

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA PROVA, DA VERDADE E DA SENTENÇA NO PROCESSO PENAL

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger¹
Elizângela Treméa²

1 Doutora em Direito - subárea Filosofia do Direito pela UFPR – Universidade Federal do Paraná. Professora de Hermenêutica e argumentação jurídica e de Direito Constitucional dos cursos de graduação da Unijuí e da UCS. Professora dos programas de Mestrado em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania da UNIJUI- Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e do Mestrado em Direito da UCS - Universidade de Caxias do Sul. Texto produzido como resultado final da pesquisa “Crise de paradigmas no Direito”: do paradigma epistemológico ao paradigma hermenêutico crítico. Grupo de pesquisa: Espaço público, Cidadania e Desenvolvimento. Linha de pesquisa: hermenêutica, pós-modernidade e desenvolvimento.

2 Mestre em Ciências Sociais Aplicadas - Interdisciplinar pela UEPG, professora de Direito Civil, Argumentação Jurídica e Direito Agrário e Ambiental da UNIOESTE, campus Marechal Cândido Rondon. Professora de Direito Civil e Hermenêutica Jurídica da Escola da Magistratura do Paraná/Cascavel - PR. Linha de pesquisa Hermenêutica das Ciências e Soberania Nacional. E.mail: elizangelatrema@hotmail.com.

RESUMO: A teoria da argumentação jurídica perpassa a idéia de que o Direito é basicamente linguagem, seja do ponto de vista das normas vertidas na linguagem natural, seja do ponto de vista dos símbolos e rituais que o compõem. Interpretar as normas jurídicas é a primeira tarefa de todo operador jurídico. Tal abordagem trata de como se constitui uma teoria da argumentação jurídica, quais os instrumentos utilizados por ela, procurando compreender como se desenvolvem as práticas judiciais, o processo decisório dos conflitos, a elaboração das teorias dogmáticas e o papel do operador jurídico nesses procedimentos.

PALAVRAS-CHAVE: Argumentação; Direito; Linguagem; Decisão.

ABSTRACT: The theory of legal argument colours the idea that the law is basically language, either from the point of view of the standards included in natural language, either from the point of view of the symbols and rituals that component. Interpreting the law is the first task of all legal operator. This approach comes from is as a theory of legal argument, which the instruments used by it, trying to understand how to develop the practice court, the decision-making process of conflicts, the development of dogmatic theories and the role of the operator in these legal procedures.

KEYWORDS: Argument; Law; Language; Decision.

INTRODUÇÃO

Este texto aborda a importância da teoria da argumentação jurídica na análise da prova, da verdade e da sentença no Processo Penal. Para tanto, partimos de conceitos que são essenciais para a elaboração de um trabalho como este.

Foram tomados como base três autores que abordam o tema: Chaïn Perelman e Lucie Olbrechts Tyteca – *Tratado da argumentação: a nova retórica*, Luis Alberto Warat – *Introdução geral ao Direito I*, e Nilo Bairros de Brum – *Requisitos retóricos da sentença penal*.

Num primeiro tópico procura-se compreender como se configura a teoria da argumentação jurídica para Perelman e Tyteca, suas principais concepções de discurso, fala e retórica. A

seguir analisa-se a teoria da argumentação a partir de Luís Alberto Warat, sob uma perspectiva crítica, demonstrando as principais correntes interpretativas que influenciam na construção argumentativa dos juristas. Por fim, procura-se fazer uma análise crítica da prova e da verdade, bem como da construção da sentença pela dogmática tradicional a partir da ótica da teoria da argumentação jurídica.

1 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A teoria da argumentação jurídica perpassa a idéia de que o Direito é basicamente linguagem, seja do ponto de vista das normas vertidas na linguagem natural, seja do ponto de vista dos símbolos e rituais que o compõem. A linguagem natural, que utilizamos diariamente, é vaga e ambígua, ou seja, ela nunca traz consigo certeza absoluta nas suas significações. Ela requer sempre interpretação.

Interpretar as normas jurídicas é a primeira tarefa de todo operador jurídico. Dessa constatação é que parte o estudo que desenvolvemos nesta primeira parte. Trata-se de analisar como se constitui uma teoria da argumentação jurídica, quais os instrumentos que são utilizados por ela, procurando compreender como se desenvolvem as práticas judiciais (análise da prova, busca da verdade real, construção da sentença), o processo decisório dos conflitos, a elaboração das teorias dogmáticas e o papel do operador jurídico nestes procedimentos.

1.1 A teoria da argumentação em Chaïn Perelman

Perelman e Tyteca na obra *Tratado da argumentação: a nova retórica*, demonstram uma teoria da argumentação ou da retórica contra o racionalismo (Descartes). Os autores desenvolvem a sua teoria (contra o racionalismo) esforçando-se por valorizar o verossímil relativamente ao necessário e por destacar a importância das opiniões por comparação com os fatos.

Assim, um argumento, para Perelman, depende de uma racionalidade distinta da demonstração matemática (BRETON E GHAUTIER, 2001).

1.2 A nova retórica de Perelman

Tendo partido em busca de uma lógica de valores, Perelman encontra no caminho a antiga retórica, de Aristóteles e dos pretores da Antiguidade, que se opõe à retórica clássica, desenvolvida no século XVII e que, no seu entender, se reduz a uma retórica das figuras de estilo, visando agradar e impressionar. Nas suas bases, a nova retórica distingue-se, por conseguinte, de qualquer retórica não argumentativa mas também da tradição cartesiana, que só admite a racionalidade da demonstração lógica (BRETON E GHAUTIER, 2001).

Perelman inscreve-se, imediata e plenamente, na herança aristotélica. O ponto de partida da nova retórica é, à semelhança da antiga, a distinção estabelecida por Aristóteles entre raciocínio analítico e raciocínio dialético. Enquanto o primeiro se relaciona com a verdade e a lógica, o segundo parte de premissas constituídas pelas opiniões geralmente aceitas e simplesmente verossímeis, visando deduzir e provocar outras teses. “É essa dialética que Perelman pretende prolongar e renovar, procurando, como Aristóteles o fizera, regras equivalentes, nesse domínio, às regras válidas para o raciocínio analítico”³ (BRETON E GHAUTIER, 2001, p.51).

Perelman e Tyteca consideram a sua teoria como “uma reanundación de la tradición de la antigua retórica. Se apoyan especialmente em Aristóteles, Cicerón y Quintiliano” (ALEXY, 1989, p. 157).

Ao contrário de Aristóteles, talvez Perelman deseje conferir um estatuto epistemológico pleno e inteiro à racionalidade argumentativa, para que esta não seja simplesmente, e de forma errônea, uma racionalidade transitória à espera da ciência (BRETON E GHAUTIER, 2001).

Para Perelman a nova retórica ou a teoria da argumentação destina-se a qualquer espécie de auditório, abrangendo até o

3 A analítica é uma matriz ainda, bem centrada nos aspectos descritivos e estruturais do Direito, mantendo ainda, no tocante aos seus aspectos políticos, uma visão de neutralidade (...). Portanto, bem limitada politicamente, gerando também conseqüências teóricas graves, devido a sua incapacidade de pensar uma complexidade social mais ampla. (ROCHA, 1998, p.94).

caso particular em que uma pessoa delibera consigo mesma. No seu entender, a argumentação nunca é tão rigorosa como quando se destina a um auditório universal. O seu objeto é o estudo do discurso não demonstrativo e abarca, desse modo, todo o campo do discurso que visa convencer ou persuadir. “Esta retórica pode ser completada por metodologias especializadas consoante o tipo de auditório e o tipo de disciplina. Perelman pensa na argumentação jurídica ou na argumentação filosófica que seriam tão somente aplicações particulares da nova retórica ao Direito e à Filosofia” (BRETON E GHAUTIER, 2001, p.52).

Segundo este autor, “o objetivo de uma argumentação não é deduzir as conseqüências de certas premissas, mas provocar e reforçar a adesão de um auditório às teses que são apresentadas ao seu assentimento”(1996, p.23). Isto significa que seu objetivo principal é construir os princípios de uma racionalidade dos assuntos humanos que se distancie quer da evidência demonstrativa, que pouco se lhes adequa, quer da irracionalidade do recurso às paixões.

Segundo Breton e Ghautier (2001, p. 54),

Perelman confronta-se permanentemente com a questão do auditório, quer como fonte de opinião quer como ser destinatário (receptor), no seio desse círculo virtuoso que a retórica inicia, ao deixar de procurar num além da realidade sensível o fundamento das idéias e ao reabilitar, ao invés, o papel da comunicação na produção de conhecimentos e opiniões.

Para convencer este auditório, para Perelman, o conhecimento acerca das pessoas que se pretende conquistar é uma condição prévia de qualquer argumentação eficaz. O emissor (o juiz) deve prever a recepção da sua mensagem persuasiva e integrá-la à própria concepção da mensagem, posição já descoberta por Aristóteles, que defendia que só se argumenta a partir de opiniões pré-estabelecidas.

1.3 A teoria dos argumentos em Perelman e Tyteca

Depois de ter definido a argumentação como o conjunto das técnicas discursivas que permitem provocar ou reforçar a adesão dos espíritos às teses que são apresentadas ao seu

assentimento, Perelman propõe uma série de definições do que é um argumento, ponto essencial de qualquer teoria neste domínio.

Para ele, o argumento é uma figura do discurso, cuja forma é discernível por uma estrutura particular (...) uma figura é argumentativa se o seu emprego, desencadeando uma mudança de perspectiva, se afigura normal em relação à nova situação sugerida. Pelo contrário, se não desencadear a adesão do ouvinte, a figura será percebida como ornamento, como figura de estilo opões (BRETON E GHAUTIER, 2001, p.56).

Para este autor argumentar é preparar, apresentar uma tese ou uma opinião de uma determinada forma. Perelman propõe-nos, portanto, uma distinção entre a forma e o fundo. Numa passagem da sua obra afirma que:

a recepção de um argumento se processa em duas fases: primeiro, uma percepção clara de que o enunciado recebido é um argumento, figura que é um desvio particular da língua, e, a seguir, um desaparecimento dessa percepção inicial da distinção entre fundo e forma (apud BRETON E GHAUTIER, 2001,p.56).

A nova retórica articula-se essencialmente em torno de uma análise das técnicas argumentativas que, por sua vez, se desenvolvem segundo dois eixos principais: por um lado, o do próprio discurso e, nomeadamente, das estruturas argumentativas que são empregadas; por outro lado, o do efeito desse discurso no auditório, em relação com a intenção do autor. “No primeiro caso estuda-se os argumentos e a sua tipologia, ao passo que, no outro, se estuda a situação de comunicação que constitui o ato de argumentar. Perelman adverte claramente do perigo de uma análise isolar um elo de argumentação, fora do contexto e independente da situação na qual se insere”(BRETON E GHAUTIER, 2001, p.57).Por fim é importante destacar as quatro grandes técnicas de argumentação de Perelman:

A primeira, em conformidade com a tradição do entimema em Aristóteles, é a dos chamados argumentos quase lógicos que são, como o nome indica, construídos com base no modelo de raciocínio lógico ou matemático.Exemplo: Os amigos dos meus amigos meus amigos são. Se A implica B e B implica C, então

A implica C. (Idéia de racionalidade). As duas que se seguem são técnicas de ligação que aproximam elementos distintos, quer a ligação já exista no real, quer seja totalmente criada para a ocasião, como acontece na analogia. Exemplo: o uso de exemplos, a ilustração, o modelo. A quarta respeita às técnicas de dissociação que separam e dissociam elementos inicialmente considerados como fazendo parte de um todo. Exemplo: aparência e realidade (tentar reconstruir a aparência pela realidade das coisas) (apud BRETON E GHAUTIER, 2001, p.57).

Observa-se, assim, que para Perelman a argumentação é um momento prévio de qualquer decisão. Argumenta-se para fundamentar um discurso dirigido à decisão, o que pressupõe, portanto, a interlocução entre sujeitos que argumentam ou entre sujeito e auditório. Dessa forma, a teoria da argumentação jurídica, ocupa o plano pragmático da linguagem e como pragmática jurídica argumentativa vai tentar estabelecer ampla relação entre o Direito e seu contexto, entre os sujeitos que operam na seara jurídica e a necessidade de legitimação do sistema, recorrendo a um novo modelo de racionalidade mais apto a responder às mesmas velhas questões que já haviam sido deliberadamente abandonadas pelo positivismo jurídico.

2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO PARA LUÍS ALBERTO WARAT

A Teoria da Argumentação elaborada por Luís Alberto Warat é uma teoria crítica. Ela envolve várias correntes interpretativas como o formalismo⁴, o realismo⁵, as teses intermediárias⁶,

4 Por formalismo pode-se entender aquelas posturas jurídicas que tendem a conservação ou sedimentação dos conteúdos projetados nas formas dos textos legais. É o fechamento da hermenêutica para todos valores jurídicos, para se preservar a idéia de segurança jurídica (WARAT, 1994, p. 52).

5 Por realismo pode-se entender aquelas posturas jurídicas que relativizam os conteúdos jurídicos projetados na forma dos textos legais, buscando com isso a abertura da hermenêutica para outros valores jurídicos, é a busca da equidade (WARAT, 1994, p. 57).

6 As teses intermediárias surgiram como um complemento das duas posturas anteriores, visando preservar segurança jurídica, mas também equidade (WARAT, 1994, p. 62).

métodos, técnicas, falácias e todas as formas ou possibilidades utilizadas para que ocorra uma boa interpretação.

Para Warat, os profissionais do Direito (juristas, advogados, promotores, juizes) desempenham suas atividades cotidianas argumentando. Isso significa que a interpretação do Direito positivo, que eles realizam por meio de múltiplas atividades dos arrazoados das partes, das decisões jurídicas, etc., procura tornar as interpretações verossímeis, recorrendo a processos determinados de persuasão. E estudar tais processos constitui o objeto de uma Teoria da Argumentação Jurídica.

Para que esta teoria, contudo, não fique somente no campo da descrição, ela precisa convencer, persuadir, esclarecer os próprios efeitos de convencimento e persuasão que cria na argumentação jurídica. Precisa, isto sim, investigar os efeitos que determinados argumentos sofrem para que se tornem eficazes e aceitos.

Os juristas e práticos do Direito utilizam-se da argumentação enquanto criam teorias dogmáticas sobre o Direito positivo, ou redefinem⁷, direta ou indiretamente, as palavras da lei; ou modulam este Direito por meio da utilização de métodos, silogismos falaciosos, de forma a estabelecer uma conclusão inadequada em relação às premissas que sustentam.(WARAT, 1994).

Nesse sentido, para Warat (1994, p.94):

É preciso pensar profunda e criticamente estes temas e iniciar uma investigação sobre os motivos pelos quais tais argumentos se afirmam convincentes, ou seja, produzir uma investigação sobre a especificidade que possuem os argumentos para funcionarem como mediadores de uma mensagem significativa.

A partir destas considerações de Warat podemos começar a leitura de uma teoria crítica da argumentação, uma vez que a argumentação jurídica, sendo uma formação discursiva, permite

⁷ Redefinir é alterar os critérios da relevância de uma palavra ou termo, permitindo ou provocando com isso uma mudança em sua denotação. Mais precisamente, é alterar o significado de um termo possibilitando sua aplicação a situações antes não consideradas. (WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*, vol. I, p. 38).

a conjugação de um sistema de comunicações ligado a um sistema de poder em que se desenvolve a técnica de persuasão e de convencimento de um discurso. Ocorre, então, o que se pode chamar de um processo argumentativo que poderíamos conceituar como “uma fala, um discurso, um raciocínio que recoloca um conjunto de signos informativos em função do poder”(WARAT, 1994, p.95). Este processo argumentativo transforma a mensagem lingüística em ideologia. É por meio dele que se elabora uma constante reconstrução de fatos, situações ou valores que fazem com que o emissor da mensagem, sutil e tecnicamente, consiga alcançar um processo de sujeição e de normalização das relações sociais.

Este processo de sujeição e normalização das relações sociais ocorre porque as técnicas de argumentação lingüística permitem uma aproximação - mesmo que através da ideologia ou do convencimento - com a realidade de algo. Isso ocorre, também, pela interpretação que se faz de determinados termos ou palavras, que devido a sua vagueza ambigüidade permitem uma utilização de argumentos que convençam de um posicionamento mais adequado para o caso em questão.

Por estas e outras questões é que o argumento pode ser conceituado, segundo Roland Barthes, como “formas públicas de raciocínio, impuras, facilmente dramatizava, que participam ao mesmo tempo do intelectual e do científico, do lógico e do narrativo. Seriam umas reflexões processadas no espírito, uma opinião obtida a partir de uma prévia identificação emocional, valorativa e ideológica”(apud WARAT, 1994, p.95).

Por este conceito de argumento de Roland Barthes podemos entender que o argumento está vinculado à persuasão e à ideologia, ou seja, partimos sempre do provável, mas temos como ponto básico o pensamento ideologizado.

A função do argumento seria assim, uma função mascaradora. Sem dúvida, este esboço tem um valor provisório porque o argumento cumpre uma função sociolingüística muito mais complexa. Desde logo o efeito de realidade que ele provoca é antes de tudo um efeito de reconhecimento que representa a solução imaginária do receptor (WARAT, 1994, p. 96).

Depreende-daí que, mediante os argumentos apontados como ideologia, tem-se a ilusão de estar demonstrando aquilo que não se está em condições de demonstrar. O conteúdo ideológico do argumento provoca uma inversão do real, suficientemente intensa, para obter a adesão dos receptores em relação ao argumento. “A partir de um estudo dos modos de realização desta inversão do real é que podemos construir uma tópica oposta à de Aristóteles: a tópica dos lugares ideológicos, ou seja, a análise das técnicas de inversão do real ou de homogeneização dos valores” (WARAT, 1994, p.96).

Essa homogeneização ocorre devido à vinculação da argumentação a uma dimensão ideológica e persuasiva que adquire valor político. Esse valor político, entretanto, só é adquirido pela junção da ideologia e da persuasão por meio da construção discursiva dos argumentos.

Para que compreendamos como se dá a construção de uma tópica oposta a de Aristóteles e, portanto, ideológica, é necessário que façamos uma breve indagação sobre a argumentação no pensamento do pensador grego.

Segundo Warat,

é sabido que dentro do ‘corpus aristotélicum’ os argumentos seriam raciocínios construídos a partir de opiniões geralmente aceitas, isto é, afirmações produtoras de um efeito de adequação em relação a referidas opiniões. Mediante os argumentos buscar-se-á obter a adesão do receptor ao ponto de vista adotado sobre um determinado assunto ou questão (WARAT, 1994, p.96-7).

Para os aristotélicos, portanto, o raciocínio argumentativo contrapõe-se ao raciocínio lógico-formal ou demonstrativo. Isto significa dizer que, para Aristóteles,

no raciocínio não demonstrativo as premissas das quais se parte são tidas como verdadeiras ou primeiras. São verdadeiras ou primeiras as coisas nas quais acreditamos em virtude de nenhuma outra coisa que não elas mesmas. O raciocínio demonstrativo é aquele raciocínio em que os pontos de partida e as regras lógicas de derivação já estão explicitados. De outra parte, na base do silogismo retórico encontra-se o conhecimento vulgar, as crenças do homem comum, o pensamento popular. Ele é uma dedução

valorativa, uma espécie de ascensão cerimoniosa, na qual a conclusão é aceita porque se produz um efeito de adequação entre ela e o pensamento popular de base (apud WARAT, 1994, p.96-7):

Neste argumento, conceituado como lógico-formal ou demonstrativo, em que os pontos de vista já estão explicitados, observa-se a logicidade das premissas - as regras lógicas de derivação já estão pré-estabelecidas. Já o raciocínio argumentativo tem sua importância vinculada ao fato de que se pode chegar a uma adequação entre as premissas. É nesta construção argumentativa e retórica que se aceitará o pensamento popular, as crenças, permitindo assim uma conclusão adequada ao caso em análise. O raciocínio argumentativo tem o objetivo de persuadir o receptor e não apenas demonstrar conclusões.

Este objetivo de persuadir o receptor por meio do raciocínio retórico-argumentativo permite uma conclusão melhor aceita. No entanto esta conclusão, elaborada por este tipo de raciocínio, permite uma desconexão com a verdade e uma vinculação com a verossimilhança. Para Warat,

a verossimilhança é predicada sempre de enunciados cuja verdade se desconhece ou não se obteve legitimamente, mas que, de qualquer modo, aceita-se em função de certas crenças generalizadas ao nível popular e não científico pois, desta forma, estaríamos em pleno dilema da verdade. O verossímil seria um tipo de afirmação que admitiria o contrário; sua verdade não submeteu-se à prova, mas postula o caráter de ser provavelmente verdadeira. Trata-se de um raciocínio, que provoca um efeito de verdade ou realidade, ou seja, algo é verossímil quando consegue provocar a representação de sua veracidade ou realidade (1994, p.98).

Mesmo o argumento demonstrativo, porém, no que concerne à discussão sobre verdade/verossimilhança, permite esta última como resultado de um certo jogo ilusionista com o real, porque a verdade material/real dos fatos é difícil de ser alcançada, mesmo com a utilização de argumentos ou raciocínios demonstrativos.

A partir das discussões feitas sobre a construção de uma teoria da argumentação jurídica, que nos permite analisar algumas questões quanto à construção teórica dos argumentos, dos raciocínios ou mesmo do discurso jurídico, passamos a analisar a aplicação desta teoria no que concerne à busca da “verdade” no Processo Penal e suas implicações.

3. O EMBASAMENTO RETÓRICO DA SENTENÇA PARA A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Desde os gregos há processualistas que sustentam a existência de uma verdade formal em contraposição a uma verdade material. Inicialmente a verdade tinha um caráter filosófico absoluto, porém, com o passar do tempo, os processualistas perceberam que essa verdade era insustentável. Então ela passou a ser analisada, no campo processual histórico, separada da Filosofia. Nesse processo só a análise dos fatos levaria à verdade, entretanto não era possível chegar a uma verdade processual vinculada somente a fatos. Na busca de criar uma verdade distante da verdade absoluta, filosófica, surge a verdade processual, que se subdivide em material e formal.

Esse distanciamento não colaborou em nada na evolução da verdade, pois percebe-se que hoje a verdade é uma mescla entre a verdade processual, os fatos e os acontecimentos comprovados e uma nova verdade filosófica ligada à linguagem, à narrativa, à subjetividade, ao convencimento do magistrado em relação aos fatos. Em razão disso a análise da dicotomia verdade real x verdade formal demonstra que a única verdade possível e alcançável é a formal.

Numa análise dicotômica entre verdade real e formal é possível observar que ambas estão ligadas à idéia de verdade processual, mas se contrapõem. A verdade real ou material é aquela que busca a máxima aproximação do que realmente aconteceu. Significa dizer que o juiz tem o dever de buscar o esclarecimento dos autos, podendo ir além do que é proposto pelas partes. O juiz de ofício busca o esclarecimento dos fatos, não permanecendo atrelado aos elementos constantes no processo; pode ir além das provas trazidas nos autos.

Em contrapartida, a verdade formal é aquela dos autos; a que resulta verdadeira em face das provas demonstradas no processo. Cabe às partes a demonstração da verdade. O magistrado, por meio das provas contidas no processo, forma sua convicção e julga em conformidade com a lei.

Tourinho Filho comenta a verdade real dizendo que “a busca pelos juízos desta verdade fática no processo penal faz com que ele tenha o dever de investigar a verdade ‘real’ dos fatos pretéritos, como aconteceram na realidade, quem praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar bases à justiça” (1993, p. 37). Este dever do juiz de alcançar no processo penal a verdade fática ou real é diferente do dever dos juízes não penais, que poderão trabalhar com a verdade formal ou convencional, ou por manifestações formuladas pelas partes.

Esse entendimento de que existe uma diferença entre a verdade real (processo penal) e a verdade formal (processo civil) é seguido por diversos doutrinadores. Percebe-se, no entanto, que já é grande o número de doutrinadores que têm uma visão da verdade (formal), que pode ser buscada e alcançada no âmbito processual, desmantelando todo o pensamento da dicotomia verdade real/formal.

A visão de verdade é um resgate do pensamento de Carnelutti, que revolucionou o seu conceito, pois desconsiderou a antítese proposta pelos demais doutrinadores entre verdade absoluta/filosófica e a verdade processual/histórica, bem como a contraposição entre a verdade material/real e a formal. Ao defender a idéia de que a verdade é um todo universal, que não pode ser fracionada, ele desmistifica a dualidade da mesma.

Para Carnelutti (1965, p.4) :

Verdade não é, e nem pode ser, senão, uma só: aquela que eu, como os outros chamávamos de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia então que coisa fosse e porque, sobretudo, nem com o processo, nem de algum modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem.

Para este autor existe uma só verdade – a formal. Esta verdade pode ser alcançada no processo, porque a real, a reconstituição dos fatos tal como ocorreram, a certeza de que

esses fatos são reais e verdadeiros é impossível de se obter, ou seja, é inalcançável.

Compreende-se que nem sempre a verdade contida nos autos, ou buscada exaustivamente pelo juiz, é a real. Muitas vezes a verdade se perde nas entrelinhas processuais, com depoimentos viciados, falsos testemunhos, peritos inexperientes. A prova dos autos é a prova real, e a convicção do juiz é construída a partir do que está nos autos, daí o motivo pelo qual a verdade real não pode ser alcançada.

Em sua obra Brum comenta: “A sistemática da prova oferece pouca viabilidade de controle racional da atividade valorativa dos juízes, já que na área penal, mais do que na cível, as possibilidades de manipulação de provas são quase ilimitadas, graças ao predomínio do princípio da livre convicção do juiz” (1980,p.51).

E acrescenta:

A reconstituição dos fatos apresenta-se altamente problemática. Em que pese o cultivado mito da verdade real, os fatos serão sempre reconstituídos de forma indireta, através de uma atividade probatória que longe está de ser imaculada e isenta. Na produção das provas intervêm diversos órgãos e pessoas condicionados por interesses diferentes ou por concepções diversas a respeito do crime e do criminoso (BRUM, 1980, p. 53).

No processo, desde o inquérito policial até a sentença, as provas são colhidas e demonstradas por diversas pessoas: os policiais, os peritos, as partes e advogados, e, ao final, valoradas pelo juiz, que julga de acordo com a lei e sua convicção. É difícil não ocorrerem manipulações. Os policiais com baixos salários, com pouca ou quase nenhuma valorização do seu trabalho, não se dedicam na coleta da prova, ocasionando falhas no inquérito policial. Os peritos, muitas vezes despreparados ou mal remunerados, proferem laudos viciados, com falhas. As testemunhas que se desdizem, sonegam informações. Os advogados, tanto de defesa como de acusação, usam diversas táticas para persuadir o magistrado, tentando influenciar o julgador na elaboração da sua verdade.

Segundo Brum (1980, p. 54): “Esse desencontro de interesses e posturas leva via de regra à construção de duas ou

mais versões para o caso *sub judice*. Comumente, concluída a instrução criminal, vê-se o juiz frente à possibilidade de configurações contraditórias e igualmente verossímeis. É com esse material problemático que ele deverá proclamar a verdade fática”.

Nesse processo as provas são manipuladas e trazidas aos autos de forma a comprometê-lo. Dessa forma o processo só pode chegar a uma verdade verossímil – formal. Quem melhor conseguir manusear as provas, invertendo-as a seu favor, tem a verdade processual. É evidente que nem as partes nem o juiz podem garantir que as provas sejam 100% verdadeiras, e que o que ficou demonstrado nos autos seja a verdade tal como aconteceu.

Brum em referência assevera:

Em um sistema processual baseado no livre convencimento, não é fácil (diríamos que é praticamente impossível) reconstruir os reais motivos que levaram um juiz a decidir conforme decidiu. No que refere-se à avaliação da prova, os códigos são lacônicos; a doutrina extremamente plástica e a jurisprudência vacilante. Com tais instrumentos, os juízes podem manipular os fatos segundo seu temperamento, sua formação pessoal, sua ideologia, enfim, o que implica que isso seja feito de forma consciente ou premeditada (1980, p. 71).

Na atividade valorativa do magistrado não somente as provas o influenciam, mas também a retórica e a persuasão das partes, dos advogados, bem como sua visão dos fatos. É a sua própria natureza que o leva a decidir. Sendo o julgador um ser histórico, carregado de valores subjetivos, e a demonstração dos acontecimentos não passando de uma aproximação dos fatos ocorridos, é difícil saber se a prova contida nos autos é real.

É a forma que a prova aparece assume nos discursos judiciais, principalmente na sentença do juiz. É na forma de argumento que a prova aparece nos arrazoados da defesa e da acusação. Nestes, a prova é usada para convencer o juiz, para persuadi-lo a tomar determinadas decisões. Neste sentido as provas, tomada essa palavra na sua acepção de meios de prova (documentos, testemunhos, perícias, etc), nada mais são que suportes sobre os quais vai agir um cabedal de recursos argumentativos

fornecidos pela lei, doutrina e jurisprudência específica. É a aplicação desse saber ou dessa arte em cima da massa das provas que vai dar sentido ao conjunto probatório (BRUM, 1980, p.70).

Como a persuasão do magistrado é o elemento primeiro buscado pelas partes em um processo, e como o juiz pode basear sua sentença na livre convicção, desde que a fundamente, vê-se que os litigantes investem cada vez mais nas técnicas argumentativas para conseguir o objetivo-fim: o convencimento do julgador. Assim, adotando-se o comportamento processual das partes como meio de prova, e, salvo melhor juízo, a prestação jurisdicional se traduz na sentença do juiz, na convicção (critério subjetivo) do que propriamente os meios legais utilizados para formá-lo (critérios objetivos). Como se sabe, o juiz para sentenciar deve eliminar o máximo possível as dúvidas acerca dos fatos alegados e provados pelas partes. Ele deve possuir o máximo de certeza sobre as assertivas apresentadas em juízo para julgar.

Para Brum (1980, p.71):

A reflexão acerca da dimensão retórica da prova leva-nos a concluir que, ao contrário do que se costuma pensar, a fixação do fato *sub judice* não esta determinada unicamente por juízos descritivos, mas principalmente por juízos de valor e que a legitimação das decisões passa pela justificação persuasiva também do que se refere à esfera tática.

Dessa forma, mesmo que o magistrado fundamente sua decisão, e esta lhe pareça a mais justa, e que as partes tragam suas verdades aos autos, a verdade nunca será a reconstituição perfeita dos fatos pretéritos, pois a atividade processual não é algo certo como a representação de um filme, que pode ser revisto diversas vezes da mesma forma. A vida não é feita de coisas estáticas, mas de acontecimentos e mudanças, por isso é impossível retroagir nesses fatos.

Compreende-se por essa perspectiva que a verdade real é ilusória, já que existe uma multiplicidade de possibilidades interpretativas, de técnicas lingüísticas e retóricas, que podem ser utilizadas pelas partes, testemunhas, juristas, impedindo assim assegurar o caráter absoluto da verdade.

Mesmo que existam, entretanto, todas as possibilidades anteriormente expostas como manipulações e retórica das partes, o fato do juiz ser um ente histórico, com uma carga valorativa, não lhe permite afastar-se da legalidade quando profere uma sentença. Tanto é verdade que, se não estiver convencido da ocorrência dos fatos, na esfera penal, não pode condenar, uma vez que os bens aqui tutelados (vida, liberdade, entre outros) são indisponíveis, e se houver dúvidas ou não existir prova suficiente para a condenação, o réu deve ser absolvido.

Percebe-se, então, que a verdade real do processo não é alcançada em todos os seus aspectos, pois além de o julgador ser influenciado pelos valores subjetivos do contexto social, a argumentação tem a capacidade de manipular e construir a interpretação dos fatos. Pode-se afirmar assim que, ainda que o magistrado utilize o princípio da livre convicção para formar seu juízo, ele não alcançará a veracidade, mas sim uma aproximação dos fatos – a verdade do processo.⁸

3.3 A importância da retórica na argumentação

Como já foi visto, todas as provas trazidas aos autos pelas partes, pelos policiais, pelo Ministério Público, são provas que buscam formar, persuadir o convencimento do magistrado. Este, após a demonstração das provas (documentos, laudos,

⁸ Percebe-se que o conceito de verossimilhança afasta-se do âmbito do Processo Penal, pois seria inaceitável condenar alguém por meio de uma análise superficial dos fatos e com fundamentos na simples semelhança com a verdade. No Processo Penal, a densidade na apreciação das provas deve ser mais robusta por se tratar de direitos indisponíveis. Os bens que estão em litígio são a vida, a honra, a liberdade, não devendo o juiz contentar-se com a simples aparência da verdade para aplicar o direito. Gomes Filho, em comentário ao referido assunto, afirma: "(...) deve-se acrescentar que a idéia de verossimilhança, que talvez possa ser útil para superar os riscos de decisões injustas tomadas exclusivamente com base na regra de repartição do ônus da prova, não se aplica ao juízo criminal, pois neste, em virtude da presunção de inocência do réu o encargo de provar incumbe exclusivamente à acusação; além disso, seria inimaginável a justificação de uma decisão penal resultante de um convencimento superficial, fundado na simples aparência de verdade". (1997, p. 47).

testemunhas), forma sua convicção e decide a lide. Esta decisão o magistrado, entretanto, devido ao princípio da livre convicção, deve ser justificado e fundamentado, isto é, o juiz deve prolatar uma sentença clara, justa e convincente para seu auditório (receptores).

Para que o julgador consiga chegar a esta sentença (clara, justa e convincente e com validade), ele precisa seguir certos requisitos legais que estão previstos no art. 381 e incisos do Código de Processo Penal. Segundo Brum (1980):

Art. 381 – a sentença conterà:

- I – os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identifica-las;
- II- a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III- a identificação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
- IV- a identificação dos artigos de lei aplicados;
- V- o dispositivo;
- VI- a data e a assinatura do juiz”.

Estes seis requisitos podem ser agrupados em três partes, que são:

- a) relatório ou histórico (inc. I e II);
- b) motivação ou fundamentação(inc.III e IV)
- c) conclusão ou dispositivo (inc.V e VI).

Além disso, podem ser divididos em formais e retóricos da sentença. Os primeiros são as condições impostas pela lei para que uma sentença tenha validade, constituem as condições de legalidade da sentença e têm como função dar forma jurídica ao ato judicial. Estão previstos nos incisos I, II, V, VI do artigo 381 do CPP e compreendem o relatório e a conclusão da sentença. Os segundos são um conjunto de argumentos persuasivos que justificam e fundamentam a sentença, constituem as condições de sua legitimidade (condições políticas) e possuem como função convencer os órgãos censores (tribunais superiores) de que a sentença proferida é justa e correta. Estão previstos nos incisos III e IV do art. 381 do CPP e compreendem a parte de

fundamentação da sentença. Os requisitos retóricos são chamados de núcleo retórico da sentença. (BRUM, 1980).

Feita esta pequena explanação dos requisitos da sentença passa-se para a parte que é o cerne desta questão: os requisitos retóricos de uma sentença e a sua importância na busca da verdade real.

Desde o início deste estudo apresentam-se vários problemas com relação à avaliação das provas (manipulações, distorções), à interpretação das leis (o juiz é um ser histórico, com pré-conceitos, pré-compreensão da realidade, da norma, é um ser no mundo) e, em decorrência disso, à toda atividade judicial. Percebe-se que estas atividades muitas vezes causam dificuldades para o magistrado conseguir prolatar a sentença, baseando-se, então, nos requisitos retóricos para que a mesma tenha maior probabilidade de impor-se à comunidade jurídica (BRUM, 1980).

Para Brum:

Geralmente chegando o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha colhida do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade, ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que o faz visualizar tal figura penal como uma expressão legislativa ou um anacronismo jurídico. (1980,p.72).

Se o julgador baseasse a sua sentença em tais fundamentos, a mesma não seria aceita nem pela parte contrária, nem pelos tribunais em grau de recurso. Ao proferir sua decisão, mesmo que sentencie levando em conta o caráter valorativo – axiológico, por ser entre histórico tem que dar à sentença um cunho de legalidade, ou seja, a sentença continua a mesma, mas o jurista dá uma “roupagem” de legalidade, tornando-a válida e aceita. Percebe-se então que o juiz, quando for sentenciar, tem que se valer de muitos recursos, não exclusivamente da visão dos fatos que o levaram a julgar de uma forma e não de outra, mas deve fazer um desenvolvimento lógico (persuasivo e não demonstrativo)

e convincente, demonstrando o porquê de tal escolha, utilizando para tanto os requisitos retóricos que tornam a decisão válida.

Os requisitos que podem ser tidos como núcleo retórico da sentença, e que dão fundamento a ela, dividem-se em verossimilhança fática, legalidade, adequação axiológica e neutralidade judicial.

Verossimilhança fática, para Brum, constitui-se um efeito de verdade:

Costumava-se dizer os processualistas mais antigos que no processo civil prevalecia a verdade formal, enquanto que no processo penal imperava a verdade real ou material. Tanto no cível como no crime, somente se pode chegar à verdade formal, à verdade que é estabelecida por meio do processo, ou seja, à verossimilhança legitimada (1980,p.73).

No processo, após identificar as partes e expor de forma sucinta acusação e defesa o primeiro passo que o juiz deve dar, ao sentenciar, “é reconstruir os fatos *sub judice* de maneira a convencer os órgãos superiores de que a apresentação dos fatos constantes da sentença é verdadeira, ou pelo menos, é a que mais se aproxima da verdade”(BRUM, 1980, p.73-74).

Para ilustrar, demonstra-se um caso de um crime X, em que o juiz não o presenciou, mas vai trabalhar no processo. Na fase de instrução, o mesmo vai acompanhar diversos atos, como a oitiva de testemunhas, em que geralmente as testemunhas de defesa dizem uma coisa e as da acusação dizem outra, não esquecendo, além disso, o fato de que as pessoas esquecem, devido ao nervosismo diante do juiz ou quando são interrogadas de maneira incorreta. Também na hora de digitar podem ocorrer equívocos. O advogado tenta mostrar que o Ministério Público está equivocado e vice-versa. Então o que faz para chegar a verdade? Até que ponto o juiz pode ter certeza sobre o que está decidindo? Até que ponto os jurados têm certeza dos fatos? Neste caso, ele tem que se ater às provas para chegar à verossimilhança dos fatos. O que se deve fazer é confrontá-las com as que tem ‘a mão. O juiz vai ter que selecionar as provas e os depoimentos para poder, assim, chegar à verossimilhança, ou seja, chegar o

mais perto possível da verdade (BRUM, 1980).

O julgador, antes de decidir a lide, vai ter que fazer a seleção das provas, dos depoimentos que melhor servem de embasamento para a sua decisão, que servem de adorno, que dão uma aparência de verdade à sentença que está produzindo. Esta seleção e a reconstrução dos fatos são extremamente subjetivas, pois ao realizá-las. O juiz põe em prática o princípio do livre convencimento da análise da prova. É por isso que a verdade real, muito discutida, é algo inatingível, pois mesmo que o juiz tente alcançá-la, ela é distorcida, muitas vezes até sem intenção, mas devido ao fato de que somos humanos e de que a falibilidade é inerente ao homem.

Apesar de selecionar os fatos e os depoimentos, o julgador vai ter que tipificar, de uma maneira ou de outra, a sua decisão, pois toda a sentença penal deve ter o efeito de legalidade. Em conformidade com o sistema penal brasileiro, a sentença sempre deverá ter uma vinculação legalista, ou seja, não há crime se não houver lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Se há crime, é porque existe lei que o define, e o julgador somente deverá punir alguém por meio de uma sentença que esteja nela prevista. Só é legítimo o que é legal, por isso, para dar efeito de juridicidade à decisão, deve vinculá-la à legitimidade, e esta à lei.

Segundo Brum, “obtida a verossimilhança fática, deve o magistrado aplicar o Direito ao caso concreto, ou seja, deve o juiz demonstrar que a sua sentença é, por mais inovadora que seja, baseada em um preceito legal. Se o magistrado não conseguir tal demonstração, a sua sentença será reformada por ser considerada arbitrária” (BRUM, 1980, p.77-8).

Um recurso retórico que o julgador pode utilizar para enquadrar sua decisão na esfera da legalidade é a redefinição – fazer interpretação da lei, alterando o significado de uma palavra ou termo, possibilitando assim a sua aplicação a situações anteriormente não consideradas. Brum comenta que nenhuma sentença penal ou civil vai deixar de dar efeito de legalidade por ter sido redefinida, pois a lei, para ser redefinida, utilizando um requisito retórico com o qual é possível dar interpretações diversas

a ela, mantendo, ao mesmo tempo, o adorno e o efeito jurídico, mesmo que, em determinado caso, o juiz não saiba se é realmente verdadeiro, mas pelo que está demonstrado no processo, acredita ser. Então o julgador vai selecionar os depoimentos e os peritos que chegarem mais perto da verdade e, com base nessa conclusão, aplica a lei e dá à decisão um efeito de legalidade (1980, p. 79-81).

A possibilidade de dar um efeito de legalidade à sentença do juiz é bastante subjetiva, pois as palavras da lei são, em regra, imprecisas e, portanto, permitem mais de uma decisão a partir do mesmo dispositivo legal⁹.

Cumprido o requisito da verossimilhança fática e do efeito de legalidade, a sentença penal deve ainda ser apresentada como estando de acordo com os valores predominantes ou emergentes de uma determinada comunidade, ou seja, deve ser apresentada como uma sentença justa para quem a analisa. “Se o juiz não conseguir a adequação valorativa de sua sentença, a mesma será reformada por ser considerada injusta”. (BRUM, 1980, pp.81-83).

O juiz, ao decidir, por mais que resgate os fatos mais impróprios, tentará reconstruir o que aconteceu para adaptar à lei. E fará isso de forma sempre a dar a sua decisão um efeito de legalidade. O magistrado não poderá fugir da lei, mesmo que o

9 A título de exemplo, pode-se ligar o pensamento de Brum ao de Herbert Hart e de Hans Kelsen. Para Hart “tanto o sistema baseado na legislação como o baseado no precedente possuirão uma ‘textura aberta do Direito’, ou seja, uma zona de indeterminação ou de incerteza que proporciona, nos casos concretos, a possibilidade do operador jurídico escolher uma entre as várias hipóteses fornecidas pelo ordenamento” (1994, p.137-168). Para Kelsen, “ao aplicar o direito, o operador jurídico deve optar por uma dentre as várias opções possíveis. Assim o direito é uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de interpretação e aplicação. O ato de interpretação e aplicação do direito nos conduz a várias soluções, e não somente a uma única correta. São todas logicamente verdadeiras e juridicamente possíveis. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei significa que ela se mantém dentro da moldura que a lei representa; ela é uma das decisões possíveis que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. Segundo ele, o conteúdo da moldura é dado pelas práticas jurídicas concretas” (1995, p.387-397).

elemento “lei” seja utilizado de maneira retórica, redefinindo e reconstruindo enunciados. A sua decisão, obrigatoriamente, vai ter adequação axiológica, ou seja, vai ter que encontrar um ambiente moral na sociedade.

Para Brum (1980, pp.81-82), “adequação axiológica é, portanto, aquilo que está enraizado na sociedade. É a tradição da sociedade, ou seja, é um conjunto de tradições que uma sociedade tem como conceitos morais”.

Pode-se tomar como exemplo a situação da mulher no século XIX, que tinha o dever de casar virgem, e se assim não fosse, o marido poderia devolvê-la aos pais. Ela não tinha o direito de se defender, nem de exigir que o marido também fosse virgem, era a tradição que dizia que a mulher deveria ser virgem, não se discutia o porquê, já estava definido. Foi a tradição que impôs este tabu e que o mesmo deveria ser cumprido. Então, quando se faz uma adequação axiológica, simplesmente se adapta o fato à tradição de determinada sociedade.

Percebe-se, entretanto, que nem sempre é fácil para o magistrado aplicar a adequação axiológica, pois muitas vezes os valores predominantes na época da feitura da lei são diferentes na data da sua aplicação, por isso o julgador se utiliza da dialética, da retórica para confirmar sua decisão como justa.

Segundo Brum:

Não resta a menor dúvida de que na dimensão axiológica da sentença está sua parte mais difícil, porque os valores incrustados na significação de base da norma legal podem estar em conflito com os valores predominantes na realidade social. A exigência de que a decisão, além de legal, deve ser justa, coloca o julgador muitas vezes diante do dilema de optar entre a legalidade e a equidade e, ao mesmo tempo, deixar a impressão de que não houve tal opção valorativa. Compatibilizar o incompatível é uma das tarefas que se pede ao órgão decisório, coisa que somente é viável no terreno retórico” (1980, pp. 82-3).

A sentença penal, além dos requisitos anteriores, deve também ser apresentada como o resultado não da vontade do julgador, mas como conseqüência lógica, decorrente de uma norma jurídica específica, ou seja, resultado de um silogismo lógico.

Em outras palavras, a sentença deve ser apresentada como sendo um ato de cognição, isto é, com um caráter de neutralidade. Se o juiz não conseguir justificá-la sob este aspecto a mesma poderá ser reformada, pois não houve imparcialidade no seu julgamento (BRUM, 1980).

A neutralidade, em linhas gerais, poderia ser vista como a não-pendência do juiz a qualquer das partes, devendo julgar e prolatar sua decisão de acordo com o que foi mostrado no processo, em matéria probatória, com imparcialidade, embasando a sua decisão no todo lógico evidenciado.

No momento em que o juiz se diz neutro, reporta-se a todos os requisitos retóricos (verossimilhança, efeito de legalidade, adequação axiológica e neutralidade), pois ele buscou e encontrou a verdade do processo (verossimilhança), deu a ela um efeito de legalidade e fez uma adequação axiológica. Quando o julgador demonstra estes requisitos em uma sentença, prova que a mesma não é arbitrária, sem justificativa, mas sim que existe um todo coeso do qual proveio tal decisão.

Então o magistrado reconstrói os fatos, julga-os conforme a lei e de acordo com o senso moral da comunidade, sempre segundo a lógica do processo, prolatando sua sentença. Quando isto acontece, o juiz utiliza os quatro requisitos retóricos já citados para fazer com que sua decisão seja aceita. Percebe-se que ele se utiliza da carga valorativa das pessoas às quais se dirige para convencê-las por meio destes requisitos, atribuindo a sua sentença coerência e adequação aos valores prevaletentes naquela ocasião.

O Direito, na verdade, ou seja, a sua interpretação, necessita de três pressupostos: uma vertente axiológica, uma vertente fática e uma vertente de moralidade (efeito de legalidade). Todas essas vertentes têm adorno de lei, têm um fato reconstruído, e sempre uma posição axiológica, ou seja, uma posição valorativa. No entanto, se essa posição valorativa for totalmente oposta ao que a sociedade pensa, ela não vai ser bem recebida, e pode ser rediscutida. Se estiver, porém, de acordo com o pensamento da sociedade, a será aceita de maneira tranqüila.

Por fim, vê-se que o juiz não consegue alcançar a verdade real no processo, utilizando-se dos requisitos retóricos para dar embasamento e fundamento a sua decisão, dando à mesma um

cunho de verdade e justiça. Por isso volta-se a firmar que a verdade adquirida no processo penal é a verdade formal – dos autos embora muitos se iludem dizendo que é possível alcançar a verdade real, livre e imaculada de qualquer manipulação, seja das partes, dos advogados, das testemunhas, dos peritos e até do próprio julgador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir que existem muitas teorias a respeito da prova e da busca da verdade no processo penal a partir da construção retórica da sentença. Muitos autores, como Benthan, afirmam que a finalidade da prova é estabelecer verdade. O que a Teoria da Argumentação diz, assim como Chiovenda e Nilo Bairros de Brum, é que a prova é o convencimento ou a certeza subjetiva do juiz.

Para Nilo Bairros de Brum (1980, p.70), “A prova pode ser tudo, mas o que nos preocupa é a sua dimensão argumentativa. É a forma que a mesma assume nos discursos judiciais, principalmente na sentença do juiz. É na forma de argumento que a prova aparece nos arrazoados da defesa e da acusação. Nestes a prova é utilizada para convencer o juiz, para persuadi-lo a tomar determinadas decisões. É na forma de argumento que a prova aparece na fundamentação da sentença, quando o juiz procura justificar sua decisão perante as partes, tribunais e comunidade jurídica”.

A prova não vai ser usada como argumento, como perquire o processo penal, que alcançará a suposta verdade real, pois ela nada mais é do que um suporte sobre o qual um cabedal de recursos argumentativos fornecidos pela lei, pela doutrina, pela jurisprudência. É a aplicação desse saber ou dessa arte em cima da massa das provas que vai dar sentido ao conjunto de elementos probatórios, os quais vão reconstituir o fato delituoso.

A reconstituição do fato pretérito vai se dar, portanto, por meio da construção argumentativa, da convicção do juiz sobre esta ou aquela prova. Assim, ele reconstruirá uma verdade, mas a verdade formal, aquela do processo que demonstrará a

existência de fatos relevantes e existentes e de outros inexistentes. Isso não significa verossimilhança, ou uma verdade do momento, como quer a tendência realista, mas sim uma aproximação da verdade, demonstrada por meio das provas contidas nos autos devidamente justificadas e fundamentadas pelo juiz por meio de uma série de técnicas de argumentação.

Em um sistema baseado no livre convencimento, não é fácil (diríamos que é praticamente impossível) reconstituir os reais motivos que levaram o juiz a decidir conforme decidiu. No que se refere à avaliação da prova, os códigos são lacônicos, a doutrina extremamente plástica e a jurisprudência, vacilante. Com tais instrumentos, os juízes podem manipular os fatos segundo seu temperamento (o que também prejudica a idéia de verdade real), sua formação pessoal, sua ideologia, o que não significa que isso seja feito de forma consciente ou premeditada ao contrário, o juiz como outro ser humano qualquer carrega consigo pré-compreensões das coisas do mundo real.

Podemos finalizar afirmando que a teoria da argumentação jurídica (principalmente a teoria crítica da argumentação) tenta demonstrar que uma verdade absoluta é utópica. Há uma variedade de possibilidades interpretativas, técnicas lingüísticas, retóricas, que podem ser utilizadas pelos operadores jurídicos e aceitas pelo auditório universal, que impedem de assegurar-lhe este caráter (verdade real ao processo penal).

A construção específica acerca da dimensão retórica da prova leva-nos a concluir que, ao contrário do que se costuma pensar, a fixação dos fatos *sub judice* não está determinada unicamente por juízos descritivos (como quer a teoria tradicional e o senso comum teórico dos juristas), mas principalmente por juízos de valor, e que a legitimação das decisões judiciais passa pela justificação persuasiva no que se refere à esfera tática, na qual os elementos que compõem a argumentação jurídica têm um papel fundamental.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica*. (Trad.) Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- BRETON, Philip e GAUTHIER, Gilles. *História das teorias da argumentação*. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Bizâncio, 2001.
- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- BUZAID, Alfredo. Processo e Verdade Direito Brasileiro no. *Revista de Processo*, nº 47. Jul/Set 97.
- CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. (Trad.) Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.
- _____. Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Vol X – parte I, Padova: Cedam, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. 2. ed. Roma: Dell'Ateneo, 1947.
- CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material (Teoria da Prova)*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Verdade Material e Processo Penal. *Revista dos Tribunais*, nº 678, Abril, 1992.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito material e processual em tema de prova. *Revista Forense*, nº 251, p. 32.
- COUTURE, Eduardo. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Depalma, p. 491.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1997.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. (Trad.) Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. (Trad.) Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1998

GUILIANI, Alessandro. *Il Concetto Di Prova Contributto Alla Logica Giuridica*. Milão: Dott. A., 1997.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa; Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KUNH, *A estruturadas revoluções científicas*. 3. ed., São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 219. apud LUDWIG, Celso Luiz. A alternativa jurídica na perspectiva da libertação: Uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel. Dissertação apresentada em Curso de Pós-Graduação da UFPR. 1993, p. 8.

PERELMAN, Chain e TYTECA, Lucie Olbrechts. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da sentença*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

REALE, Miguel. *Verdade e conjuntura*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das Normas Sobre Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Tendências Modernas da Prova. *Revista Jurídica*. nº 218, 1995, p. 5-22.

SENTÍS MELENDO, Santiago. Natureza da Prova. A prova é liberdade. *Revista Forense*, nº 246, p. 94.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A Teoria da Argumentação Jurídica na Verdade do Processo Penal. *Revista Faculdade de Direito / Universidade de Caxias do Sul* nº 10, Caxias do Sul, 1999, p. 117-135.

THEODORO JR. Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. *Revista Forense*, nº 263, p. 39.

_____. Aspectos Relevantes na Prova no Processo Civil. *Revista Jurídica*, nº 195, p. 17, 1994.

TOVO, Paulo Cláudio. Limitações ao Princípio da Verdade Real no Processo Penal Pátrio. *Ajuris*, nº 19. Julho, 1980.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.