

**A BUSCA DA VERDADE PROCESSUAL E A DESLEGITIMAÇÃO DA DECISÃO PENAL PELA IDEOLOGIA E RETÓRICA DO JULGADOR****THE SEARCH FOR THE TRUE TRUTH AND THE DISREGITIMATION OF THE CRIMINAL DECISION BY THE IDEOLOGY AND RHETORIC OF THE JUDGER**Muriel Amaral Jacob<sup>1</sup>  
João Porto Silvério Junior<sup>2</sup>**RESUMO**

A verdade é um problema constantemente trabalhado pelos processualistas, especialmente no que respeita à possibilidade de sua obtenção por meio de procedimentos legalmente previstos, com o respeito às garantias fundamentais do réu. O objetivo do presente trabalho foi estudar a verdade processual aproximativa, obtida por intermédio das provas, e o seu sistema de valoração pelo juiz, qual seja o livre convencimento motivado, analisando a teoria da decisão judicial, noções de ideologia e a relação entre as crenças pessoais do magistrado e o modo pelo qual poder-se-ia obter uma sentença solipsista e distanciada do Direito. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, de cariz qualitativo, utilizando-se, na escrita, o procedimento dedutivo. Como resultado observou-se que o sistema processual penal permite a possibilidade de tangenciamento da verdade pelo julgador com a substituição da devida argumentação jurídica e o critério lógico de fundamentação da decisão como demonstração do resultado da prova produzida no devido processo legal, pela mera retórica, talvez visando adequar um conjunto de evidências juridicamente frágeis à justificação de uma decisão penal.

**Palavras-chave:** Verdade. Direito Processual Penal. Argumentação. Retórica. Ideologia.

**ABSTRACT**

Truth is a problem constantly worked by proceduralists, especially as regards the possibility of obtaining them by means of legally established procedures, with respect to the fundamental guarantees of the defendant. The objective of the present study was to study the approximate procedural truth obtained through evidence, and its system of evaluation by the judge, which is the free convincing motivated, analyzing the judicial decision theory, notions of ideology and the relationship between beliefs of the magistrate and the way in which a solipsistic sentence could be obtained and distanced from the law. The methodology used was the bibliographical

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP. Foi Bolsista CAPES. Mestre em Direito pela UNIVEM - Marília/SP. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Universidade de Rio Verde – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3937-8161> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9420157848302360> E-mail: [murielamaraljacob@gmail.com](mailto:murielamaraljacob@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutor em Direito Processual pela PUC-MG e UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE. Promotor de Justiça no Estado de Goiás. Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da UniRV. Universidade de Rio Verde - MP/GO – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0633-9318> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8323553235935271> E-mail: [portosilverio@uol.com.br](mailto:portosilverio@uol.com.br)

research, of qualitative character, using, in writing, the deductive procedure. As a result, it was observed that the criminal procedural system allows the possibility of tangency of the truth by the judge with the substitution of due legal argumentation and the logical criterion of the reasoning of the decision as demonstration of the result of the proof produced in the due process, by the mere rhetoric, perhaps in order to adapt a set of legally fragile evidence to the justification of a criminal decision.

**Keywords:** Truth. Criminal Procedural Law. Argumentation. Rhetoric. Ideology.

## INTRODUÇÃO

No direito processual penal a questão relacionada à verdade constitui um dos principais problemas e, por isso, tem recebido tanta atenção por parte dos estudiosos, especialmente no tocante à necessidade de sua obtenção por intermédio dos procedimentos legalmente previstos, mediante o respeito às garantias fundamentais do acusado.

A procura pela verdade dos fatos sobre determinado acontecimento delituoso é de ímpar importância para a verificação da responsabilidade do agente e a consequente imposição de uma sanção penal. Trata-se do núcleo do processo penal, considerando que é através dessa técnica que se reconstrói historicamente o ato criminoso.

Sendo assim, para que se possa alcançar uma decisão justa no processo penal, é necessária a colheita de todos os elementos hábeis, aptos a demonstrar e recriar determinado fato delituoso cometido no passado, sem interferências externas e da forma mais ampla possível. Essa busca precisa respeitar os limites legais e constitucionais, de modo que se possa tentar procurar a verdade no processo, evitando arbitrariedades e o decisionismo penal.

Nesse sentido, o objetivo do presente ensaio foi o estudo da verdade processual aproximativa, obtida por intermédio das provas, e o seu sistema de valoração pelo juiz, qual seja o livre convencimento motivado. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, de cariz qualitativo, utilizando-se, na escrita, o procedimento dedutivo.

Partiu-se, para tanto, da problemática relativa ao tangenciamento da verdade pelo julgador que substitui a devida argumentação jurídica e o critério lógico de fundamentação da decisão como demonstração do resultado da prova produzida no devido processo legal, pela mera retórica, talvez visando adequar um conjunto de evidências juridicamente frágeis à justificação de uma decisão penal. Essa prática judicial ganha contornos mais trágicos quando se está diante de uma sentença condenatória.

Este trabalho foi dividido em três partes. Inicialmente, foi estudada a relação entre as provas, seu conceito e sua finalidade, assim como seu papel na reconstrução da verdade e o modo pelo qual o juiz pode valorá-las. Em seguida, foram abordadas as noções sobre lógica, argumentação e sobre a nova retórica de Perelman como instrumento legitimador de possível manipulação da verdade processual aproximativa pela verdade do julgador/intérprete.

Finalmente, utilizou-se as noções de ideologia e a relação entre as crenças pessoais do magistrado e o modo pelo qual poder-se-ia obter uma sentença solipsista e distanciada do Direito.

O presente escrito é justificado em decorrência da necessidade sempre presente de concretização das garantias fundamentais consagradas constitucionalmente, bem como do aprimoramento dos entendimentos concernentes aos mais fundamentais institutos jurídico-processuais, a exemplo da teoria da argumentação, da teoria da prova e da concepção acerca da verdade. Uma contribuição para o aprimoramento da teoria da decisão é o que se propõe a seguir.

## **1. PROVAS E SUA APRECIÇÃO PELO MAGISTRADO**

Ao se pensar em prova é impossível não imaginar a situação de alguém demonstrando a veracidade de um fato a outrem, como forma de convencimento. Esse é o sentido comum que o termo prova possui. “Em sentido jurídico, há quem empregue o vocábulo com o significado de atos e meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados” (FEITOZA, 2009, p. 688).

A necessidade da prova, de forma geral, se impõe dada a natureza humana, eis que condizente a determinado fato, a dúvida, é algo comum, tendo em vista que a ausência de conhecimento deste fato leva à negação da certeza. Neste sentido, a prova tem a finalidade de diminuir esta incerteza ou, ao menos, aumentar a probabilidade da existência deste fato, conforme narrado por alguém.

Destarte, ao observar o espírito humano, no que diz respeito ao conhecimento de um determinado fato, ele poderá se encontrar em três estados, a saber: ignorância, que é a ausência total de todo o conhecimento; credibilidade, no qual há uma igualdade de motivos para o conhecimento afirmativo; por fim, no estado de certeza, em que há um conhecimento afirmativo, triunfante (MALATESTA, 1996).

Daí a importância da prova para o processo penal. O objetivo primeiro é trazer ao processo penal a certeza sobre um caso penal em harmonia com a realidade fática, sobretudo para fins de condenação penal.

A finalidade da prova é tornar determinado fato conhecido do Juiz, persuadindo-o da sua existência. “As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 220). É, pois, instrumento probatório típico para desenvolver a convicção do julgador sobre a existência ou não de uma seguinte situação de fato.

Assim, “[...] prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos” (OLIVEIRA, 2008, p. 281).

Diz-se que a sentença penal, no Brasil, guia-se pela livre convicção ou pelo livre convencimento motivado, contexto no qual o juiz pode decidir de qualquer maneira, de conformidade com a sua convicção, desde que seja capaz de fundamentar sua decisão de acordo com a lei e com as provas carreadas aos autos.

Extrai-se essa definição do Art. 93, IX, da Constituição da República, que ordena a publicidade dos julgamentos e a fundamentação de todas as decisões (BRASIL, 1988), assim como do artigo 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que determina que o juiz formará sua convicção pela *livre apreciação da prova* produzida em contraditório.

Se se pretender, com o processo penal, uma aproximação à verdade, dado a impossibilidade de atingimento da verdade real, dentro das limitações humanas e jurídicas, a convicção se encontra muito além da necessidade de motivação da decisão. Aliás, a ausência de crítica a esse fundamento decisional determina o retorno ao *decisionismo* e à busca ingênua pela verdade real desprezando-se a necessária adequação da principiologia processual penal à Constituição e, em especial à filosofia da linguagem.

Corroborar-se, a partir dessa conceituação, a persistência da visão metafísica do processo, de sua concepção inquisitorial<sup>1</sup>, bem como da *visão meta-jurídica* do juiz como *divindade onisciente*. Há quem, todavia, estabeleça algumas limitações de ordem lógica a essa possibilidade.

Marques afirma que o juiz não tem *liberdade de apreciação* suficiente para atingir o arbítrio. O que esse “princípio” faz é, sim, libertar o juiz dos *critérios legais apriorísticos*, nos quais a lógica do legislador se impunha sobre opinião em concreto. Ainda há, porém, o

dever de decidir em conformidade com os ditames do bom senso, da lógica e da experiência (MARQUES, 1997).

Desse modo, o livre convencimento lógico e motivado não se confundiria com o julgamento por convicção íntima, vez que é o único aceito pelo processo penal. Note-se, que ao menos se pretende retirar a *arbitrariedade abstracta* da decisão penal, o que não a impediria em concreto, pois a decisão ainda é *discricionária*.

Tourinho Filho (2013) determina que, no referido sistema, não haveria o perigo de se cair no despotismo judicial, nem limitar os movimentos do juiz ao investigar à verdade, como acontece no sistema das provas legais, pois, por mais que admita um número amplo de provas, limita-se àqueles contidos no processo e às provas admitidas pelo direito.

Ocorre que, se é que se pode evitar o despotismo, a arbitrariedade ainda é uma possibilidade presente no sistema, já que não apenas a apreciação da prova é “livre”, mas, também, o é a motivação, que pode, por lógica, justificar qualquer “verdade” vislumbrada pelo julgador.

Isso porque a convicção decorre não apenas das provas, mas, também, do *conhecimento pessoal* do juiz, de suas impressões pessoais que, à vista destas, pode repelir qualquer prova. No mesmo sentido, não está legalmente obrigado a especificar os fundamentos de sua convicção (HARTMANN, 2003).

Como tentativa de diminuir essa subjetividade do julgador e buscar se aproximar de uma verdade mais objetiva, é necessário estabelecer como, dentro da filosofia e do direito processual, será possível obter esse resultado.

De início, essa aproximação não pode se dar em relação à “consciência” do julgador, mas, sim, no contexto do processo penal. Para que se aproxime da verdade como consenso, faz-se necessário que o processo penal assuma, de fato, um caráter dialético, caracterizado pela cooperação das partes, em detrimento do modelo adversarial criticado, v.g., por Taruffo (2016).

O processo dialético, ou seja, de estrutura aristotélica, preserva a contraditoriedade das relações humanas, que é “inerente ao ser das coisas”, presente em qualquer questão submetida ao Judiciário. A partir de uma ação, inicia-se o conhecimento sobre o objeto de uma pretensão, em relação ao qual o autor pretende submeter o interesse do réu ao seu (OLIVEIRA, SILVEIRA. 2009)

Aquele em face de quem se pede, deverá ser ouvido, em contraditório. Devido a vários motivos, a incerteza de uma pertinência à veracidade, a existência concreta de um conjunto de

elementos fáticos e jurídicos e a definição e delimitação dos direitos subjetivos em oposição, a certeza dependerá da *paridade simétrica* da posição processual dos envolvidos.

Há, portanto, um vínculo entre o processo judicial democrático e participativo e o propósito essencial do Estado de *facilitar a participação de todos nas decisões que os afetam*, pois, no processo, são tomadas decisões que afetam os direitos das pessoas. Por isso é que a participação deve ser facilitada, para que se possa cumprir e legitimar o Estado democrático (CANO JARAMILLO, 2003).

Argumentação, diálogo, sustentação e defesa de ideias, estão presentes no mundo social, que é concebido de forma participativa e democrática, e contribuem para a aproximação à verdade e à tomada das melhores decisões. No campo do direito tudo é discutido, debatido, e o que se pensa é controvertido (CANO JARAMILLO, 2003).

Ideias, valores, atitudes, projetos são discutidos, nem assumidos passivamente, mas, sim, resistidos de acordo com a visão de mundo de cada um. Advogados e funcionários públicos produzem textos argumentativos escritos ou orais, sujeitos à controvérsia. Assim, a prática legal não é estranha ao mundo da argumentação, da refutação e do diálogo (CANO JARAMILLO, 2003).

Esse princípio, então, se opõe ao contraditório e decorre da apreciação subjetiva do juiz, que deve demonstrar as razões de seu convencimento, de modo que os fatos e as provas submetidos ao seu juízo, se fossem submetidos à apreciação desinteressada de qualquer outra pessoa razoável, deveriam produzir a mesma convicção que produziram no julgador.

Equiparando-se o juiz ao *homem médio*, encerra-se, portanto, a sua *divindade* e, com ela, qualquer possibilidade de onisciência. Ocorre que a subjetividade do sistema acaba por retirar a sua dialeticidade, de modo que o contraditório perde sua materialidade já que, não necessariamente, influenciará na decisão.

Dentre os sistemas probatórios, considerados historicamente, é o sistema que menos dá margem a erros, pois, ao menos, impõe o dever de motivação ao juiz. Além disso, reduz-se a possibilidade de crítica social da decisão, por meio da satisfação do requisito da *sociabilidade da convicção*, que corresponde ao máximo de garantia da verdade declarada na sentença (ARANHA, 2004).

Não “escraviza”, pois, o juiz, pois não contraria a sua consciência, nem confere a ele uma “discrecionabilidade indomável” (ARANHA, 2004). De fato, o sistema do livre convencimento motivado demonstra vantagens diante dos seus antecessores, pois, efetivamente, diminui, mesmo que discretamente, a discrecionabilidade do juiz.

No mesmo sentido, favorece uma *aproximação à verdade*, pois não limita o julgador às provas prescritas pela lei. A discussão, todavia, não se esquivava da questão da verdade no processo penal, pois os efeitos desses sistemas afetam diretamente o grau de idoneidade do conhecimento judicial válido dentro dos limites do devido processo legal (OLIVEIRA. 2006).

A discussão diz respeito, também, ao juiz, no contexto do chamado devido processo penal, pois é necessário reduzir os riscos relacionados à interferência aprioristicamente condicionada, por força dos vícios funcionais e das funções e missões do processo judicial, referentes aos compromissos com o Estado de Direito (OLIVEIRA. 2006).

É evidente que o processo judicial tem que afirmar algum tipo de convicção em relação aos fatos e à norma fundamentadora de sua decisão, de modo que aquele que decide e aquele que está autorizado a decidir, em qualquer instância, afirmará um *tipo de verdade*, que pressupõe capacidade e autoridade para decidir sobre essa verdade.

O processo penal, todavia, é caracterizado pela *dialética da incerteza* e pela *potencialização da ampla defesa*. Há, porém, de se reconhecer a possibilidade de construção de um convencimento judicial válido sobre os fatos. Além disso, é evidente que, em algum momento, o juiz tem de decidir, com base nos fatos apresentados e por ele colhidos.

Até porque o processo não pode durar eternamente, de forma que, por mais que o julgador tenha de se esforçar na busca pela verdade, é necessário que, em algum ponto, possa-se dizer suficientemente convencido acerca da realidade pretérita apresentada no decorrer do processo.

Coutinho (2001) afirma que, a partir dessas determinações é possível compreender quão solitário e angustiante é o labor do juiz, que deve chegar à verdade por meio dos caminhos que escolher. O crime, nesse sentido, é *multifário*, mas o juiz deve *reconstruí-lo de maneira aceitável*, mediante a verificação de cada um de seus aspectos ou, ao menos, os principais.

A *lógica deformada* do sistema, porém, não o permite, pois privilegia o dedutivismo, permitindo ao inquisidor escolher a premissa maior, de modo que pode decidir antes e, só depois, buscar a prova necessária para justificar sua decisão. Trata-se do *primatto dell'ipotesi sui fatti*: partindo-se de uma premissa falsa, várias vezes assentada em um lugar comum, chega-se a uma conclusão falsa, transformada em *verdade constituída* (COUTINHO, 2001).

No sistema do livre convencimento motivado, exige-se do juiz a verdade “real”, de modo que ele, na sentença, corporificando o “padrão” de adequação perfeita à realidade que

dele se exige, decide acreditando que alcançou, de fato, a correspondência exata aos eventos pretéritos. Mas essa correlação, pela impossibilidade lógica da verdade material, é falaciosa.

Ainda se crê no modelo *solipsista-cartesiano*, no qual o juiz é o principal destinatário da prova e na necessidade de a instrução processual poder gerar a certeza da sentença. A verdade “real” e o juiz inquisidor presidente da instrução são usados como *álibi teórico* para justificar a busca de elementos de convicção pelo juiz e como *argumento performático* na motivação da decisão, sem coerência, integridade, ou necessidade de fundamento jurídico (STRECK, 2017).

Dessa forma, a verdade real “existe” concomitante ao livre convencimento. É, todavia, impossível compatibilizá-los, pois, ou há verdade real nos fatos e elas são irrefutáveis, ou o convencimento é livre, possibilitando *deduções autônomas e racionais do que é verdadeiro* (STRECK, 2017).

O sistema inquisitório está intimamente ligado ao *esquema sujeito-objeto*, no qual o sujeito é senhor dos sentidos, que assujeita as coisas, o que resulta na produção de prova *ex officio* e da prevalência do “princípio” do “livre convencimento”. Se o convencimento for “livre”, mas não estiver balizado pela Constituição, retorna-se ao inquisitorialismo, pois o dever de fundamentar não resolve, isoladamente, o problema do livre convencimento (STRECK, 2017).

Não bastasse, não há indicador expresso de que o “livre convencimento” conste do Artigo 93, IX, da Constituição. Ao contrário, se todas as decisões devem ser fundamentadas, isso não quer dizer que qualquer fundamentação bastaria, pois *decisão não é sinônimo de escolha* (STRECK, 2017).

Assim, a decisão jurídica não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades, escolhe aquela que lhe parece mais adequada, pois a formação do convencimento do juiz refere-se a uma questão filosófica, representada pela discussão sobre as condições de possibilidade das quais o juiz dispõe para decidir.

À luz da *filosofia da linguagem*, é evidente que as teorias que se voltam à vontade do intérprete possibilitam discricionariedades e arbitrariedades. É paradigmática a discussão sobre a *tríade evolutiva* do conceito, entre o modelo da prova legal, da livre apreciação e do livre convencimento: se o primeiro estiver preso ao dedutivismo, os outros dois se vinculam ao *solipsismo do sujeito da modernidade* (STRECK, 2017).

Nada se construiu além do livre convencimento, como se a filosofia não pudesse adentrar o campo processual ou estivesse estacionada no paradigma da *filosofia da consciência*,

que é a *outra face da moeda do livre convencimento*. Assim, o livre convencimento *não é racional* porque *não está ancorado na razão*, mas, sim, *na vontade*.

Nesse sentido, não cabe ao juiz *explicar o que o convenceu*, mas, sim, *explicitar os motivos de sua compreensão*, oferecendo uma justificação, demonstrando como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso, ou seja, uma *resposta correta*, em um contexto de unidade, integridade e coerência sobre o Direito da Comunidade Política (STRECK, 2017).

Talvez, nesse ponto, passa-se falar, efetivamente, em *livre convencimento motivado*: não na liberdade ampla de decidir, em um discricionarismo minimamente regrado, mas, sim, na possibilidade de apreciar as provas, complementar a instrução e decidir em qual momento estaria suficientemente convencido acerca de uma realidade passada, de modo que a obrigatória motivação deve servir, também, para determinar *o quão próximo pôde chegar da verdade*.

Nessa linha de raciocínio um fraco sistema probatório (amplo, ambíguo, dotado de grande abstração) e onde as provas são produzidas por sujeitos (peritos, testemunhas, etc.) falíveis<sup>II</sup>, possibilita diversas brechas que podem, indevidamente, ser utilizadas pelos sujeitos processuais<sup>III</sup>, de maneira mais preocupante, pelo juiz, sujeito imparcial e com maior grau de isenção.

Não se pode admitir, em nome da *ineficácia relativa* do sistema processual penal, se procure transformar o processo em um instrumento de combate aos índices de criminalidade e mascarar a *realidade dos fatos*, postergando valores éticos e humanitários indelevelmente incorporados à nossa civilização. Se o Estado Democrático de Direito determina limitações da atuação do Estado, assim como a subordinação da política ao Direito, é impossível que o processo penal possa ser usado como forma de contenção da criminalidade.

O processo penal deve se voltar à preservação das garantias fundamentais do acusado, pois não é apenas um veículo legítimo do direito estatal de punir. Ora, o direito processual penal se insere no Direito Público, movendo-se pela legalidade, não pela autonomia da vontade, não podendo se desvencilhar dos limites jurídicos que lhe são impostos pela Constituição e pela lei.

Isso porque sua verdadeira e legítima função é a de *limitação do arbítrio*. Por essa razão, necessário, portanto, continuar o aprofundamento da problemática, inclusive, a partir do contexto da argumentação jurídica.

---

## 2 - ARGUMENTAÇÃO, LÓGICA E A NOVA RETÓRICA DE PERELMAN

Saindo em busca de uma nova *lógica de valores*, Perelman (1998) retoma a antiga retórica de Aristóteles, “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” (SPAREMBERGER, TREMÉA. 2007, p. 130).

A análise principal da nova retórica, análoga à antiga, é a “distinção estabelecida por Aristóteles entre raciocínio analítico e raciocínio dialético” (SPAREMBERGER, TREMÉA. 2007, p. 130). O primeiro relaciona-se à verdade e a lógica, enquanto a segunda parte da dialeticidade das premissas verossímeis construídas e aceitas pelos interlocutores, visando provocar e criar outras teses<sup>IV</sup>.

Assim a nova retórica relaciona-se a auditório e destina-se a qualquer um. Para Perelman, “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” (SPAREMBERGER, TREMÉA. 2007, p. 131).

De acordo com Perelman, o fato de o direito não menosprezar a segurança jurídica e dever evitar a subjetividade e a arbitrariedade, resulta do fato de constituir um empreendimento público, que o impede de identificar, pura e simplesmente, o que é justo, segundo o direito, *com o que parece justo* a um indivíduo.

Todos os litígios cuja solução dependem de uma questão de direito, põem em oposição adversários que defendem teses diametralmente opostas. Assim, a afirmação de que uma tese jurídica é preferível supõe a existência de uma ordem jurídica, pois, de outro modo, seria impossível motivar, validamente, o dispositivo da sentença.

O raciocínio jurídico não pode ser reduzido a uma mera dedução silogística, cuja conclusão se imponha forçosamente, mesmo que pareça desarrazoada. Não pode se referir, todavia, à simples busca de solução equitativa (*ars aequi*), que poderá ou não ser inserida na ordem jurídica em vigor (PERELMAN. 1998).

Nesse mesmo contexto, o juiz deixaria de ser *atado pelo legislador*, o que poderia suprimir a distinção tradicional entre o justo *de lege lata* e o justo *de lege ferenda*. A tarefa que ao juiz se impõe é a busca de uma síntese que leve em conta o valor da solução e sua conformidade ao direito. A retórica visa persuadir por meio do discurso (PERELMAN. 1998).

Ocorre que o recurso à experiência, para a *obtenção da adesão a uma afirmação* não se trata, propriamente, de retórica. Desse modo, a experiência, sem um acordo prévio sobre o sentido das palavras utilizadas no enunciado, é insuficiente para a obtenção da adesão ao enunciado relacionado a um fato (PERELMAN. 1998).

A prova *demonstrativa*, ao ser analisada por meio dos mecanismos da lógica formal, demonstra ser mais persuasiva, convincente, desde que se admita a verdade das premissas de que parte. A validade de uma demonstração só garante a verdade da conclusão se se reconhecer a verdade das premissas (PERELMAN. 1998).

Na adesão a uma tese ou a um valor, sua intensidade pode ser aumentada, pois é impossível saber com qual tese ou qual valor ela poderia competir em caso de incompatibilidade. A retórica se relaciona mais à adesão do que com a verdade: as verdades são impessoais, pois o fato de serem reconhecidas ou não em nada muda seu estatuto.

A adesão refere-se a um ou mais espíritos aos quais se dirige, ou seja, um auditório. A noção de *auditório* é central na retórica, pois um discurso somente pode ser eficaz se for adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer. A argumentação, todavia, pode dirigir-se a auditórios diversos, pois não se limita ao exame das técnicas do discurso público (PERELMAN. 1998).

Volta-se, sim, a uma *multidão não especializada*. Interessará, igualmente, pela arte de defender uma tese e de atacar a do adversário em uma controvérsia. Aquilo que se opõe ao verdadeiro só pode ser falso, de modo que aquilo que é verdadeiro ou falso, para alguns, deveria sê-lo para todos (PERELMAN. 1998).

Os argumentos fornecidos pró e contra uma tese têm maior ou menor força e fazem variar a intensidade da adesão de um auditório. Assim, as técnicas de argumentação visam, reforçar ou enfraquecer a adesão a outras teses ou a suscitar a adesão a teses novas, que podem resultar da reiteração e da adaptação das teses primitivas (PERELMAN. 1998).

As teses retóricas são formuladas em uma linguagem particular, de uma comunidade cultural ou profissional, elaborada na história de uma cultura ou no desenvolvimento de uma disciplina, relacionando-se, muitas vezes a questões ideológicas, que serão abordadas mais adiante. O raciocínio judiciário será diferente se o conflito judicial se referir a questões de fato ou de direito, embora seja difícil separá-las totalmente (PERELMAN. 1998).

Se disserem respeito ao estabelecimento dos fatos, embora o ônus da prova seja regulamentado por presunções, a prova, em todos os processos penais e na maior parte das questões cíveis, é livre, e a argumentação determinará a *íntima convicção do juiz*. Ocorre que o

estudo científico da prova judicial e a introdução de técnicas laboratoriais demonstraram a fragilidade dos depoimentos e o valor dos indícios, a exemplo das impressões digitais.

Depoimentos, indícios e presunções não conduzem a uma certeza absoluta. Ocorre que somente é necessário que a convicção dos juízes seja suficiente para afastar qualquer dúvida razoável. Nada impede, então, que o raciocínio judiciário seja apresentado sob a forma de um silogismo, mas tal forma não garante o valor da conclusão (PERELMAN. 1998).

Se a conclusão é *socialmente inaceitável*, isso ocorre porque as premissas foram aceitas levemente: todo o debate judiciário e toda a lógica jurídica concernem tão somente à escolha das premissas que forem mais bem motivadas e que, ao mesmo tempo, suscitem menos objeções.

Assim, não é possível desprezar a importância da argumentação<sup>V</sup>, mesmo no processo penal, caracterizado pela necessidade de respeito às garantias daqueles aos quais são imputados fatos puníveis. Faz-se necessário, porém, diferenciar a argumentação processual da retórica, tendo em vista suas possibilidades de *falsear a verdade*, intrínsecas às suas técnicas.

A um porque a prova não é nem o fato nem sua reprodução. É, sim, um meio pelo qual são externados os significados que promovem uma “possibilidade de conhecimento” ao juiz ou outro sujeito processual. Daí porque o termo *meio de prova* é mais adequado.

Uma vez produzida a prova, do processo constará seu substrato. Após, ao valorá-la, o julgador encontrará o *sentido da prova*, que corresponde àquilo que ela comunica e revela ao mundo jurídico. Trata-se de uma tarefa interpretativa, privativa do juiz. Às partes cabe argumentar, de modo a convencer o juízo sobre o *melhor significado da prova*.

Após essa valoração, com embasamento nos significados a ele apresentados, o juiz definirá os fatos que entender demonstrados, que serão chamados de *elementos de prova*, com base nos quais formará sua convicção sobre a procedência ou não da pretensão deduzida em juízo.

No contexto processual, a questão probatória adentra a argumentação, passando a dela fazer parte. É no âmbito da argumentação que se começa a demonstrar os aspectos dialéticos da matéria probatória, já que é, também, por intermédio dos argumentos das partes opostas, que as provas adentrarão a esfera de conhecimento do julgador.

Seguindo na linha de raciocínio de Perelman, Rodriguez (2005) aponta que no processo, é necessário que uma das teses esteja errada, pois duas verdades opostas não coexistem. Assim, uma conduta é ou não é contrária à lei, pois *não pode ser meio contrária à lei*. É possível,

todavia, que uma conduta seja permitida por uma norma jurídica e proibida por outra. Nesse caso, o conflito não seria fático, mas, sim, jurídico.

Se o juiz pusesse duas teses opostas como verdadeiras, seu julgamento seria inócuo. Assim, deve apontar a verdade de apenas uma delas, que será a vencedora. Ocorre que, mesmo que duas verdades opostas não possam coexistir, a existência de duas argumentações opostas não significa, necessariamente, que uma delas seja correta ou incorreta.

Quem argumenta não trabalha com a exatidão numérica, de modo que se afasta dos binômios verdadeiro/falso ou sim/não, pois trabalha com a aparência de verdade, com a probabilidade, de modo que surge a possibilidade de argumentos combinados comporem teses diversas, sem que seja possível dizer que uma delas esteja certa ou errada (RODRÍGUEZ. 2005).

Apenas é possível se afirmar que uma delas seja mais ou menos convincente. Já que o processo não matemático, mas, sim, humano, não existe uma conclusão única, pois *acusação e defesa estão, ao mesmo tempo, certas e erradas*, de modo que o argumento, antes de ser um modo de comprovação da verdade, é somente um elemento linguístico destinado à persuasão.

O argumento é um elemento linguístico porque se exterioriza por meio da linguagem, de modo que está inserido em um processo comunicativo, que deve ser o mais eficiente possível. Assim, o argumento é destinado à persuasão, pois procura fazer com que o leitor creia nas premissas e na conclusão daquele que argumenta (RODRÍGUEZ. 2005).

Ao contrário da lógica formal, a argumentação permite conclusões controvertidas, pois aquela se move no terreno da necessidade, de modo que, em um raciocínio demonstrativo ou lógico-dedutivo, importa que a passagem de uma premissa para a conclusão seja determinada. A argumentação, porém, move-se na mera probabilidade (RODRÍGUEZ. 2005).

Não há demonstração de *provas evidentes*, de forma que é possível chegar a conclusões controvertidas de acordo com o avanço dos raciocínios retóricos, que caminham por trilhas distintas. Nenhuma conclusão é absolutamente verdadeira, mesmo que o orador a anuncie como verdade ímpar ou único raciocínio aceito (RODRÍGUEZ. 2005).

O jurista está acostumado ao discurso da fundamentação, no qual as partes explicam suas próprias conclusões. O discurso nunca aparece *puro*. Assim, não é raro que até mesmo em uma tese dotada da mais objetiva cientificidade ou em uma decisão fundamentada e imparcial, encontrem-se elementos linguísticos que se voltem mais à persuasão do que à demonstração.

Aquele que defende um ponto de vista buscando a adesão do leitor não pode fazê-lo como se construísse uma fundamentação. O argumentante explica seu próprio motivo de

convencimento. Pode, até mesmo, afastar-se dele se se preocupar em conseguir a adesão daquele a quem a sua argumentação se dirige (RODRÍGUEZ. 2005).

É impossível haver um único caminho correto no contexto da argumentação, nem mesmo uma verdade absoluta no Direito; deve haver, sim razoabilidade e força argumentativa-demonstrativa. A partir das falas dos participantes, o juiz poderá, então, *aproximando-se da verdade* acerca da realidade pretérita, demonstrar a *certeza acerca da (in)ocorrência de um fato punível*.

Apesar de o convencimento ocorrer no contexto de uma arena argumentativa, que é o processo judicial, as impressões do julgador devem se colocar, no contexto probatório, com um mínimo de objetividade, de modo que não se pode admitir uma discricionariedade ampla na apreciação e valoração das provas. Nesse campo, além da subjetividade do julgador, cresce a possibilidade da utilização de ideologias para legitimar decisões penais.

### 3. IDEOLOGIA E RETÓRICA – COMO DESLEGITIMAR DECISÕES PENAIS

Colocando a argumentação retórica como a forma pela qual o magistrado pode convencer os jurisdicionados (auditório) e obter como resultado uma decisão penal discricionária, fundada em subjetividades, preconceções e ideologia, faz-se necessário abordar a relação entre as crenças pessoais do legislador e o modo pelo qual pode-se obter uma sentença solipsista e distanciada do Direito.

Conforme já mencionado neste ensaio, inegáveis são as dificuldades que o julgador encontra no decurso do processo para julgar, como manipulações (oposto de argumento dialético) pelos sujeitos do processo, falhas no sistema probatório, imprecisão e manipulação de provas por peritos, testemunhas, falta de efetivo e tecnologia disponível para investigação criminal em sede policial. Aqui não se defende que o processo consiga atingir uma verdade real, como reconstrução da realidade pretérita tal como ocorrera o fato, mas a verdade processual, validamente atingível dentre os mecanismos processuais previstos na legislação. A observância do devido processo legal é uma garantia do cidadão e deve ser respeitada.

O que não se pode admitir é a utilização da teoria da linguagem e interpretação para manipular a verdade, dada a possibilidade de interpretação da norma.

É dever do julgador construir o seu conhecimento a partir de provas e argumentos que constem do sistema jurídico. Essa atitude é um pressuposto no que concerne à mandatária imparcialidade do juiz. É evidente que nenhum intérprete é, todavia, capaz de se despir de suas

ideias, de sua história e de seus conhecimentos prévios. Em outras palavras, ninguém é puramente neutro.

Ocorre que esses fatores não podem ser decisivos no concernente à aplicação da lei aos casos concretos, tendo em vista que o julgador tem de se ater aos fatos, que deve traduzir para o processo, portanto, sem a influência de qualquer ideologia.

Não se pretende aqui um estudo acerca do que seja ideologia, sua origem e abordagens filosóficas, mas apenas uma abordagem periférica a respeito do termo que será aqui empregado.

O termo ideologia originou-se como “a corrente filosófica que marca a transição do empirismo iluminista para o espiritualismo tradicionalista e que floresceu na primeira metade do séc. XIX.” (ABBAGNANO, p. 542, 2003). Teve como marco inicial a Revolução Francesa, onde diversos grupos políticos ganharam uma maior consistência, dentre eles, direita e esquerda, v.g. estabelecendo seus modos de organização social, distribuição de riqueza, e hegemonia de poder político. Percebe-se que até hoje estas ideias têm prevalecido na moderna filosofia política, de tal forma que ninguém pode negar que se vive num mundo de ideologias (WOLKMER, 1989, p. 91).

Para Coelho (2003) a ideologia se manifesta basicamente de duas maneiras. Primeiro como manifestação interna e o modo de se expressar o social; depois, como manifestação externa cristalizada em conjunto de ideias, crenças que levam a desenvolvimento de dogmas filosóficos, religiosos e até mesmo científicos.

Chauí, dispõe que uma das características fundamentais da ideologia é em tomar “as ideias como independentes da realidade histórica e social, de modo a fazer com que tais ideias expliquem aquela realidade, quando na verdade é essa realidade que torna compreensíveis as ideias elaboradas” (CHAUÍ, 1994, p. 10).

Trazendo essas ideias para filosofia da linguagem e argumentação, como foi dito, é dever do julgador construir o seu conhecimento a partir de provas e argumentos que constem do sistema jurídico. Até porque esse tipo de conhecimento não permite produzir conceitos nem recobrir o atual campo da semântica, exceto por analogia, que é apenas uma invasão ideológica da teoria linguística. A semântica, enquanto teoria das regiões deixadas do lado de fora do campo de aplicação dos conceitos e das práticas linguísticas, pressupõe uma mudança de terreno (HAROCHE, PÊCHEUX, HENRY. 2007).

A liberdade/determinação ou criatividade/sistema tem as propriedades circulares de um par ideológico, pois cada um dos termos opostos pressupõe o outro: a criatividade supõe a

existência de um sistema que lhe permita irromper e todo sistema resulta de uma criatividade anterior (HAROCHE, PÊCHEUX, HENRY. 2007).

As formações ideológicas necessitam de uma ou de várias formações discursivas interligadas, que determinam o que pode e deve ser dito, articulado sob a forma de um sermão, de uma exposição, etc., a partir de uma posição que ocorre em uma conjuntura determinada.

Não se trata apenas da natureza das palavras empregadas, mas, sobretudo, das construções nas quais essas palavras se combinam, na medida em que determinam uma significação que as tomam: as palavras mudam de sentido de acordo com as posições ocupadas por aqueles que as empregam, ao passar de uma formação discursiva para a outra (HAROCHE, PÊCHEUX, HENRY. 2007).

Assim, dada uma formação social a um momento determinado de sua história, ela se caracteriza, por meio do modo de produção que a domina e por um estado ditado pela relação entre classes que a compõem, expressas por intermédio da hierarquia das práticas das quais esse modo de produção necessita (HAROCHE, PÊCHEUX, HENRY. 2007).

A essas relações correspondem posições políticas e ideológicas, que não constituem indivíduos, mas que se organizam em formações que mantêm entre si uma relação de antagonismo, de alienação ou de dominação (HAROCHE, PÊCHEUX, HENRY. 2007).

A formação ideológica, então, é um elemento que pode intervir na conjuntura de concepções caracterizadora de uma formação social em um determinado momento, de modo que é um complexo de atitudes e representações que não são nem individuais nem universais, mas que se relacionam a posições de classes em conflito entre si (HAROCHE, PÊCHEUX, HENRY. 2007).

Demonstra-se, assim, que a ideologia é capaz de influenciar a linguagem. Trata-se, porém, no contexto da argumentação jurídica, de algo determinante quanto à imparcialidade do julgador, já que, ao ser permeada no processo, pode ser capaz de redimensionar o discurso, ou até mesmo contaminá-lo, inclusive, como fator decisivo para a condenação ou para a absolvição.

Considerando o estado da arte político/jurídico do Brasil tem-se observado, nos últimos anos, o crescimento de diversas posições ideológicas. Politicamente, o governo atual intitulado de “direita” tem discursos contundentes de combate à corrupção e criminalidade. De outra banda, anteriormente, os governos esquerdistas tiveram um discurso social inclusivo de minorias, pobres e criminosos e de proteção de direitos.

Nesse campo tormentoso é notável a possibilidade de influência do ideário de “combate” à corrupção e criminalidade por intermédio da aplicação de penas privativas de liberdade a agentes públicos acusados de se apropriarem de verbas públicas e de sujeitos que praticam crimes graves e violentos, como por exemplo, o feminicídio. Nesta senda surge o poder do discurso do armamento e a possibilidade dos indivíduos se defenderem de agressões e crimes. Assim como, pelos seguidores do posicionamento de governos esquerdistas, uma flexibilização e maior “camaradagem” no enfrentamento de questões como corrupção e punição dos agentes públicos; política de desarmamento severa e de proteção de minorias e direitos dos presos, dentre diversos outros.

Por mais que a legislação penal regulamente tais questões e determine punições e isenções, ideologias não podem ser capazes de influenciarem o processo argumentativo, sob pena de sua conversão em mera retórica.

Questões importantes como o feminicídio, corrupção, direito de minorias, armamento ou desarmamento não podem legitimar sentenças penais (condenatórias ou absolutórias) que se voltem à tais fins e que não seja somente a aplicação da própria norma, ainda que muitas vezes dotada de abstração que pode levar o julgador ao fértil campo da criação do direito. A ideologia do juiz é a aplicação da Lei e sua interpretação por critérios normativos e balizas constitucionais. O viés ideológico só tem lugar no sistema jurídico quando da criação da norma por outro poder constituído.

Não menos importante que o reconhecimento do Estado de Direito como ideal político é o reconhecimento do Direito como campo da argumentação, um ambiente em que a retórica se desenvolve com toda a sua elegância e persuasão, mas, às vezes, também, dúbia arte. A retórica, então, pode voltar-se contra si mesma (MACCORMICK, 2008), sobretudo porque, como toda técnica, possui o dom da ambivalência.

O Direito é, essencialmente, uma disciplina argumentativa, de modo que, qualquer que seja a questão ou problema, colocado como um dilema jurídico, levará a uma solução ou resposta de acordo com uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito (MACCORMICK, 2008).

A argumentação jurídica deve ser reconhecida como um caso especial de raciocínio prático, pois necessita se conformar às condições de racionalidade e de razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de razão prática. Desse modo, “[...] o argumento será confinado à consideração daquilo que é racionalmente defensável” (MACCORMICK, p. 24, 2008)

A racionalidade da argumentação determina que, ainda que um dilema ou problema prático deva ser considerado a partir de seus próprios méritos, é necessário ter-se em mente que as proposições universais utilizadas não podem ser vistas como “compromissos isolados que somente nos vinculam àquele caso particular” (MACCORMICK, p. 30, 2008)

No contexto jurídico, porém, a coerência tem particular importância, sobretudo porque não se inicia uma discussão a partir de uma folha em branco, buscando alcançar uma conclusão razoável *a priori*. A solução precisa se fundar em alguma proposição que possa ser apresentada, com alguma credibilidade, como uma proposição jurídica, que deve ser, de alguma forma, coerente com outras proposições possíveis a partir das leis estabelecidas pelo Estado (MACCORMICK, 2008).

A ideia de Estado de Direito insiste no direito da defesa de questionar e rebater uma causa apresentada, pois “[...] não há segurança contra os governos arbitrários a não ser que esse questionamento seja livremente permitido” (MACCORMICK, p. 152, 2008)

A coerência narrativa se refere ao fluxo de eventos no tempo, de caráter diacrônico, replicando eventos que supostamente se imagina terem ocorrido em tempo real. Já a coerência normativa, é coerência “simultânea”, de caráter essencialmente sincrônico (MACCORMICK, 2008).

Assim, por mais que o julgador não possa abandonar sua história ou sua personalidade, a ideologia não pode ser capaz de influenciar a decisão jurídica. Especialmente, não deve impossibilitar o direito das partes de influenciarem, por meio de argumentos, no convencimento judicial, sob pena de restar comprometido o próprio Estado de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sentença penal, no Brasil, guia-se pela livre convicção ou pelo livre convencimento motivado, contexto no qual o juiz pode decidir de conformidade com a sua convicção, desde que seja capaz de motivar sua decisão de acordo com a lei e com as provas carreadas aos autos.

O processo deve *objetivar a certeza* por meio das provas, retirando da decisão a subjetividade imanente ao juiz, reaproximando-a da verdade. A certeza, todavia, não é um problema de subsunção, pois o raciocínio silogístico reduziria a atividade jurisdicional à mera aplicação da lei.

Deve-se partir, assim, do *pressuposto da busca da verdade* enquanto aspecto essencial à formação da convicção judicial. Desse modo, *a verdade em um processo é uma verdade aproximativa*, tornando o embasamento do convencimento judicial nas provas indispensável.

A *verdade processual* relaciona-se a uma *certeza jurídica*, não à certeza da realidade pretérita. O juiz *nunca saberá o que de fato ocorreu*, de modo que não chegará à verdade, somente à *justificação*, em uma decisão *embasada na certeza objetiva*, caracterizada pelo *exaurimento dos meios probatórios*.

A verdade é *aproximativa*, de modo que é possível dela extrair que uma tese é *mais plausível e preferível em relação às outras*, por ter maior *poder de explicação*, tendo passado por um controle mais apurado. Assim, para que seja válida, deve ser precedida de um processo dialógico de *construção da certeza*.

Essa aproximação não pode ocorrer na “consciência” do julgador, mas somente no contexto do processo que, para tanto, deve assumir um caráter dialógico, caracterizado pela cooperação entre as partes. O respeito ao contraditório garante dialogicidade ao processo e, conseqüentemente, uma aproximação maior à verdade.

No contexto processual, a questão probatória adentra a argumentação, passando a dela fazer parte. É no âmbito da argumentação que se começa a demonstrar os aspectos dialéticos da matéria probatória, já que é também por intermédio dos argumentos das partes opostas, que as provas adentrarão na esfera de conhecimento do julgador.

Assim, não é possível desprezar a importância da argumentação, mesmo no processo penal, caracterizado pela necessidade de respeito às garantias daqueles aos quais são imputados fatos puníveis. Para tanto utilizou-se da nova retórica de Perelman, fundada no raciocínio dialético Aristotélico como critério de justificação da decisão penal.

O argumento é um elemento linguístico porque se exterioriza por meio da linguagem, de modo que está inserido em um processo comunicativo, que deve ser o mais eficiente possível. Assim, o argumento é destinado à persuasão, pois procura fazer com que o leitor creia nas premissas e na conclusão daquele que argumenta.

A razão para o direito não menosprezar a segurança jurídica e dever evitar a subjetividade e a arbitrariedade, resulta do fato de constituir um empreendimento público, que o impede de identificar, pura e simplesmente, o que é justo, segundo o direito, *com o que parece justo* a um indivíduo.

Todos os litígios cuja solução dependem de uma questão de direito, põem em oposição adversários que defendem teses diametralmente opostas. Assim, a afirmação de que uma tese

jurídica é preferível supõe a existência de uma ordem jurídica, pois, de outro modo, seria impossível motivar, validamente, o dispositivo da sentença.

No entanto, a retórica se relaciona mais à adesão do que com a verdade: as verdades são impessoais, pois o fato de serem reconhecidas ou não em nada muda seu estatuto. A retórica visa persuadir por meio do discurso.

Nesse mesmo contexto, o juiz deixaria de ser *atado pelo legislador*, o que poderia suprimir a distinção tradicional entre o justo *de lege lata* e o justo *de lege ferenda*. A tarefa que ao juiz se impõe é a busca de uma síntese que leve em conta o valor da solução e sua conformidade ao direito. A retórica visa persuadir por meio do discurso

A adesão refere-se a um ou mais espíritos aos quais se dirige, ou seja, um auditório. A noção de *auditório* é central na retórica, pois um discurso somente pode ser eficaz se for adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer.

As teses retóricas são formuladas em uma linguagem particular, de uma comunidade cultural ou profissional, elaborada na história de uma cultura ou no desenvolvimento de uma disciplina, relacionando-se, muitas vezes a questões ideológicas.

Apesar de o convencimento ocorrer no contexto de uma arena argumentativa, que é o processo judicial, as impressões do julgador devem se colocar, no contexto probatório, com um mínimo de objetividade, de modo que não se pode admitir uma discricionariedade ampla na apreciação e valoração das provas.

Assim, observa-se que a ideologia é capaz de influenciar a linguagem e que afeta prejudicialmente a imparcialidade do julgador, já que, ao adentrar o processo, pode ser capaz de reconstruir o discurso, ou até mesmo de contaminá-lo como fator decisivo para a condenação ou para a absolvição.

Diferente de autores de matriz pós-positivista, que apostam em uma argumentação que respeita os limites institucionais do Estado Constitucional, o que se vê nas sentenças ideológico-retóricas é uma argumentação que, na linha de um Estado de Exceção, rompe os limites institucionalmente impostos pelas regras do processo penal.

Dirige-se à sociedade, apelando para uma argumentação meramente persuasiva, agradando a um auditório específico, correligionário de uma determinada ideologia, que por carência ou empatia necessita daquele discurso heroico.

Nesse sentido é possível ao magistrado fazer uma seleção das provas que mais julgar conveniente e, inclusive, se socorrer das mais frágeis para motivar sua decisão e construir uma

explicação robusta o suficiente a suprir esse fragilidade e seleção, descartando provas e argumentos contrários.

Essas sentenças se sustentam, puramente, em retórica, indo além dos limites do processo para conquistar o público pela força exclusiva da persuasão, não da legalidade. Trata-se, assim, de uma argumentação abusiva, que não condiz com os limites impostos pelo Estado Constitucional.

Observa-se, então, no estado da arte político jurídico no Brasil, o crescimento de decisões que contém uma cansativa retórica para preencher o vácuo da lógica e das provas relacionadas aos núcleos dos tipos.

Questões importantes como o feminicídio, corrupção, direito de minorias, armamento ou desarmamento, ainda que tenha fundamentos ideológicos, não podem legitimar sentenças penais (condenatórias ou absolutórias) que se voltem à tais fins e que não seja somente a aplicação da própria norma, ainda que muitas vezes dotada de abstração que pode levar o julgador ao fértil campo da criação do direito, onde pela argumentação utiliza da retórica para fazer valer a sua ideologia.

Demonstram-se, assim, evidências da possibilidade de que julgamentos possam ser fundamentados por questões ideológicas, que influenciem a linguagem da sentença, de modo a condenar/absolver réus com base em indícios/evidências ou na prova produzida que o juiz decidiu selecionar, tendo sido produzida, portanto, com base em mera retórica, não por meio da devida argumentação processual em busca da aproximação à verdade.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, em Mirabete, a carga probatória voltar-se-ia a produzir um “estado de certeza” na consciência do juiz, voltado à sua convicção sobre a (in)existência de um fato, da verdade ou falsidade de uma afirmação acerca de uma situação de fato. (MIRABETE, 2008, p. 256).

<sup>2</sup> “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” (SPAREMBERGER, TREMÉA. 2007, p. 141).

<sup>3</sup> “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 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, sua formação pessoal, sua ideologia, enfim, o que implica que isso seja feito de forma consciente ou premeditada” (1980, p. 71).

<sup>4</sup> “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” (BRETON E GHAUTIER, 2001, p.51)

<sup>5</sup> A teoria da argumentação, nesse mesmo contexto, é importante porque é a argumentação que será determinante para estabelecer a convicção do juiz, pois permitirá motivar uma decisão. Se a lógica é vinculada à verdade e à

---

maneira pela qual esta pode ser corretamente deduzida, “[...] a argumentação diz respeito à prática, às decisões e à maneira de justificá-las”. (PERELMAN, 1996, p. 514).

## REFERÊNCIAS

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

ARANHA, Adalberto José de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988., n.p.

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

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

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. La argumentación y el diálogo frente al principio de contradicción. **Derecho penal contemporáneo**, Bogotá, n. 3, p.131-161, abr./jun. 2003, p. 131-133.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. 38. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovas, 2001, p. 25-26.

DICIONÁRIO Aurélio de Português Online. Disponível em:  
<<https://dicionarioaurelio.com/ideologia>>. Acesso em: 22 Mar. 2019

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

HAROCHE, Claudine; PÊCHEUX, Michel; HENRY, Paul. A semântica e o corte saussuriano: língua, linguagem, discurso. In: BARONAS, Roberto Leiser. **Análise do discurso: apontamentos para uma história da noção-conceito de formação discursiva**. São Carlos: Pedro & João Editores, 2007, p. 15.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Porto Alegre, v. 39, p. 109-124, 2003, p. 110-111.

---

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1996. v. 1.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Campus/Elsevier, 2008, p. 19.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. v. 2. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 278.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 98-242.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O processo penal como dialética da incerteza**. Revista de Informação Legislativa, v. 183, p. 67-75, 2009, p. 68-69.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Cardoso de. (Org.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao Professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2006, p. 91-92.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica**: técnicas de persuasão e lógica informal. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 20-23

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. TREMÉA, Elizângela. **Teoria da argumentação jurídica**: uma análise da prova, da verdade e da sentença no processo penal. Ciências Sociais Aplicadas em Revista. v. 7 n. 13, p. 127-154, jul/dez. 2007.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Curso de processo penal**. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

**Trabalho recebido em 21 de agosto de 2019**

**Aceito em 21 de maio de 2020**