

CRITÉRIOS DE VERDADE E DE VALIDADE NA DECISÃO PENAL

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar

Doutor em Direito (PUC/SP). Mestre em Direito (UFBA). Professor Adjunto da UFAL. Docente em Cursos de Graduação e de Pós-Graduação (UNIT/AL, SEUNE e ESMAL). Juiz Federal (AL).

RESUMO: Este estudo tem o propósito de sugerir critérios formais para a descrição das provas nas decisões penais. A justificativa para estabelecer procedimento para enfrentar o problema da verdade das decisões jurídicas é a tentativa de encontrar caminhos para identificar e minimizar erros de julgamento. A verdade, construída no processo, é tomada como objeto de reflexão, comparando os sentidos de correspondência com a realidade, de fé e de aceitabilidade. Para sustentar uma verdade objetivamente aceitável nas decisões penais, o artigo busca elementos teóricos tomados do constructivismo lógico-semântico.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão penal – Verdade – Provas – Constructivismo lógico-semântico.

ABSTRACT: This study aims to suggest formal criteria for the description of evidence in criminal matters. The rationale for establishing procedures to address the problem of the truth of legal decisions is trying to find ways to identify and minimize errors in judgment. The truth, built in the process, is taken as an object of reflection, comparing the correlation senses with the reality of faith and acceptability. To support an objectively acceptable truth in criminal matters, the article seeks theoretical elements taken from the logical-semantic constructivism.

KEYWORDS: criminal decision - Truth - Evidence - logical-semantic Constructivism.

Sumário: 1 Introdução. 2 Busca pela verdade e escolha do método. 3 Linguagem e objetividade do direito. 4 Hermenêutica na decisão judicial. 5 Semiótica e percepção do sentido pela linguagem. 6 Problematização da verdade e de sua objetificação. 7 Parâmetros teóricos e requisitos legais de verdade. 8 Conclusões. 9 Referências.

1. INTRODUÇÃO

As discussões em torno da verdade se relacionam, sob um aspecto mais remoto, à convicção acerca da falibilidade ou da infalibilidade do ser humano. Entendendo-o falível, a verdade não seria alcançável, salvo de forma artificial. Caso contrário, sendo a percepção humana infalível, seria admissível o uso de critério capaz de descortiná-la.

Nesse contexto, não poucos trabalhos têm o propósito de investigar as possibilidades metodológicas no direito para o desvelamento da verdade na decisão jurídica. A pretensão deste artigo é a de contribuir para a colocação do estudo da verdade e de seus contornos como um dos temas de maior relevância na teoria da decisão jurídica e no direito processual penal.

Não se tem por finalidade neste estudo – seja pelas conhecidas dificuldades em torno do assunto, seja pelo estreito espaço aqui dedicado – oferecer respostas definitivas ou exaurir a matéria.

Sem embargo, é cediço que, em direito processual, a doutrina

debate sobre verdade real ou formal. Os que refutam a verdade real realçam os óbices à reconstituição de um fato da maneira como deveras aconteceu. Isso significa sugerir que a verdade real decorreria de uma ficção, relacionada às regras de ônus da prova que, no processo penal, são mais rigorosas quando se visa a prolação de sentença condenatória.

No lado oposto, os que confiam na possibilidade de alcance clarividente da verdade no processo, creem em um juiz capaz de perceber todas as nuances e de colocar a salvo de dúvidas a sua compreensão sobre um objeto que lhe é dado. Este último ponto de vista cria as condições de sustentação de um sistema inquisitório que, ao final, deságua no desrespeito das garantias fundamentais.

2. BUSCA PELA VERDADE E ESCOLHA DO MÉTODO

O desejo incessante pela busca da verdade deve ser limitado pelas disposições procedimentais. O processo penal seria o escudo contra investigações implacáveis que só se satisfazem com o resultado pressuposto quando do surgimento da ideia de sua instauração. É limite ao poder punitivo estatal. Não que o Estado não possa punir, mas que a punição só ocorra depois de bem atendidos os requisitos posto no ordenamento jurídico, não sendo valioso para o estado democrático de direito punir a qualquer preço¹.

A possibilidade de se alcançar a verdade na decisão jurídica

1 JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro (UERJ), a.8, n.14, p.10, jul.-dez. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

envolve dúvida sobre os critérios que devem ser manejados para essa finalidade, notadamente se existe uma metodologia apropriada ou se devem ser utilizados vários métodos que devem ser aplicados separada ou conjuntamente.

Paul Feyeraband tem a posição de que “a idéia de um método fixo ou de uma teoria fixa da racionalidade baseia-se em uma concepção demasiado ingênua do homem e de suas circunstâncias sociais”. O autor considera que o exame do vasto material fornecido pela história não pode ser empobrecido pelo “anseio por segurança intelectual na forma de clareza, precisão, ‘objetividade’ e ‘verdade’”, sustentando “o princípio de que tudo vale”².

Em torno da temática da verdade e exigência de um método previamente estabelecido, travam-se debates sobre a natureza do direito enquanto ciência (na senda do entendimento de que o direito seria campo do conhecimento humano que viabiliza elucidação do tecido regulador de condutas, possibilitando previsibilidade de resultados). A metodologia seria apta para se atingir (*rectius*: justificar, conforme as regras reconhecidas pelo Estado) a verdade.

Para afirmar ou refutar a natureza científica do direito seria necessário precisar os limites do se deve entender por ciência. A ciência pode ser útil à decisão penal quando elucida seus limites, teoriza acerca de seus pressupostos, possibilita o afastamento do intérprete das disposições normativas para melhor compreendê-las.

A definição dos pontos de partida, segundo fontes do direito devidamente chanceladas pelo poder estatal, é indispensável para gizar as balizas que servem para a aferição da validade da decisão.

2 FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução: Cezar Augusto Morari. São Paulo: UNESP, 2007. p.42-43.

Note-se que a verdade real encontra em seu trânsito os muros além dos quais a decisão pode resvalar para o âmbito da invalidade.

Sobre a concepção do direito enquanto ciência, Ulfrid Neumann sublinha que “a questão de saber se a ciência jurídica é uma ciência enuncia um problema aparente”, haja vista que “enquanto não existir uma lista dos critérios necessários e suficientes sobre o caráter científico de uma disciplina, uma resposta à questão não seria uma afirmação sobre a ciência jurídica”, porém “antes uma declaração sobre o conceito de ciência que lhe subjaz”. A dificuldade se agrava quando se verifica que “os pontos de vista adotados como possíveis critérios do caráter científico da ciência jurídica (objeto, método, possibilidade de exame) constituem, eles mesmos, problemas centrais da teoria científica”³.

Ao lado da problemática científica, a noção de verdade pode ser examinada sob a consideração da bifurcação objetividade-subjetividade da verdade. Na decisão jurídica penal, assim como a de outros ramos jurídicos, a verdade da decisão se cinge notadamente à questão da aferição da prova, perpassando pelas suas etapas procedimentais (postulação, admissão, produção e valoração). O aspecto subjetivo da verdade é a convicção que é criada no julgador (certeza). O aspecto objetivo da verdade é constituído pela observância às regras reconhecidas como fonte do direito (verdade, metaforicamente, “real”).

No que toca àquela “dicotomia objetivo-subjetivo” da verdade, Andrei Marmor parte do dado de que se trata de uma

3 NEUMANN, Ulfrid. Teoria científica da ciência do direito. In: *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Tradução: Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p.464.

invenção filosófica e que suas definições “devem ser baseadas em considerações teóricas, e sua utilidade deve ser testada em confronto com objetivos teóricos”, porquanto “é a objetividade (ou subjetividade) da classe de dados como tal que normalmente é o tema da controvérsia filosófica, não a situação de um enunciado específico como tal”⁴.

Daí o autor considerar a existência de pelo menos três conceitos diferentes e independentes de objetividade, quais sejam: (1) a objetividade ou subjetividade no sentido semântico (enunciados ou atos de fala que “são semanticamente objetivos ou subjetivos, independentemente de sua validade ou verdade”); (2) a dicotomia objetivo-subjetivo no sentido de verdade metafísica, sendo a objetividade “uma questão a respeito do mundo, não a respeito do significado dos enunciados”; e (3) a objetividade lógica, entendida assim quando “faz sentido atribuir valores de verdade a enunciados dessa classe”⁵.

3. LINGUAGEM E OBJETIVIDADE DO DIREITO

Como pressuposto de partida, tem-se a proposição de que a verdade, reportada a um fato, a um *thema probandum*, é qualidade atribuída e não ontológica (objetividade lógica).

Como são múltiplos os enfoques filosóficos que visam obter ou explicar a verdade na decisão jurídica, com linhas de

4 MARMOR, Andrei. Três conceitos de objetividade. In: *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Andrei Marmor (org.). Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.268.

5 *Idem*. p.268-269.

argumentação conflitantes, a tentativa é a de compatibilizá-los pela fundamentação. Sugere-se que há campo para a complementaridade entre teorias distintas, com diálogos que considerem pontos de vista diversos.

A hermenêutica e a semiologia são áreas do conhecimento humano que, quando reunidas, podem auxiliar na percepção da verdade e dos seus limites. A linguagem do direito é, nessa perspectiva, tanto instrumento, quanto realidade constituída. O seu escrutínio, sediado em princípios maiores, deverá atender a fundamentos éticos, valorados pelo Poder Constituinte, consoante esposados na Constituição⁶. A objetividade do direito deve, destarte, tender a coincidir com a objetividade moral, entendida como o aspecto nuclear, processual penal, estampado no rol de direitos e garantias fundamentais de *status* constitucional.

Procura-se, de tal sorte, ir além do que Coleman e Leiter reputam ser a objetividade do direito, isto é, uma “objetividade modesta”, que independe “da objetividade da moralidade em parte porque as condições de verdade das proposições jurídicas não implicam a verdade das afirmações morais”⁷. Como o valor atribuído ao direito positivo é constituído pelo ser humano, documentado, atualmente, na Constituição da República, o aspecto moral do direito deve ser inferido e contornado pelo texto escrito naquela Lei Maior.

6 Na esteira de Hessen, “o valor é sempre valor para alguém. A referência a um sujeito é da essência do valor. De certo, há ideias abstratas de valores, essências de valor, essências valiosas” (HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 3. ed. Tradução: L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1967. p.54-55).

7 COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Andrei Marmor (org.). Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.404.

4. HERMENÊUTICA NA DECISÃO JUDICIAL

João Maurício Adeodato compreende ética a partir de sua etimologia: “*ethos*, ao lado de *pathos* e *logos*” que, na Grécia clássica, designa “uma das dimensões ontológicas fundamentais da vida humana. Ética constitui, além da doutrina do bom e do correto, da ‘melhor’ conduta a teoria do conhecimento e realização desse desiderato”. Pertencem ao termo ética “não apenas aquilo que tradicionalmente faz parte da moral, mas também o que hoje se chamam o político e o jurídico”. Na tradição brasileira, a ética está imbricada com o direito e a política, só sendo possível a separação através de um “artifício metodológico e pragmático”⁸.

O pressuposto que fundamenta o presente trabalho é o de que a verdade moral nas decisões penais devem consubstanciar verdades jurídicas (verdade que, em um segundo momento, deve ser relacionada à prova, premissa menor de um silogismo que, em um terceiro instante, conduz a uma conclusão sujeita a critério de validade). Alude-se, dessa forma, a um aspecto prescritivo da ética.

Por outro lado, quando a atividade jurisdicional é concretizada, pela fundamentação jurídico-empírica, o procedimento deve ser descritivo, com assertivas lógicas e fáticas. No ponto, os aspectos éticos debatidos na seara exclusivamente jurídica (proposições normativas) não são valorados “em termos uma verdade”, só sendo possível “opinar e tentar persuadir. É o campo por excelência da

8 ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.121-122.

retórica”, como salienta João Maurício Adeodato⁹.

A hermenêutica é disciplina auxiliar à percepção e descrição da verdade na decisão jurídica, situada no exame concernente ao tema a se provar (juízo de verificação probatória). Ao menos duas vertentes hermenêuticas se entrelaçam: uma de cunho objetivo e outra que salienta a historicidade e a subjetividade, de modo a conciliar os argumentos de ambas.

A primeira utiliza-se de métodos clássicos de interpretação e que podem ser úteis ao processo de decisão jurídica. Seguindo essa perspectiva, na dicção de Karl Larenz, a interpretação é reputada como atividade que “não deve ser deixada ao arbítrio do intérprete, mas decorrer de modo seguro e comprovável”, pelo que “é preciso ter determinados critérios de interpretação com os quais o intérprete se possa guiar. Tais critérios foram desenvolvidos pela metodologia jurídica”¹⁰.

Ao lado dessa hermenêutica tradicional, insere-se uma hermenêutica mais recente, filosófica, fenomenológica, que se foca na própria compreensão e valoriza uma interpretação existencialista a partir de uma relação de sujeito (juiz) a sujeito (a coisa, tal como se apresenta ao juiz, em processo de comunicação). Toma-se como pressuposto que “um objeto não tem sentido fora de uma relação com alguém e que a relação determina o significado. Falar de um objeto independentemente de um sujeito que o perceba é um erro conceptual causado por um conceito realisticamente inadequado,

9 *Idem*. p.122.

10 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p.449-450.

quer da percepção quer do mundo”¹¹.

5. SEMIÓTICA E PERCEPÇÃO DO SENTIDO PELA LINGUAGEM

A semiótica se mostra um campo do conhecimento de relevo para o desvelamento da verdade na decisão jurídica. Os vocábulos escolhidos para fundamentar a sentença penal condenatória são dotados de aspectos relacionados à estrutura (sintática), ao sentido (semântica) e à função (pragmática), como destacou, em outro contexto, Tácio Lacerda Gama¹². A decisão penal, por exemplo, deve conter, com precisão as expressões que retratam o “veredicto” (o “verdadeiramente” dito pelo juiz, ou seja, de acordo com o processo legal). A escolha de uma teoria deve ser explicada, com precisão, espancando dúvidas que possam suscitar em seus destinatários.

Também a semiótica encontra abordagens doutrinárias distintas: uma que prestigia os cânones científicos (semiologia do poder), seja com um desenvolvimento analítico do estudo dos signos lingüísticos (sintaxe, semântica e pragmática) com o realce para o seu conteúdo lógico¹³, seja a partir do estudo dos elementos dos signos com ênfase nas possibilidades de sua utilização arbitrária¹⁴;

11 PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 13. ed. Lisboa: Edições 70, 2006. p.34.

12 GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p.XXXVII.

13 PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 32.

14 SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de lingüística geral*. Tradução: Antônio Chelini; José Paulo Paes; Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p.24.

e outra que sublinha a necessidade de decodificação das intenções que se encontram encobertas pelo discurso, mediante o simbolismo próprio da linguagem utilizada nos textos jurídicos (semiologia do poder)¹⁵.

Tanto a fundamentação hermenêutica, como a semiológica têm a linguagem como ponto central do problema da interpretação no direito para o fim de se descortinar a verdade. A linguagem é o elemento a ser bem precisado, especialmente quando se vê que também sobre ela existem debates filosóficos – presente a noção wittgensteineana de “jogo de linguagem”¹⁶ –, tal como sobre saber se ela é um instrumento pelo qual o direito se manifesta (linguagem convencional) ou se ela é constitutiva do próprio direito (linguagem essencial/natural).

São, portanto, três importantes enfoques teóricos relevantes para obtenção da verdade, vale afirmar, a partir de uma metodologia hermenêutica, semiológica e linguística, sem perder de vista que a linguagem permeia aqueles dois primeiros campos do conhecimento. Na estruturação da sentença, o juiz, além de descrever as fontes de prova, a prova e o procedimento probatório (pontos constitutivos da premissa menor do silogismo), deve descrever a norma jurídica incidida.

Neste quadrante, descreverá analiticamente, a aplicação de

15 WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão: com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 119.

16 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 5. ed. Tradução: Marcos G. Nontagnoli. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008. p.19.

normas, sacadas pelo intérprete¹⁷, como explica Paulo de Barros Carvalho, na perspectiva do constructivismo lógico-semântico. O autor pontifica que a operação dever consistir na tomada dos “sentidos de enunciados prescritos no contexto do sistema de que fazem parte. A norma é proposição prescritiva decorrente do todo que é o ordenamento jurídico”¹⁸.

6. PROBLEMATIZAÇÃO DA VERDADE E DE SUA OBJETIFICAÇÃO

Pensar em verdade proporciona o questionamento inicial sobre sua possibilidade na esfera do direito, vale dizer, se é possível alcançá-la nas decisões judiciais (descrição da prova penal), se há uma metodologia suficiente a esse desiderato e se essa metodologia, tal como a terminologia indica, guarda compromisso científico.

Antes, aliás, uma indagação fundamental antecedente é a consistente em saber o significado de verdade: se ela é unicamente subjetiva, tão-somente objetiva ou de natureza híbrida. Partindo dessa constatação, este estudo pretende alvitrar, sem cunho definitivo, que é possível aplicar solução conciliatória de pensamentos filosóficos dissonantes que envolvem aspectos hermenêuticos, semiológicos e linguísticos.

Para confirmar essa hipótese, argumenta-se a partir de quatro indagações, seguidas de respostas alcançadas com supedâneo nas

17 IVO, Gabriel. *Norma jurídica*: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006. p.78.

18 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*: linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p.137.

linhas teóricas esposadas nos itens anteriores.

(1) A primeira questão consiste em saber o que se deve entender por verdade possível no âmbito da decisão jurídica e se essa verdade no direito deve guardar compromisso com valores morais. A resposta a essa primeira questão envolve definir se o sistema jurídico é forçado abstrair a ocorrência de decisões judiciais incorretas do ponto de vista ético para viabilizar o equilíbrio do ordenamento jurídico ou se é possível decisões verdadeiramente corretas nessa área.

No direito processual penal, a experiência negativa com decisões condenatórias equivocadas, com punição de inocentes, autorizou a formulação de dogmas que visam blindar o acusado contra subjetivismos (decisionismos), que não atendam aos cânones estipulados no direito positivo estatal. Daí o *in dubio pro reo* e todas as regras absolutórias estampadas, por exemplo, no art. 386, do Código de Processo Penal.

(2) Definida a verdade desejável na esfera da decisão jurídica, cabe uma segunda problematização que alude a perquirir se é viável a adoção de uma metodologia com compromisso científico para fins de otimização de decisões jurídicas, de maneira a conferir-lhes um parâmetro de correção moral. Sendo possível uma metodologia, cumpre esclarecer se ela é manejável em todos os casos ou se é necessária uma forma de pensamento que se afaste de compromissos com o paradigma científico do direito.

Compreendendo o direito como ciência (não como ciência exata, mas como campo do conhecimento que propicia otimização de resultados e elucidação da incidência normativa), as bases do constructivismo lógico-semântico são úteis para se viabilizar

transparência dos critérios de julgamento e de delimitação da parte concernente à verdade, bem como daquela referente à validade da decisão judicial. Os fundamentos desse constructivismo partem de Paulo de Barros Carvalho¹⁹.

(3) Ligando-se à questão da verdade na decisão judicial, surge um problema metodológico de natureza hermenêutica: a hermenêutica clássica, de cariz objetivo, está efetivamente superada ou é insuficiente para dar respostas acertadas moral e juridicamente aos problemas contemporâneos? Caso esteja ao menos parcialmente superada ou seja insuficiente para todo o leque de casos concretos, a nova hermenêutica, dita filosófica, que migra a tradicional relação sujeito-objeto, para uma relação fenomenológica sujeito-sujeito propicia o resgate de decisões corretas do ponto de vista não só jurídico, mas também moral?

Embora com pontos de vista opostos, os argumentos da presente pesquisa entende que a hermenêutica filosófica não deve ser aplicada de modo a suplantar integralmente os métodos clássicos de interpretação²⁰. Acolhe-se, para sustentar essa conclusão

19 Pontua o autor que sobre linguagem social “incide a linguagem prescritiva do direito positivo, juridicizando fatos e condutas, valoradas com o sinal positivo da licitude e negativo da ilicitude. A partir daí, aparece o direito como sobrelinguagem, ou linguagem de sobrenível, cortando a realidade social com a incisão profunda da juridicidade. Ora, como toda a linguagem é redutora do mundo sobre o qual incide, a sobrelinguagem do direito positivo vem separar, no domínio do real-social, o setor juridicizado do setor não juridicizado, vem desenhar, enfim, o território da facticidade jurídica” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário*, linguagem e método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p.173). Esse recorte metodológico, concernente à facticidade jurídica, é de ser ditado pelo *thema probandum* afirmado, em estado de asserção, na petição inicial acusatória.

20 Com perspectiva tendente a afastar os métodos clássicos de interpretação:

intermediária, o que propugna Andreas Krell, eis que os métodos clássicos de interpretação, a exemplo do sistemático, do teleológico e do histórico, são importantes para a cristalização da decisão, lastreada em argumentos fortes²¹.

A questão fundamental da hermenêutica não se aparta de um outro problema que é o relativo à linguagem. Também aqui aparecem dois rumos de entendimento da linguagem, um de viés instrumental e o outro constitutivo, que se ligam remotamente, de um lado, à teoria convencionalista e, de outro, à teoria naturalista ou essencialista da linguagem. Daí, para se desnudar a verdade, é preciso formular mais duas perguntas.

(4) A quarta indagação é a de saber se a linguagem jurídica deve ser uma linguagem séria e competente no âmbito do direito, isto é, se a linguagem expressada juridicamente deve ser tipicamente

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.847.

21 KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista FGV Direito*, São Paulo, p.295-320, jan.jun. 2014. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/en/node/98836>>. Acesso em: 06 jun. 2016. O autor, fazendo remissão a Koller, pondera que “a retórica e a argumentação não podem substituir a metódica jurídica, pois somente esta anda suficientemente próxima às decisões tomadas em um Estado Democrático de Direito. Os cânones metódicos clássicos não garantem resultados certos ou verdadeiros, mas representam importantes meios de apoio ao trabalho jurídico. Reconhecer este fato pode levar a uma problematização e utilização mais racional desses elementos de interpretação. Os cânones devem ser entendidos menos como regras metodológicas determinantes do que orientações e exortações que apontam em direção a certas perguntas, já que elas mesmas deixam em aberto quando e como devem ser utilizadas em um caso concreto. A metodologia jurídica fornece aspectos e fórmulas que ajudam a estruturar melhor o processo de interpretação, tornando-o racionalmente controlável” (p.315).

convencional, formalizada, com vistas a se evitar ambiguidades²². No campo do direito processual penal, é relevante a adoção de formas rígidas para a feitura de atos processuais. De tal maneira, fundamental a adoção de uma perspectiva instrumental, convencional, da linguagem jurídica, no plano da legislação e no plano da decisão.

(5) A quinta questão, em contraposição a anterior, indaga se o convencionalismo no direito sofre limitações de ordem natural, por ser a linguagem, em um sentido filosófico existencialista, constitutiva do mundo e das condições de possibilidade da decisão jurídica, colocando-se, ao cabo, a seguinte pergunta: os excessos convencionais no direito são impeditivos de decisões jurídicas moralmente corretas? Se o convencionalismo da linguagem jurídica é indispensável, certo que a criação de termos jurídicos deve encontrar limites no próprio texto, em especial, no corpo da Constituição que confere fundamento de validade aos demais diplomas legais e normas²³. O que extrapolar a proporcionalidade, a exemplo de teorias que sufragam a ampliação punitiva à míngua da legislação, em afronta à razoabilidade (ponderação) enquanto critério norteador para a atividade legiferante, pode ser reputado moralmente ilegítimo, vale dizer, inconstitucional²⁴.

(6) Por fim, o sexto questionamento se reporta à semiologia,

22 VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. p.56.

23 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.394.

24 Sobre o método de preenchimento constitucional de espaços estruturais: ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos tribunais*, São Paulo, a.91, n.799, p.47-48, mai 2002.

como estudo dos signos linguísticos sob os seus aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos. No ponto, o problema é o de saber se a semiologia do poder está superada, ao menos parcialmente, para o fim de se desvelar manipulações discursivas que obstam o esclarecimento da verdade nas decisões jurídicas²⁵. Em arremate, indaga-se se uma nova semiologia (semiologia do desejo) completaria, junto com os fundamentos hermenêuticos e linguísticos, a metodologia (não estritamente científica) para o alcance de decisões moralmente corretas.

Em resposta a essa derradeira questão, pode-se anuir que as manipulações discursivas são uma realidade, especialmente nas decisões judiciais, eis que se trata de sede em que o juiz procura não apenas se convencer, mas também convencer aos destinatários do julgado sobre o acerto de sua sentença. A utilização da semiologia do desejo tem importância para apontar a necessidade das decisões descreverem, com maiores detalhes, a porção do julgado que se submete a controle de veracidade – além do de validade –, qual seja: a prova, referentemente aos fatos narrados na acusatória penal (denúncia ou queixa-crime).

O manejo de uma “nova” semiologia, complementar à semiótica geral, decodificadora das mensagens dos textos jurídicos, para esclarecer os reais motivos de determinadas sentenças penais, encontra amparo em Luis Alberto Warat, que a denomina de “semiologia do desejo”. Tal semiologia é, por exemplo, capaz de denunciar o simbolismo penal, os julgamentos midiáticos sufragados

25 A dimensão das possibilidades de manipulação de termos e de seus limites pode ser encontrada em: FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. São Paulo: Herder, 1963. p.231.

em decisões tomadas sem o respeito ao devido processo legal ou as condenações desprovidas de alicerce probatório válido. Malgrado o jurista se preocupasse com decisões que não reconheciam critérios extralegais para a adoção de soluções mais justas, seus argumentos são aqui tomados para a defesa do respeito às formas legais e constitucionais, como garantia contra o arbítrio em matéria penal, muitas das vezes mascarado sob o modo de manipulação discursiva consignada na sentença²⁶.

7. PARÂMETROS TEÓRICOS E REQUISITOS LEGAIS DE VERDADE

A dificuldade de apreensão da verdade representada decorre, dentre outras tantas razões, da fugacidade dos fatos e da falibilidade do homem. A possibilidade de verdade real deve ser entendida como aquela que deve respeitar regras rígidas de forma. A verdade real, em processo penal, é, a rigor, formal, porém muito mais exigente que aquela do direito processual civil. Ela não é absoluta. A verdade real não deve legitimar o juiz inquisidor. O que se entende, portanto, é que deve haver um conjunto de disposições claras que limitem o juiz a afirmar o que é e o que não é verdade no processo penal.

Dentre essas regras, tem-se que o silêncio do réu é um direito-garantia, não podendo daí se deduzir culpa do acusado. A revelia, no processo penal, não produz efeitos prejudiciais ao réu, não sendo permitido considerá-lo, por exemplo, confesso. A confissão,

26 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p.53.

isoladamente, não autoriza condenação²⁷. Os elementos informativos do inquérito não são suficientes para, sem a corroboração de outras provas, formular juízo condenatório do réu (ressalvada prova técnica, irrepetível, ou antecipada, adstrita ao aspecto da materialidade do delito)²⁸. A delação premiada, como espécie de confissão, não pode, de per si, ensejar condenação²⁹.

Considerando essa estrutura legal, compreende-se a possibilidade de verdade moralmente corretas nas decisões jurídicas, fundamentada constitucionalmente. A metodologia a ser aplicada deve observar critérios hermenêuticos, linguísticos e semiológicos. A hermenêutica filosófica, que não está estritamente adstrita a uma concepção científica do direito, tem lugar num momento prévio à cristalização fundamentada da decisão. No momento de descrever o julgado, a linguagem jurídica deve se revestir de critérios que se acomodem à noção de ciência compreendida como campo do conhecimento destinado à elaboração de conceitos que otimizem resultados com características de previsibilidade e de segurança.

Como se depreende, os parâmetros teóricos invocados até aqui são do campo da hermenêutica e da semiótica. Busca-se tornar

27 CPP, Art. 186: “depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

28 CPP, art. 155, *caput*: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

29 Lei nº 12.850/2013, § 16, do art. 4º, § 16: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

coerente com o referencial teórico dialético e com a metodologia fenomenológica aqueles métodos tradicionais de aplicação do direito (através de técnicas como a da “interpretação gramatical”, entendida como “a arte de encontrar o sentido determinado, pela linguagem e com o auxílio da linguagem, de um determinado discurso”³⁰).

A perspectiva filosófica da hermenêutica não perde importância com o manejo dos métodos clássicos ou com o uso de uma linguagem formalizada em direito. A hermenêutica filosófica tem utilidade que precede à fundamentação da decisão. Decide-se primeiro e, em seguida, são objetificados os motivos do julgado, em forma de linguagem.

Eis o lugar da checagem, da pré-compreensão hermenêutica.

Na senda de Martin Heidegger, “a interpretação se funda na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão”³¹. Isso significa dizer que o desvelamento da verdade se dá com a compreensão da essência do ente enquanto tal. Para tanto, está presente a pré-compreensão, que consiste em levar em consideração que “a interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições”³².

30 SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução: Celso Reni Braidia. Petrópolis: Vozes, 1999. p.70.

31 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. v.I. p.204.

32 *Idem* p.207.

Esse parâmetro teórico é integrado pela hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, para dar ênfase à linguagem enquanto fio condutor da compreensão e como imprescindível à obtenção da verdade no discurso jurídico, mediante a valorização da experiência hermenêutica. Trata-se de uma perspectiva diversa da que é explorada pela semiótica, com caráter científico. O propósito deste estudo, como se disse, é o de compatibilizar a fundamentação com o fito de afirmar a possibilidade de uma metodologia apta ao alcance da verdade nas decisões jurídicas, sem desprezo às possibilidades de percepção.

No ápice, devem situar-se a Constituição e as formas legais que têm por fito a proteção de garantias fundamentais individuais. O entendimento deve ser construído com lastro na noção de que “o caráter de linguagem da experiência humana de mundo proporciona um horizonte mais amplo à nossa análise da experiência hermenêutica”, vale dizer, “o universo linguístico próprio em que vivemos não é uma barreira que impede o conhecimento do ser em si (*Asichsein*), mas abarca basicamente tudo aquilo a que a nossa percepção pode expandir-se e elevar-se”³³.

Junto com a fundamentação hermenêutica, está a motivação linguística para a definição da verdade na decisão jurídica. Ao lado da ideia heideggeriana-gadameriana de linguagem enquanto constitutiva do mundo e do direito, existe a visão de linguagem enquanto instrumento, debate este que remonta o diálogo de Platão entre as teorias convencionalista e naturalista, a primeira sustentando

33 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. v.I. p.576-577.

a liberdade de nomeação dos entes, a segunda defendendo a noção de correção entre o nome e a coisa nomeada, restringindo a liberdade na atribuição de designações³⁴.

Entendendo que há espaço para o diálogo nesse campo, até porque o convencionalismo é uma realidade na esfera jurídica – carecendo de limites para não impedir maiores possibilidades de compreensão –, a linguagem deve ser entendida sem perder de vista o marco teórico de Ludwig Wittgenstein, em sua primeira fase (positivismo lógico), com uma filosofia da linguagem enquanto instrumento que afirma que “os limites da minha linguagem significa os limites do meu mundo”³⁵.

Em cotejo com esse parâmetro, deve-se acrescentar a importância de Wittgenstein em sua segunda fase (filosofia analítica), com destaque para o aspecto pragmático do discurso jurídico, mediante a noção de “jogo de linguagem”, compreendida como o processo de uso de palavras cujas denominações são relacionadas com o seu uso cotidiano e como “a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada”³⁶.

34 PLATÃO. *Crátilo*. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p.115.

35 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas*. Tradução: Tradução: Tiago J. de Oliveira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p.114.

36 *Id. Investigações filosóficas*. 5. ed. Tradução: Marcos G. Nontagnoli. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008. p.19.

8. CONCLUSÕES

Enfrentando o problema da verdade das decisões jurídicas, com ênfase na descrição probatória, este artigo adverte ser necessário o realce de critérios teóricos para identificar e evitar erros de julgamento (*error in iudicando*), em face de deficiente apreciação do procedimento e do conteúdo da construção da prova. Por outro lado, intenta evidenciar a importância de não se aprovar decisões jurídicas moralmente incorretas (campo da invalidade, da descrição da incidência normativa).

A certificação de que a decisão judicial está formalmente correta, de acordo com as regras do sistema, não dispensa seu controle quanto à essência da verdade (porção probatória atinente ao *thema probandum*). A verdade, metaforicamente “real”, deve ser filtrada por meio daquelas mesmas regras, depois de ter sua melhor aproximação com a contribuição da hermenêutica filosófica. A correção aparente (simbólica ou meramente legislativa), não deve servir de fundamento para se desistir da verdade moral, objetiva e subjetivamente, com base no sistema constitucional.

Imprescindível, destarte, colocar luz sobre a verdade não só como correspondência com a realidade (metafísica ou dual), como fé (aspecto similar ao teológico) ou como aceitabilidade (jurídica e moral, subjetiva e objetivamente), mas também sobre a essência da verdade na senda da nova hermenêutica e da compreensão da linguagem enquanto constitutiva do direito. A fundamentação da decisão, com a descrição analítica e suficiente dos fatos, das provas e das normas jurídicas, deve se arrimar, ao cabo, no constructivismo

lógico-semântico³⁷.

A justificativa de se fazer uso conjunto da hermenêutica filosófica com os métodos objetivos clássicos consiste na percepção de que aquela, focada na compreensão, pode ter uma função corretiva sobre a metodologia fundada em critérios científicos, com vistas a desvelar a essência da verdade. Haverá, de tal modo, o uso de métodos que possibilitam controle mútuo de eventuais excessos, objetivistas ou subjetivistas, com atenção aos valores éticos do sistema jurídico. Objetiva-se, assim, limitar a contingência judicial (discricionariedade).

Nesse âmbito, a semiótica pode ter cunho complementar, de coroamento, por ser viável a revelar sentidos ocultos no âmbito do discurso jurídico, não apenas a partir do esclarecimento das regras de sintaxe, semântica e pragmática (verificação da estrutura, do sentido e da função das proposições normativas e, conseqüentemente, de precisão das decisões judiciais penais), como também com supedâneo em uma semiologia do desejo, com a finalidade de evitar manipulações discursivas que encobrem a verdade moralmente objetiva.

Por último, deve-se avivar que o estudo da linguagem é, nesse contexto, muito útil, elucidando a coerência das decisões, a consistência ou a insuficiência da prova e o cumprimento das formas como meio de concretização das garantias. Para tanto, o tríplice aspecto da linguagem deve ser considerado: (a) como instrumento; (b) como “jogo de linguagem”; e (3) como constitutiva do direito. O vértice do feixe de métodos de dá com fundamentação da almejada

37 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p.173.

verdade na decisão jurídica – vedada a busca da verdade “real” tendente a abrir as portas ao juiz inquisidor³⁸ –, construindo pontes para minimizar os abismos encontrados entre fatos, normas e, nesse permeio, provas (silogismo).

38 Sobre os riscos da busca da verdade a qualquer custo: KHALED JR, Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador: Juspodivm, 2009. p.246-247.

9. REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos tribunais*, São Paulo, a.91, n.799, p.33-51, mai 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.
- COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Andrei Marmor (org.). Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.303-418.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução: Cezar Augusto Morari. São Paulo: UNESP, 2007.
- FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. São Paulo: Herder, 1963.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. v.I-II.
- GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. v.I-II.
- HESSER, Johannes. *Filosofia dos valores*. 3. ed. Tradução: L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1967.
- IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro (UERJ), a.8, n.14, p.10, jul.-dez. 2014. Disponível em: <<http://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/936>. Acesso em: 22 abr. 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista FGV Direito*, São Paulo, p.295-320, jan.jun. 2014. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/en/node/98836>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MARMOR, Andrei. Três conceitos de objetividade. In: *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Andrei Marmor (org.). Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.267-302.

NEUMANN, Ulfrid. Teoria científica da ciência do direito. In: *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Tradução: Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p.463-479.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 13. ed. Lisboa: Edições 70, 2006.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

PLATÃO. *Crátilo*. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de lingüística geral*. Tradução: Antônio Chelini; José Paulo Paes; Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução: Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*.

São Paulo: Noeses, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*: 2ª versão: com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. *Introdução geral ao direito I*: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico filosófico. Investigações filosóficas*. Tradução: M. S. Lourenço. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

_____. *Investigações filosóficas*. 5. ed. Tradução: Marcos G. Nontagnoli. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008.