprio conjunto de conteúdos semânticos, pragmaticamente revelados, não pode, simplesmente, “livrar-se” desses conteúdos, pois “eles permitem e limitam a compreensão do sujeito”. A tomada de decisão envolve a análise, pelo sujeito, de sua situação no conflito e das estratégias que lhe favoreçam.⁶²⁶

Assim, o sujeito pode decidir entre os vários significados pragmáticos que podem ser atribuídos a uma norma jurídica. Há, portanto, a necessidade de escolha, que refletirá no sentido e na utilidade técnica da parte optante, de modo que “[...] será, sempre, um enunciado performativo, vez que constrangerá o agir”.⁶²⁷

A pragmática resolve-se por via preliminar ou contemporânea, pois repousa sobre as interações e se volta a afastar as confusões entre os espaços da descoberta e da justificação. Isso se faz por meio de uma regra metódica, que afirma que *descobrir* é um processo que decorre de outro, que é a “[...] detida consideração das evidências linguísticas e teorias disponíveis e do ato que se deseja praticar”.⁶²⁸

Assim, “[...] apenas uma metódica sistêmica permitirá desenvolver compreensão adequada das ações (falar é agir) e, por consequência afastar a possibilidade de se pensar a verdade/verossimilhança como prática experimental”⁶²⁹. Adequa-se, assim, a tese ora proposta às teorias da verdade estudadas no capítulo inicial, determinando-se a possibilidade de uma gestão dialético-aproximativa da prova processual penal.

⁶²⁴ PUGLIESI, Márcio; LOPES, Núria. Teoria da decisão: um paradigma hermenêutico pós-reviravolta linguístico-pragmática. **Revista Jurídica da Faculdade UNA de Contagem**, v. 1, n. 2, p. 95-100, 2015, p. 98.

⁶²⁵ Idem.

⁶²⁶ Ibidem, p. 98-99.

⁶²⁷ Ibidem, p. 99.

⁶²⁸ Idem, p. 98-99.

⁶²⁹ Idem, p. 98-99.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verdade, em si, é um problema até mesmo de conceituação, que desafia a lógica formal e material, bem como as ciências do espírito de uma forma geral. O direito, mesmo em sua condição de *ciência normativa*, não difere desse quadro geral. No que se refere ao direito processual, a necessidade de contato com a realidade pretérita é algo pressuposto, que faz com que a necessidade de definição da verdade ultrapasse o âmbito normativo.

Adentra, portanto, a necessidade de visualização e de entendimento de uma realidade pretérita. Nesse sentido, a verdade processual deve ser um meio, todavia, com uma pretensão de resultado de um processo judicial, pois a obtenção da verdade se refere, especificamente, ao *esforço* empenhado pelo operador processual, em alcançá-la. Não se trata, contudo, sequer da possibilidade de se atingir uma verdade absoluta.

Por isso, fez-se necessário analisar o próprio conceito de verdade. A verdade *comum* difere da verdade *processual*, restrita que está a sua busca pelas próprias normas processuais, delimitadoras de suas possibilidades. A busca pela verdade corresponde, simultânea e paradoxalmente, a uma ambição e a um objetivo inalcançável.

Isso porque, a obtenção da verdade é uma impossibilidade lógica. O ser humano não é onisciente. A vontade de obtê-la é inerente ao humano. Ocorre que as impressões e opiniões que podem ser impostas ou ensinadas não correspondem, isoladamente, à verdade, sua obtenção exigiria libertação das aparências, das opiniões e das ilusões dos sentidos.

Conceituando-se a verdade em sentido oposto à falsidade, constrói-se uma *lógica binária*. Tudo aquilo que não é falso, é, pois, verdadeiro ou vice-versa. Opõe-se, assim, a verdade à *mentira*. No processo, àquela passa a ser atribuído o caráter de algo incontestável, que condiz com a realidade, em sentido oposto à ausência de verdade.

Dentro dessa *ambição de conceituação*, as ciências buscam a *verdade completa*, preocupadas com a necessidade humana de encontrar a paz que advém da conformidade entre a realidade e o pensamento, pois até mesmo a *ilusão da verdade* é capaz de retirar o homem de sua ignorância e do desconforto ocasionado pelo desconhecimento.

A busca pela verdade é hercúlea, caracterizada que é pela frustração constante. A história da ciência demonstra que teorias entendidas como verdades foram contestadas, rejeitadas e substituídas. Assim, *o conhecimento surge da dúvida*, porém, *cristaliza-se na comprovação de uma hipótese* posta à prova.

Em consequência disso, conhecer equivale a demonstrar ao sujeito aquilo que acaba por ser colocado como objeto, uma *representação da realidade*. A ciência, então, pretende atingir

conhecimentos que correspondam, tanto quanto possível, à verdade. Não há como espelhar fielmente a realidade, mesmo por intermédio do método.

A veracidade dos fatos, relatos, coisas, proposições e de todos os arquétipos ideais comumente empregados à verdade, embora sejam consensualmente aceitos no seio social, além de não serem absolutos, podem ser transitórios e relativos, pois devem estar consonantes com os avanços sociais e com o aprimoramento do método.

A verdade científica perdura até o momento de sua contestação e da comprovação em sentido contrário, a partir da utilização do método. É possível falar-se em *verdade em sentido científico*, mas, sim, na *busca pela verdade científica*. É por isso que a ciência do direito não pode pretender a verdade, muito menos tê-la como objeto.

O conhecimento jurídico dirige-se às normas, que conferem aos fatos o caráter de *jurídicos* ou *antijurídicos*. O conceito filosófico de “verdade”, todavia, é *procedimental*, não baseado na experiência. Baseia-se no *método*, não nos fatos. Ocorre que é necessário admitir-se a *possibilidade de satisfação* sobre a investigação, mesmo que momentânea.

No direito processual, todavia, há uma *expectativa jurídica* de que, para a correta aplicação do direito, é necessário *elucidar a verdade dos fatos*. Isso porque o processo espera uma *reprodução fática*, relacionada às narrativas fornecidas pelas partes, expectativa que resta ainda mais evidente no processo penal, no qual a discussão ameaça bens jurídicos preciosos.

Corresponde, assim, a uma atividade *recognitiva*. O processo busca resguardar e concretizar algumas das várias aspirações constitucionais, como o direito de ação e acesso à justiça. No processo, a verdade é *construída*, no campo argumentativo, por meio de narrativas fáticas e jurídicas e dos contra-argumentos.

No campo instrutório, a verdade se revela por meio das provas, corporificando as narrativas, de modo que a ideia abstrata de verdade pode ser arquitetada como um *ideal regulador*, a orientar a obtenção do conhecimento. No processo penal, o conflito se instala acerca de uma imputação fática e jurídica, entre duas pretensões contrapostas.

Surge, então, o *engendramento processual*, que buscará a apuração dos fatos. Nesse contexto, a atividade processual probatória é um meio legalmente idôneo para alcançar o objetivo, por buscar a verdade dos fatos, *da forma mais próxima possível*. A reconstrução da verdade fática, no processo, ocorre por meio de sua narração ao juiz. Esse *silogismo estrutural* pode levar à condenação, à absolvição, ou a outra das várias possibilidades e desdobramentos.

A verdade processual surgiria, então, a partir da *construção argumentativa* firmada entre as alegações de fato e de direito colacionadas pelas partes. Demonstra-se, assim, o seu *viés*

dialético, que deve permear a edificação da verdade no processo, pois as partes tentam *reconstruir a realidade* que se apresenta ao juiz por intermédio do processo.

Ocorre que as narrativas processuais podem se distanciar da realidade dos fatos, não sendo suficiente que estejam fundadas em coerência textual. Podem ser persuasivas, porém, não verdadeiras. Confirma-se a necessidade de aprofundamento na conceituação da verdade processual, pois a prestação jurisdicional justa *perpassa a busca pela verdade*.

A reconstituição histórica dos fatos é indispensável para o cumprimento do dever estatal de jurisdição, de forma que a verdade processual não pode ser um mero *instrumento de justificação*. Isso porque é necessário *estabelecer relações entre verdade e justiça* no contexto do processo, pois a pacificação social deve ser apenas uma consequência da busca pela verdade. Justiça e verdade complementam-se. Uma não subsiste sem a outra.

A busca pela verdade como objetivo do processo é condição indispensável para que o cidadão possa confiar na Administração da Justiça. O processo é um instrumento, destinado a assegurar a concretização do Direito, devendo objetivar sua aplicação como um todo, especialmente das garantias constitucionais do acusado.

Já que a *verdade real* é uma utopia, faz-se necessário assegurar que o julgador tentará fazer com que sua decisão se aproxime, idealmente, da realidade, de forma que a *busca pela verdade processual* é uma garantia fundamental, cuja inobservância ocasionará a ilegitimidade de qualquer decisão.

Apesar da *insistência da teoria geral do processo*, a divisão entre verdade formal (relacionada ao processo civil) e verdade material (afeta ao processo penal), apesar de ter alguma justificação relacionada à mecânica individual de cada processo, essa diferenciação relaciona-se, muito mais, à amplitude da iniciativa probatória do magistrado.

Ocorre que nem mesmo o juiz cível pode decidir fora da *verdade dos fatos* subjacentes às alegações, do mesmo modo que deve fazer incidir sobre o processo o contraditório e a plenitude de defesa. É impossível, assim, aceitar a existência *pura* de uma verdade formal no direito processual civil e, no mesmo sentido, seria impensável admiti-la no processo penal.

Essa *divisão estanque*, no entanto, redundou no chamado *princípio da verdade real* no âmbito do direito processual penal. Os princípios, todavia, são as *bases do direito*, o que demonstra sua importância, sua normatividade e sua aplicabilidade na resolução de casos concretos.

A teoria dos princípios reconhece que a lei não é suficiente para atender a todas as necessidades humanas. Assim, vários direitos e garantias fundamentais estão corporificados em

princípios, expressos ou implícitos. Por isso é que os princípios são *mandamentos de otimização*, normas que ordenam que alguma coisa seja realizada na maior medida possível.

Já que a verdade real *não é algo crível*, inalcançável em termos absolutos e fidedignos é, em si, um mito, bem como o é o “princípio” que a consagraria. As críticas à *possibilidade de uma verdade real* são semânticas e estruturais, pois a *inquietação* do juiz em obter a verdade “real” não se relaciona a um *interesse particular de punir*, mas ao *direito estatal de punir*.

Até porque a subjetividade do sistema retira, ao menos parcialmente, sua dialeticidade, de modo que o contraditório perde sua materialidade já que, não necessariamente, influenciará na decisão. Uma afirmação é verdadeira *independentemente da certeza sobre ela*, pois é objetivada e determinada pela realidade.

A certeza se trata de um grau de persuasão que um sujeito tem a respeito da veracidade de um enunciado, que poderá ser *dimensionado* ou *escalonado*. Na escala mínima, há a incerteza, a ausência total de convicção e conhecimento. Da *incerteza* até a *certeza absoluta*, há diversos graus de convencimento, denominados de várias formas, *progressivamente*.

A certeza do sujeito (juiz) acerca de uma afirmação (fato), deverá ser transmitida por meio das justificativas fáticas e jurídicas que ele puder fornecer. Para afirmar e justificar a certeza da culpabilidade, seu convencimento deve ser fundamentado e motivado, baseado nas provas de sua afirmação.

O processo procura *objetivar a certeza*, por meio das provas, retirando da decisão judicial a subjetividade imanente ao juiz, aproximando-a da verdade. No processo penal, apesar das necessárias *gradações entre incerteza e certeza*, as conclusões às quais o juiz pode chegar referem-se à culpabilidade ou à inocência.

Assim, as provas deverão estar aptas a demonstrar a verdade dos fatos e incutir no julgador a certeza sobre o acontecimento fático. Na *dúvida* ou na *incerteza da culpabilidade* do agente, é inconcebível que uma sentença condenatória se sustente na *probabilidade da autoria e da materialidade*, em decorrência da garantia fundamental do *in dubio pro reo*.

Nesse contexto, o *diálogo processual*, consubstanciado pelo contraditório, faz com que a decisão se aproxime mais de uma verdade processual legítima. O contraditório, além de uma garantia processual, é uma *regra do jogo*, voltada a promover *maior aproximação à verdade* no processo e a atingir a *dialeticidade* requerida pela democracia.

O raciocínio dedutivo, utilizado na apreciação da prova, pode resultar somente em probabilidades, distantes da certeza em relação a uma *concepção aproximativa da verdade processual*. A dificuldade de se alcançar a verdade pelo raciocínio dedutivo faz com que o magistrado permaneça no campo da probabilidade.

Ocorre que a prova não pode ter objetivo apenas persuasivo, preocupado com o convencimento do magistrado. É por isso que o vocábulo *prova* assume uma conotação especializada no contexto processual, relacionando-se ao *meio pelo o julgador se aproxima da verdade* relacionada a uma situação fática pretérita.

Para que seja possível alcançar uma decisão justa no processo penal, é necessária a colheita de todos os elementos aptos a demonstrar e recriar determinado fato praticado no passado. Provas, então, são *elementos de convicção* produzidos, enfaticamente, no trâmite do processo judicial, dependentes da participação das partes, caracterizados pelo contraditório.

Existem diferenças essenciais entre o direito, que é uma ciência *normativa*, e as *ciências descritivas*. Na *busca pela verdade*, essa diferenciação torna-se ainda mais essencial e *matizada*, tendo em vista que a verdade se refere, no contexto dessas ciências descritivas, a uma realidade *pretérita*.

A decisão judicial faz com que se *volte no tempo*, para determinar a existência (ou não) do evento que gerou (ou não) um direito de ação, reconstruindo, juridicamente, um fato, a partir da decisão judicial. Mais do que isso, o *limite temporal para o encerramento do processo penal* é um direito fundamental.

O processo penal não é um instrumento político de *legitimação artificial de arbítrios punitivos* como outrora foi. Encontra-se diretamente subordinado à Constituição, movendo-se pela legalidade, não podendo se desvencilhar dos limites jurídicos que lhe são impostos pela Constituição e pela lei.

Não é possível, todavia, desprezar a importância da argumentação, mesmo no processo penal, pois a questão probatória passa a dela fazer parte. Em seu âmbito é que são demonstrados os *aspectos dialéticos da matéria probatória*. Para tanto, contudo, a discricionariedade judicial não pode permitir arbítrios judiciais, porém, à *possibilidade de crítica* e de *controle de atuação*.

Não pode ser suprimida, evitada ou ignorada. É preciso aceitar sua existência, mesmo que mitigada em relação às arbitrariedades. O juiz não pode se descuidar em relação às *regras do jogo* processual, todavia. A dialeticidade colabora na *aproximação à verdade*, especialmente acerca da *probabilidade dos meios de prova*, atribuindo-se, concretamente, às provas, um *valor aproximativo à verdade*, que determinará maior objetividade.

Nenhuma prova tem, em abstrato, uma *carga aproximativa à verdade* maior do que a outra. Cada uma dependerá de sua comparação com as demais, no *contexto dialético do processo*, possibilitando-se uma aproximação à verdade. Assim, o valor aproximativo das *cargas de verdade* não é estanque, pois depende do desenvolvimento da argumentação.

No que concerne aos limites temporais aos quais se submete o processo penal, diferentemente das ciências, em algum ponto o julgador deverá se desincumbir do ônus fundamental de buscar a verdade. Possibilita-se determinar qual é esse momento, a partir do conceito de *truth beyond reasonable doubt*.

Referido conceito estabelece um *paradigma de suficiência*, ao determinar o momento no qual o julgador chegaria à *máxima objetividade* e à *máxima aproximação à verdade*, racionalmente possíveis. Ocorre que a aproximação à verdade não é um conceito meramente jurídico.

Trata-se, porém, de um conceito *lógico*, que deve permear a atividade do juiz, de modo que possa se desincumbir de seu *dever de buscar a verdade* e *otimizar o princípio jurídico* que assim o determina. Para tanto, o juiz *não pode estar imune aos influxos argumentativos das partes*, baseados nas provas coligidas aos autos.

O momento no qual o julgador pode se considerar *legitimamente desincumbido* de seu dever de buscar a verdade, por ter alcançado a *máxima objetividade possível*, é o *fim das possibilidades probatórias das partes processuais*. A prova, então, se converte em instrumento de diálogo processual, tornando-se seu embasamento maior.

No *processo penal democrático*, o juiz pode se considerar desincumbido do *dever de buscar a verdade*, no momento no qual consegue *otimizar* essa busca, por intermédio do diálogo processual. Ao motivar sua decisão deverá demonstrar que *alcançou essa objetividade máxima* e que *permitiu o diálogo processual*, que foi, por sua vez, capaz de influenciar na decisão.

A dialeticidade deve, então, colaborar na construção do conhecimento do julgador, de forma que o pragmatismo filosófico, de base linguística, não pode ser dispensado. Desse modo, o diálogo *processual baseado nas provas* promove, no final uma *verdade processualmente possível*, baseada nas *possibilidades de aproximação à verdade* no processo penal.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2003.
- AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARANHA, Adalberto José de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. Coimbra: Atlântida, 1969.
- AUSTIN, John. **Truth**: Proceedings of the Aristotelian Society, n. 1. Warwick: The Aristotelian Society, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BLANSHARD, Brand. **The Nature of Thought**. v. 1. 3. Ed. Macmillan: Allen and Unwin, 1964.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BRANDON, Robert. (Ed). **Rorty and his critics**. Oxford: Blackwell Publishers, 2000.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941, n.p. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- _____. **Código de processo civil**. 2015, n.p. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988, n.p. Disponível em: <www.planalto.gov.br.>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CAMELLO, Maurílio José de Oliveira. **A questão da verdade na filosofia**. 2015. Disponível em: <www.theoria.com.br>. Acesso em: 28 jan. 2018.

CANABARRO, Américo. **Estrutura e Dinâmica do Processo Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. La argumentación y el diálogo frente al principio de contradicción. **Derecho penal contemporáneo**, Bogotá, n. 3, p.131-161, abr.-jun. 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Conan, 1995.

_____. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

_____. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di diritto processuale**, v. XX, p. 4-12, Padova: Cedam, 1965.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **Principios de derecho procesal civil**. vol. I. Madrid: Reus, 1922.

COSTA, Cláudio Ferreira. **A verdadeira teoria da verdade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

COUTINHO, Jacinto. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovas, 2001.

DESCARTES, René. **O discurso do método**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2006.

_____. **Meditações metafísicas**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 84.

DETIENNE, Marcel. **Os mestres da verdade na Grécia arcaica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1987.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DWORKIN Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Manuela Braga. A verdade no processo judicial: a falácia da verdade metafísica. **Problemata**: R. Intern. Fil. v. 8. n. 1, p. 191-214, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FLORIAN, Eugênio. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. **Delle prove penale**. Imprenta: Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1921.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. A prova dos fatos. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 243-284.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. (Org.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-14.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: UNESP, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse com um novo pós-fásico**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

_____. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2004.

HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, Porto Alegre, v. 39, p. 109-124, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petropolis: Vozes, 1989.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Sobre a expressão corrente**: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1988.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel Derecho, 1986.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

KHALED JÚNIOR, Salah. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340 - 355, jan.- fev. 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. t.1, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOWE, Sandra. **Proof beyond a reasonable doubt**: what is it and does it work in our criminal system. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1987189>>. Acesso em: 25 fev.2018.

LUNARDI, Soraya Gaspareto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial? **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 28, n. 55, p. 175-194, dez. 2007.

LYNCH, Michael. **The nature of truth**: classic and contemporary perspectives. Massachusetts: The MIT Press, 2001.

MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Bookseller, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. v. 2. São Paulo: Bookseller, 1997.

_____. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

NESPOLI, Ricardo. **Teoria da redundância**. 2009, n. p.

NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NIZNIK, Józef; SANDERS, John. (Eds.). **Debating the State of Philosophy: Habermas, Rorty, and Kolakowski**. Londres: Praeger Publishers, 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Método, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro. In:

PEREIRA, Flávio Cardoso de. (Org.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao Professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2006, p. 85-108.

_____; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O processo penal como dialética da incerteza. **Revista de Informação Legislativa**, v. 183, p. 67-75, 2009.

PEREIRA, Flávio Cardoso de. (Org.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao Professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PLATÃO. **Crátilo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1972.

_____. **Conhecimento objetivo**. Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 1975.

_____. **Conjecturas e refutações**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

_____. **Em busca de um mundo melhor**. Lisboa: Fragmentos, 2006.

- PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (Coord.). **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PUGLIESI, Márcio. **Filosofia Geral e do Direito: uma abordagem contemporânea**. No prelo.
- _____; LOPES, Núria. Teoria da decisão: um paradigma hermenêutico pós-reviravolta linguístico-pragmática. **Revista Jurídica da Faculdade UNA de Contagem**, v. 1, n. 2, p. 95-10, 2015.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. **Filosofia do Direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.
- _____. Verdade, universalidade e política democrática. In SOUZA, José Crisóstomo de. (Ed). **Filosofia, racionalidade e democracia: os debates Rorty e Habermas**. São Paulo: Unesp, 2005.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. Fragmento de Melancolia: aproximações sobre a glosa de "Verdade, Dúvida e Certeza" de Carnelutti. **O Estado do Paraná**, Curitiba, coluna "Direito e Justiça", p. 8, 10 nov. 2002.
- _____. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- RUSSELL, Bertrand. **Da natureza da verdade e da falsidade**. São Paulo: Abril Cultural, 1910.
- SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. **Temas de direito penal e processo penal em perspectiva crítica**. Rio de Janeiro: Santoro, 2010.
- SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SOUZA, Gelson Amaro de. LAZARI, Rafael José Nadim. (Neo) processualismo e (neo) CPC: reflexões sobre a nova interpretação processual. In: HERRERA, Luiz Henrique Martins; BAILO, Lucas Seixas. (Org.). **A nova interpretação do direito: construção do saber jurídico**. Birigui: Boreal Editora, 2012, p. 2-16.

SOUZA, José Crisóstomo de. (Ed). **Filosofia, racionalidade e democracia: os debates Rorty e Habermas**. São Paulo: Unesp, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio-ago. 2003.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

TARUFFO, Michele. **A prova**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **La Prueba de los Hechos**. Madri: Editorial Trotta, 2005

_____. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, n. 13, p. 111-153, jan.-abr., 2011.

_____. **Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Curso de processo penal**. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

TWINING, Willian. **Rethinking evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: London. 2006.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WILLIAMS, Bernard. **Truth and truthfulness: an essay in genealogy**, Princeton: Princeton University Press, 2002.

WHITMAN, James. **The Origins of "Reasonable Doubt"**. New Haven: Yale, 2005. (Faculty Scholarship Series - 1)

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*. São Paulo: Nacional, 1968.

ZILLES, Urbano. **Teoria do conhecimento e teoria da ciência**. São Paulo: Paulus, 2005.

A “FALÁCIA DE MORO”: AS DIFERENÇAS ENTRE A ARGUMENTAÇÃO E A RETÓRICA A PARTIR DA SENTENÇA QUE CONDENOU LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Em 12 de julho de 2017, o Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, prolatou sentença penal condenatória, em desfavor do ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, e outros corréus. Referida decisão tem sido, desde então, analisada por juristas, sociólogos e outros cientistas.

Tais estudos, no entanto, apresentam opiniões diametralmente opostas acerca da qualidade dos argumentos e, em especial, do conjunto probatório no qual se baseou a referida condenação, já que os embates se referem, em regra, à (in)existência de provas em sentido processual.

No contexto do presente trabalho, contudo, proceder-se-á à análise de alguns pontos da sentença, nos quais a devida argumentação jurídica parece ter sido substituída pela mera retórica, talvez com o fulcro de adequar um conjunto de evidências juridicamente frágil à justificação de uma condenação criminal.

Assim, tal análise é justificável, tendo em vista que a referida decisão ocupou mais de duas centenas de páginas e, procedeu, de maneira correta ou não, a diversas operações interpretativas, que terminaram na condenação de um ex-Presidente extremamente popular.

Para tanto, serão analisados alguns conceitos de “indício” em sentido jurídico-processual, a partir da definição peirceana de “índice”. A seguir, será estudado o conceito de “ideologia” e sua relação com a argumentação e com a retórica. Na sequência, serão analisados, exegeticamente, alguns dos trechos da decisão em voga.

Após, serão estudados alguns argumentos possivelmente falaciosos presentes na decisão, assim como seu enquadramento lógico-semântico. Ao final, será analisada a consistência dos argumentos colacionados na sentença, na tentativa de analisar sua provável natureza retórica.

Não se trata, contudo, de um conjunto de críticas a qualquer tipo de prática processual de parte do referido magistrado, mas, sim, de um estudo acerca de uma peça processual histórica e juridicamente relevante. Até mesmo porque, talvez, um percurso argumentativo-probatório diverso daquele que foi tomado pelo julgador poderia (ou não) ter levado a conclusões similares.

1. O CONCEITO DE “ÍNDICE” EM PEIRCE, OS INDÍCIOS E SEU VALOR PROBANTE

Uma das principais discussões acerca da sentença de que se trata é a afirmação de que o magistrado teria formado seu convencimento, exclusivamente, a partir de indícios, o que faria com que os argumentos nos quais a condenação foi baseada não demonstrassem suficiente força jurídico-argumentativa.

Nesse contexto, faz-se necessário estabelecer, ao menos, um conceito jurídico-processual do que seria “indício”. No contexto da linguagem, porém, é conveniente que essa conceituação parta da definição peirceana de “índice”.

O “índice”, para Peirce equivale a tudo o que atrai a atenção ou a tudo o que surpreende, pois assinala a junção entre duas porções de experiência. Assim, por exemplo: “vejo um homem andando gingando. Isso é uma indicação provável de que é um marinheiro”.⁶³⁰

Note-se, assim, que o “índice” reflete uma possibilidade ditada pela experiência, de modo que produz uma conclusão por intermédio de um silogismo entre um signo e um conhecimento prévio. O conceito jurídico-processual de “indício” pouco se distancia dessa definição.

Para Julio Fabbrini Mirabetti, o indício é a “circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. De acordo com o art. 239 do Código de Processo Penal é, assim como as presunções, uma prova indireta.⁶³¹

Trata-se de uma “circunstância conhecida e provada”, na qual a premissa maior é o princípio de razão ou a regra de experiência. Assim, todo aquele que é encontrado, após o crime, junto ao cadáver, com a arma assassina e os objetos da vítima, é, provavelmente, o autor do crime.⁶³²

Apresenta-se o indício, então, uma realidade “provável”, não provada, ainda distante da concretude, sendo que esta deve ser alcançada por intermédio da comparação com diferentes provas.

Guilherme de Souza Nucci, v.g., afirma que o indício é um fato “secundário, conhecido e provado”, que, relacionado ao fato principal autoriza, “por raciocínio indutivo-dedutivo”, a

⁶³⁰ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 66-67.

⁶³¹ MIRABETTI, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 314.

⁶³² *Ibidem*, p. 314-315.

conclusão da existência de outro fato secundário ou de outra circunstância. Se o indício, porém, se encontrar “solitário nos autos, não tem força suficiente para levar a condenação”.⁶³³

Demonstra-se, mais uma vez, que o indício se relaciona a uma probabilidade, não à verdade em si. Não se trata, portanto, de uma prova em sentido estrito, tendo em vista que deve ser corroborado por outros elementos probatórios, de modo a que se possa aproximar da verdade.

Nesse sentido, Maria Thereza Rocha de Assis Moura demonstra que o indício deve ser devidamente provado, pois é suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, por meio de “operação de raciocínio”. Não basta porém, que apareçam em “número plural”. É necessário que, examinados em conjunto, “produzam a certeza moral sobre o fato investigado”, de modo que devem ser “graves, precisos, e concorrerem, harmonicamente, a indicar o mesmo fato”.⁶³⁴

Assim é possível que um conjunto de indícios conduzam a uma conclusão. Não importa, contudo, a sua quantidade, mas, sim o seu encadeamento lógico que, por meio da dedução, possa conduzir a uma conclusão sólida acerca de um contexto fático.

Desse modo, para Adalberto José de Camargo Aranha, a utilização dos indícios no processo penal é, sim, possível. Trata-se, porém, de uma prova que “exige cautelas especiais, já que, abstraídas as da razão, não leva à certeza”.⁶³⁵

Já que a certeza não pode ser extraída diretamente de um indício, a operação lógico-dedutiva deve estar apoiada em outras modalidades probatórias, sob pena de não se produzir uma razoável aproximação à verdade.

Nesse sentido, Barbosa Moreira afirmou que o indício, assim como um documento ou o depoimento de uma testemunha, é um “ponto de partida”, porém, em confronto com uma presunção. Ao mesmo tempo, todavia, é um “ponto de chegada”, em confronto com a prova documental ou testemunhal. Assim, não pode ser colocado “no mesmo nível” das outras provas.⁶³⁶

⁶³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9 ed. São Paulo: RT, p. 520.

⁶³⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 36-91.

⁶³⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 170.

⁶³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: 1ª série**, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 383.

Note-se, assim, que o indício é “prova” apenas em sentido amplo, já que é somente o início da construção do convencimento, que não pode se embasar de forma exclusiva naquele. Dessa conceituação extrai-se uma evidente e constante distorção acerca de seu valor probatório.

Roque de Brito Alves, nesse diapasão, afirmou que os processualistas confundem as presunções e os indícios, deixando-se dominar pela terminologia ou pela linguagem comum, influenciados pela etimologia da palavra. Apesar de revelar algo, não constitui a sua evidência completa; revela-o apenas parcialmente, sem convencer completamente: é algo imperfeito por sua natureza.⁶³⁷

É admissível, porém, em um processo lógico, já que possibilita o conhecimento de outro fato desconhecido. Assim, qualquer dado, sinal, vestígio ou rastro, objetivo ou subjetivo, que torne susceptível essa via de conhecimento, deverá, porém, ser reconstruído pelas regras da experiência e da lógica.⁶³⁸

Esse processo de “reconstrução”, de comparação entre as provas, deve ocorrer, portanto, no contexto da argumentação jurídico-processual, de modo a que seja possível a aproximação à realidade dos fatos. Ocorre que a inserção de questões ideológicas no procedimento argumentativo pode ser capaz de distorcer os objetivos do convencimento, bem como a possibilidade de efetiva aproximação à verdade.

2. A DECISÃO JUDICIAL ENTRE ARGUMENTAÇÃO E RETÓRICA: A QUESTÃO DA IDEOLOGIA

É dever do julgador construir o seu conhecimento a partir de provas e argumentos que constem do sistema jurídico. Essa atitude é um pressuposto no que concerne à mandatória imparcialidade do juiz. É evidente que nenhum intérprete é, todavia, capaz de se despir de suas ideias, de sua história e de seus conhecimentos prévios.

Ocorre que esses fatores não podem ser decisivos no concernente à aplicação da lei aos casos concretos, tendo em vista que o julgador tem de se ater aos fatos, que deve traduzir para o processo, portanto, estreme de qualquer ideologia.

Até porque esse tipo de conhecimento não permite produzir conceitos nem recobrir o atual campo da semântica, exceto por analogia, que é apenas uma invasão ideológica da teoria

⁶³⁷ ALVES, Roque de Brito. **Dos indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43.

⁶³⁸ Ibidem, p. 67.

linguística. A semântica, enquanto teoria das regiões deixadas do lado de fora do campo de aplicação dos conceitos e das práticas linguísticas, pressupõe uma mudança de terreno.⁶³⁹

A liberdade/determinação ou criatividade/sistema têm as propriedades circulares de um par ideológico, pois cada um dos termos opostos pressupõe o outro: a criatividade supõe a existência de um sistema que lhe permita irromper e todo sistema resulta de uma criatividade anterior.⁶⁴⁰

As formações ideológicas necessitam de uma ou de várias formações discursivas interligadas, que determinam o que pode e deve ser dito, articulado sob a forma de um sermão, de uma exposição, etc., a partir de uma posição que ocorre em uma conjuntura determinada.⁶⁴¹

Não se trata apenas da natureza das palavras empregadas, mas, sobretudo, das construções nas quais essas palavras se combinam, na medida em que determinam uma significação que as tomam: as palavras mudam de sentido de acordo com as posições ocupadas por aqueles que as empregam, ao passar de uma formação discursiva para a outra.⁶⁴²

Assim, dada uma formação social a um momento determinado de sua história, ela se caracteriza, por meio do modo de produção que a domina e por um estado ditado pela relação entre classes que a compõem, expressas por intermédio da hierarquia das práticas das quais esse modo de produção necessita.⁶⁴³

A essas relações correspondem posições políticas e ideológicas, que não constituem indivíduos, mas que se organizam em formações que mantêm entre si uma relação de antagonismo, de alienação ou de dominação.⁶⁴⁴

A formação ideológica, então, é um elemento que pode intervir na conjuntura de concepções caracterizadora de uma formação social em um determinado momento, de modo que é um complexo de atitudes e representações que não são nem individuais nem universais, mas que se relacionam a posições de classes em conflito entre si.⁶⁴⁵

Demonstra-se, assim, que a ideologia é capaz de influenciar a linguagem. Trata-se, porém, no contexto da argumentação jurídica, de algo prejudicial à imparcialidade do julgador,

⁶³⁹ HAROCHE, Claudine; PÊCHEUX, Michel; HENRY, Paul. A semântica e o corte saussuriano: língua, linguagem, discurso. In: BARONAS, Roberto Leiser. **Análise do discurso**: apontamentos para uma história da noção-conceito de formação discursiva. São Carlos: Pedro & João Editores, 2007, p. 15.

⁶⁴⁰ Ibidem, p. 17.

⁶⁴¹ Ibidem, p. 21.

⁶⁴² Ibidem, p. 21.

⁶⁴³ Ibidem, p. 23.

⁶⁴⁴ Ibidem, p. 23-24.

⁶⁴⁵ Ibidem, p. 25.

já que, ao adentrar o processo, pode ser capaz de reconstruir o discurso, ou até mesmo de contaminá-lo, inclusive, como fator decisivo para a condenação ou para a absolvição.

No presente caso, é notável a possibilidade de influência do ideário de “combate” à corrupção por intermédio da aplicação de penas privativas de liberdade a agentes públicos acusados de se apropriarem de verbas públicas. Por mais que a legislação penal exija a punição desse tipo de crime, tal ideologia não pode ser capaz de influenciar o processo argumentativo, sob pena de sua conversão em mera retórica.

Isso porque o Direito é um campo inerentemente argumentativo: Não menos antigo que o reconhecimento do Estado de Direito como ideal político é o reconhecimento do Direito como campo da argumentação, um ambiente em que a retórica se desenvolve com toda a sua elegância e persuasão, mas, às vezes, também, dúbia arte. A retórica, então, pode voltar-se contra si mesma.⁶⁴⁶

O Direito é, essencialmente, uma disciplina argumentativa, de modo que, qualquer que seja a questão ou problema, colocado como uma questão ou problema jurídico, levará a uma solução ou resposta de acordo com uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito.⁶⁴⁷

A argumentação jurídica deve ser reconhecida como um caso especial de raciocínio prático, pois necessita se conformar às condições de racionalidade e de razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de razão prática. Desse modo, “[...] o argumento será confinado à consideração daquilo que é racionalmente defensável”.⁶⁴⁸

A racionalidade da argumentação determina que, ainda que um dilema ou problema prático deva ser considerado a partir de seus próprios méritos, é necessário ter-se em mente que as proposições universais utilizadas não podem ser vistas como “compromissos isolados que somente nos vinculam àquele caso particular”.⁶⁴⁹

No contexto jurídico, porém, a coerência tem particular importância: não se inicia uma discussão a partir de uma folha em branco, buscando alcançar uma conclusão razoável *a priori*. A solução precisa se fundar em alguma proposição que possa ser apresentada, com alguma credibilidade, como uma proposição jurídica, que deve ser, de alguma forma, coerente com outras proposições possíveis a partir das leis estabelecidas pelo Estado.⁶⁵⁰

⁶⁴⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Campus/Elsevier, 2008, p. 19.

⁶⁴⁷ Ibidem, p. 19-20.

⁶⁴⁸ Ibidem, p. 24.

⁶⁴⁹ Ibidem, p. 30.

⁶⁵⁰ Ibidem, p. 31.

A ideia de Estado de Direito insiste no direito da defesa de questionar e rebater uma causa apresentada, pois “[...] não há segurança contra os governos arbitrários a não ser que esse questionamento seja livremente permitido”.⁶⁵¹

A coerência narrativa se refere ao fluxo de eventos no tempo, de caráter diacrônico, replicando eventos que supostamente se imagina terem ocorrido em tempo real. Já a coerência normativa, é coerência “simultânea”, de caráter essencialmente sincrônico.⁶⁵²

Assim, por mais que o julgador não possa abandonar sua história ou sua personalidade, a ideologia não pode ser capaz de influenciar a decisão jurídica. Especialmente, não deve impossibilitar o direito das partes de influenciarem, por meio de argumentos, no convencimento judicial, sob pena de restar comprometido o próprio Estado de Direito.

3. ALGUNS TRECHOS DA SENTENÇA QUE CONDENOU LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

A sentença condenatória ora estudada tem mais de duas centenas de páginas, o que impossibilita a sua transcrição integral no presente contexto. Os trechos abaixo parecem ser, todavia, aqueles que melhor se relacionam com a presente problemática.

O magistrado afirma que há provas, documentais, testemunhal e periciais, de que Lula era proprietário de um imóvel, que a ele foi dado pela empresa OAS, a título de compensação por fraudes licitatórias, de que reformas foram a ele destinadas, sem que houvesse pagamento, bem como de que recursos obtidos nos contratos da Petrobrás foram utilizados para a construção “ou” reforma do imóvel.⁶⁵³

Nota-se, de início, que não restou claro para o julgador o verdadeiro destino das referidas verbas ilícitas; se para a construção “ou” para a reforma do referido imóvel, o que demonstra, ao menos inicialmente, a falta de concretude no concernente à reconstrução da verdade dos fatos a partir das provas. Reafirmou que o julgamento ocorreria “com base nas leis e nas provas”, independentemente do posicionamento demonstrado pela imprensa sobre o caso.⁶⁵⁴

Disse ter conduzido as audiências e a coleta de provas “da melhor forma possível”, evitando tumultos decorrentes do “comportamento inadequado da defesa”, instruindo o

⁶⁵¹ Ibidem, p. 152.

⁶⁵² Ibidem, p. 298.

⁶⁵³ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**, p. 6-9.

⁶⁵⁴ Ibidem, p. 24-26.

processo com prova documental e “depoimentos extrajudiciais de colaboradores e testemunhas”, de modo que não se haveria de alegar inépcia ou falta de justa causa.⁶⁵⁵

Ressaltou que a ampla defesa não equivale a um direito irrestrito à produção de qualquer prova, por excluir “as custosas e as protelatórias”, cabendo ao julgador, nos termos do art. 400, §1º, do CPP, controlar sua pertinência, relevância e necessidade, o que torna injustificadas as provas manifestamente desnecessárias, impertinentes ou protelatórias.⁶⁵⁶

Requerimentos de provas feitos pela defesa foram julgados desnecessários e de produção “extremamente complexa”. A seguir, porém, diz: “se o problema foi a impossibilidade de requerer, em tempo, alguma prova, a Defesa poderia ter apresentado novos requerimentos probatórios no curso do processo e mesmo na fase do art. 402 do CPP, mas não o fez”.⁶⁵⁷

A seguir afirma que as provas produzidas no processo foram significativas e exaustivas, de modo que estaria apto a ser julgado, sem a necessidade de provas adicionais.⁶⁵⁸

No mesmo sentido, diz que pedidos de produção de prova foram indeferidos apenas “quando manifestamente irrelevantes ou impertinentes”, bem como quando não demonstrada sua pertinência e relevância “mesmo sendo provocada a parte a tanto” e para “provas que seriam de muito difícil produção”.⁶⁵⁹

O magistrado afirma, assim, que as provas cuja produção foi requerida pela defesa eram impertinentes, custosas e protelatórias. A seguir, todavia, afirma que a parte deixou de requerer prova. Ora, a contradição entre os dois dispositivos é evidente, já que a defesa, após vários pedidos negados, evidentemente, relutaria em pedir outras. No mesmo sentido, nada impediria que o juiz, assim como procedeu em relação às demais provas, julgasse sua produção impertinente, sob qualquer fundamento.

Aliás, não se poderia esperar que a defesa requeresse, reiteradamente, várias provas, sem que se arriscasse a ser repreendida ou que incorresse em infração ético-profissional. Demonstra-se, assim, que o julgador relativizou, gravemente, o direito da defesa no que concerne à possibilidade de influenciar o seu convencimento.

Afirma que a palavra do “criminoso colaborador” deve ser corroborada por outras provas, pois “não há qualquer óbice para que os delatados questionem a credibilidade do

⁶⁵⁵ Ibidem, p. 34-36.

⁶⁵⁶ Ibidem, p. 38.

⁶⁵⁷ Ibidem, p. 38-45.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 45-46.

⁶⁵⁹ Ibidem, p. 46.

depoimento do colaborador e a corroboração dela por outras provas”, pois não se pode confundir validade e valoração da prova.⁶⁶⁰

Assiste razão ao julgador, pois, de fato, a validade e a valoração da prova são conceitos distintos. Ocorre que, apesar de não haver questionamento no que concerne à credibilidade da colaboração, esta deve ser valorada dentro do contexto probatório, não isoladamente.

Em outras ações penais teria sido provado que parte da propina ajustada com agentes da Petrobrás foi direcionada ao financiamento ilícito de campanhas eleitorais pagamento de dívidas de campanha.⁶⁶¹

Note-se que o julgador, neste ponto, faz referência a processos nos quais o ex-Presidente sequer é réu, testemunha ou colaborador. Aparentemente, neste ponto, há alguma influência ideológica no contexto da linguagem empregada na decisão.

Consta, nos documentos apreendidos na residência do réu, um termo de adesão e compromisso de participação, de 1º de abril de 2005, assinado por sua esposa, sobre a aquisição de direitos sobre uma unidade residencial identificada como o apartamento em questão.⁶⁶²

Nem a acusação nem a defesa teria explicado o motivo do primeiro contrato, referente ao Residencial Mar do Caribe, bem como que “talvez teria havido erro de preenchimento”. Entre os documentos, encontra-se o formulário original da "proposta de adesão sujeita à aprovação" de uma unidade habitacional.⁶⁶³

As “provas materiais” permitiriam relacionar as reformas ao réu e à sua esposa, pois a OAS as teria realizado “com exclusividade”, de modo que, mesmo sem a prova oral, seria possível relacionar o apartamento e as reformas aos dois, “com base em mensagens apreendidas nos aparelhos celulares de executivos da OAS”.⁶⁶⁴

A versão apresentada pelo réu, todavia, não seria consistente com as provas dos autos, mesmo antes do exame da prova oral, portanto, inconsistente.⁶⁶⁵

Haveria registros de que os pagamentos pela unidade habitacional foram interrompidos em 2009, bem como que todos os cooperados tiveram que optar por celebrar novos compromisso de compra e venda ou desistir e solicitar a restituição, bem como de que o réu e a sua esposa não realizaram nenhuma das opções ou foram cobrados a fazê-la.⁶⁶⁶

⁶⁶⁰ Ibidem, p. 50.

⁶⁶¹ Ibidem, p. 55.

⁶⁶² Ibidem, p. 59-60.

⁶⁶³ Ibidem, p. 60-61.

⁶⁶⁴ Ibidem, p. 71.

⁶⁶⁵ Ibidem, p. 92-93.

⁶⁶⁶ Ibidem, p. 93.

Afirma que, caso o réu e sua esposa fossem potenciais compradores, “seria natural que tivesse alguma discussão sobre o preço do apartamento, bem como sobre o valor gasto nas reformas”, tendo em vista que, em uma “aquisição usual”, teriam de arcar com esses preços.⁶⁶⁷

Continua apontando que, apesar de a titularidade de imóvel sem registro não ser, isoladamente, um fato, “o esforço por parte do réu para ocultá-la é *mais uma prova*” que corrobora a tese de que a diferença entre o preço original e pós-reforma não seriam pagas pelo réu e sua esposa, havendo, também, “provas indiretas” no processo de licitação e contratação.⁶⁶⁸

Note-se, portanto, que, de fato, não há qualquer prova em sentido processual de que o réu seria o proprietário do referido imóvel, pois nem mesmo assinou a proposta de aquisição do imóvel. Além disso, o pedido de perícia a ser realizado no referido imóvel, para que pudesse ser constatada (ou não) a existência das sobreditas reformas foi indeferido pelo magistrado, que afirmou ser um procedimento “custoso” e, portanto, impertinente.

Mais do que isso, ao contrário do que afirma, o “esforço de ocultação” não é uma prova em sentido estrito, mas, sim, nada mais do que um indício, que, repete-se, deveria ter sido sopesado com eventuais provas materiais que, ao menos no que concerne aos trechos acima, não se demonstram.

4. AS FALÁCIAS PRESENTES NA SENTENÇA

Apesar das contradições encontradas nos trechos da sentença ora estudada, não se faz possível afirmar a efetiva influência ideológica no concernente ao seu teor. Há, porém, afirmações e “constatações” que desafiam a lógica, pois suas premissas não levam, necessariamente, às conclusões colocadas na decisão.

A partir dessas possibilidades Euclides Mance produziu a obra denominada “Falácias de Moro”, na qual analisa, pormenorizadamente, a sentença, em busca de falácias e aporias.

De acordo com o autor, o que se percebe, pela análise lógica do argumento geral da sentença, é a tentativa de provar que réu, de algum modo, seria *proprietário* do imóvel, inferindo-se que o suposto *repassé* o teria beneficiado, sem o pagamento do valor correspondente, caracterizando o recebimento de vantagem indevida oriunda de corrupção.⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ Ibidem, p. 95-172.

⁶⁶⁸ Ibidem, p. 172-180.

⁶⁶⁹ MANCE, Euclides. **Falácias de Moro**: análise lógica da sentença condenatória de Luiz Inácio Lula da Silva: processo n.º 5046512-94.2016.4.07.7000. Passo Fundo: IFIBE, 2017, p. 17.

Ocorre que, na prova documental e oral constante na sentença, há somente uma afirmação literal de que o ex-presidente era proprietário do imóvel, esta publicada em uma matéria do jornal O Globo e, posteriormente, na sentença condenatória.⁶⁷⁰

A primeira falácia reside em que Medeiros cita a Pinheiro acerca da *reserva do triplex*. Este, porém, não indica qualquer prova de *propriedade* do réu, o que torna o argumento inconsistente, pois *reserva* e *propriedade* não significam o mesmo, e não se pode comprovar quem é o proprietário do *triplex* com base na declaração *já foi e dito que*.⁶⁷¹

Nesse contexto, seria possível a seguinte equiparação: “se já foi me dito que o *triplex* era do ex-presidente, então, o *triplex* era do ex-presidente”, o que equivaleria a dizer: “se *já foi me dito que* um extraterrestre pousou em Varginha, então, um extraterrestre pousou em Varginha”.⁶⁷²

Assim, a expressão “*já foi me dito que*” não é causa necessária ou suficiente da propriedade do triplex pelo réu, assim como não o é do pouso de um extraterrestre em Varginha, pois “apenas afirma que isso foi dito”. Tomar algo como verdadeiro porque outros o dizem é a falácia do argumento *ad populum* ou *apelo à crença comum*.⁶⁷³

O juiz afirma categoricamente a propriedade do imóvel pelo réu e sua esposa. O problema do “argumento”, porém, está em tomar como verdadeiro o que é dito em uma matéria de jornal, construindo-se uma falácia do tipo *circulus in probando*, ou seja, por circularidade na prova, ou por *circulus vitiosus*.⁶⁷⁴

A formulação lógica é: “X é verdadeiro por causa de Y. Y é verdadeiro por causa de X”, de modo que “[...] a afirmação, publicada na matéria em 2010, de que o ex-presidente é proprietário do imóvel é elemento probatório de que o ex-presidente é proprietário do imóvel”.⁶⁷⁵

Isso porque, “se ele não fosse proprietário do imóvel não existiria essa afirmação na matéria em 2010”. Raciocínio equivalente é: “a afirmação, relatada na bíblia, de que Deus criou o mundo é elemento probatório de que Deus criou o mundo, porque se Deus não tivesse criado o mundo não haveria essa afirmação relatada na bíblia”.⁶⁷⁶

⁶⁷⁰ Ibidem, p. 17-18.

⁶⁷¹ Ibidem, p. 20-21.

⁶⁷² Ibidem, p. 21.

⁶⁷³ Ibidem, p. 22.

⁶⁷⁴ Ibidem, p. 22-23.

⁶⁷⁵ Ibidem, p. 23.

⁶⁷⁶ Ibidem, p. 23-24.

Se a ênfase do argumento recair sobre o teor do relato e não sobre a existência da matéria, tem-se a *falácia da petição de princípio* (*petitio principii*), pois o que se pretende demonstrar como verdade na conclusão já foi incluído na premissa, de modo a levar a crer que se trata da demonstração de uma verdade de um conteúdo repetido.

Desse modo, formalizando-se o argumento, tem-se que: “[...] a matéria d’O Globo, que afirma ser o Presidente e sua mulher donos de uma cobertura na praia das Astúrias, no Guarujá, é um elemento probatório de que o ex-presidente é proprietário desse imóvel”.

Seria possível comprovar que são os reais proprietários da cobertura, assumindo-se que o teor da matéria é verdadeiro, de modo que a conclusão seria válida. Assim, tanto as declarações de Pinheiro quanto as do artigo de jornal são *críveis*, acolhidas como provas relevantes.⁶⁷⁷

Ocorre que, se a *falácia de circularidade*, na forma do *circulus in probando* ou na forma da *petitio principii*, não pode ser invocada para comprovar a verdade de uma matéria de jornal, não é possível aceitar que as matérias publicadas no jornal O Globo, em qualquer data, correspondam à verdade e não exijam verificação.⁶⁷⁸

Ainda que tivesse aprovado as reformas, disso não se pode inferir que fosse proprietário do imóvel, exceto por uma falácia do tipo *non sequitur*, na qual a conclusão não decorre das premissas. Esse falácia pode ocorrer, basicamente, de duas formas: a afirmação do consequente e a negação do antecedente.

A formulação lógica seria a seguinte: “se P então Q. Ora, Q, Então P”, de forma que, se alguém é proprietário de um imóvel, então, aprova as reformas ou, ao inverso, se o réu aprovou as reformas, então, é proprietário do imóvel, pois, “se alguém é proprietário de um imóvel, então, aprova as reformas”.⁶⁷⁹

Ocorre que o arquiteto, o engenheiro e o corpo de bombeiros aprovaram as reformas do imóvel, então, seriam, todos, proprietários do imóvel. Assim, não há uma implicação bicondicional entre aprovar reformas em um imóvel e ser seu proprietário, “[...] pois não há uma relação de causalidade necessária e suficiente entre ambos”.⁶⁸⁰

A mesma falácia ocorre na seguinte formulação: “o cachorro é um animal quadrúpede. Aquele ser que mia é um animal quadrúpede. Logo, aquele ser que mia é um cachorro”. O

⁶⁷⁷ Ibidem, p. 24-25.

⁶⁷⁸ Ibidem, p. 25.

⁶⁷⁹ Ibidem, p. 26.

⁶⁸⁰ Ibidem, p. 26-27.

mesmo ocorre na inferência de que alguém, por *solicitar* reformas em um apartamento, seja o seu proprietário, pois o proprietário do imóvel é quem solicita reformas.⁶⁸¹

Isso porque, se o réu e sua esposa solicitaram as reformas do imóvel, logo, são proprietários do imóvel. A mesma falácia ocorre na formulação a seguir: “o proprietário do imóvel é quem solicita as reformas. Ora, o inquilino solicitou as reformas do imóvel. Logo, o inquilino é o proprietário do imóvel”.⁶⁸²

Formula-se, aqui, a *falácia da presciência* ou a *Falácia de Moro*, na seguinte formulação: “entre todos os possíveis resultados futuros de um sistema de conexões de eventos envolvendo a liberdade humana, somente aquele que o juiz prediz ocorrerá, não podendo nenhum outro resultado possível ocorrer, ainda que seja igualmente provável”.⁶⁸³

Parte-se de hipóteses sobre o que *pode ser*, conclui-se em seguida pela existência do que *necessariamente será*. O tempo verbal, que se encontra no futuro do pretérito na premissa é convertido em pretérito perfeito na formulação da condenação, mesmo que a condição de sua realização não tenha sido comprovada (o repasse do imóvel ao réu).⁶⁸⁴

Isso porque, já que não *pagaria* pelas reformas no *futuro*, o réu foi condenado por *não tê-las pago no passado*, mesmo o réu e sua esposa não fossem, de fato, proprietários do imóvel, não tendo que pagar por essas reformas, a não ser que, *no futuro*, o adquirissem.⁶⁸⁵

Ocorre que não pagar pelas reformas ou eventuais diferenças de preços não é um crime, pois o direito à propriedade privada assegura ao proprietário do imóvel (a OAS Empreendimentos), o direito de dispor dele, como queira, nos termos da lei, podendo transferi-la a terceiros, sem exigir pagamentos.⁶⁸⁶

Assim, tendo restando provado que o dinheiro usado nas reformas era de origem lícita e não se relacionava à corrupção na Petrobrás, pois incluído no curso do próprio empreendimento, seria impossível caracterizar as reformas e o seu não-pagamento como crime, necessitando-se provar que alguma vantagem indevida seria recebida pelo réu.⁶⁸⁷

Esta falácia recorre à *crença na narrativa* do colaborador sobre a cobertura da diferença de valores, que é central na argumentação da sentença. Ocorre que: “[...] a crença de que algo

⁶⁸¹ Ibidem, p. 27.

⁶⁸² Ibidem, p. 27-28.

⁶⁸³ Ibidem, p. 28.

⁶⁸⁴ Ibidem, p. 29.

⁶⁸⁵ Ibidem, p. 29-30.

⁶⁸⁶ Ibidem, p. 30.

⁶⁸⁷ Ibidem, p. 31.

seja verdade não pode ser invocada como prova da verdade daquilo em que se crê”, nos termos da seguinte formulação: “eu creio em X. Então, X é verdade”.⁶⁸⁸

O único modo dessa suposição acerca do *futuro* ser aceita como prova do recebimento de recursos ilícitos é *crer* na palavra de Pinheiro, que afirmou ter debitado o valor da reforma, sem explicar onde esse valor foi creditado, e *crer* que o juiz e a acusação tenham a capacidade de prever o futuro, pois o réu nunca disse a Pinheiro que não pagaria o saldo remanescente.⁶⁸⁹

A principal falácia no contexto da *atribuição* do *triplex* ao réu está na alternância de diferentes verbos, que alteram o conteúdo semântico da denúncia, provocando a sinonímia entre *disponibilizar*, *conceder* e *atribuir*, chegando-se à inferência de que o apartamento é sua *propriedade*, pois lhe havia sido *atribuído* por alguém.⁶⁹⁰

Trata-se da *falácia da equivocação* (*fallaciam aequivocationis*), na qual se emprega uma palavra ou noção que tenha diferentes significados, ora usando-a com um sentido, ora com outro, mudando assim, sua definição, de uma premissa para a outra, ou da premissa para a conclusão, portanto, logicamente inconsistente.⁶⁹¹

Desse modo, a *reserva* do imóvel se converteu em *repass* do imóvel, de forma que, de acordo com a sentença, *repassaram* o imóvel porque o mantiveram *reservado*. Ocorre que não sabiam que repassavam o imóvel ao reservá-lo, de modo que não poderiam ter *atribuído* o imóvel ao réu, que não poderia, assim, ser o seu *real proprietário*.⁶⁹²

Até porque, se a afirmação de Pinheiro de que “o apartamento era do presidente Lula desde o dia que me passaram para estudar os empreendimentos da Bancoop”, foi tomada como prova, não é possível determinar, a partir dessa assertiva, quem atribuiu a *propriedade* do imóvel ao réu.⁶⁹³

Utilizou-se, portanto, da *falácia de inversão do ônus da prova*, transferindo-se ao oponente o ônus de provar que alguma afirmação é falsa e, caso recuse ou não consiga comprovar a falsidade de uma, ela passa a ser verdadeira, como na formulação: “alguém afirma X, mas não o comprova. Exige, então, que o interlocutor comprove o oposto de X. O interlocutor se recusa ou não consegue comprovar o oposto de X. Então, conclui-se que X é verdade”.⁶⁹⁴

⁶⁸⁸ Ibidem, p. 38-39.

⁶⁸⁹ Ibidem, p. 39.

⁶⁹⁰ Ibidem, p. 53.

⁶⁹¹ Ibidem, p. 53.

⁶⁹² Ibidem, p. 60.

⁶⁹³ Ibidem, p. 60-61.

⁶⁹⁴ Ibidem, p. 67-68.

No mesmo sentido estaria uma formulação assim: “- Inquisidor: ‘você, em seu íntimo, conversa com demônios todos os dias e por isso será queimada numa fogueira’”. A acusada, por sua vez, responde: “Não converso!”, afirmação à qual o Inquisidor determina: “então, prove que não conversa com demônios todos os dias!”, por sua vez, a ré afirma: “não tenho como provar isso”. Como resposta, o inquisidor determina que: “fica provado que você conversa com demônios todos os dias e por isso será queimada numa fogueira”.⁶⁹⁵

Desse modo, ao invés de a acusação provar que o *repasso* do apartamento aconteceu, lançou mão da *falácia de inversão do ônus da prova*, exigindo que a defesa provasse que o réu *não era proprietário* do imóvel. Ocorre que o ônus da prova cabe a quem afirma, de modo que, a acusação deveria provar que a ocorrência do repasse, não exigir que o acusado prove que essa afirmação é falsa.⁶⁹⁶

Assim, à defesa coube não a missão de provar que o apartamento não havia sido repassado ao réu ex-presidente, mas, sim, o dever (impossível) de provar que ele *não era proprietário do apartamento*, porém, “nos termos em que o juiz definiu o conceito de propriedade, como propriedade *atribuída*”.⁶⁹⁷

Desse modo, o réu deveria provar que ninguém lhe havia atribuído a propriedade do imóvel, de modo a que pudesse provar que o imóvel não lhe fora repassado, de forma que a acusação se eximiu de provar o efetivo repasse do imóvel, tendo bastado convencer que a reserva do apartamento *equivaleu* ao repasse do apartamento.⁶⁹⁸

Se assim não o fosse, o magistrado não teria tomado como verdadeiras informações que deveriam ser comprovadas, de modo que se utilizou de outro mecanismo retórico, o de *ser verdade o que não é desmentido*. O juiz sequer verificou se a Presidência teria confirmado ou desmentido a informação da matéria.

Confirma-se, mais uma vez, o uso da *falácia de inversão do ônus da prova*, pois, se o réu não conseguir desmentir o que “por forma desconhecida vazou” e “foi publicado”, então, é verdade o que a acusação afirma: “se ele não conseguir provar que o imóvel não lhe pertence, então o imóvel lhe pertence”.⁶⁹⁹

Nota-se, por intermédio da análise acima, que há, sim, a possibilidade da existência de uma influência ideológica na linguagem da decisão, já que, de conformidade com as falácias

⁶⁹⁵ Ibidem, p. 68.

⁶⁹⁶ Ibidem, p. 69.

⁶⁹⁷ Ibidem, p. 70.

⁶⁹⁸ Ibidem, p. 70-71.

⁶⁹⁹ Ibidem, p. 180.

apresentadas, ao menos por intermédio da argumentação utilizada na decisão, não seria possível chegar, logicamente, à condenação.

5. A RETÓRICA PRESENTE NA SENTENÇA

As várias discussões acadêmicas relacionadas à sentença ora estudada resultaram, até mesmo, em uma obra coletiva, denominada **Comentários a uma sentença anunciada**: o processo Lula, organizada por Carol Proner, Gisele Cittadino, Gisele Ricobom e João Ricardo Dornelles, composta por artigos de vários juristas.

Um dos objetivos da referida obra foi demonstrar, dentre outros fatores, que o julgador deixou de privilegiar a argumentação jurídica, distorcendo argumentos das partes e boa parte do conteúdo probatório, aparentemente, de modo a que se pudesse alcançar a condenação.

Para Afrânio Silva Jardim, o raciocínio condenatório, apoiado na exceção recorre, retoricamente, a modelos jurídicos estrangeiros, e *traduz indevidamente* conceitos penais, “[...] fazendo letra morta da advertência da impossibilidade de *transplantes* do gênero, haveria de provocar vivida reação entre os estudiosos do direito”.⁷⁰⁰

Alberto Sampaio Júnior afirmou que, conquistada a confiança do “rebanho”, os senhores, para se estabelecerem como heróis, difundem os discursos retóricos de lei e ordem, criando um terreno fértil à propagação do *populismo criminológico*.⁷⁰¹

Para Carol Proner e Gisele Ricobom, o que se observa da leitura da sentença é uma narrativa previamente defensiva sobre a parcialidade do juiz, de modo que a construção retórica visa desqualificar o comportamento da defesa, por meio de supostos “ataques ao juiz”, o que compromete a objetividade do julgamento. Até porque “[...] o reiterado argumento do diversionismo é desrespeitoso e não condiz com a qualidade da decisão que era esperada”.⁷⁰²

⁷⁰⁰ JARDIM, Afranio Silva. Breve análise da sentença que condenou o ex-presidente Lula e outros. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada**: o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017, p. 17.

⁷⁰¹ SAMPAIO JÚNIOR, Alberto. O mito supermoro e o efeito kryptonita da Constituição. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada**: o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017, p. 31.

⁷⁰² PRONER, Carol; RICOBOM, Gisele. O devido processo legal em risco no Brasil: a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos na análise da sentença condenatória de Luiz Inácio Lula da Silva e outros. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada**: o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017, p. 80.

Cecília Caballero Lois afirmou que, sempre que se interpelou o julgador em razão de algum ato parcial ou injusto, a resposta é a *desqualificação*. Ao fazer isto, repetidamente, como denuncia a teoria da argumentação jurídica, aquele que expõem as premissas busca ganhar ou reforçar a adesão às teses que se lhes apresentam ao assentimento.⁷⁰³

Por meio do reforço constante dessas premissas, o julgador procura conseguir a adesão do seu *auditório*. Ao final, espera o juiz que todos estejam certos da veracidade de seus argumentos, pois teria ele convertido falácias em verdades, por intermédio de sua repetição.⁷⁰⁴

Já Cristiane Brandão determinou que a retórica em torno do linguajar protojurídico pretende ocultar um processo subjetivo que se apropria do cientificismo para maquiar a robustez de um argumento de autoridade.⁷⁰⁵

Por meio da associação direta do símbolo da negação ao jogo das moções pulsionais primárias, desconstrói-se a racionalidade cartesiana do pensamento e a afirmação da verdade inquestionável, caucionada pelos parâmetros da lógica clássica: abre-se um rombo no supostamente neutro edifício da ciência e nos raciocínios “bem-formados”.⁷⁰⁶

Para Eugênio José Guilherme de Aragão, as perguntas versaram sobre “o sabor do pomo proibido degustado por Adão e Eva no Paraíso”. Interpelado pela defesa, insistia na relevância do aspecto “circunstancial” do pecado original, enxergando-se como o próprio arcanjo que expulsava o casal desnudo do Éden, com sua espada flamejante.⁷⁰⁷

Foram várias perguntas deslocadas, que visavam o “conjunto da obra”, sem objetividade ou base probatória. O *triplex* do Guarujá, motivo da contenda, era o que menos importava.⁷⁰⁸

⁷⁰³ LOIS, Cecília Caballero. Nada além de falácias: uma análise argumentativa da sentença condenatória contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 85.

⁷⁰⁴ Ibidem, p. 85-68.

⁷⁰⁵ BRANDÃO, Cristiane. Guerra jurídica (ou, simplesmente, guerra). In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 103.

⁷⁰⁶ Ibidem, p. 103-104.

⁷⁰⁷ ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. *Quid iam agunt pueri?* Por que agiram assim, meninos?. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 129.

⁷⁰⁸ Ibidem, p. 129-130.

José Eduardo Martins Cardozo, por sua vez, identifica, no julgamento, uma retórica que procura encobrir o fato de que quem deveria julgar com imparcialidade atuou como acusador, por meio de uma sentença na qual as “convicções” substituíram as “provas”.⁷⁰⁹

Não existiam provas suficientes para que um *decisum* condenatório fosse afirmado no processo, de modo que a sentença se demonstra desajustada da própria denúncia: “[...] os argumentos retóricos e infundados, buscam dar uma aparência de ‘legitimidade’, a uma condenação absolutamente arbitrária”.⁷¹⁰

Para Margarida Lacombe Camargo Vieira e José Ribas Vieira, o juiz se vale largamente da retórica “no mal sentido”, pois não se atém aos limites do processo, construindo uma linha “argumentativa” que transborda o caso concreto, visando o apoio do público. Assim, vai além da comprovação do crime de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.⁷¹¹

Apoia-se, sim, em um contexto que constrói o réu como criminoso, em toda a estratégia de argumentação e convencimento, que ultrapassa os limites da comprovação objetiva da autoria e da materialidade do crime objeto da denúncia, em uma estratégia de puro convencimento ao público.⁷¹²

Diferente de autores de matriz pós-positivista, que apostam em uma argumentação que respeita os limites institucionais do Estado Constitucional, o que se vê na sentença é uma argumentação que, na linha de um Estado de Exceção, rompe os limites institucionalmente impostos pelas regras do processo penal.⁷¹³

Dirige-se à sociedade, apelando para uma argumentação meramente persuasiva. Como as provas da propriedade do apartamento são frágeis, o juiz se socorre de “outras fontes” para construir uma explanação robusta o suficiente a suprir essa fragilidade, inclusive, por meio de um artigo de jornal.⁷¹⁴

A sentença se sustenta, puramente, em retórica, indo além dos limites do processo para conquistar o público pela força exclusiva da persuasão, não da legalidade. Trata-se, assim, de

⁷⁰⁹ CARDOZO, José Eduardo Martins. Vivendo o direito. In: In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 219.

⁷¹⁰ Ibidem, p. 221.

⁷¹¹ VIEIRA, Margarida Lacombe Camargo; VIEIRA, José Ribas. A sentença condenatória de Luiz Inácio da Silva e a argumentação negativa do estado constitucional. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 321.

⁷¹² Ibidem, p. 321-322.

⁷¹³ Ibidem, p. 322.

⁷¹⁴ Ibidem, p. 322-323.

uma argumentação abusiva, que não condiz com os limites impostos pelo Estado Constitucional.⁷¹⁵

Mesmo que uma cansativa retórica pudesse preencher o vácuo da lógica e das provas relacionadas aos núcleos dos tipos, não se encontra na sentença qualquer indício de uma retribuição específica por parte do réu em troca do apartamento superior, enquadrado como “vantagem indevida”.⁷¹⁶

Demonstram-se, assim, sólidas evidências da possibilidade de que o julgamento de que se trata tenha sido distorcido por questões ideológicas, que influenciaram a linguagem da sentença, de modo a condenar o réu com base, exclusivamente, em indícios, não em provas em sentido jurídico, tendo sido produzida por mera retórica, não por meio da devida argumentação processual em busca da aproximação à verdade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Dos indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. *Quid iam agunt pueri? Por que agiram assim, meninos?*. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 128-130.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: 1ª série, 2. ed.**, São Paulo: Saraiva, 1988.

BRANDÃO, Cristiane. Guerra jurídica (ou, simplesmente, guerra). In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 102-106.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**. Disponível em: <www:jfpr.jus.br>. Acesso em: 5 jul. 2018.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Vivendo o direito. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 219-221.

DIETER, Mauricio Stegemann; ZILIO, Jacson. “Quid pro quo” sem “quid” breve análise de uma sentença “sui generis”. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES,

⁷¹⁵ Ibidem, p. 323.

⁷¹⁶ DIETER, Mauricio Stegemann; ZILIO, Jacson. “Quid pro quo” sem “quid” breve análise de uma sentença “sui generis”. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 339.

João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 336-348.

HAROCHE, Claudine; PÊCHEUX, Michel; HENRY, Paul. A semântica e o corte saussuriano: língua, linguagem, discurso. In: BARONAS, Roberto Leiser. **Análise do discurso: apontamentos para uma história da noção-conceito de formação discursiva**. São Carlos: Pedro & João Editores, 2007, p. 13-32.

JARDIM, Afranio Silva. Breve análise da sentença que condenou o ex-presidente Lula e outros. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 17-20.

LOIS, Cecília Caballero. Nada além de falácias: uma análise argumentativa da sentença condenatória contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 83-86.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Campus/Elsevier, 2008.

MANCE, Euclides. **Falácias de Moro: análise lógica da sentença condenatória de Luiz Inácio Lula da Silva: processo n.º 5046512-94.2016.4.07.7000**. Passo Fundo: IFIBE, 2017.

MIRABETTI, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 1977.

PRONER, Carol; RICOBOM, Gisele. O devido processo legal em risco no Brasil: a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos na análise da sentença condenatória de Luiz Inácio Lula da Silva e outros. In: ____; ____; CITTADINO, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 77-82. ____; ____; CITTADINO, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017

SAMPAIO JÚNIOR, Alberto. O mito supermoro e o efeito kryptonita da Constituição. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 30-34.

VIEIRA, Margarida Lacombe Camargo; VIEIRA, José Ribas. A sentença condenatória de Luiz Inácio da Silva e a argumentação negativa do estado constitucional. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017, p. 319-232.