

# A Verdade, a Lógica Jurídica e a Argumentação na Questão da Prova

*Patrícia Schoerpf*

Advogada Tributarista, Concluinte da Escola Superior do Ministério Público e do Curso de Extensão em Direito do CEJUR, Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objeto a análise da verdade, da lógica jurídica e da argumentação, na questão da prova. A uma, a questão da verdade posta por CARNELUTTI e CALAMANDREI. A duas, a verdade na lógica criminal em MALATESTA. E, por fim, a lógica jurídica e a argumentação em PERELMAN.

**Palavras-chave:** Prova. Verdade. Fatos. Verossimilhança. Certeza. Lógica criminal. Argumentação.

**Abstract:** The object of this paper is the discussion of the analysis of the truth, the juridic logic and the argumentation on the matter of evidence. First, the analysis focuses the matter of the truth assumed by CARNELUTTI and CALAMANDREI. Second, the focal point is the truth on criminal logic postulated by MALATESTA. At last, the study aims the juridic logic and the argumentation assumed by PERELMAN.

**Key-words:** Evidence – truth – facts – verisimilitude – certainty – criminal logic – argumentation.

## SUMÁRIO

Considerações iniciais;

1. Conceito de prova;

2. A verdade na prova;

3. A verdade na lógica criminal em MALATESTA;

4. A lógica jurídica e a argumentação em PERELMAN;

Considerações finais;

Bibliografia.

## Considerações iniciais

O presente trabalho tem por objeto a análise da verdade, da lógica jurídica e da argumentação na questão da prova.

Primeiramente, discute-se acerca da acepção de *verdade*, colocada por vários autores, girando em torno das idéias principais de CARNELUTTI e CALAMANDREI. Enquanto CARNELUTTI prefere falar em *certeza* a falar em *verdade*, CALAMANDREI prefere falar em *juízo de verossimilhança* ou de *probabilidade*.

Em segundo lugar, discorre-se sobre a verdade na concepção da lógica criminal em MALATESTA. MALATESTA acredita que para se chegar a um entendimento da verdade deve-se considerar a *certeza*, a *credibilidade* e a *probabilidade*. Para ele, a *certeza* nem sempre corresponde à *verdade*, porque não passa de uma *crença na verdade*.

E, por último, relata-se a lógica jurídica e a argumentação, em PERELMAN. A importância, no raciocínio jurídico, da argumentação e de valores como *equidade* e *razoabilidade*, que devem ser levados em

consideração na aferição da prova e, por igual, no convencimento judicial.

## 1. Conceito de prova

A palavra *prova* comporta definições diversas, que variam conforme o entendimento dos doutrinadores pátrios, de acordo com o significado que cada um atribui à prova.

A prova, por uma de suas várias definições, é o meio ou instrumento de “convicção do juiz” sobre dada situação concreta. Presta-se à reconstituição dos fatos.<sup>1</sup>

O eminente processualista OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA confere à prova três sentidos diferentes:

“... No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade de sua afirmação. No segundo sentido, a palavra *prova* é empregada para significar, não mais a ação de provar, mas o próprio instrumento utilizado, ou o meio com que

a prova se faz. (...) Pode se empregar o mesmo vocábulo *prova* para significar o convencimento que se adquire a respeito da existência de um determinado fato.”<sup>2</sup>

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, em *Teoria geral do processo*, na seara do processo civil, definem a prova como sendo “(...) o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.<sup>3</sup>

Nesta mesma linha de entendimento, GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, na obra *As nulidades no processo penal*, fazem três acepções do termo *prova*: “(...) Em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os ‘meios de prova’”.<sup>4</sup>

Desta feita, conclui-se que o objeto da prova são os fatos, e a finalidade da prova consiste, justamente, na reconstrução de fatos pretéritos, para que se possibilite o deslinde do feito. Então, a prova é o meio ou instrumento que se

1. “O fato, neste diapasão, é *acontecimento histórico*, dado à luz por adequação ou inadequação ao jurídico. Como tal, traduz-se em uma verdade também histórica e, assim, reconhecível. O meio, sabe-se bem, de fazer – ou se tentar fazer – com que aporte no processo é a prova. Eis porque se diz que a prova é o meio que constitui a convicção do juiz sobre o caso concreto ou, também e no mesmo sentido, conjunto de elementos que formam a convicção do juiz, em que pese, sabermos todos, não ser só a verdadeira formadora do juízo. (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de FRANCESCO CARNELUTTI, para os operadores do Direito”. Síntese de parte da disciplina *Sistemas de Protección de los Derechos Humanos*, do Curso de Doutorado em *Derechos Humanos y Desarrollo*, da Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha, desenvolvido em jan.-fev./2000. Com modificações, o trabalho havia sido preparado para o painel ‘Direito e Psicanálise’, do Seminário Nacional “O Direito no III Milênio: Novos Direitos e Direitos Emergentes”, realizado na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, em Canoas, Rio Grande do Sul, de 12 a 15 de novembro de 1997, p. 06.)
2. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil (processo de conhecimento)*. 3. ed., Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 283-284.
3. CINTRA, A.C. et al. *Teoria geral do processo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 295.
4. GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 105.

presta ao convencimento do juiz para que ele possa chegar a uma solução a respeito de determinada lide.

## 2. A verdade na prova

Perquire-se, aqui, se através da prova é possível se atingir a verdade.

Para EDUARDO CAMBI, além das concepções teóricas, existe um critério pragmático para a questão da verdade. Dita concepção pragmática da verdade integra a dogmática positivista, sob a ótica da razão iluminista, em que a verdade prescinde da verificabilidade. Preocupa-se, assim, mais com a forma que passa a preponderar sobre o conteúdo, correndo-se, ainda mais, o risco de se fazer injustiça.<sup>5</sup>

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO retoma o assunto referente à prova, especialmente na seara do processo penal. Para isso, fez “Glosas ao texto ‘Verdade, dúvida e certeza’ de FRANCESCO CARNELUTTI”, com o intuito de permitir uma “nova visão” aos operadores do direito.

CARNELUTTI acreditou, inicialmente, que na busca da verdade material do processo obter-se-ia a verdade formal. O

que, mais tarde, se desmistificou, quando CARNELUTTI bem concluiu que “a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem”. Sendo assim, reconheceu que deveria ter partido na direção da descoberta da certeza do processo e não da verdade.<sup>6</sup>

Consoante os ensinamentos de CARNELUTTI, para se saber o que uma coisa é, é necessário saber, também, o que uma coisa não é:

“Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos apenas da parte, é necessário conhecer tanto o verso quanto o anverso: uma rosa é uma rosa, ensinava Francesco, porque não é alguma outra flor; isto quer dizer que para conhecer realmente a rosa, isto é, para atingir a verdade, impõe-se conhecer não apenas aquilo que ela é mas também o que ela não é. (...) Em suma, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. (...) Assim a minha estrada, começada com atribuir ao processo a busca da verdade, conduziu à substituição da verdade pela certeza.”<sup>7</sup>

Por importante, o Prof. JACINTO preceitua que não há como falar em processo sem se referir à verdade, à dúvida e à certeza.<sup>8</sup>

5. CAMBI, Eduardo. “Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista”. In *Revista de Processo*, nº 96, publicação oficial do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual, out./1999, p. 238-240. O iluminismo significa a luz que simboliza a razão. Tem na razão o critério de toda objetividade e verdade. O foco se desloca de Deus para a razão. Situou-se entre a Idade Moderna e a Idade Média.

6. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Op. cit.*, p. 03-04.

7. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. 5, tomo I, São Paulo: RT, 2000, p. 43-44.

8. “... Falar de processo, todavia, é, antes de tudo, falar de *atividade cognitiva*: a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (mais preciso seria dizer Poder, com o peso que o substantivo tem) de dizer o direito no caso concreto, com o escopo (da sua parte) pacificador, razão por que precisamos da *coisa julgada*.” (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Op. cit.*, p. 05-06)

Esclarece, por igual, que a verdade habita na totalidade e o homem médio não tem a percepção de todas as suas partes, visto que algumas delas são pontos cegos, imperceptíveis, embora existam:

“Com efeito, a *verdade* está no *todo*, mas ele não pode, pelo homem, ser apreensível, ao depois, a não ser por uma, ou algumas, das *partes* que o compõem. Seria, enquanto vislumbrável como figura geométrica, como um polígono, do qual só se pode receber à percepção algumas faces. Aquelas da sombra, que não aparecem, fazem parte – ou são integrantes – do *todo*, mas não são percebidas porque *não refletem no espelho da percepção*.”<sup>9</sup>

Por isso, para CARNELUTTI, a sua vez, deve se perseguir, processualmente, a certeza e não a verdade, não se afastando da idéia de verdade relativa. Muito pelo contrário, objetivando-a. Deve-se primar, portanto, pela busca da justiça, visto que a certeza deve servir à justiça e a lei como instrumental para que isso aconteça. O processo deve se traduzir em meio para a busca da justiça concreta.<sup>10</sup>

Impende ressaltar, aqui, o conceito de verdade relativa: “... como sendo o juízo re-

sultante do confronto da afirmação da ocorrência do fato, pelas partes, com a demonstração da sua ocorrência, pelo juiz, através das provas produzidas no processo”.<sup>11</sup>

Demais, consoante o Prof. JACINTO, CARNELUTTI rompeu com a idéia de “verdade processual”. Restou, desta feita, a “ética da alteridade”, em que “... Diagnosticada a *falta da verdade*, no lugar dela CARNELUTTI propõe que no processo passe-se a *buscar e investigar a certeza*. No fundo, é bem que se diga desde logo, não vai mudar muito; mas vai, definitivamente, *colocar o espelho diante daqueles que nele devem enxergar-se*”.<sup>12</sup>

CARNELUTTI, na pretensão de resgatar a verdade, porém, acaba “... reconhecendo o erro, cede a vitória à CALAMANDREI que, como se sabe da conhecidíssima polêmica, falava em um juízo de verossimilhança à coisa julgada”.<sup>13</sup> Reconheceu, por igual, que o valor absoluto foi substituído por um valor estatístico e relativo.<sup>14</sup>

CALAMANDREI, por sua vez, sustenta o “juízo de verossimilhança”, ou seja, “... aquele que independe da produção de provas, bastando a mera alegação dos fatos, já que está fundado em uma máxima da ex-

9. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Op. cit.*, p. 08.

10. CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 245.

11. CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 244.

12. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Op. cit.*, p. 12.

13. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. ‘Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de FRANCESCO CARNELUTTI, para os operadores do Direito’. Síntese de parte da disciplina *Sistemas de Protección de los Derechos Humanos*, do Curso de Doutorado em *Derechos Humanos y Desarrollo*, da Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha, desenvolvido em jan.-fev./2000. Com modificações, o trabalho havia sido preparado para o painel “Direito e Psicarálise”, do Seminário Nacional “O Direito no III Milênio: Novos Direitos e Direitos Emergentes”, realizado na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, em Canoas, Rio Grande do Sul, de 12 a 15 de novembro de 1997, p. 14.

14. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Op. cit.*, p. 17.

periência, que refere-se à frequência com que se produzem, na realidade, fatos do tipo daquele alegado. Trata-se, pois, de um juízo genérico e abstrato sobre a existência do fato típico fundado no critério da normalidade.<sup>15</sup>

Gize-se, em CALAMANDREI, a verossimilhança:

“... Não é verdade, mas verossimilhança, isto é, aparência (que pode ser ilusão) de verdade. O mesmo genial processualista acrescenta, a propósito do real conceito de verdade, que quando se diz que um fato é verdadeiro, apenas se diz que a consciência de quem emite o juízo atingiu o grau máximo de verossimilhança que, segundo os meios limitados de cognição de que dispõe o sujeito, basta a dar-lhe certeza *subjetiva* de que tal fato ocorreu.”<sup>16</sup>

Por importante, para que uma decisão seja justa, o juiz deve conhecer a situação fática e suas implicações jurídicas. Às partes, conforme o princípio dispositivo, incumbe provar a situação fática e ao julgador reconstruir a situação pretérita, na busca da justiça concreta, instrumentalizada pelo direito:

“A sentença, pois, para ser justa, deve ser a objetivação da verdade, relativa aos métodos de conhecimento disponíveis no processo. No entanto, apesar do direito salvar o juízo da

ignorância, não elimina a possibilidade de erro; por isso, o juiz não consegue se livrar do problema da verdade e da justiça e, ainda que a coisa julgada encubra os dramas psicológicos que o norteiam ao sentenciar, a consciência de quem persegue a verdade e pretende fazer a justiça só consegue ficar em paz quando se tem o melhor julgamento possível, isto é, quando se julga tal como gostaria de ser julgado.”<sup>17</sup>

Demais, no entendimento de MARINONI e AREWNHART, ao discorrerem sobre verdade e verossimilhança, a idéia de se atingir a verdade real é mera utopia. É impossível se chegar à verdade; tem-se, apenas, uma probabilidade, mas nunca a certeza da verdade, até porque o fim da prova não é a descoberta da verdade:

“Mesmo as provas não têm a aptidão para conduzir seguramente à verdade sobre o fato ocorrido. Apenas mostram elementos de como, *provavelmente*, o fato ocorreu; são um *indicativo*, mas que não necessariamente levam à caracterização absoluta do fato, tal como efetivamente ocorreu (ou, ao menos, não se pode dizer que existe *segurança absoluta sobre esta conclusão*).”<sup>18</sup>

A verdade substancial é um mito, pois “(...) o resultado nunca será mais que um juízo de verossimilhança, que jamais se confunde com a essência da verdade sobre

15. CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 243. No pensamento de MARINONI e ARENHART: “Para atingir o conceito de verossimilhança, CALAMANDREI vale-se da idéia de máxima da experiência. Partindo deste conceito, desenha, o autor, a noção de que ‘verossimilhança’ é uma idéia que se atinge a partir daquilo que normalmente acontece”. MARINONI, Luiz Guilherme; AREWNHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. 5, tomo I, São Paulo: RT, 2000, p. 46.

16. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. 5, tomo I, São Paulo: RT, 2000, p. 46.

17. CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 247.

18. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, p. 44.

o fato (se é que podemos afirmar que existe uma verdade sobre um fato pretérito)".<sup>19</sup> O juiz, portanto, chega ao ponto mais próximo da verdade que ele consiga atingir. Posto que, "... a verossimilhança implica uma relação de ordem aproximativa, junto com a idéia de possibilidade e probabilidade, com o conceito ideal de verdade, como faz CALAMANDREI".<sup>20</sup>

### 3. A verdade na lógica criminal em MALATESTA

O célebre jurista italiano MALATESTA conceitua a prova<sup>21</sup> levando em consideração os estados de espírito, relativamente ao conhecimento da verdade, quais sejam: a credibilidade, a probabilidade e a certeza.

Há que se estabelecer, aqui, primeiramente, a diferenciação entre a verdade e a certeza. Em linhas gerais, a certeza consistiria em uma crença em dada verdade, posto que a certeza nem sempre corresponde à verdade:

"A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem

sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros."<sup>22</sup>

Têm-se duas espécies simples da certeza: "... certeza simplesmente lógica, que é a crença na posse da verdade, que nos é revelada somente [sic] pelo intellecto; certeza simplesmente física, que é a crença na posse da verdade, revelada em nós pelos sentidos, a que se junta acessòriamente [sic] o intellecto com a intuição dos sentidos".<sup>23</sup>

Porém, para MALATESTA, existe, ainda, uma terceira espécie de certeza que combina a: certeza simplesmente lógica e a certeza simplesmente física: a certeza mixta [sic]. Predita certeza mixta [sic] é a mais importante na seara criminal, pois nela reside a lógica criminal, que significa que "À percepção da realidade física por obra dos sentidos, a que se junta acessòriamente [sic] a inteligência intuindo os sentidos, vem juntar-se freqüentemente o *concurso activo* [sic] da inteligência, que, pela reflexão, conduz da realidade física percebida directa [sic] e materialmente à afirmação de uma realidade física ou moral não percebida em si, directa [sic] e materialmente".<sup>24</sup>

19. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 48.

20. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 50.

21. "Sendo a prova o meio objectivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a eficácia da prova será tanto maior, quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito a crença de estarmos de posse da verdade. Para se conhecer, portanto, a eficácia da prova, é necessário conhecer qual o estado ideológico, relativamente à coisa a verificar, que ela criou no nosso espírito com a sua acção". MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá, 2. ed., Lisboa: Livraria Clássica Editora M. Teixeira Cia. (Filhos), 1927, p. 19.

22. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op. cit.*, p. 21.

23. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op. cit.*, p. 26.

24. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op. cit.*, p. 26.

Interessa, aqui, a certeza moral ou convencimento judicial. A *certeza*, na área criminal, admite erros, ou melhor, a possibilidade do contrário:

“... O convencimento racional, em suma, não é senão um juízo sucessivo, determinante e aperfeiçoador do primeiro, que constitui a certeza: que é a crença da verdade; o convencimento, por sua vez, é a opinião da certeza, como legítima. Por um lado, portanto, a certeza moral encontra a sua perfeição no convencimento racional, por isso que este [sic] se resolve na consciência da certeza consentida e segura; por outro lado, este [sic] convencimento é pròpriamente [sic], em especial, o acto volitivo [sic] e definitivo de assentimento à verdade, como integração da certeza: é o assentimento da vontade, o assentar do espírito sôbre [sic] a certeza.”<sup>25</sup>

A importância do convencimento judicial nas provas criminais se revela nos seguintes aspectos: ou se está convencido ou não se está convencido; não existem graduações. Se tem a certeza ou não se tem a certeza sobre dado fato; o convencimento deve ser natural do juiz, tal qual emerge das provas. Não há que se considerar as razões estranhas à verdade.<sup>26</sup>

É mais: o convencimento judicial deve ser raciocinado, ligado à sociabilidade – objetivação da certeza – do convencimento, para se impedir, assim, o arbítrio judicial, pois o “... O juiz só pode, julgando legítimo o

seu convencimento, condenar legitimamente [sic] quando julgue que os factos [sic] e as provas submetidas à sua apreciação desinteressada de qualquer outro cidadão racional produziram no seu espírito”.<sup>27</sup>

Ora, a *probabilidade* difere da *certeza* no seguinte aspecto: na probabilidade são levados em conta tanto os motivos convergentes (com mais ênfase) quanto os divergentes, *julgados todos dignos*, na proporção do seu diverso valor, de serem levados em conta. Ao passo que para a *certeza*, os motivos divergentes da afirmação devem ser afastados. Isto porque, é necessário se ter certeza para condenar; não basta a mera probabilidade. E a falta de *certeza* implicaria em não-condenação.

Enquanto que “... a *credibilidade*, como a certeza e a probabilidade, sob o ponto de vista do processo judicial, só é considerada relativamente à realidade já verificada, objecto [sic] das investigações judiciais”.<sup>28</sup> “O crível, como se acha incluído no certo e no provável, não é mais que uma premissa tácita da certeza e da probabilidade, de que já falamos”.<sup>29</sup>

#### 4. A lógica jurídica e a argumentação em PERELMAN

PERELMAN coloca a importância do raciocínio jurídico, tendo-se em vista que: “(...) o raciocínio judiciário visa a

25. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op.cit.*, p. 51.

26. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op.cit.*, p. 52-53.

27. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op.cit.*, p. 55.

28. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op.cit.*, p. 67.

29. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Op.cit.*, p. 68.

discernir e a justificar a solução autorizada de uma controvérsia, na qual argumentações em sentidos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos, procuram fazer valer, em situações diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que possa ser aceito em um meio e em um momento dados”.<sup>30</sup>

Nas três fases da ideologia judiciária, colocadas por PERELMAN: antes da Revolução Francesa, o raciocínio judiciário era pautado pela regra de justiça; desde a Revolução Francesa, priorizava-se a legalidade e a segurança jurídica, o direito como sistema e a dedução no raciocínio judiciário.

Enquanto que nos séculos XVII e XVIII o juiz já é visto como auxiliar e complemento indispensável do legislador. Tornou-se primordial o uso das técnicas argumentativas para que as decisões jurídicas fossem passíveis de aceitabilidade. Na necessidade de “(...) motivar as decisões, mostrando sua conformidade com o direito em vigor, a argumentação será específica, pois terá por missão mostrar de que modo a melhor interpretação da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares”.<sup>31</sup>

A concepção atual do direito é menos formalista, porque preocupada com a

maneira pela qual o direito é aceito pelo meio regido por ele e que, por isso mesmo, se interessa pelo modo como uma legislação funciona na sociedade. Isto porque “... o direito, tal como está determinado nos textos legais, promulgados formalmente válidos, não reflete necessariamente a realidade jurídica. (...) Espera-se que, após uma fase transitória em que a situação de fato não coincide com a situação prevista pela lei, seja possível, graças ao costume estabelecido, fazer os textos coincidirem com a realidade”.<sup>32</sup>

Por tudo, para PERELMAN, o juiz deve decidir em função dos valores dominantes na sociedade, porque o direito não é simplesmente o direito imposto pelo legislador. É necessária flexibilidade suficiente para conciliá-lo com o que é considerado equitativo ou razoável:

“De fato, se o direito é um instrumento flexível e capaz de adaptar-se aos valores considerados prioritários pelo juiz, não será necessário, em tal perspectiva, que o juiz decida em função de diretrizes vindas do governo, mas em função dos valores dominantes na sociedade, sendo sua missão conciliar com esses valores as leis e as instituições estabelecidas, de modo que ponha em evidência não apenas a legalidade, mas também o caráter razoável e aceitável de suas decisões.”<sup>33</sup>

30. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 183. Para MIAILLE, no sentido restrito da palavra, não há raciocínio jurídico: há argumentação. Que quer isto dizer? Os juristas apoiam-se não em provas demonstrativas, no sentido científico do termo, mas em argumentos mais ou menos convincentes. Ora, como já acima mostrei, os argumentos dependem do seu valor, e, portanto, na sua eficácia, da situação de momento, do lugar, muito mais que da sua definição abstrata. MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed., Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 196.

31. PERELMAN, Chaim. *Op. cit.*, p. 185-186.

32. PERELMAN, Chaim. *Op. cit.*, p. 189. A nova concepção do direito, segundo ATIENZA, ao comentar a lógica jurídica e a argumentação em PERELMAN, coloca que o raciocínio jurídico deve considerar não só o valor da solução e a conformidade com a lei, mas, também, a equidade, a razoabilidade e a aceitabilidade. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 108-109.

33. PERELMAN, Chaim. *Op. cit.*, p. 200.



A idéia final de PERELMAN é a de que a lógica jurídica não deve ser vista como lógica formal, porém, como argumentação, fulcrada no “como” os legisladores e juízes vêem o direito e sua interação com a sociedade.<sup>34</sup>

## Considerações finais

Ao finalizar este trabalho, concluiu-se que a verdade absoluta é mera utopia. É praticamente impossível se chegar até a verdade absoluta. O máximo que se pode obter, através da prova, é uma aproximação da verdade. Como bem preceituava CARNELUTTI, a verdade está no todo. Ora, a totalidade é Deus e não o homem.

É mais correto quando se fala em prova, falar-se em certeza e não em verdade, como bem dizia CARNELUTTI. A certeza de que, naquele caso concreto, naquele processo específico, de acordo com a argumentação e o conjunto probatório sobre aqueles fatos, constantes naqueles autos, o

jugador formou o seu convencimento daquela maneira: “Assim, é preciso admitir que no processo penal jamais se vai apreender a verdade como um todo – porque ela é inalcançável – e, portanto, como se viu, o que se pode – e deve – buscar nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito”.<sup>35</sup>

Pois bem, na certeza (crença numa verdade) mista é que habita a lógica criminal, consoante MALATESTA. Dita certeza consiste na percepção, pelos sentidos, agregada à inteligência que, pela reflexão, conduz da realidade percebida para a realidade não percebida.

Ora, a noção mais atual de direito parece estar em PERELMAN, o qual ressalta a importância da argumentação, na íntima convicção do juiz. Funda-se, o renomado autor, na preocupação da adequação do direito à realidade social em que se vive, em função dos valores dominantes na

34. PERELMAN, Chaim. *Op. cit.*, p. 243. Para DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, “8. Não existe verdade nas ciências humanas, consequentemente também não haverá nas ciências jurídicas, razão pela qual a prova deve ser entendida, não como um ônus de se provar a verdade de uma alegação feita sobre um fato, mas como uma técnica de argumentação que se vale de premissas encontradas dentro do ordenamento jurídico, não podendo ser certa nem errada, mas provável ou improvável”. RIBEIRO, Darcy Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998, p. 138. NILO BAIRROS DE BRUM refere a prova como argumento, preceituando que o que importa, realmente é a dimensão argumentativa da prova: “... É na forma de argumento que a prova aparece na fundamentação da sentença, quando o juiz procura justificar sua decisão perante as partes, os tribunais e a comunidade jurídica”. BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980, p. 70. E é através dos requisitos retóricos que a sentença tem maior probabilidade de se impor à sociedade como norma vinculante. A verossimilhança fática é um destes requisitos, pois na *Verossimilhança fática* “o julgador tem de justificar sua escolha: tem de convencer que elegeu a melhor prova. Surge aqui o primeiro requisito retórico da sentença, que não é outro senão o da verossimilhança fática. Trata-se de um efeito de verdade” (p. 73). Visto que os juízes têm que acolher uma das versões acerca do fato. “Isto não quer dizer absolutamente que a versão eleita pelo juiz seja falsa, mas também não significa que seja verdadeira. O que se obtém através da reconstrução processual é a verossimilhança, que nada mais é que a retórica imunização do discurso jurisdicional contra possíveis críticas. A verossimilhança, pois, é o primeiro argumento contra a reforma da sentença judicial... Assim, para evitar-se a perpetuação dos litígios, a coisa julgada transforma a verossimilhança em uma presunção absoluta de verdade, embora, em alguns casos, admita-se o reexame dos fatos por meio da revisão do processo” (p. 77).

35. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. (Texto preparado no âmbito da Comissão de estudos criada pelo TJ do Estado do Paraná e Instituto Max Planck. de Freiburg, no projeto “A justiça como garantia dos Direitos humanos na América Latina” Maio/1998, p. 39.

sociedade. E a conjugação, assim, dos valores com a lei, da legalidade com a aceitabilidade e a razoabilidade, nas decisões judiciais. Para ele, deve-se vislumbrar a lógica jurídica como argumentação, na visão dos legisladores e juízes acerca do direito, em sua interação com a sociedade.

Por tudo, o juiz necessita conhecer os fatos. A prova, como instrumento, se presta à reconstituição destes fatos que, aliada à técnica argumentativa, formará o convencimento judicial. Convencimento este, fundamentado num juízo de certeza, em que o juiz decidirá basilado no direito e atento às mutações sociais, econômicas e políticas do meio social no qual está inserido. Deve-se, desta feita, partir-se da tese, da visão sistêmica e de unidade para a *antítese*, visão de uma parte ou parcial, para, então, chegar-se a uma *síntese* desses extremos.

## Bibliografia

- ATIENZA, Manuel. *As Razões do direito – Teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- CAMBI, Eduardo. “Verdade Processual Objetivável e Limites da Razão Jurídica Iluminista”. In *Revista de Processo*, nº 96, publicação oficial do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual, out./1999, p. 234-249.
- CINTRA, A. C. et al. *Teoria geral do processo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MALATESTA, Nicola Framatino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá, 2. ed., Lisboa: Livraria Clássica Editora M. Teixeira Cia. (Filhos), 1927.
- MARINONI, Luiz Guilherme; AREWNHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. 5, tomo I, São Paulo: RT, 2000.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed., Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. (Texto preparado no âmbito da comissão de estudos criada pelo TJ do Estado do Paraná e Instituto Max Planck, de Freiburg, no projeto “A justiça como garantia dos direitos humanos na América Latina) Maio/1998.
- . “Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de FRANCESCO CARNELUTTI, para os operadores do Direito”. Síntese de parte da disciplina *Sistemas de Protección de los Derechos Humanos*, do Curso de Doutorado em *Derechos Humanos y Desarrollo*, da Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha, desenvolvido em jan.-fev./2000. Com modificações, o trabalho havia sido preparado para o painel “Direito e Psicanálise”, do Seminário Nacional “O Direito no III Milênio: Novos Direitos e Direitos Emergentes”, realizado na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, em Canoas, Rio Grande do Sul, de 12 a 15 de novembro de 1997.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil (processo de conhecimento)*. 3. ed., Porto Alegre: Fabris, 1996.