

## Que Presunções (não) Tolera o Direito Penal?

### Which presumption (does not) stand the Criminal Law?

Malê de Aragão Frazão

Tatiana Carvalho de Oliveira Cavalcanti

#### RESUMO

O presente artigo busca desconstruir um jargão jurídico popular do Direito Penal, no sentido da tradição de Bordieu, de um *habitus* enraizado nos porões da atividade interpretativa do Direito, qual seja, o de que o Direito Penal não tolera presunções. Desta forma, busca desmistificar a ideia de que o Direito Penal não se utiliza de presunções, notadamente se considerando que a forma pela qual este é ritualizado é o papel, através de um processo, em que o juiz-intérprete se vale de experiências para encaixar o delito e o autor sob determinados rótulos. Assim, e em opção ao termo “busca da verdade real” como condutor do processo penal, uma vez que, ao que se percebe, o juiz atua sob regras de experiência e de senso comum, e não somente através das provas produzidas, defende-se a ideia de verossimilhança qualificada, no sentido de que o juiz deve analisar as provas produzidas no processo penal, de forma a considerar todo o conjunto probatório produzido, e demonstrar através de sua sentença todo o caminho percorrido para seu convencimento. Assim, a verossimilhança, se não uma forma de se alcançar a correta reconstituição dos fatos, servirá como mecanismo de desmistificação, de forma a desvelar o véu que percorre a prática judiciária criminal brasileira.

**PALAVRAS-CHAVES:** presunções; verdade real; verossimilhança qualificada; semiótica.

#### ABSTRACT:

This present paper pursuits to rethink a popular law saying, as used in Bordieu's tradition of a *habitus* rooted in the cellars of law's interpretative activity, namely, that the Criminal Law does not stand presumptions. That way, searches to demistify the ideia that Criminal Law does not utilizes presumptions, principally considering the fact that the shape it is ritualized is the paper, in a process, where the judge, as a interpreter, utilizes his own experience to format the crime and the “culprit” in determined labels. That way, and in option to the term “search of the real truth” as the conductor of Criminal Process Law, because what it is perceived is that the judge acts under the rules of experience and common sense, and not by the evidences, it is defended the ideia of a qualified verisimilitude, as it means, the judge, must observe the evidences as they are produced in criminal process law, considering all the evidence set, and to demonstrat, in his verdict the path walked for his conviction. So, the verisimilitude, if not a way to reach a correct reconstruction of the facts, will serve as a mechanism of demistification, lifting the veil that runs brazilian's criminal judicial practic.

**KEYWORDS:** Presumption; “real truth”; “qualified verisimilitude”; semiotics.

#### 1. INTRODUÇÃO

Neste artigo trataremos de obviedades. Uma destas obviedades que compõem o senso comum teórico (WARAT, 1994) na produção do conhecimento sobre o Direito e,

por conseguinte, o Direito Penal, que são os “jargões jurídicos”. Frases feitas utilizadas indistintamente e sem critério na prática forense cotidiana das Varas Criminais e Tribunais brasileiros, podem ter usos na conformação do campo jurídico (BOURDIEU, 2006) de ingênuas interjeições a imprecisões políticas muito bem pensadas pelo proferidor dos mesmos. Sua vagueza inerente e presença inconsciente no imaginário do senso comum teórico dos juristas garante a permanência dos mesmos ao longo de gerações de profissionais e pensadores do Direito que os repetem sem nem mesmo preocupar-se de fato com o que significam ou significaram um dia, ou com os seus usos possíveis considerando-se a tradição (no sentido gadameriano). Em resumo, sócio-linguisticamente falando, um “jargão jurídico”, considerado abstratamente, é um *habitus* (BOURDIEU, 2006) vigorante no campo do Direito, e, como todo *habitus*, reproduz-se sub-repticiamente nos porões das práticas linguísticas do meio jurídico.

Aqui, porém, não discutiremos o jargão enquanto fenômeno linguístico ou sociológico, tampouco sua polissemia e ambiguidade inerentes (um dos fatores que garante sua reprodução enquanto *habitus*). Este é um artigo sobre Direito Penal, afinal. O que queremos debater aqui é um jargão jurídico específico, mais do que surrado e reengomado pela retórica do dia-a-dia do foro: “O Direito Penal não tolera presunções”. Não obstante, a advertência feita anteriormente sobre os jargões jurídicos em geral também vale para este. Afinal, qual o significado da palavra “presunções” nesta sentença? O Direito Penal não tolera quaisquer presunções? Ou há presunções que ele (e o uso do pronome “ele” não foi acidental) “tolera”? Em resposta positiva a esse último questionamento, quais são estas presunções que o Direito Penal tolera?

O debate, por este motivo, é ainda mais restrito: isolaremos para análise neste espaço um sentido muito particular deste jargão, na verdade um uso, identificado como bastante recorrente na prática forense. “O Direito Penal não tolera presunções”, neste uso, oculta (e o atributo de ocultar também é inerente ao jargão) a seguinte postulação: “concluir pela presença de dolo por interpretação de prova indiciária é presumi-lo”. Introjetar este uso em específico tem uma série de consequências práticas que não terão espaço de discussão aqui. O ponto nodal é justamente contribuir para a teorização do “natural”, assumir uma postura crítica em face deste jargão, desmistificá-lo. Isolar um de seus usos correntes é uma forma de iniciar este trabalho. O que o Direito Penal não pode tolerar, decerto, é a prevalência do inconsciente coletivo a-crítico na sua construção como objeto de conhecimento. Nossa primeira proposta, então, ao teorizar sobre o óbvio, é de levar o estratégico ramo Direito Penal muito a sério, mais precisamente a dogmática Penal, contribuindo para seu refinamento.

A segunda proposta, já adentrando no objeto de análise, é que este uso em específico do jargão, para além de uma postura político-ideológica específica, propõe uma forma de concretização do princípio da presunção de inocência com a qual não podemos concordar. Mais do que isso, ao debater porque consideramos este uso em específico do jargão como falso e impróprio, faremos uma postulação de concretização da presunção de inocência como um limitador da cognição em tema probatório do magistrado no proferimento de sentença condenatória.

Para tal desiderato, proporemos que a dogmática penal agregue às suas fileiras o acúmulo teórico da semiótica literária (mais precisamente, a teoria semiótica de Umberto Eco), fundamentando a adaptação de seu estatuto epistemológico ao tema proposto por meio da consideração dos autos judiciais como um livro a ser *interpretado* ou *usado* (e faremos a distinção entre uso e interpretação no momento oportuno) pelo julgador.

Prosseguindo-se na exposição, feita a importação das categorias da semiótica de Eco com a devida vigilância epistemológica, utilizaremos suas noções de autor-modelo, leitor-modelo, *intentio operis*, leitor empírico, isotopia semântica e seu critério de economia da interpretação do texto para estabelecer o que entendemos ser o limite do juiz, leitor-empírico por excelência dos autos, na interpretação do conjunto probatório para fins de afirmar a presença do dolo em determinada conduta por meio de prova indireta. Desta análise decorrerá a proposta de concretização da presunção de inocência como inibidor de interpretações paranoicas da prova ou *usos* da mesma para afirmação do dolo. Outra consequência será uma nova desmistificação do jargão inicial: O Direito Penal tolera sim presunções, mais precisamente raciocínios presuntivos processuais que fundamentam interpretações válidas do conjunto probatório, considerando-se necessariamente os critérios limitadores expostos.

Para chegar a este ponto, porém, é necessário o estabelecimento de uma premissa que, por conseguinte, representa mais um desafio a ser enfrentado: a busca da verdade real não pode mais ser considerada a pedra de toque de um processo penal que se postula democrático e acusatório, de modo que deve ser substituída por uma *verossimilhança qualificada* (KHALED JR., 2009). Limitar a cognição do juiz ao constante dos autos é um postulado que aqui defendemos, e a verossimilhança qualificada, nos termos aqui referidos, representa mais do que a substituição de um modelo teórico, senão admitirmos que é o mais próximo a se chegar de um ideal de verdade, considerando a atividade de compreensão de um fato ou prova e sua adequação ou inadequação típica como atividade eminentemente interpretativa de cunho complexo,

paradigma que permite admitir a inserção do que “normalmente acontece” dentro de limites aceitáveis para o Estado Democrático de Direito ao invés de, hipocritamente, referendarmos seu uso pelo silêncio velado inerente ao uso de um jargão.

## **2. VERDADE REAL, VEROSSIMILHANÇA E SISTEMA ACUSATÓRIO.**

Uma disputa no campo teórico e jurisprudencial (que, já que estamos falando de obviedades, tem cunho intrinsecamente político) a respeito de conteúdos concretos da presunção de inocência passa pelo embate tanto na definição do princípio unificador em matéria probatória como de seu conceito. Afinal, quando se postula que um determinado elemento axiológico dê conformação a um ideal de prova, existe por detrás um pressuposto do que seja considerado idôneo a vulnerar a liberdade de alguém. Por este motivo uma análise da atividade de uso e interpretação da prova produzida no processo está diretamente ligada à limitação necessária ao poder punitivo representado pela garantia da presunção de não-culpabilidade. Uma interpenetração necessária entre direito penal e processual penal, que juntos atuam na conformação da justa atuação do poder punitivo do Estado, entendendo o termo “justo” empregado anteriormente como o que está dentro dos limites traçados pelas liberdades e garantias dadas pelo equilíbrio entre os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais a prestações positivas normativas (ou, em outros termos, entre proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente – sobre os conceitos, cf. ALEXY, 2008 e MENDES, 2000). Em linguagem processual, o justo meio (Aristóteles) entre função garantística e finalidade instrumental do processo penal<sup>1</sup>.

Nesse sentido, aqui defendemos, em primeiro lugar, que o sistema processual penal que melhor atende às exigências de uma sociedade democrática detentora de direitos fundamentais é o acusatório e, por isso, concorda-se com toda a tradição relativa à defesa do molde acusatório na persecução e seu aperfeiçoamento teórico, dentre os quais pode-se citar, mas não exaustivamente, Mittermayer, Ferrajoli, Lopes Jr., Coutinho, Nascimento.

---

<sup>1</sup> Sobre a necessidade de manutenção deste equilíbrio estar subjacente à noção de processo penal, veja-se Nascimento: “De todo modo, apesar das dificuldades para precisar o conceito, a relevância do sistema de garantias, com destaque, no plano do direito processual, para as garantias secundárias de controle jurisdicional sobre eventuais lacunas ou descumprimentos de direitos e princípios fundamentais, é algo inegável. O que não é aceitável, porém, é, a partir desta constatação essencial, transformar a função garantista, que singulariza e humaniza o processo penal, em única finalidade do sistema, uma leitura individualista radical. Tal leitura, ao negar a finalidade instrumental, enfraquece o modelo constitucional de proteção aos direitos fundamentais que se vale da técnica penal para alcançar seus objetivos” (2011: P., 175/176).

O processo, seja qual for o objeto submetido à jurisdição, existe para determinar o justo. Na lição de Hélio Tornaghi: “*no aspecto interno, o processo é uma relação de Direito Público entre cada uma das partes e o juiz*”. O processo penal é destinado a apontar o que é justo como resposta da coletividade diante da imputação de prática de um ato que, em tese, é punível. Processo democrático é aquele orientado por um procedimento que assegura participação influente, no sentido de informada e livre de manipulação e coerção.

Há consenso sobre a vantagem de um processo penal acusatório representado pelas fórmulas latinas: *nemo iudex sine acione e iudex secundum alegata et probata a partibus iudicare debet*. Um sistema acusatório supõe participação influente na jurisdição, em nome do respeito ao imputado, como pessoa que é, como somos todos. Conduz, assim, a exigência de um processo de partes (*actus trium personarum* na fórmula de Bartolo ou o mito do triângulo), o que geralmente é examinado sob o ângulo da gestão da prova. Mas a ideia de parte também passa pela exigência de acusação (iniciativa externa ao órgão julgador), pela garantia de refutação (direito de se opor a pretensão punitiva), e, particularmente, pela interlocução, pelo confronto argumentativo. O acusado não pode ser visto como mero expectador de uma atividade que lhe é alheia estabelecida entre o acusador com suas teses, que poderão convencer ou não ao juiz. O imputado é protagonista, não é coadjuvante.

Mais precisamente, para os fins deste artigo, a exigência de um processo de partes com paridade de armas e igualdade de voz na disputa argumentativa, com protagonismo na gestão da prova e protegidos em face de uma postura ativa indesejada do Estado-Juiz, que assume a obrigação de equidistância entre as ”partes”<sup>2</sup> e justificação de seus atos de poder é o substrato ético-normativo-político-ideológico que deve nortear a investigação sobre a interpretação judicial da prova, a possibilidade de uso de presunções processuais, assim como os fatores que conferem o *status* de “prova” a

---

<sup>2</sup> Vale lembrar que o conceito de parte da teoria geral do processo não é inteiramente aplicável ao processo penal de conhecimento, que é o tratado aqui. Não se trata simplesmente de uma guerra entre o Estado-acusador e o particular-acusado. Trata-se de um serviço de utilidade pública que visa, ao fim e ao cabo, a constituição de uma situação certa e *a priori* imutável com funções de realimentação e relegitimação cíclica do poder estatal pela introjeção social da sensação de segurança: a de conferir uma resposta à pergunta “este cidadão cometeu um crime?”. Nesse sentido, a ética da atividade acusatória é uma ética voltada à impessoalidade, e não uma ética de contraposição pura e simples à defesa, como no processo civil. O estado processual de guerra a que alude Lopes Jr. (2007) deve ser entendido em um sentido mais fraco, de distribuição das cargas e oportunidades na gestão da prova da persecução judicial. A acusação, como órgão impessoal do Estado, por este motivo, tem o dever de, superada a instrução e convencido de que o deslinde do processo deva ser a absolvição, não somente postulá-la em alegações finais, mas também de, acaso entenda necessário, recorrer da sentença penal condenatória. O interesse público, por isso, não é uma simples administração de conflitos interpessoais, de modo que não há, de rigor, partes contrapostas em um sentido forte do termo.

determinado elemento colhido na apuração, seja antes ou depois da judicialização da persecução acarretada pelo recebimento da denúncia.

Por este motivo é que pensar em um princípio unificador da prova no processo penal é pensar em todo o processo penal, de modo que a defesa de um outro princípio unificador gerará uma maior afinidade ou afastamento do ideal acusatório e, conseqüentemente, da realização da presunção de inocência no processo. Nesta linha de ideias é que se postula a substituição do princípio da verdade real pelo princípio da *verossimilhança qualificada* (KHALED JR., 2009), o qual, entendemos, seja mais adequado ao sistema acusatório.

Saliente-se, em primeiro lugar, que não se está aqui a desmerecer os teóricos que postulam uma variante democrática (melhor dizer liberal, no sentido político-ideológico do termo) da verdade real, tais como Tourinho Filho e Rangel. Contudo, postulamos, como outros adeptos de uma tradição contrária à verdade real, seu abandono como princípio, conceito ou outra coisa que o termo “verdade real” queira significar no processo penal. Ou seja: postula-se uma morte linguística ao termo dentro da enciclopédia referencial semântica da linguagem jurídica, diante da inadequação acima explicitada com os moldes acusatórios.

Obviamente (continuamos falando de obviedades), este não é o espaço para refutar sistematicamente a verdade real, tampouco cremos ser habilitados a um trabalho teórico de alta envergadura como este (que envolve intensa interdisciplinariedade, formulações filosóficas sólidas e todo o trabalho inerente à formulação de uma teoria postuladora de uma ruptura com determinada tradição), já bem realizado por outros antes de nós, como LOPES JR. (2007) e KHALED (2009). Contudo, é necessário demarcar alguns fundamentos de refutação para os fins deste artigo. Faremos então minha crítica à verdade real sob seu aspecto lógico enquanto sentença e depois sob um prisma mais filosófico e sociológico enquanto norma-princípio.

A inconsistência da verdade real enquanto proposição teórica é característica intrínseca do termo enquanto sentença pretensamente portadora de referibilidade semântica. Analisando-se o termo a partir da concepção semântica da verdade de Tarski (2007), na qual, em linhas gerais, postula, a partir do chamado “esquema T”, que toda a proposição que ostente a correlação de seu nome (pertencente à metalinguagem) com um “estado de coisas” determinado pela proposição em si é verdadeira, temos que a sentença “verdade real” tal como empregada no campo jurídico integra a linguagem-objeto<sup>3</sup> por ele caracterizada como linguagem cotidiana na qual não é possível a

<sup>3</sup> “Uma vez que concordamos em não empregar linguagem semanticamente fechada, temos de empregar duas linguagens diferentes ao discutir o problema da definição de verdade e, de forma mais geral, de

correlação do nome da proposição com o “estado de coisas” que a designa (“esquema T”), de modo que não há como verificar se a mesma é verdadeira. Tarski afirma ainda que as proposições da linguagem cotidiana (das quais “verdade real” está aqui destacada) não podem ter sua verdade aferida nem pela utilização de uma série de axiomas. Este último recurso apenas gera um resultado aproximativo (TARSKI, 2007: 166/167). Aí encontra-se o paradoxo do termo: este, enquanto proposição lógica, somente pode *aproximar-se* do “estado de coisas” que o tornaria verdadeiro (se verdadeiro for, não se sabe a certo). Logo a “verdade real” não consegue referir-se a si própria como “estado de coisas”, ou seja, a “verdade real” não corresponde à verdade real. Esta conclusão reduz em muito as pretensões do termo se firmar como teoria.

Considerar a “verdade real” como norma-princípio<sup>4</sup> tampouco garante sua sobrevivência em um sistema acusatório. A primeira incompatibilidade desta hipótese reside na carga axiológica que a ele foi dada pela tradição em sua construção. Segundo MITTERMAYER (1871) e KHALED JR (2009), a verdade real enquanto princípio norteador da atividade probatória no processo penal era fundamento pelo qual o Juiz investia-se de amplos poderes investigativos a fim de obter a correspondência dos autos do processo com a “realidade dos fatos” e, justamente por isso, era um dos princípios norteadores do sistema inquisitivo<sup>5</sup>.

O mandamento ínsito ao princípio da verdade real (ou material) é fundamentar a ideologia do juiz que não só acusa e julga ao mesmo tempo, mas que também “revela” ou “desvela” o que está oculto pelo véu das versões conflitantes sobre um determinado fato possivelmente criminoso e, deste modo, prescinde do contraditório. Existe aí uma “ambição de verdade” (KHALED JR., 2009) como correspondência, e a supervalorização do julgador como quem “desvendava” esta correspondência ocasionava o paradoxal efeito alertado por MARTINS (2010: 7): a busca desmedida pela prova legitimada pelo ideal da verdade real gera consequências alucinatórias e anula a prova, uma vez que ao julgador apenas interessava sobrepôr sua hipótese aos

---

quaisquer problemas no campo da semântica. A primeira destas linguagens é a linguagem 'a cujo respeito se fala', e que é o assunto de toda a discussão. A definição de verdade que estamos buscando se aplica a sentenças dessa linguagem. A segunda é a linguagem na qual 'falamos a respeito' da primeira, e em termos da qual desejamos, em particular, construir a definição de verdade para a primeira linguagem. Vamos nos referir à primeira linguagem com '*a linguagem-objeto*' e à segunda como '*a metalinguagem*'. (TARSKI, 2007: 170)

<sup>4</sup> O conceito aqui utilizado é o de Àvila : “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. (2003: 119)

<sup>5</sup> “Parece estar além de quaisquer dúvidas que o mito da verdade real é o mito fundador da vertente inquisitória e autoritária do processo penal. Quase toda a dogmática e liturgia da prática judiciária conservadora encontram-se aí intimamente fundamentadas” (KHALED JR., 2009: 128).

fatos, e a fundamentação da sentença transpõe-se para o campo da pura evidência, que, por sua vez, independe de prova.

Diz-se evidente o que dispensa a prova. Simulacro de auto-referencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um *desamor do contraditório*. (MARTINS, 2010: 3)

Salienta-se que não consideramos satisfatória a tentativa de ressignificação da verdade real envidada por alguns teóricos do direito penal e do processo penal. Estes propõem que o princípio pode ser aproveitado em uma perspectiva garantista limitando-se a atuação do juiz pelos postulados do sistema acusatório. Em síntese, a verdade real torna-se um instrumento de proteção do réu contra o poder punitivo estatal.

Uma primeira objeção que faz a este deslocamento de sentido por parte da doutrina que defende o princípio é a de seus defensores não conseguirem renegar a tradição subjacente a ele, tal como Tourinho Filho ao afirmar que trata-se de “tão-somente salientar que o ordenamento confere ao Juiz penal, mais que o Juiz não penal, poderes para coletar dados que lhe possibilitem, numa análise histórico-crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado” (2009: 17). Note-se o uso dos termos “confere ao Juiz penal (...) poderes para coletar dados” e “restaurar” o fato passado do processo que, respectivamente, retiram o julgador da posição equidistante para ter iniciativa na gestão da prova e a ideia de “desvelamento” de uma “verdade oculta”. Mesmo autores liberais como Tourinho Filho não conseguem operar de fato uma ressignificação do termo: o gene inquisitivo reclama seu lugar no DNA da verdade real.

A segunda objeção é a da impossibilidade absoluta de satisfação do princípio no campo da prova. A prova dos autos, seja escrita ou não-escrita, apresenta-se ao julgador enquanto manifestação linguística. Rememorando GADAMER, “ser que pode ser compreendido é linguagem”, isto é, as coisas se manifestam ontologicamente para o espírito enquanto emanações da linguagem, de modo que compreender a prova dos autos é interpretá-la, isto é, seu acesso enquanto objeto se faz pelo recorte do significado. Conforme sintetiza STEIN (1996: 19-20):

Quando dizemos que o acesso aos objetos se faz pela clivagem do significado, pela via do significado, dizemos que nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. Nós chegados a algo, *mas algo enquanto algo*; nós nunca percebemos apenas o anel, ele nunca é conhecido numa identificação plena dele mesmo do ponto de vista lógico. Ele é sempre clivado enquanto algo, como um objeto que simboliza algo, um objeto de uso determinado, que, por exemplo, pode substituir o cigarro na mão, mas antes de mais nada como anel.

(...).

O mundo também tem uma estrutura de algo enquanto algo. Não é só a proposição que tem esta estrutura. Mas *também o mundo tem a estrutura de algo como algo*. Nossa compreensão do mesmo modo tem a estrutura de algo como algo”.

A interpretação, enquanto projeção do ser-no-mundo (HEIDEGGER, 2005) e forma do compreender implica no “algo como algo” pelo fato tanto dos objetos possuírem um lugar na história, mas do caráter de finitude e historicidade do próprio sujeito, que projeta-se no objeto de modo que uma parte de si passa a integrar o significado deste, assim como a compreensão do objeto muda o próprio ser, ou seja, integra o chamado “círculo hermenêutico”. Desse modo, o julgador nunca chegará a uma verdade dita “real”, objetiva, alheia a si próprio, pois o círculo é inerente à compreensão. Como explica o próprio HEIDEGGER (2005, 210):

“(…) ver nesse círculo um vício, buscar caminhos para evitá-lo e também “senti-lo” apenas como imperfeição inevitável, significa um mal-entendido de princípio acerca do que é compreensão. Não se trata de equiparar compreensão e interpretação a um ideal de conhecimento, que determinado em si mesmo não passa de uma degeneração e que, na tarefa de apreender o ser simplesmente dado, perdeu-se na incompreensão de sua essência. Para se preencher as condições fundamentais de uma interpretação possível, não se deve desconhecer as condições essenciais de realização. O decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado. Esse círculo da compreensão não é um cerco em que se movimentasse qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a *estrutura-prévia* existencial, própria da presença. O círculo não deve ser rebaixado a *vitiosum*, mesmo que apenas tolerado. Nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, de certo, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e “chutes”. Ela deve, na elaboração da posição prévia, da visão prévia e da concepção prévia, assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas. Porque a compreensão, de acordo com seu sentido existencial, é o poder-ser da própria presença, as pressuposições ontológicas do conhecimento histórico ultrapassam, em princípio, a ideia de rigor das ciências mais exatas.

Esta impossibilidade de conhecimento do objeto (da prova dos autos) isolado em relação ao sujeito torna inviável a defesa teórica da verdade real enquanto ideal a ser realizado ao máximo possível, tampouco com uma roupagem aparentemente garantista que, como toda a tentativa de ressignificação, já advertia WARAT (1994), não consegue esconder seu caráter ideológico, que é simples de ser vislumbrado: como em um sistema de garantias a verdade real é de impossível realização tanto ontologicamente (como retromencionado) quanto na prática (uma vez que os métodos consagrados pela tradição – superpoderes do juiz, tortura, etc., são repudiados em um Estado Democrático de Direito que adota o sistema acusatório como escolha constitucional), o que resta é o privilégio àquele meio de prova que mais se aproxima do “fato puro” tão inerente à

ideia de verdade real: o flagrante<sup>6</sup>. Ora, aquilo que não tiver uma referibilidade (aparente) tão direta com o fato é mera probabilidade e deve ser descartado. Desse modo, toda a aferição indireta do dolo torna-se presunção. É *evidente* que isto é um instrumento muito eficaz de seleção de “clientela” para o sistema penal, já que a parcela excluída da população, pressionada pela desigualdade marginalizante, será a protagonista da maioria dos flagrantes (e das condenações, por suposto), e aí reside a ideologia desta ressignificação liberal da verdade real.

A insistência na manutenção do princípio, assim como suas tentativas de sobreviver às custas de ressignificações e deslocamentos de sentido são indícios de sua caracterização como mito e dogma. Nesse sentido, merece destaque o trabalho de Khaled Jr. em demonstrar que a verdade real é um mito (2009: 120-122):

“Considerando-se como o mito da verdade real é ferrenhamente defendido por seus adeptos, pode ser percebido com relativa facilidade sua característica de *dogma* e a sua própria auto-referência como verdade. Não só o mito da verdade real assume caráter dogmático, como pelas suas características, se encontra intimamente ligado a uma explicação sobre a estrutura em que o processo penal se embasa, legitimando e justificando-a, de forma a colocar como *herético* qualquer desvio de sua *finalidade sagrada* de encontrar a verdade. Eliade aponta que os mitos sempre são *narrativas* que tem *função exemplar e pedagógica*. Esta é uma regra da qual o mito da verdade real não é uma exceção. Mitos determinam *modelos de comportamento* e oferecem uma *legitimação para o poder* de determinado grupo social, como é o caso, por exemplo, do *mito da infalibilidade do juiz* enquanto encarregado de revelar a verdade sobre o evento ocorrido.  
(...).

Como é bem típico dos mitos, o mito da verdade real busca *ocultar* sua gênese, já investigada no primeiro capítulo. Nesse sentido, Eliade reflete que embora tenha sido criados pelos homens, os mitos assumem um caráter de *existência imanente, não originária*. Nesse sentido, os mitos operam em uma *temporalidade própria*, o tempo do “*era uma vez...*” pois sempre pretendem ocultar suas origens, apesar de se valerem da *tradição* para manterem-se vivos. Ou seja, a verdade real é apresentada pelos doutrinadores como um *princípio fundante* do processo penal, mas estes mesmos doutrinadores ignoram – propositalmente ou não – a sua vinculação com a Inquisição e regimes autoritários em geral. O que leva a crer que não só a categorização da verdade real como mito é *correta*, como os motivos para a sua defesa se encontram em uma *dimensão político-ideológica*. O fato é que o mito permite que os “sacerdotes” sejam dispensados da tarefa constante de reiteração de sua autoridade, pois lhes dá uma legitimidade ancorada no âmbito do sagrado, restando aos profanos apenas aceitá-la.

Se a verdade real, por todas as críticas explicitadas, não é um princípio norteador da atividade probatória compatível com um processo penal de matriz acusatória (tampouco se sustenta logicamente), inicia-se a definição de alternativas mais interessantes. Uma que merece menção é uma posição moderada em face da verdade real, baseada na teoria do agir comunicativo e do discurso habermasianos. A partir de um conceito de verdade distinto, esta vertente postulará uma “verdade consensual”, na

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, cf. ROSA (In. PRADO e MALAN, 2009: 01-46).

qual a verdade é fruto de um acordo comunicativo entre os afetados na relação jurídica processual na qual o provimento final será justo se houver respeito ao acordo prévio sobre as circunstâncias em que se obtém a verdade, na linha de uma razão procedimental. Relativiza-se a verdade, mas não a abandona. Representantes desta vertente são, dentre outros, CONDE<sup>7</sup> (2000) e NASCIMENTO<sup>8</sup> (2011).

Contudo, inobstante tal postulação ser sólida epistemologicamente e consistente teoricamente, preferimos uma alternativa que ponha em relevo o papel do sujeito prolator da decisão, ou seja, o intérprete da prova, bem como saliente a dimensão linguística da prova no processo. A adoção do paradigma Heidegger/Gadamer do círculo hermenêutico confere este destaque ao ser humano que condena, bem como trata a prova como emanção da linguagem. Levando-se em consideração este marco teórico

---

<sup>7</sup> “En el proceso penal, la búsqueda de la verdad está limitada además por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales en todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra área de cultura. (...). Por todo ello, la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada, y, desde luego, se puede decir entonces, sintemor a equivocarse, que en Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio. De todo lo dicho se deduce que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se habla así de una 'verdad forense' que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado social y democrático de Derecho. 'Sólo desde la teoría consensual de la verdad – dice Vivel – pueden explicarse las autorizaciones para investigar e las limitaciones y prohibiciones de hacerlo'; sólo así – sigue diciendo el citado autor – 'pueden excluirse por ejemplo, la validez de las pruebas ilícitamente obtenidas, cosa que no podría hacerse desde una perspectiva epistemológica si se sustenta la idea de la verdad como correspondencia'”. (2000: 101-102)

<sup>8</sup> “Não se trata de estabelecer verossimilhança, como chegou a sustentar Calamandrei, pois verossimilhança é um requisito argumentativo da decisão judicial e significa exigir correspondência com os fatos provados a partir de uma probabilidade lógica. Porém, para afirmar que algo é semelhante à verdade é necessário estabelecer antes o que se entende por verdade, qual verdade é conhecida ou produzida no processo. Verdade processual na teoria do discurso não é um juízo empírico de adequação entre afirmativa e realidade, pois a atividade processual é dirigida a comportamentos sociais passados insuscetíveis de repetição e ensaio. A verdade do processo é argumentativa e está mais próxima da ideia de uma certeza sustentada por CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 09, julho/setembro 1998, p. 606-609. Verdade processual é substância sobre a qual se alcança uma concordância prática e provisória, independente das diferenças de motivação entre as partes que se contrapõe no debate ritualizado para aceitarem certa proposição (o acertamento de uma versão sobre os fatos objeto do processo) como sendo verdadeira. A verdade é produzida na argumentação e obtida no momento em que se estabelece um consenso seja ele material (concordância de motivação e de proposição) ou formal (concordância de proposição com diferenças de motivação). No processo litigioso a aceitação do resultado para o vencedor é motivada, em geral, pela crença na veracidade dos fatos e na correção do direito, portanto, na justiça material do provimento, e para o vencido, na aceitação de que é preferível um provimento definitivo incorreto à insegurança e todos os demais inconvenientes práticos que podem ser causados pela continuidade da controvérsia; no processo sancionador, portanto, no processo penal, aquilo que se pode ter como verdade será quase invariavelmente produto de um consenso formal sobre a validade do procedimento, revestido da autoridade da jurisdição, para fazer acatar o convencimento que é do juízo, na medida em que este convencimento for motivado e persuasivo. Isto quer dizer que embora se possa admitir mais de uma resposta correta para problemas sobre aplicação do Direito existe possibilidade de alguma 'verdade'. Esta é provisória e relativa, mas existe e o correto ser produto de uma racionalidade comunicativa não significa dispensar a ideia de correção ou cair no relativismo absoluto, do mesmo modo que aceitar que há uma resposta errada é muito diferente de afirmar que só pode haver uma resposta certa”! (2011: 180-181)

é que defendemos aqui a substituição do princípio da verdade real pelo da *verossimilhança significativa*.

A definição teórica do princípio da verossimilhança significativa que aqui se adota é basicamente o cunhado pela construção de Khaled Jr, com algumas adições da hermenêutica filosófica aplicada ao Direito elaboradas por Gonçalves (2001).

Segundo KHALED JR. (2009: 250-353, *passim*) o princípio da verossimilhança significativa enquanto unificador do saber sobre a prova no processo penal é um sistema complexo reunido sob a reificação do conceito romano de *veritas*, em oposição ao de *aletheia*, que norteia a verdade real e sistema inquisitivo, e que este, por sua dimensão de *verdade problemática*, seria adequado a substituir a base histórica da verdade real e fundamentar um conceito de verossimilhança realizador da justiça e da democracia no processo penal:

Nesse sentido, já ficou estabelecido que a *verossimilhança* é, sem dúvida, a concepção de verdade que se *aproxima* do que pode ser o processo penal, embora seu caráter propositivo ainda esteja em *gestação*. Afinal, a sentença é uma *narrativa*, constituída a partir de um *contraditório*, onde através de uma *reconstrução histórica*, afirma-se que, em essência, os  *fatos ocorreram de determinada forma*, a partir de *rastros* que são elevados à *condição de provas*. Esta é a aspiração extraída do núcleo de *saber* inerente à atividade jurisdicional, como apontado por Ferrajoli. (2009: 250)

Tal sistema postula a construção de uma sabedoria prática (*phronesis*) da prova, consciente da dimensão interpretativa da atividade de prolatar sentenças condenatórias (o juiz como ator processual inserido no círculo hermenêutico)<sup>9</sup>, sendo a sentença uma narrativa construída com ambição de verdade e pretensão de aceitabilidade, sendo, portanto retórica. A *phronesis* neste campo seria possível no reconhecimento da dimensão retórica do discurso judicial no sentido aristotélico, fundado em provas. A hermenêutica atuaria em auxílio à sabedoria prática desenvolvida no cotidiano judiciário no reconhecimento do magistrado como parte integrante da construção da compreensão, e, portanto, do sentido gerado na forma de resultados interpretativos a fim de evitar “o primado das hipóteses sobre os fatos”<sup>10</sup>. A narrativa da

<sup>9</sup> “Ao juiz cabe uma tarefa eminentemente *prática e interpretativa*, motivo pelo qual a *virtude aristotélica da prudência* e a *hermenêutica* – enquanto arte da interpretação – podem ser extremamente úteis ou até mesmo essenciais para o bom desempenho de sua função. São estas virtudes que o aproximarão da verdade, entendida em seu *sentido problemático: veritas*. A introdução da *phronesis* e da *hermenêutica* – enquanto orientações capazes de auxiliar na atuação do juiz – não deve ser entendida de forma equivocada: não se trata de *substituição à legalidade*, mas sim, de *acréscimo de sentido*”. (2009: 276)

<sup>10</sup> “A partir deste reconhecimento, a *compreensão guiada por uma intenção* não buscará simplesmente *confirmar suas antecipações*, mas *tomar consciência delas e as controlar*, para assim obter uma *compreensão das próprias coisas*. A ideia é *impedir* a mera confirmação das próprias hipóteses e antecipações. Na hermenêutica, há uma tendência à *verdade problemática* que é inerente ao seu próprio sentido enquanto *arte da interpretação*. Com isso procura-se, de alguma forma, fazer frente ao problema

sentença deve ser consciente de que desempenha uma operação temporal complexa, pois extrai significado de fatos passados na construção do presente a partir da postulação de uma quase-unidade de sentido oriunda da situação de intriga decorrente de um processo penal contraditório o máximo possível, e, por isso, deve entender que a operação de simplificação contida na narrativa da sentença de modo algum pode olvidar desta *complexidade da intriga*.

Outra postulação da verossimilhança significativa gira em torno do reconhecimento de que os elementos cognitivos dos autos residem em sua *passeidade*, ou seja, são representação sempre incompleta e imperfeita do passado, de modo que o que está a disposição para julgamento são *rastros*. Os rastros seriam, portanto, a “matéria prima do conhecimento histórico, suas *evidências*” (2009: 252). Para a realização da *veritas*, deve-se elevar tais rastros ao *status* de prova, tornando-os objeto passível de apreensão dentro da narrativa retórica do provimento jurisdicional. Isto se dá, em primeiro lugar, pela seleção dos *rastros* como elementos (onde já reside uma dimensão interpretativa por parte de quem seleciona) e, em segundo lugar e como mecanismo de controle do primeiro, pela *correção*. A correção da prova se dará justamente pelo contraditório judicial dialógico na sua máxima condição de possibilidade. A máxima realização possível do contraditório somente é possível em um processo penal de molde acusatório, no qual a gestão da prova cabe às “partes” no feito, a partir da atribuição de “cargas de prova” à acusação (dever desta de provar a imputação deduzida na denúncia) e da concessão de “oportunidades de prova” à defesa, onde vigora a “boa intriga” e o “estado de guerra” no sentido romano da *disputatio* (LOPES JR., 2007).

A contraditoriedade intensa será acompanhada na dimensão instrutória do processo pelo papel ativo do juiz como garantidor do devido processo, entendido como legal, justo e leal (NASCIMENTO, 2011). O “alto índice de correção” (MARTINS, 2010) que o rastro atingirá possibilitará sua consideração como *prova*, e a prova será o limite da ambição de verdade da narrativa retórica da sentença condenatória<sup>11</sup> (sentença

---

colocado pela *opacidade do subconsciente* e pelo próprio *pertencimento a uma tradição*. Percebe-se assim como a hermenêutica está preparada para *resistir* aos perigos apontados por Cordero. Isto é visível na hermenêutica de Heidegger, onde há sempre uma *determinação pelo círculo antecipatório da pré-compreensão*. Aí é que entra a *tradição*. No entanto, a *hipótese prévia* que daí surge deve ser *constantemente revisada*. Dessa forma, a objetividade está na *elaboração da opinião prévia* para *contrastá-la* constantemente com a realidade”. (2009: 287)

<sup>11</sup> “As provas, assim como as regras processuais, impõem uma *fronteira* que juiz não pode ultrapassar; *limitam* como e baseado no que ele pode *sentenciar*. Entretanto, ao juiz não são delimitados somente *espaços proibitivos*: é reservado a ele um *espaço pertinente de atuação*. A jurisdição não deve ser entendida somente como um *poder* e um *dever*, mas também como uma *garantia*: a garantia do juiz natural e do devido processo legal. Para Lopes Jr., a função do juiz é atuar como *garantidor* da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”. (KHALED JR., 2009:

esta que, por fim, também passará por crivos de correção de sua verossimilhança como narrativa histórica, pelas instâncias recursais e revisionais). Também será consequência desse limite da verossimilhança na prova a enunciação clara dos elementos de convicção dos autos, motivo pelo qual Khaled Jr. dá absoluta importância ao relatório da sentença.

Hermenêutica, *phrônesis*, consciência histórica, contraditório e postura rígida no zelo pelas garantias: estes elementos permitem a formação do sistema teórico subjacente à efetivação de uma verdade problemática (*veritas*) e compõem a *verossimilhança significativa*. Assim fica evidente o *locus* da atividade de julgar no sistema acusatório e a necessidade não da busca pela *verdade*, mas do *verossímil* residente em uma problematização complexa da verdade. Como afirma KHALED JR.

Interpretar, em um modelo verdadeiramente acusatório, é garantir os mecanismos de defesa do acusado diante da acusação. É colocar o poder nos devidos limites diante do réu, que se vê frente à pretensão punitiva do Estado. Portanto, é uma interpretação que deve ser simultaneamente controlada e impulsionada por freios constitucionais. Significa submeter a prova, como diz Cunha Martins, a um alto grau de correção. Ou seja, interpretar dentro de limites e funções demarcadas legalmente. Não deve mais ser cogitada a inexistência de interpretação, mas sim, qual interpretação, a partir de que lugar de fala e com que finalidade. Neste sentido – reconhecidamente pensando em extremos – ou o juiz está inserido em uma tradição de verdade dogmática (aletheia, tendência dogmatizante) ou em uma tradição de verdade problemática (*veritas*, tendência problematizante) seja ele consciente disso ou não. Trata-se de uma escolha clara entre um veneno apto a legitimar o poder punitivo ou um antídoto contra o exercício excessivo desse poder.

A complementar a concepção de verossimilhança significativa, cabe fazer um reforço ao destaque do juiz enquanto intérprete-aplicador-criador do direito, trazendo o reforço das reflexões de Gonçalves (2002). Khaled Jr. centrou seu pensamento mais na interpretação dos autos (o que será aproveitado mais adiante). Gonçalves, por sua vez, fará uma análise mais ampla do fenômeno interpretativo no direito, a partir da interpretação das normas jurídicas, chegando à interpretação de fatos (provas) e sua inter-relação com a primeira operação.

Cabe salientar inicialmente que a interpretação, enquanto operação mental complexa, não se separa de maneira estanque em um processo judicial em

“interpretação dos autos” e “interpretação da norma”. Ambos os processos se dão de forma complexa, um interpenetrando-se no outro:

Nenhum julgador aproxima-se tão perplexo de uma norma, nada sabendo sobre seu significado, para, logo após a aplicação de um método, deparar-se com a revelação de seu sentido. Não é assim que as efetivamente se passam. Qualquer intérprete já se aproxima de uma norma a partir da pré-compreensão de seu contexto problemático, tratando sempre de sucessivamente reformular essa sua apreensão preliminar a fim de se decidir por um dado sentido.

Isto se dá pelo fato de que, conforme assinalou Friedrich Müller, toda interpretação e aplicação do direito para resolução de um caso implica na criação de uma norma de decisão na qual, como resultado da interpretação de um texto normativo, inclui em si mesma o âmbito normativo. A seleção do âmbito normativo a ser incluído pela norma de decisão implica em escolher o jurídico e o não jurídico, o crime e o não-crime, o dolo e o não-dolo. Falando em linguagem sistêmica, esta o intérprete fornece o código no qual determinados elementos se ligam ao “input”. Tal fenômeno é nomeado por Gonçalves de *hermenêutica de juridicização*<sup>12</sup>.

Considerando-se esta dimensão complexa, sabe-se desde Kelsen que uma norma jurídica possui um espectro de possibilidades aplicativas (potencial de adjudicação de sentido) válidas dentro de uma “moldura normativa”, de modo que qualquer significado aplicado que estiver dentro da moldura é válido, gerando o problema da discricionariedade em virtude da polissemia normativa. Gonçalves vai além e propõe um refinamento desta problemática demonstrando que espectro de possibilidades interpretativas-aplicativas também é determinado “pela diversidade de pré-compreensões dos intérpretes” (2002: 241).

<sup>12</sup> “Essas observações preliminares sobre linguagem e o direito indicam como a distinção operacional entre o mundo jurídico e mundo social não pode ser estabelecida sem alguns acautelamentos. Tal distinção, procedida do ponto de vista interior à pré-compreensão jurídica, reclama a concessão a alguns postulados. O primeiro deles é o de que nem tudo que é social torna-se imediatamente relevante para o ponto de vista jurídico. Deve existir então uma espécie de membrana porosa selecionando o conjunto de coisas ingressáveis na cognição especificamente jurídica. O filtro dessa membrana é tradicionalmente apresentado como sendo a própria incidência normativa, tal como essa ideia é elaborada por teorias como a do fato jurídico. Essa incidência provocaria uma ressignificação de determinados eventos sociais como eventos a serem considerados como juridicamente relevantes. (...). Apresentando-se agora a juridicização como um fenômeno linguístico-hermenêutico, o mundo jurídico passa a ser percebido como um universo de sentido específico, vale dizer, como mais um problema da condição humana. Nesse universo humano figura a atividade de escolha pelo legislador de certas palavras com o intuito de que produzam na realidade social certos efeitos. Porém, a escolha pelo legislador dessas certas palavras e mesmo desses certos efeitos não é em muitos casos diretamente operativa na realidade social. A relação entre as palavras e os efeitos produzidos na realidade social depende da mediação interpretativo-concretizante feito pelo sistema jurídico-aplicativo ao especificar o universo de referibilidade dessas palavras atinentes a certas coisas. Mantém-se assim em permanente negociação o compromisso precário estabelecido entre as palavras escolhidas pelo legislador e as coisas as quais efetivamente elas se referem, determinadas na e pela atividade de interpretação aplicadora. A mediação desse compromisso entre as palavras e as coisas modula o tom da orquestração do sentido normativo”. (2002: 263-278)

Fixada assim a questão, o autor demonstra que a amplitude e os limites da “moldura normativa” já é construída por meio de uma pré-compreensão sobre que possibilidades interpretativas estão dentro ou fora da moldura (a diferença entre um resultado interpretativo discricionário e um arbitrário), chamada de pré-compreensão jurídica<sup>13</sup>. Dentro do círculo da pré-compreensão jurídica e da moldura normativa se situa o espaço de oscilação da discricionariedade. Conclui o autor que a razão da oscilação e escolha de uma dentre as possibilidades interpretativas dentro deste limite é a pré-compreensão da subjetividade do intérprete aplicador. Em suas palavras (2009: 244):

A inclinação para o selecionamento de uma dentre várias outras possibilidades realizáveis de uma norma depende de toda aquela complexidade indistinguida que habita a formação pré-compreensiva da subjetividade de um jurista. Concorrem nessa complexidade concepções de teoria do direito, formação ética, conhecimentos sociológicos e filosóficos, crenças e convicções de variadas índoles, interesses imediatos, alinhamentos ideológicos, adesões a sistemas principiológicos e até aquelas razões mais idiossincráticas da história pessoal de cada um.

O problema resultante deste diagnóstico seria a incontabilidade deste último fluxo pré-compreensivo enquanto o mesmo oscilasse dentro das possibilidades aplicativas determinadas pela moldura e pela pré-compreensão jurídica. A fim de que toda a postulação de construção de uma verdade fabricada com limite na prova dos autos de Khaled Jr. não seja refém do espaço obscuro da pré-compreensão da subjetividade do intérprete projetada sobre a norma, que por sua vez conforma juridicamente o caso, ou seja, “valora a prova interpretada” (ou seja, o juiz não somente seleciona a prova para fundamentar suas hipóteses, mas quais hipóteses serão objeto de projeção da norma jurídica interpretada), o dever de fundamentação deve incluir a assunção ética da responsabilidade do resultado interpretativo alcançado pelo intérprete de uma norma pela retirada de suas pré-compreensões subjetivas da clandestinidade, elevando-as à condição de verdadeiras posições, podendo, portanto, também estarem limitadas pela prova e passíveis de correção. Gonçalves trata esta postulação sob a rubrica da *hermenêutica genealógica* (2002: 245).

---

<sup>13</sup> “Discricionária é a ação peculiar em cujos detalhes a norma pertinente se resguarda de não adentrar, conferindo o poder de quando e como minudenciá-los a alguém tido como competente também em razão de uma norma. Assim, enquanto a arbitrariedade compõe uma ilegalidade, a discricionariedade só é possível graças a uma atribuição conferida pela própria legalidade. A amplitude dessa margem de discricionariedade para a atuação *dentro da norma* é uma questão também das mais sensíveis. Geralmente, esse *já estar dentro da norma* é um dado sinalizado de uma maneira pré-compreensiva. Chamaremos de *pré-compreensão jurídica* aquela responsável por definir o âmbito geral desse *já estar dentro da lei*. A materialização dessa pré-compreensão jurídica decorre da expectativa entre os membros de uma comunidade jurídica organizada por competências escalonadas, ao tolerarem determinada ação como discricionária ou ao impugná-la como arbitrária”. (2002: 243)

A hermenêutica genealógica, enquanto compromisso de transparência na fundamentação da sentença condenatória, complementa e reforça a verossimilhança significativa, que se torna um princípio unificador em matéria probatória alinhado aos mandamentos de um processo penal público e acusatório, e a postulação de uma ética da fundamentação dos juízos de condenação.

### **3. SEMIÓTICA E DIREITO PENAL: OS AUTOS DO PROCESSO COMO LIVRO A SER LIDO.**

Partindo da adoção do princípio da verossimilhança significativa como unificador do regime probatório dos autos de um processo, reconhece-se as provas dos autos de uma ação penal (devidamente submetidas aos crivos de correção aludidos no item anterior) como manifestações linguísticas produzidas em relação de conflito, ou como adverte Khaled Jr. (2009), *intriga*. Quando da *fabricação* da decisão judicial sobre o caso penal, o magistrado produz enunciação de índole narrativa em que, harmonizando-se o quanto possível esta *intriga* sem descurar de sua complexidade, reconta o fato passado retratado de forma limitada pelos autos.

Obviamente que, na realização desta operação, o juiz parte do pressuposto de que isto é possível. Isto significa que ressaltar o caráter do conjunto probatório é reconhecer que se pressupõe o potencial de harmonização das provas a fim de considerá-las um todo único. A verossimilhança significativa, ante o até aqui exposto, permite fundamentar esta pressuposição.

Isto permite concluir que o acervo probatório de uma ação penal pode ser tomado na generalidade como manifestação linguística análoga a um “livro a ser lido” pelo juiz na fabricação da sentença. O conjunto da prova como “obra” permite, por sua vez, a contribuição da semiótica literária para o aprimoramento da dogmática penal, em geral, e para a teoria da prova, mais especificamente. Nesse sentido, utilizaremos para os fins deste trabalho a teoria da interpretação de Umberto Eco.

Vale ressaltar que o próprio Eco (2010: 6) defende que os acontecimentos linguísticos em geral são passíveis de compreensão enquanto estrutura narrativa, e então estariam incluídos no alcance de suas postulações. Assim, autoriza-se a compreensão do conjunto probatório de um processo e sua interpretação a partir de suas categorias, que serão expostas a seguir.

Eco (2010: 11-12) considera que uma distinção preliminar necessária é a entre dois tipos diversos de interpretação: a *interpretação semiótica* ou *interpretação*

*semântica*, consistente no “resultado do processo pelo qual o destinatário, diante da manifestação linear do texto, preenche-a de significado”. *interpretação semiótica*, também chamada de *interpretação crítica*, consistente naquela por meio da qual procuramos explicar por quais razões estruturais pode o texto produzir aquelas (ou outras, alternativas) interpretações semânticas. O autor ressalta que nem todos os textos prevêem ambas as interpretações. Contudo, dada a origem do conjunto probatório norteado pelo princípio da verossimilhança significativa no contraditório dialético em alta intensidade, sua complexidade inerente prevê ambas as interpretações.

Outra distinção importante para apreensão das categorias é a entre interpretação e uso do texto. A interpretação toma o texto por objeto e por ela é sustentada, enquanto o uso o transforma em fundamento para hipóteses situadas fora do texto, como por exemplo o uso de uma obra com prova de alguma característica da personalidade de seu autor.

Na introdução das categorias da teoria da interpretação de Eco, a premissa em que se fundamentam são a defesa da presença de um *sentido literal* do texto<sup>14</sup>, que será um dos limitadores da interpretação de um dado texto. Importante não confundir o *sentido literal* da interpretação literária de Eco com o método de interpretação gramatical consagrado na tradição Savigniana. O *sentido literal* dos textos postulados pelo linguista significa um primeiro nível de significado dos mesmos, um primeiro nível de compreensão decorrente do significado predominantemente consagrado pela tradição, que ele chama de “conhecimento enciclopédico básico”<sup>15</sup> ou “acordo transitório prévio de uma dada comunidade de intérpretes”.

Apesar disso, qualquer comunidade de intérpretes de um dado texto (para que seja a *comunidade* dos intérpretes *daquele* texto) deve de algum modo chegar a um acordo (ainda que não definitivo e de modo falível) acerca do tipo de objeto (semiósico) de que se está ocupando. Assim a comunidade, embora possa usar um texto como campo de jogo para a atuação da semiose ilimitada, em várias situações deve convir que

---

<sup>14</sup> “Admito que para fazer tal afirmação seja necessário, antes de mais nada, assumir que os enunciados podem ter um 'sentido literal', e bem sei o quanto essa questão é controvertida (...). Mas continuo achando que, dentro dos confins de uma língua determinada, existe um sentido literal das formas lexicais, que é o que vem arrolado em primeiro lugar no dicionário, ou então aquele que todo cidadão comum egeria em primeiro lugar quando lhe fosse perguntado o que significa determinada palavra. Assumo, portanto, que o homem comum diria em primeiro lugar que um figo é um tipo de fruta assim e assado. Nenhuma teoria da recepção poderia evitar essa restrição preliminar. Qualquer ato de liberdade por parte do leitor pode vir *depois* e não *antes* da aplicação desta restrição”. (ECO, 2010: XVII-XVIII).

<sup>15</sup> Eco fala sobre “conhecimento enciclopédico básico” ao postular a aplicação de sua teoria às metáforas: “A interpretação metafórica nasce da interação entre um intérprete e um texto metafórico, mas o resultado dessa interpretação é permitido tanto pela natureza do texto quanto pelo quadro geral dos conhecimentos enciclopédicos de uma certa cultura e, em linha de princípio, não lida com as intenções do falante”. (2010: 123)

é preciso interromper um pouco o *play of musement*, o que só lhe é possível graças a um juízo consensual (se que transitório). Na realidade, os símbolos crescem, mas jamais permanecem vazios.

Por isso ele afirma que o sentido literal o é por força das convenções linguísticas predominantes. A interpretação literal ou gramatical não possui tal refinamento teórico, colocando em seu lugar termos vagos e imprecisos como “uso corrente” e “uso técnico corrente”, que não levam em conta suas condições sociais de produção, que corresponde ao conceito de “tradição” utilizado por KHALED JR. (2009).

Expostas estas noções iniciais, vale citar as palavras de Eco sintetizadoras de sua teoria postuladora do respeito à intenção do texto como limite interpretativo das intenções do leitor (2005: 75-76):

Pensamos, ao contrário, que podemos aceitar uma espécie de princípio popperiano, segundo o qual, se não há regras que ajudem a definir quais são as “melhores” interpretações, existe ao menos uma regra para definir quais são as más. (...) Um texto é um dispositivo concebido para produzir seu leitor-modelo. Repito que esse leitor não é o que faz a 'única' conjectura 'certa'. Um texto pode prever um leitor-modelo com o direito de fazer infinitas conjecturas. O leitor empírico é apenas um agente que faz conjecturas sobre o tipo de leitor-modelo postulado pelo texto. Como a intenção do texto é basicamente a de produzir um leitor-modelo capaz de fazer conjecturas sobre ele, a iniciativa do leitor-modelo consiste em imaginar um autor-modelo que não é o empírico e que, no fim, coincide com a intenção do texto. Desse modo, mais do que um parâmetro a ser utilizado com a finalidade de validar a interpretação, o texto é um objeto que a interpretação constrói no decorrer do esforço circular de validar-se com base no que acaba sendo o seu resultado. Não tenho vergonha de admitir que estou definindo assim o antigo e ainda válido “círculo hermenêutico”.

Eco cita a conhecida epistemologia de Karl Popper<sup>16</sup>, um dos epígonos do positivismo lógico, a qual prevê a impossibilidade de um conhecimento definitivo das condições de verdade de um determinado objeto, isto é, os caracteres que estabelecem uma correspondência perfeita entre uma proposição e um “estado de coisas” real. Contudo, Popper afirma que é possível definir-se, com maior grau de certeza, o que efetivamente não está incluída nesta zona de incerteza, ou seja, os *critérios de falsificação*. Em linha semelhante, Eco postula que não é possível encontrar-se em relação a um texto a melhor interpretação ou a verdadeira, mas que é possível afirmar quais são “ruins” ou “falsas” (entendido falsidade em um sentido fraco, de ser possível mas não verificável sobre os critérios de falsificação). O linguista estabeleceu esta teoria como um contraponto necessário a toda a tradição contemporânea aos seus primeiros escritos semióticos de vigor, dentre eles *Obra Aberta*. Neste trabalho Eco defendeu, em

---

<sup>16</sup> Vale ressaltar, contudo, que Eco afirma-se que sua teoria da interpretação está basicamente fundamentada em Pierson (v. ECO, 2010: XX)

consonância com a tradição hermenêutica, que a interpretação de textos literários é uma atividade predominantemente centrada no leitor na construção de seu sentido<sup>17</sup>.

Sua teoria da interpretação está inserida na teoria semiótica da recepção que adota, baseada nos conceitos de leitor-modelo, autor-modelo, leitor-empírico, autor-empírico, *intentio operis*, *intentio auctoris* e *intentio lectoris*. Acerca das *intentio*, são, respectivamente, a intenção do texto, do autor e do leitor. Conforme já explicitado em várias linhas deste artigo, a atividade interpretativa está evidentemente centrada no intérprete, que faz rodar a roda do círculo hermenêutico, isto é, o sentido é construído pelo protagonismo da *intencio lectoris*. Esta premissa leva à consequência de que o papel do autor-empírico (o ser humano que, em algum tempo e em determinada época, escreveu o texto) na construção do significado interpretativo é bastante diminuído, senão anulado, e a busca de sua intenção (*intentio auctoris*) é irrelevante, já que o texto desliga-se das condições de sua fabricação e passa a integrar o universo de sentido e a tradição de quem o lê<sup>18</sup>.

No entanto, o leitor não é o senhor absoluto das possibilidades interpretativas de um objeto. Entre a intenção deste e a o do autor, existe a intenção do texto (*intentio operis*), que contém em si um determinado autor-modelo. A intenção do texto é justamente o conjunto de caracteres que determinam sua coerência interna, ou seja, os limites dos sentidos e possibilidades interpretativas passíveis de ser conferidos àquele texto, ou, em termos popperianos, fixam os critérios de falsificação de propostas de adjudicação de sentido.

O autor-modelo, por sua vez, é a estratégia textual implícita em determinada obra. Esta prevê para si um leitor-modelo, ou seja, um leitor ideal que interprete em perfeita correspondência com esta estratégia e, nisto, agregue sentido ao texto, que pode limitar-se à interpretação semiósica (leitor-modelo ingênuo) ou incluir a possibilidade do leitor-modelo realizar interpretações semióticas (leitor-modelo crítico). O sujeito interpretante é o leitor-empírico, que faz conjecturas sobre a *intentio operis*, seja interpretando de forma semiósica, confrontando seu resultado interpretativo com aquela,

---

<sup>17</sup> “A assertiva subjacente a cada uma dessas tendências é: o funcionamento de um texto (mesmo não verbal) explica-se levando em consideração, além ou em lugar do momento gerativo, o papel desempenhado pelo destinatário na sua compreensão, atualização, interpretação, bem como o modo com que o próprio texto prevê essa participação”. (ECO, 2010: 2)

<sup>18</sup> Isto não significa, segundo Eco, de que seja inútil perquerir a *intentio auctoris*, uma vez que buscá-la tem o valor de demonstrar as diferenças entre esta e a *intentio operis*: “Mas há um caso em que pode ser interessante recorrer à intenção do autor empírico. Há casos em que o autor ainda está vivo, os críticos fizeram suas interpretações do texto e pode ser interessante perguntar ao autor o quanto e em que medida ele, enquanto pessoa empírica, tinha consciência das múltiplas interpretações de seu texto, mas para mostrar as discrepâncias entre a intenção do autor e a intenção do texto. O objetivo do experimento não é crítico, e sim teórico”. (2005: 86).

seja de forma semiótica, visando identificar a estratégia textual implícita (autor-modelo) de modo a encontrar o “tipo de leitor-modelo postulado pelo texto”.

Eco postula sua *intentio operis* como limitador das possibilidades interpretativas a partir de dois critérios dados pela própria linguagem, agregados sob o nome de “critérios de economia textual”. Um deles, a “isotopia semântica”, consiste na identificação da coerência interna do texto interpretando, o liame de sentido, de modo que uma interpretação a respeito de um determinado tópico do texto possa ser confirmado por outro tópico<sup>19</sup>, tratar um texto “*um sistema de relações internas que atualiza certas ligações possíveis e narcotiza outras*” (2010: 81). Outro é o seu “critério de economia textual em sentido estrito”, o qual tem por fundamento sua concepção de *sentido literal* de uma obra. Este formará “*uma linguagem crítica que age como metalinguagem e permite a comparação entre o texto, com toda a sua história, e a nova interpretação*” (2010: 16). Explica adiante o autor que esta metalinguagem é uma parte destacada da linguagem-objeto, negando, portanto, a dicotomia metalinguagem/linguagem-objeto Tarskiana (citada linhas atrás)<sup>20</sup>. O *sentido literal* atuará como um referencial para verificação da eventual falsidade (e somente da eventual falsidade) das conjecturas feitas sobre um texto. Este sentido não compreende apenas o referencial semântico, mas toda a gramática e o “patrimônio social” (que pode ser equiparada à “tradição” no sentido gadameriano)<sup>21</sup>. Este último critério é aplicável justamente a textos que pressupõem uma “comunidade de intérpretes”, isto é, que este tenha sido produzido em face de mais de um possível leitor. Acaso uma dada

---

<sup>19</sup> “Em teoria, sempre se pode inventar um sistema que torne plausíveis pistas que, em outras circunstâncias, não teriam ligação. Mas, no caso dos textos em questão, existe ao menos uma prova que depende do isolamento da isotopia semântica relevante. Greimas define 'isotopia' como 'um complexo de categorias semânticas múltiplas que possibilitam a leitura uniforme de uma história. (...). O primeiro movimento para o reconhecimento de uma isotopia semântica é a conjectura sobre o tópico de um determinado discurso: depois de feita essa conjectura, o reconhecimento de uma possível isotopia semântica constante é a prova textual do 'sobre' do discurso em questão” (Eco, 2005: 73-74).

<sup>20</sup> “Compreendo que essa posição pode parecer agressivamente neo-positivista. É, de fato, contra a noção mesma de metalinguagem interpretativa que se coloca a ideia derridiana da desconstrução e de deriva. Mas não estou dizendo que exista uma metalinguagem diferente da linguagem corrente. Digo que a noção de interpretação requer que um segmento de linguagem possa ser usado como interpretante de um outro segmento da mesma linguagem. No fundo, esse é o princípio peirciano de interpretância e de semiose ilimitada. Uma metalinguagem crítica não é uma linguagem diferente de sua linguagem-objeto. É uma porção da mesma linguagem-objeto, e nesse sentido é uma função que toda e qualquer linguagem desenvolve ao falar de si mesma” (ECO, 2010: 16).

<sup>21</sup> “Quanto um texto é posto dentro da garrafa – e isso não acontece apenas com a poesia ou com a narrativa, mas também com a *Crítica da Razão Pura* – isto é, quando um texto é produzido não para um único destinatário mas para uma comunidade de leitores, o autor sabe que esse texto será interpretado não segundo suas intenções mas segundo uma complexa estratégia de interações que co-envolve também os leitores, juntamente com a competência destes em relação à língua como patrimônio social. Por patrimônio social não entendo apenas uma dada língua como conjunto de regras gramaticais, mas também toda a enciclopédia que se constituiu mediante o exercício daquela língua, isto é, as convenções culturais que aquela língua produziu e a história das precedentes interpretações de muitos textos, entre os quais se inclui o texto que o leitor está lendo naquele momento”. (Eco, 2010: 84)

interpretação não respeite os critérios de economia, será desautorizada pela intenção do texto e consistirá, segundo o linguista italiano, uma “interpretação paranóica” ou “superinterpretação”.

#### **4. INTERPRETAÇÃO E SUPERINTERPRETAÇÃO DA PROVA – UMA POSTULAÇÃO CONCRETA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

Mas como as categorias anteriormente expostas podem colaborar com uma postulação de concretização da presunção de inocência que realize a segunda manifestação da verossimilhança a que alude Khaled Jr. (2009: 339-357), isto é, auxiliem na demonstração de um convencimento persuasivo assentado em bases democráticas limitado em seu poder punitivo? Afinal, o Direito Penal tolera presunções na interpretação dos autos para conclusão sobre o dolo? Possíveis respostas a estes questionamentos serão dadas nas linhas seguintes.

Se pela *verossimilhança significativa* pode-se pensar os autos como “um livro a ser lido” com conformação de sua complexidade na postulação de uma estrutura narrativa pressuposta vez que assim será ressignificada pela sentença fabricada pelo juiz, nota-se, a partir de uma interpretação semiótica, que uma das características do autor-modelo presente nos autos em geral é justamente aquela inerente a uma narração, ou seja: uma estratégia textual na qual há um encadeamento fático com início, meio e fim. A história a ser contada pelo juiz ao sentenciar é a história da conduta do acusado, história esta que já está “contada” pelo conjunto probatório. O que é objeto da sentença, então, é uma conjectura sobre o “livro-autos” de natureza interpretativa-semiósica, e o juiz se revela um leitor-empírico por excelência. A partir de sua pré-compreensão, o magistrado efetua conjecturas ao “livro-autos” sobre seu sentido, isto é, sobre sua *intentio operis*. Aqui os critérios de economia de Eco ganham relevo na concretização da presunção de inocência ao vedar interpretações paranóicas do conjunto probatório. As interpretações do conjunto probatório que não sobreviverem a estes critérios serão consideradas superinterpretações e, portanto, arbitrárias e aberrantes.

As provas selecionadas pelo juiz após o processo de forte correção aludido acima para fundamentar sua convicção sobre a conduta do acusado devem, em primeiro lugar, obedecer à isotopia semântica relevante do conjunto. Isto significa que os sentidos atribuídos às provas selecionadas na sentença devem guardar relação de verificação com outras provas não selecionadas (ou mesmo estas mesmas provas selecionadas).

Essa afirmação é, por suposto, outra obviedade. Qual jurista não sabe que a convicção sobre o cometimento de um delito por parte de um réu no processo penal deve guardar relação harmoniosa com o conjunto probatório? No tratamento desta obviedade é que se descortina possíveis usos da mesma para encobrir hipocrisias. Se isto fosse realmente tão óbvio assim, os juízes brasileiros deveriam dar menos importância ao flagrante, por exemplo. Como denuncia ROSA (*In. PRADO e MALAN, 2009: 1-46*), isto está longe de acontecer na *praxis* judiciária brasileira. Na linha de MARTINS (2010), o flagrante tem força simbólica tão impressionante que é facilmente elevável ao nível alucinatório da evidência e, muitas vezes, mesmo a isotopia semântica dos autos apontando para um “ledo engano” em relação ao flagrante (p. ex. negativa de autoria)<sup>22</sup>.

As conjecturas do juiz sentenciante sobre a conduta do réu segundo as provas dos autos também devem submeter-se ao critério de economia textual em sentido estrito. Salienta-se inicialmente que este critério de limitação da interpretação judicial da prova é aplicável ante o fato de que o juiz investido de jurisdição sobre determinado caso penal pode não ser a mesma pessoa que recebeu a denúncia, rejeitou as alegações de absolvição sumária na fase do 396-A do CPP. A imposição feita pela lei é apenas em relação ao juiz que presidiu a audiência de instrução e julgamento, mas mesmo assim se este for removido, promovido ou se aposentar será outro ser humano que julgará o caso, de modo que a “narrativa probatória” não é destinada a uma pessoa em específico, mas a um número indeterminado de pessoas. Some-se a isto a possibilidade de reapreciação em sede recursal, o que confirma a afirmação retro. Este critério em específico atua já no contexto de uma *hermenêutica de juridicização*, uma vez que fica aqui mais evidente que a conjectura feita pelo juiz ao conjunto probatório é também feita à norma penal incriminadora: segundo o “patrimônio social” significativo, a conjectura que faço sobre determinada atitude do acusado levando em consideração a prova é a mais econômica?

---

<sup>22</sup> Para ficar no nível do “jargão”, é o famoso “pegou o cara errado”. Nesse sentido, vale citar o exerto destacado por Rosa de Santo Agostinho, que ilustra bem o perigo da supervalorização do flagrante: “Santo Agostinho narra, em suas ‘Confissões’, algo que pode situar o diálogo a partir das desventuras de Alípio: ‘Alípio, pois, passeava diante do tribunal, sozinho, com as tábuas e o estilete, quando o jovem estudante, o verdadeiro ladrão, levando escondido um machado, sem que Alípio o percebesse, entrou pelas grades que rodeiam a rua dos banqueiros, e se pôs a cortar o seu chumbo. Ao ruído dos golpes, o banqueiros que estavam embaixo alvoroçaram-se, e chamaram gente para prender o ladrão, fosse quem fosse. Mas este, ouvindo o vozerio, fugiu depressa, abandonando machado para não se preso com ele. Ora, Alípio, que não o vira entrar, viu sair e fugir precipitadamente. Curioso, porém, saber a causa, entrou no lugar. Encontrou o machado e se pôs, admirado a examiná-lo. Bem nessa hora chegam os guardas dos banqueiros e o surpreendem sozinho, empunhando o machado, a cujos golpes, alarmados, haviam acudido. Prendem-no, levam-no e gloriam-se diante dos inquietos do fato por ter apanhado o ladrão em flagrante, e já o iam entregar aos rigores da justiça”. (*In. PRADO e MALAN, 2009: 1*).

Caso positivo, este resultado encontra eco em algum tipo penal, segundo este mesmo “patrimônio social”?

Certamente estamos novamente diante da fronteira entre discricionariedade e arbitrariedade citada alhures, ou seja, da *pré-compreensão jurídica*. Contudo, não obstante não haja como cindir as duas interpretações (dos autos e da norma), uma não necessariamente não pressupõe a outra. Nesse ponto ganha relevo a importância (crucial) das conjecturas propostas pela defesa do acusado, uma vez que o *sentido literal* dos autos não levam tão-somente as condições sociais de produção do mesmo pela *praxis* da magistratura, não obstante esta seja de grande destaque na formação desse sentido primeiro. Este critério, enfim, traz algo além da obviedade: ao mesmo tempo em que limita malabarismos judiciários de caráter alucinatório e narcísico, ou seja, auxilia a não incorrer nos perigos que fala Cordero, evidencia o espaço de indeterminação da interpretação da prova em uma sentença penal condenatória, vez que, mesmo adotando ambos os critérios de limitação das interpretações com base na *intentio operis*, há bastante espaço para as oscilações e deslocamentos da *pré-compreensão da subjetividade do intérprete*.

Nesse sentido, uma das conjecturas a serem necessariamente feitas na análise de um caso penal é justamente se os autos permitem uma interpretação que conclua sobre a presença ou ausência do dolo na conduta do acusado. Aqui pode-se vislumbrar o quanto as presunções no sentido processual são toleradas pelo Direito Penal. Na maioria dos casos não se consegue *rastros* elevados à condição de prova que denotem o dolo de maneira mais direta (interceptações telefônicas podem servir a tal desiderato, mas nem sempre de forma clara, afora o problema da “interpretação” das interceptações por parte da autoridade que as degrava, mas esta problemática não é objeto deste artigo), de modo que sua presença ou não é objeto de “prova indireta”, isto é, interpretado do conjunto probatório que aqui chamamos de “livro-autos”.

Não raramente, aplicando-se tanto a *isotopia semântica* quanto o *critério de economicidade* baseado no *sentido literal* encontramos duas possibilidades igualmente *econômicas* de interpretar os autos, uma que admite a presença do dolo, outra que a recusa. Tanto a escolha por uma conjectura quanto pela outra encontrarão resposta positiva e serão convincente sob o prisma probatório, e dependerá mais de qual conjectura o juiz testará, ou seja, *qual pergunta ele quer fazer ao “livro-autos”*. Esta pergunta escolhida pode ter referencial na jurisprudência ou na doutrina majoritárias ou pacíficas (*pré-compreensão jurídica*), ou em qualquer outro elemento de sua *pré-compreensão subjetiva*. Partirá de um *algum lugar* geralmente ligado às *obviedades* do

campo jurídico, ou seja, de seu *sensu comum teórico*. Em outras palavras, *do que normalmente acontece*. Na origem da própria conjectura feita sobre o dolo pelo leitor-empírico juiz estará o uso de um raciocínio presuntivo processual.

Com base nestas afirmações, pode-se dizer que a própria teoria do domínio final do fato parte de um raciocínio presuntivo: *o que normalmente acontece* é que, se alguém possui, com certa exclusividade, os meios para praticar a ação dolosa e dever de impedir o resultado, este praticou com *intentio* a conduta. Certamente a utilização da teoria do domínio final do fato para formar conjecturas positivas sobre a condenação de um acusado passa pelos filtros de limitação interpretativa da *intentio operis* do “livro-autos”, se satisfeitos seus pressupostos pelo conjunto probatório. Um exemplo claro é justamente a forma como é feita a persecução e condenação de réus aos quais foi imputado o delito de moeda falsa, como esta ementa do Tribunal Regional Federal da 2ª Região deixa transparecer:

“PENAL– APELAÇÕES CRIMINAIS DOS RÉUS - ART.289, § 1º, CP - GUARDAR E INTRODUIZIR EM CIRCULAÇÃO MOEDAFALSA – LOCAL DO DELITO AFASTADO DAS RESIDÊNCIAS DOS RÉUS – UTILIZAÇÃO DA CÉDULA DE R\$50,00 FALSA PARA ADQUIRIR BENS DE PEQUENO VALOR – APELAÇÃO DE JOICIMAR DESPROVIDA PARA MANTER A CONDENAÇÃO – APELAÇÕES DE AMARILDO E DE CLEMILDA PROVIDAS NO SENTIDO DA ABSOLVIÇÃO – ART. 386, VII, CPP I – A Sentença condenou os réus, presos em flagrante, pelo delito do art. 289, § 1º, do Código Penal por terem efetuado compras em uma mercearia e um bar com notas falsas de R\$ 50,00, em razão da inverossimilhança e falta de lógica dos fatos. JOICIMAR afirma que um fiscal da Prefeitura teria comprado toda a sua mercadoria para revender, simplesmente por ter gostado das roupas. Não é plausível que os réus saiam de Monnerat para um bar em Euclidelândia, longe de Monnerat para seguirem, depois, para uma festa, em local distante 35 km de Euclidelândia. Ressalte-se que não faz sentido JOICIMAR, de carona, após receber o troco numa mercearia, colocar o seu dinheiro no porta-luvas do carro de AMARILDO para, depois, ir a um bar e pagar a conta. II- Apelações dos réus alegando falta de provas e ausência de dolo: AMARILDO e CLEMILDA sustentam a não realização da conduta típica, e JOICIMAR, o desconhecimento da falsidade das cédulas. III- O *modus operandi* é característico deste tipo de delito: comprar bens de pequeno valor com cédulas de valor alto, em estabelecimentos comerciais próximos, longe da residência do agente. A materialidade se comprova, objetivamente, com o laudo de fls. 137/139; no entanto, a autoria e o dolo devem ser caracterizados pela análise do conjunto probatório, através da apreciação criteriosa dos fatos e do livre convencimento do juiz, na medida em que se configura como o elemento subjetivo do tipo. IV- Restou comprovada, pelos interrogatórios e depoimentos, a autoria de JOICIMAR que pagou as compras na mercearia e no bar com nota falsa, além de guardar outra nota em sua carteira. Já em relação a AMARILDO, apesar de reincidente e com vasta folha de antecedentes, não pude vislumbrar a existência de provas concretas da prática do delito neste feito; assim, também, quanto à CLEMILDA, não encontrei, nos autos, provas cabais de sua participação; reconheço apenas indícios que não considero suficientes para embasar uma condenação. V- Apelação da ré JOICIMAR desprovida para manter sua condenação pelo delito do art. 289, § 1º, do Código Penal, com a pena de 3 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa e Apelações de AMARILDO e de CLEMILDA providas no sentido da absolvição, nos termos do art. 386, VII, do CPP.”

Desse modo, evidencia-se que não só o Direito Penal tolera presunções como admite raciocínios presuntivos insertos nos resultados interpretativos. E, até onde se sabe, sempre aceitou, mesmo no primado do princípio inquisitivo, com a “verdade real” em plena força e resplandecência. Afinal, também é acreditar no que *normalmente acontece* concluir que uma confissão sob tortura é uma verdade insofismável.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discutir o jargão jurídico aqui abordado, no sentido aqui examinado, trouxe a possibilidade de algumas reflexões interessantes sobre as obviedades que prometemos abordar aqui. A primeira é a impossibilidade de aceitação da verdade real como princípio norteador da prova em um Estado Democrático de Direito e a sua substituição pela *verossimilhança significativa* em todos os corolários apresentados. Não é nenhuma vergonha vislumbrar as limitações inerentes à natureza humana, mesmo quando no exercício do poder. Por este motivo que, mais do que um princípio unificador da prova, a *verossimilhança significativa* traz em si uma ética da decisão judicial sobre a qual é interessante pensar.

A segunda reflexão é que, evidenciada tolerância do Direito Penal a presunções<sup>23</sup> quando da demonstração (persuasão) da presença do dolo por parte da

---

<sup>23</sup> Evidente que não é nenhuma novidade tais conclusões. Warat, por exemplo, tratou do problema também do ponto de vista semiótico sob a rubrica *análise retórica dos fatos*: "Uma exposição sobre os fatos está sempre vinculada a um juízo de valor. Decidir, por exemplo, se determinada ação caracteriza um delito autônomo ou um delito-meio ou de dado comportamento pode ser interpretado como signo de honestidade, não depende de uma verificação empírica: antes, está determinado por uma decisão valorativa. Assim, quando se afirma que se comprovou a desonestidade da vítima porque existe prova nos autos de que voltava tarde da noite para casa, está-se introduzindo, em nome da prova dos fatos, o valor 'voltar cedo para casa' como nota definitiva da honestidade. Percebe-se, então, que a valoração dos fatos ocorre sob a máscara de uma comprovação empírica, que permite a inclusão posterior desta suposta verificação como característica definitiva do termo posto em discussão. Ora, via de regra, os juízos de valor apresentam-se como afirmações sobre fatos. Consequentemente, os desacordos sobre os juízos de valor relativos aos fatos apresentam-se como mero desacordo sobre os mesmos. Quando um juiz entende que um conjunto de fatos configura uma situação normativa típica, alega sua comprovação empírica valorando os mesmos e argumentando sobre a possibilidade de valorá-los de outra forma. Retoricamente, pois, para solucionar um problema ideológico, apelando à coisificação de seu juízo de valor, apresenta o juiz suas valorações como dados susceptíveis de uma apreciação empírica. Neste jogo, os fatos adquirem as propriedades descritivas convencionadas para os termos técnicos a que se recorre para interpretá-los, configurando-se um velado processo redefinitório. Lembre-se, enfim, que nas práticas judiciais, muitas vezes não existe qualquer desacordo sobre os fatos. Situações ocorrem onde todos os protagonistas do conflito social aceitam a existência dos mesmos fatos. Mas tal circunstância, por si só, não determina a superação do conflito. É que pode subsistir um desacordo relativamente ao modo pelo qual esses fatos são valorados. Ocorreria, assim, um desacordo sobre as consequências que se depreende destes fatos. Charles Estevenson chama aos aludidos desacordos valorativos 'desacordo sobre atitudes' e reserva a expressão 'desacordo sobre as crenças' para referir os desacordos relativos aos fatos. Seguindo sua terminologia, podemos dizer que na apreciação da prova, existe muitas vezes, um mero desacordo sobre atitudes".

sentença condenatória, inclusive no âmbito da tradição. Isso significa que, assim como qualquer princípio, a presunção de inocência é relativizada. Pode-se hipotetizar, na linha de Gonçalves (2002), que tal relativização se dá em prol de determinadas “seleções” de clientelas a serem “servidas” ou “ignoradas” pelo sistema punitivo, ou seja, as presunções são utilizadas no processo interpretativo do dolo com “vontade juridicizante” ou com “vontade imunizante”, e transparecem políticas criminais específicas. Se tais políticas criminais são desejáveis ou não em um país com grande necessidade de justiça social é um assunto que necessita ser discutido. Não é a presença das presunções em si no Direito Penal que se torna a problemática mais sensível, mas sim sobre que seres humanos elas recaem, de modo que minha consequente indagação é sobre a quem serve o Direito Penal e, talvez, a quem ele deveria servir.

Ao chegar ao final deste artigo, cumprimos o que prometemos inicialmente: não escrevemos nada que não fosse uma obviedade atrás da outra. Nossa esperança é de que tenhamos tratado estas obviedades com algum rigor teórico apto a colocá-la em cheque enquanto obviedade e problematizar sobre o senso comum teórico e, assim, contribuído, nem que seja em um mínimo, no aperfeiçoamento da dogmática penal, que, pensamos, tem muito a aprender com outras áreas do conhecimento, principalmente as ligadas ao estudo da linguagem, uma vez que poucos fenômenos são tão manifestos no terreno da linguagem quanto o Direito.

O importante, cremos, na verdade, não é necessariamente o quão óbvio pode ser um assunto específico, mas o quanto toleramos estas obviedades e, naturalmente, reproduzimos, sem perceber, padrões dominantes de atuação, estigmatização, segregação e seleção, e o quanto esta atitude pode levar cada vez mais a uma desagregação ético-social. Isto é uma advertência que nos fazemos e queremos continuar fazendo como profissionais do Direito, uma vez que todos nós profissionais do Direito lidamos diretamente com o poder (ou somos delegatários de parcela dele). Não podemos nos dar a luxo de não o levarmos a sério (em parte plagiando, sem efetivamente querê-lo, Dworkin), principalmente na zona de guerra sócio-político-ideológica que é o Direito Penal. E isto passa em não nos acomodarmos em nossas *obviedades*.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Luiz Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição Alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Thomaz, São Paulo: Bertrand Brasil, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. *Búsqueda de la Verdad em el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.

ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Os Limites da Interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GONÇALVES, Marcus Fabiano, ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Fundamentação Ética e Hermenêutica: Alternativas para o Direito*. Santa Catarina: CESUSC, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo, Parte I*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005

KHALED JR., Salah H.. *Ambição de Verdade No Processo Penal. Desconstrução Hermenêutica do Mito da Verdade Real*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Rui Cunha.. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MITTERMAYER, C. J. A.. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Alberto Antônio Soares. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1871.

MENDES, Gilmar. *Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. Revista Jurídica Virtual/Presidência da República nº 14, Julho/2000.

MITTERMAYER, C. J. A.. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Alberto Antônio Soares. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1871.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Lealdade Processual: Elemento da Garantia de Ampla Defesa em um Processo Penal Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da. *O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau*. In. PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo. *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STEIN, Ernildo. *Aproximações Sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

TARSKI, Alfred. *A Concepção Semântica da Verdade*. São Paulo: Unesp, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal 11ª Ed.* São Paulo: Saraiva, 2008.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito, Vol. I: Interpretação da Lei. Temas para uma Reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (EDJF2R) – Disponível em < <http://dje.trf2.gov.br/DJE/Paginas/Externas/inicial.aspx>>. [Acesso em 16.mar.2012]