

## A RENOVAÇÃO CONCEITUAL DA CAPACIDADE DE CONVENCIMENTO DO JUIZ: UMA CRÍTICA À BUSCA DA VERDADE REAL PELO PROCESSO PENAL

Fábio Wellington Ataíde Alves<sup>1</sup>

### 1. A nova hermenêutica

Na transição para o séc. XX, o pensamento de Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844 - 1900), um dos pioneiros da “pós-modernidade”, questiona pragmaticamente a capacidade de convencimento humano, exibindo as entranhas da crise da racionalidade. Contudente, ele revela a inaptidão de o homem engendrar opiniões próprias e inteiramente neutras. Censura aqueles que se sentem “encouraçados contra a paixão” e que acreditam ser o mundo “verdadeiramente como lhes parece”<sup>2</sup>. O homem não pensa sozinho. O juiz não pensa sozinho. O estigma de que o juiz “é um homem só”, como normalmente se concebe, reclama uma segunda leitura<sup>3</sup>. Na verdade, este mito corresponde com a idéia de um magistrado sacerdote, sobre-humano, mediúnico, que sentencia “sozinho”. O fato de o juiz singular decidir sem a participação de pares não o torna um homem solitário. Ao julgar, consciente de seu papel, ele participa da sociedade, realiza a sua função social<sup>4</sup>.

A percepção das falsas ilações em torno da neutralidade do juiz e da capacidade lhe atribuída de extrair um prévio significado da lei, tão útil ao Estado de Direito formal, também chegam com as investigações filosóficas de Ludwig Wittgenstein (1889-1951) sobre os jogos de linguagem. Especialmente a segunda fase de sua obra, difunde que a interpretação não poderá ocupar os espaços das dúvidas, porquanto dificilmente seria possível a elaboração de regras que regulassem o processo de obtenção de um significado inequívoco ou original, a ponto de justificar a almejada interpretação literal. As regras hermenêuticas, quando muito,

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito/RN.

<sup>2</sup> “A Gaia Ciência”. Trad. de Antonio Carlos Braga, São Paulo: Ed. Escala, 2006, p. 79. Em seu poema “A Ingaia Ciência”, Drumond dispara contra Nietzsche o seguinte: “O agudo olfato, / o agudo olhar, a mão, livre de encantos, / se destroem no sonho da existência”.

<sup>3</sup> Cf.: CARVALHO, Amilton Bueno de. “Magistratura e Direito Alternativo”. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992, p. 31.

<sup>4</sup> Cf.: FARIA, José Eduardo (Org.). “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 26; HERKENHOFF, João Batista. “Para onde vai o Direito?: Reflexões sobre o Papel do Direito e do Jurista”. 2ª. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 37.

guiam-nos a uma ou várias direções, mas não nos levam ao destino, nem tampouco nos apresentam à gênese legislativa dos significados. Mesmo admitindo a possibilidade de todos os intérpretes estabelecerem um utópico pacto sobre os significados extraídos das palavras, as regras deste ajuste também estariam sujeitas, infalivelmente, à interpretação<sup>5</sup>.

A nova hermenêutica supera a investigação da vontade do legislador, como também o método segundo o qual cabe ao intérprete empregar técnicas para obter o significado depositado objetivamente na lei<sup>6</sup>, independentemente da vontade de quem a produziu. A lei não tem um sentido unívoco, mas plurívoco, e, logo, o alcance de seu significado depende da construção material do hermenêuta. Muito aquém deste novo padrão, a hermenêutica clássica admitia um significado evidente por si mesmo<sup>7</sup> ou, quando não, oculto no texto, dependendo exclusivamente de um desvendar mecânico, a custa do emprego das regras – relativamente arbitrárias – de interpretação formal (método gramatical, finalista, lógico, historicista etc).

Evidentemente, a queda de tais dogmas forma um vazio propício à ocupação de uma nova Hermenêutica, que não concebe a lei com um sentido unívoco, inequívoco ou imutável, a salvo do mundo real, mas que evolui historicamente. Qualquer discurso crítico exige o “rompimento com a possibilidade da existência de conceitos-em-si-mesmos-de-textos normativos (lato sensu) e conceitos-em-si-mesmos-de-eficácia-de-dispositivos constitucionais”<sup>8</sup>.

Não mais subsiste aquele legislador ideal, nem tampouco o intérprete ideal. Vive sim o intérprete real, quem vê o texto como um vazio, um vão não preenchido pela vontade do legislador originário<sup>9</sup>. A nova Hermenêutica, no entanto, não ocupa este vazio com a frívola vontade do intérprete, mas o condiciona aos próprios limites impostos pelo texto da lei, adequados à realidade. Os novos padrões conflitam com uma tradição hermenêutica

---

<sup>5</sup> Cf.: WITTGENSTEIN, Ludwig. “Investigações Filosóficas”. Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000, p. 98. Enigmaticamente, assim como Wittgenstein, Augusto dos Anjos pergunta: De onde vem a idéia? O autor de “Eu e outros Poemas” responde que a idéia, caindo de “incógnitas criptas misteriosas”, (...) “de repente, e quase morta, esbarra no malambo da língua parálitica!”.

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito”. 6ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 104.

<sup>7</sup> Neste sentido, cf.: MAXIMILIANO, Carlos. “Hermenêutica e Aplicação do Direito”. 15ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 09 a 11.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 258.

<sup>9</sup> Sobre o intérprete ideal, cf.: ECO, Humberto. “Interpretação e Superinterpretação”. Trad. por Martins Fontes (MF). São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 46.

acostumada com os significados pré-moldados ou prêt-à-porter, que se perpetuam inflexíveis às mudanças sociais<sup>10</sup>.

A Hermenêutica tradicional tomba, portanto, em crise. Apoiado numa filosofia da consciência, que admite a dualidade entre sujeito e objeto, o jurista desta hermenêutica recorre às ferramentas interpretativas por acreditar poder descobrir o significado da lei como previamente depositado pelo legislador e mais por supor que este processo permite-lhe obter a verdade. A viragem lingüística do início do século passado rompe com este modelo que interpõe a linguagem como uma terceira coisa entre o sujeito e objeto, isto é, “que trabalha com a possibilidade da busca de conceitos ensimesmados das palavras da lei, feitas por um sujeito congnovente mergulhado nos confins do paradigma epistemológico da filosofia da consciência”<sup>11</sup>.

No entanto, a nova Hermenêutica ainda não foi acolhida pela dogmática processual penal nacional. Nesta conjuntura, poderíamos indagar se os agentes do processo judicial fornecem a devida importância à distinção lingüística das partes em controvérsia e de que modo isto interfere nos critérios de obtenção de verdade e de exercício da garantia de defesa.

## **2. A renovação conceitual do convencimento judicial**

### **2.2. A superação do dogma da verdade**

A filosofia da linguagem dá acesso à seguinte conclusão fundamental: Não existe uma única verdade ou certeza, que possam ser alcançadas de um ou de outro modo. Assim como o fenômeno projeta-se na consciência de cada um de nós diversamente, a percepção de

---

<sup>10</sup> Juarez Freitas abaliza os novos caminhos. Os princípios, segundo ele, ocupam lugar de destaque na interpretação, tanto que não será supérfluo reduzir que interpretar é hierarquizar princípios, normas (regras) e valores, superando-se assim a polêmica entre o objetivismo (vontade da lei) e subjetivismo (vontade do legislador). No entanto, a hierarquização não caminha em direção a uma Escola do Direito Livre, apenas estando certo que se distancia muito de uma interpretação literal. A atividade do intérprete de hoje não se exerce de modo passivo, como o faziam os adeptos da Escola da Exegese; ao contrário, eleva-se a uma postura constitucionalmente ativa, em contraposição à antiga concepção passivo-formalista [O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). “Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides”. São Paulo: Malheiros Editores, p. 231].

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito”, p. 178.

verdade varia diferentemente em relação a cada indivíduo. Tal qual assevera Tomás de Aquino (1221 - 1274), se todos nós fôssemos intelectualmente iguais, “no tocante ao mesmo objeto, a minha compreensão seria igual à tua, o que é impossível, pois, sendo diferentes os agentes, diversa será também numericamente a ação de uns e de outros”<sup>12</sup>. A relativização da verdade planta insuperável dúvida sobre os procedimentos da hermenêutica clássica.

O juiz não deve ser aquele que se põe fora ou se esquece do mundo real no momento de interpretar os fatos. Quando afirmo que o “cadáver de uma pessoa está naquela casa”, posso facilmente verificar a veracidade da assertiva, bastando que compareça ao local designado. Este nível de comprovação não ocorre, de outro modo, quando afirmo que “alguém causou intencionalmente a morte de uma pessoa, cujo cadáver se encontra naquela casa”. A comprovação do fato típico não se dá empiricamente e daí decorre a natural inaptidão do processo judicial na busca da verdade real, mas isto não significa, necessariamente, que a verdade alcançada processualmente seja arbitrária ou aleatória, ainda que condicionada por certos limites legais. O processo proporciona uma verdade – rigorosa, sujeita aos controles e verificabilidades específicas –, e de nenhum modo diminuída à frente da verdade real; ambas as verdades – a real e a do processo – não se confundem e nem tampouco se subordinam, notadamente porque o problema de uma ou de outra não se situam dentro de uma única ciência.

O fato típico descrito na denúncia denota uma pretensão de verdade; o processo, portanto, circula em torno desta pretensão e não efetivamente à volta da inatingível verdade real. Como tal, a sentença condenatória, produto de um discurso dialético, permeado por um tempo e espaço, portanto, distante do tempo e do espaço onde se dera o fato real, deve demonstrar que o anseio de verdade está fundado em argumentos livres de contradições, obtidos segundo os critérios admitidos pelo sistema legal.

A compreensão do fato ilícito se desenvolve por meio de uma cadeia dialética de sucessivos questionamentos, capazes de comprovar a fortaleza ou a fragilidade dos juízos argumentativos em torno das provas<sup>13</sup>. Desta forma, a sentença é produto do debate dialético

---

<sup>12</sup> “O Ente e a Essência; Proêmio; Questões Discutidas sobre a Verdade; Súmula contra os Gentios; Compêndio de Teologia; Seleção de Textos da Suma Teológica”. Trad. de Luiz João Baraúra. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000, p. 185.

<sup>13</sup> Dialética é a arte de conduzir uma conversa pelas perguntas, revelando as opiniões fortes e frágeis. Pensar é perguntar. No contínuo (des)fazer de questionamentos, surge uma linguagem, que não toma posse de um ou outro interlocutor, mas que provém como patrimônio comum, tal qual numa conversa (GADAMER, Hans-Georg. “Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”. 7ª. ed., Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005, pp. 489; 493 e 599).

das partes<sup>14</sup>. De maneira especial, as testemunhas se submetem à linha de frente da dialética, suportando variáveis interrogações, cada vez mais compenetradas na medida em que as respostas (re)surgem. Não se arranca a verdade nem de um único depoimento testemunhal, porque o seu registro tão somente exprime o que foi dito e nunca – como adverte Gadamer – o que realmente se quis dizer, ao preço de que o depoimento reduzido ao texto sempre sai num sentido “desfocado”<sup>15</sup>. De fato, frente à linguagem, o escrito parece algo secundário<sup>16</sup>.

O interrogatório do réu, ainda como instrumento de defesa, também não escapa a este “teste de qualidade” agitado por indagações que tanto podem reforçar a sua verossimilhança, como igualmente geram efeito contrário. Como condição do contraditório e da ampla defesa, o acusado também maneja esse atuar dialético, dirigindo suas perguntas não somente às provas que lhe são adversas, mas também ao próprio sentido dado ao texto da lei.

Portanto, cabe ao magistrado presidir o processo dialético de questionamentos, sentenciando (concluindo) em forma de resposta a todas as dúvidas escalonadas pelas partes.<sup>17</sup> Apressadamente, diríamos que o princípio do contraditório respalda em maior grau o poder de indagações das partes, enquanto na ampla defesa prepondera o dever de o juiz respondê-las quando decide. Não significa que o magistrado deva ir ao encontro da intangível verdade real, como a muitos parece, mas lhe toca mais tangível uma “investigação” dialética em busca do conhecimento da solidez dos argumentos das partes.

Assim como uma obra literária se distingue de sua representação teatral,<sup>18</sup> o fato ilícito real se diferencia de sua representação no palco do processo, com a diferença de que somente possuímos fragmentos da obra original, o que não nos permite conhecer a fidedignidade de sua interpretação. Um espelho nunca reflete a verdadeira ontologia de uma paisagem, porque, como justifica Gadamer, a comprovação da veracidade do reflexo sempre depende da interposição de nossa própria imagem na superfície refletora, alterando-se assim o panorama primeiramente refletido<sup>19</sup>. Desde modo, a participação das partes e o condicionamento da prova às garantias interferem decisivamente na imagem do fato real traduzida pelo processo.

<sup>14</sup> BORGES, José Souto Maior. “O Contraditório no Processo Judicial (Uma Visão Dialética)”. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 24 e 26.

<sup>15</sup> *Ibid*, p. 605.

<sup>16</sup> *Ibid*, p. 507.

<sup>17</sup> Como decidira o Superior Tribunal de Justiça, “é verdade que o cerceamento de defesa configura-se na hipótese em que o julgador, diante da clara e expressa manifestação da parte, não se ocupa de examinar seu argumento, despreza-o, relegando-o ao esquecimento” (STJ, HC n. 34343/MG, 6ª T., Rel. Min. Paulo Medina, DJU 21.06.2004, p. 00261).

<sup>18</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 174.

Útil compreender os novos horizontes da verdade do processo penal, para somente assim intuir os motivos de alguns limites probatórios impostos pelo sistema acusatório às partes e especialmente ao juiz.

Durante a Idade Média, foi a busca pela verdade real que apoiou o postulado inquisitivo, justificando o emprego de torturas para a obtenção da confissão. A pretexto de investigar a verdade real, o juiz contemporâneo às vezes rompe a segurança da imparcialidade e debalde se reveste de poderes persecutórios medievais, porque a verdade do processo sempre será relativa e contingente<sup>20</sup>. A decisão penal não se legitima pela nivelção probatória com a verdade real, mas pela obediência às garantias constitucionais quando da instrução. Não se impede que o juiz tome providências de ofício em favor de uma verdade probatória, desde que sem a inquietação inquisitiva de extrair do passado a verdade absoluta<sup>21</sup>.

### 2.3. *Os limites da verdade: O fato probante e o fato real*

A descrição do fato típico pelo órgão acusador apenas significa a descrição de um evento passado, que probatoriamente espera a reconstrução no futuro.

O processo judicial concebe por si uma nova experiência; ele tem a sua própria verdade, na medida em que adota como objeto uma outra realidade fundada na razão, motivo pelo qual o fato imputado ao sujeito designa aparentemente uma razoável verossimilhança, mas não uma identificação com o acontecimento real<sup>22</sup>. A hipótese acusatória relata um evento típico, porém probatoriamente ainda sem significado. O desenvolvimento do processo

---

<sup>19</sup> *Ibid*, p. 198.

<sup>20</sup> PRADO, Geraldo. "Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais". 2a. ed, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 43.

<sup>21</sup> A questão está longe de se pacificar na doutrina. Paula Bajer aponta que o nosso Processo Penal detém traços inquisitivos necessários, não sendo adequado ao devido processo legal um sistema acusatório eminentemente puro, onde qualquer um do povo possa dar início à persecução penal. A forma escrita; a existência de um órgão acusador independente; a busca da verdade; a oficialidade e a formalidade são algumas das propriedades inquisitivas do sistema acusatório nacional, sendo certo afirmar que efetivamente não predomina o sistema processual livre de interferências inquisitivas (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. "Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro". São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pp. 125 e 127). Assim são suas palavras: "A atividade do juiz penal é inquisitiva. A verdade material deve ser, tanto quanto possível, atingida. O juiz penal procura a verdade e, neste particular, age, também" (*ibid*, p. 127).

<sup>22</sup> Fato verossímil não é o mesmo que um fato possível. A verossimilhança denota aproximação (semelhança) da verdade real. Cf.: MALATESTA, Nicola Framarino dei. "A Lógica das Provas em Matéria Criminal". Trad. de Páolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, pp. 65 e 66.

inicia uma cadeia de circunlóquios, engendrada pela contínua decodificação de decodificações das diversas linguagens trazidas à interpretação.

O acusado não oferece resistência aos *factos reais*, embora em torno dos quais pareça – por convenção – circundar toda a discussão processual. A ampla defesa toma como sua matéria apenas os *factos probantes* (esperados pelo acusado), de alguma forma reconhecidos pelas partes como representação *prima facie* do *fato real*. O processo, portanto, não se destina à obtenção de uma verdade epistemologicamente autêntica, como representação de um *fato real*. O *fato probante* dedica ao processo tão somente uma certeza, a qual, em sendo logicamente demonstrada, uma vez que resguardada de contradições, será admitida finalmente como cria da *verdade*.

Engana-se quem consente a mera demonstração lógica da hipótese acusatória com condão para desvendar o *fato probante* como idêntico ao *fato real*. A exploração do processo não circula em torno de um objeto conhecido; ao contrário, a incógnita domina todo o desdobramento processual, sob o prisma da presunção de inocência, à proporção que, não obstante a hipótese acusatória revele um *fato*, não poderemos afirmá-lo como a verdade revelada. O *fato real* não é – e não será – do conhecimento de ninguém, dado que somente seus vestígios serão apreendidos. Dessarte, a denúncia unicamente carrega a descrição de um fato precipitado da realidade, ao qual, havendo coincidência com a verdade das provas, poderá o intelecto humano alcançar como fundamento de uma condenação. Essa descrição fática nada mais é do que um mapa indicativo dos limites preliminares que contêm os agentes envolvidos com a coleta dos vestígios da veracidade.

#### **2.4. A sociabilidade do convencimento. A objetivação racional da certeza**

Até o momento, diante do quadro que se desdobra, três perguntas se sobressaem. Seria o fato ilícito meramente uma probabilidade? Poderíamos assim levantar dúvidas sobre a capacidade de o processo produzir certezas? Em que deve fundar-se a capacidade de convencimento judicial?

Antes de esboçar qualquer réplica, cabe regressar-se a Locke, o qual distinguia o juízo de certeza do de probabilidade afirmando que este apenas nos faz presumir verdadeira a coisa. Como explicara, para haver um juízo de probabilidade dois requisitos devem coexistir:

(a) a conformidade de alguma coisa “com nosso próprio conhecimento” e (b) o “testemunho de outrem, afirmando sua observação e experiência”, cabendo considerar-se nesta última hipótese o número de testemunhos, a integridade, a perícia, os “testemunhos opostos”, etc<sup>23</sup>. Portanto, a probabilidade nos faz pensar estarmos diante de uma verdade<sup>24</sup>, mas não nos esqueçamos que ela depende, portanto, do consentimento dos homens, de maneira que quanto maior o número de entes concordes, em diferentes épocas, maior o grau de probabilidade sobre o juízo em questão. Por outro lado, quanto maior o número de testemunhas contraditórias, menor a probabilidade do juízo<sup>25</sup>.

Muitos tratadistas clássicos acreditaram que o processo judicial não propiciava um juízo de certeza, mas de probabilidades, tanto que não podiam ignorar a presença dos testemunhos contraditórios em torno do julgamento final.

De fato, os princípios da ampla defesa e o do contraditório lançam dúvidas sobre a verdade, de tal forma que o julgamento nunca se fundará em um consenso, tanto quanto não se evitam os assentimentos errados por (a) carência de provas; (b) carência de habilidade para usá-las; (c) carência de vontade para vê-las ou (d) medidas errôneas de probabilidade, (proposições duvidosas; hipóteses recebidas; paixões e inclinações; autoridade)<sup>26</sup>.

Dada à volubilidade da verdade, Malatesta evita o âmbito de uma discussão a seu respeito, decidindo-se por enfrentar como foco central a certeza. É neste autor que descobrimos respostas e elementos básicos para contornar os fundamentos de uma certeza racional para o Processo Penal. Sem concentrar visão na verdade, ele argumenta que a certeza pode decorrer de qualquer das verdades (necessária, constante ou eventual). A certeza “é

<sup>23</sup> “Ensaio acerca do Entendimento Humano”. Trad. de Anoar Alex. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000, p. 288-9.

<sup>24</sup> Locke afirmava o seguinte: “Se eu vejo um homem andando no gelo, isto está fora do alcance da probabilidade, isto é conhecimento. Mas se outro homem me diz que viu um homem na Inglaterra, no meio do severo inverno, caminhar sobre a água endurecida pelo frio, isto tem tamanha conformidade com o que é usualmente observado acontecer, que estou disposto, por natureza, à própria coisa, para concordar com isso, a menos que alguma suspeita manifesta acompanhe a narrativa do fato. Mas se a mesma coisa é dita para alguém nascido entre os trópicos, que nunca viu nem ouviu falar de tal coisa antes, toda a probabilidade depende do testemunho; e como os relatores são em maior número, e de mais crédito, não tem interesse em falar de modo oposto à verdade, de sorte que o fato é inclinado para ser descoberto mais ou menos acreditado” (*Ibid*, p. 289).

<sup>25</sup> LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 293-4. Locke aponta o *argumentum ad iudicium* como o único capaz de comprovar a verdadeira instrução porque (a) não admite os argumentos como verdadeiros simplesmente porque não contrariados; (b) não admite que o outro homem está na via correta simplesmente porque não conheço uma melhor ou (c) porque ele me mostrou que estou no errado (*Ibid*, pp. 303-4).

<sup>26</sup> *Ibid*, pp. 309 e 311.

sempre igual para o espírito humano”<sup>27</sup>, ou seja, a certeza não tem grau, nem se torna melhor por decorrer de uma ou outra verdade<sup>28</sup>.

Não existe uma certeza que corresponda à verdade absoluta, de maneira que a certeza está sujeita aos erros, mas isto não a torna mera probabilidade. Para isto devemos convergir nossas atenções. A certeza que decorre do processo penal não é puramente uma probabilidade, mas uma verdade, "enquanto seguramente percebida"<sup>29</sup>. Portanto, o certo não é aquilo que está livre das provas contrárias, porém o que fora construído subjetivamente<sup>30</sup>. Neste contexto, a linguagem preenche espaço fundamental. Não se obtém a certeza de um fato senão por um jogo convincente de raciocínio lingüístico.

Urge registrar que a certeza não brota e nem se confunde com a verdade, nem tampouco com a probabilidade. Na probabilidade, todas as possibilidades contrárias são aceitas como possíveis, mas, mesmo existindo número maior de motivos convergentes, não são descartadas as possibilidades divergentes. Enquanto a probabilidade julga os motivos convergentes e os divergentes como "todos dignos", a certeza rechaça racionalmente os juízos divergentes<sup>31</sup>. Como na certeza as possibilidades contrárias são descartadas racionalmente, o fato ilícito não se manifesta apenas como um fato provável (no aspecto da probabilidade), mas como um fato certo<sup>32</sup>.

A certeza sob uma perspectiva subjetiva está em consonância com a viragem lingüística do início do século XX. Como enfatiza Malatesta, a certeza trata-se de uma percepção, um "estado de alma", que não necessariamente depende da verdade<sup>33</sup>. A certeza

---

<sup>27</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. "A Lógica das Provas em Matéria Criminal". Trad. de Pãolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 38.

<sup>28</sup> A certeza, no entanto, comporta modelos, o que não significa dizer que existam graus. Para o autor, a certeza pode ser lógica, física e a mista. Será lógica quando obtida da intuição ou reflexão. A certeza física dar-se-ia, por exemplo, quanto aos crimes praticados aos olhos do juiz ou em circunstâncias evidente. A certeza mista se divide em lógica, histórica e lógico-histórica. A certeza lógica depende do trabalho racional. A certeza histórica põe fé na palavra de um testemunho, ou seja, "passa-se à convicção da veracidade da testemunha, para concluir pela verdade da coisa atestada". Por fim, a certeza lógico-histórica realiza uma combinação das modalidades anteriores. Este certeza é aquele que depende de um trabalho racional do juiz, combinando-se as duas certezas precedentes, de modo que a partir do que a testemunha disse o juiz extrai raciocínios lógicos. Esta é a certeza que vigora em nosso sistema processual (*Ibid*, pp. 23; 29; 31 e 33). Malatesta assume-se empirista, construindo seu pensamento tendo como ponto de partida a teoria do conhecimento de feição lockeana. Para verificarmos a semelhança entre Locke e Malatesta, basta confirmar a similitude na descrição dos erros nos quais se fundam o conhecimento, bem como enfrentar uma simples comparação de exemplos utilizados para demonstrar certezas auto-evidentes (maleabilidade do ouro; conquista das Galias por César etc.), muito embora este autor não se refira em nenhum momento a Locke, remetendo a origem dos exemplos a Galluppi (*Ibid*, p. 75 e passim).

<sup>29</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op. cit.*, pp. 42 e 54.

<sup>30</sup> *Ibid*, p. 56.

<sup>31</sup> *Ibid*, pp. 57 e 65.

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 63.

<sup>33</sup> *Ibid*, p. 21.

é a "crença da posse da verdade"<sup>34</sup>. Qualquer que seja a certeza, há a necessidade de um empenho racional para atingi-la. Mesmo quando se tem uma certeza física, por exemplo, naqueles casos hipoteticamente imaginados em que o crime fora praticado na presença do juiz ou naqueles outros que dependem de uma constatação documental<sup>35</sup>, a contribuição da apreensão sensorial do julgador apresenta-se decisiva. Como fundamento, "a certeza não é outra coisa que um estado subjetivo do espírito humano; de qualquer natureza que seja a verdade, só é certa para o espírito quando se julga conforme o conceito que dela se tem"<sup>36</sup>.

De tal modo dependente da intervenção judicial, a certeza traslada-se para o processo em forma de convencimento, cujo caráter subjetivo precisa objetivar-se em uma linguagem. Segundo assevera Malatesta, o convencimento de que se versa não é o de cunho íntimo, mas sim o racional – com a força de produzir o mesmo impacto em "qualquer outro cidadão"<sup>37</sup>. Este processo de convencimento foi chamado pelo professor italiano de "sociabilidade do convencimento".

Diante da filosofia da linguagem, a sociabilidade do convencimento deve ser introjetada numa ótica garantista. O juiz não decide sozinho, senão como membro de uma comunidade que muitas vezes silenciosamente fala por ele no momento de decidir. Esta comunidade silenciosa deve ser situada em um momento histórico, ou dizendo melhor, deve produzir os sons do Estado Democrático de Direito. Segundo completa Malatesta, o juiz deve absolver, mesmo estando intimamente convencido da culpa do réu, quando "sente que suas razões não são tais que possam gerar igual convicção em qualquer outro cidadão racional e desinteressado"<sup>38</sup>.

O reconhecimento do caráter subjetivo da certeza expõe a fragilidade da garantia de defesa de maneira mais evidente. É indispensável que se atenuem a subjetividade do convencimento, de tal modo que quanto mais seja possível alcançar níveis aproximados de objetivação (de sociabilidade), maiores serão as chances defensivas. Aqui se encontra o cerne do garantismo penal. Na contemporaneidade, cabe reduzir-se ao máximo possível o caráter íntimo da certeza judicial, como condição de existência da ampla defesa.

Neste contexto, a defesa técnica tem o papel fundamental de demonstrar o sentido social a ser dado ao fato e à correspondente resposta estatal, inserindo os valores do Estado

---

<sup>34</sup> *Ibid*, p. 22.

<sup>35</sup> *Ibid*, p. 30.

<sup>36</sup> *Ibid*, p. 34.

<sup>37</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>38</sup> *Ibid*, p. 51.

Democrático e norteando a certeza e a convicção judicial. Neste sentido, a certeza subjetiva do juiz deve ser objetivada pelo seu convencimento racional. Não é todo convencimento que produz certeza válida, a não ser o convencimento racionalmente demonstrado.

De fato, a opinião pública deve deixar de ser um parâmetro para o convencimento judicial, porque – segundo entendemos – a compreensão da sociabilidade do convencimento não se cinge a ela. Atualmente, o convencimento racional decorre acima de tudo (a) de uma necessidade de se convencer a comunidade dos intérpretes e (b) do desígnio garantista de não permitir uma linguagem calcada em conceitos subjetivistas (indeterminados, vagos, abstratos ou puramente discriminatórios).

### 3. Conclusões

I. As regras hermenêuticas clássicas não nos levam a um único destino, nem tampouco nos apresentam à gênese legislativa dos significados.

II. A filosofia da linguagem dá acesso à seguinte conclusão fundamental: Não existe uma única verdade ou certeza.

III. A nova Hermenêutica supera a investigação da vontade do legislador, como também o método segundo o qual cabe ao intérprete empregar técnicas para obter o significado depositado objetivamente na lei.

IV. A verdade alcançada processualmente não é arbitrária ou aleatória. A verdade do processo, embora rigorosa, sujeita aos controles e verificabilidades específicas, não se confunde e nem tampouco se diminui ou se subordina à verdade real, notadamente porque o problema de uma ou de outra não se situam dentro de uma única ciência.

V. A certeza que decorre do processo penal não é puramente uma probabilidade, mas uma verdade racionalmente percebida.

VI. A certeza traslada-se para o processo em forma de convencimento, cujo caráter subjetivo precisa objetivar-se em uma linguagem. É nisto que reside a essência do princípio do livre convencimento motivado.

VII. A opinião pública e os conceitos abertos ou indeterminados não são parâmetros para o convencimento judicial.

#### 4. Bibliografia

1. AQUINO, Sto. Tomás de. “O Ente e a Essência; Proêmio; Questões Discutidas sobre a Verdade; Súmula contra os Gentios; Compêndio de Teologia; Seleção de Textos da Suma Teológica”. Trad. de Luiz João Baraúra. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000.
2. BORGES, José Souto Maior. “O Contraditório no Processo Judicial (Uma Visão Dialética)”. São Paulo: Malheiros, 1996.
3. CARVALHO, Amilton Bueno de. “Magistratura e Direito Alternativo”. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.
4. COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. “Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro”. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
5. ECO, Humberto. “Interpretação e Superinterpretação”. Trad. por Martins Fontes (MF). São Paulo: Martins Fontes, 1993.
6. FARIA, José Eduardo (Org.). “Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”. São Paulo: Malheiros, 1998.
7. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). “Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides”. São Paulo: Malheiros Editores.
8. GADAMER, Hans-Georg. “Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”. 7ª. ed., Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.
9. HERKENHOFF, João Batista. “Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o Papel do Direito e do Jurista”. 2ª. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
10. LOCKE, John. “Ensaio acerca do Entendimento Humano”. Trad. de Anoar Alex. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000.
11. MALATESTA, Nicola Framarino dei. “A Lógica das Provas em Matéria Criminal”. Trad. de Pãolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996..

12. MAXIMILIANO, Carlos. "Hermenêutica e Aplicação do Direito". 15ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
13. NIETZSCHE, Friedrich. "A Gaia Ciência". Trad. de Antonio Carlos Braga, São Paulo: Ed. Escala, 2006.
14. PRADO, Geraldo. "Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais". 2a. ed, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
15. STRECK, Lenio Luiz. "Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito". 6ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
16. WITTGENSTEIN, Ludwig. "Investigações Filosóficas". Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000.