

A VERDADE E O CONTRADITÓRIO: NOTAS PARA UMA GESTÃO DIALÓGICO-APROXIMATIVA DA PROVA PROCESSUAL PENAL

Muriel Amaral Jacob

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora adjunta da Universidade de Rio Verde/GO. Professora permanente da Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade de Rio Verde/GO. *E-mail:* murieljacob@hotmail.com

Fabício Muraro Novais

Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor adjunto da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e professor permanente da Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade de Rio Verde/GO. *E-mail:* fabriciomuraro@uol.com.br

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 o conceito de verdade, especificamente no concernente à sua gestão dialógico-aproximativa, no direito processual penal caracterizado pelo contraditório, por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa. Na escrita, utilizou-se o procedimento dedutivo. Partiu-se da hipótese de que a verdade real é um mito processual que deve servir apenas de parâmetro para a aproximação da verdade, por intermédio da gestão dialógica das provas, voltada à máxima aproximação à realidade pretérita. Justifica-se o presente estudo pela necessidade de concretização das garantias fundamentais constitucionalmente consagradas, assim como o aprimoramento dos entendimentos concernentes aos institutos jurídico-processuais basilares.

Palavras-chave: Verdade. Gestão Dialógico-aproximativa. Direito Processual Penal. Contraditório. Verdade Real.

Sumário: **1** Introdução – **2** Prova e obtenção da verdade processual – **3** Certeza e verdade aproximativa – **4** O livre convencimento e o contraditório: a verdade dialógica – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

No direito processual como um todo, a verdade tem sido um problema exaustivamente trabalhado pelos estudiosos, especialmente no tocante à possibilidade de sua obtenção por intermédio dos procedimentos legalmente previstos, mediante o respeito às garantias fundamentais do acusado.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho foi o estudo da verdade, especificamente no que concerne à sua gestão dialógico-aproximativa, no contexto do processo penal caracterizado pelo contraditório, por intermédio de pesquisa bibliográfica, de cariz qualitativo, utilizando-se, na escrita, o procedimento dedutivo.

Partiu-se, para tanto, da hipótese de que a verdade real nada mais é do que um mito processual que, no máximo, deve servir de parâmetro para que o julgador se aproxime da verdade dos fatos, por intermédio de uma gestão dialógica das provas, que objetiva a máxima aproximação à verdade dos fatos pretéritos.

O 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. Após, foram estudados os conceitos de *certeza* e de *verdade aproximativa*. Finalmente, foram trabalhados o livre convencimento e o contraditório, no contexto da verdade dialógica.

Justifica-se o estudo ora apresentado, 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 prova e da verdade.

2 Prova e obtenção da verdade processual

A análise processual dos fatos está relacionada à *verdade histórica* sobre o passado, cuja veracidade deverá ser aferida por meio das provas. No processo penal, a prova ganha importância ímpar, pois há interesse social na correta¹ e justa punição do agente criminoso e a preocupação de que a reprimenda estatal não chancele injustiças.

Nesse sentido, há quem entenda que, no direito processual penal, vigora o *princípio da verdade real*, que permitiria ao juiz requisitar a produção oficiosa de provas, de modo a garantir a proteção necessária a todos os bens jurídicos em jogo: o exercício do direito de punir e a liberdade do cidadão.

O juiz, então, deve *tentar descobrir a verdade*. A atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Nesse sentido, a partir da omissão de qualquer das partes, é facultado ao juiz valer-se dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento.²

¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, t. 1; Rio de Janeiro: Forense, 1984.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 5-7.

Se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas. Ocorre que a “certeza” buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida. Evidentemente, todavia, que a requisição de provas pelo julgador não pode ser feita indiscriminada e desproporcionalmente, fora do contexto do contraditório.

Essa atividade deve ser *complementar*, pois é limitada pela principiologia processual penal e, em especial, pela dialogicidade do processo. Desse modo, há limites jurídicos (constitucionais e legais) que o magistrado não poderá ultrapassar, sob pena de violar o sistema acusatório, o que desnorteia a correta aplicação do direito.

O magistrado não pode ser omissos quanto à carga probatória, nem pode ser excessivamente ativo, sob pena de perder sua imparcialidade. Merryman lembra que a experiência dos tribunais pré-revolucionários fez com que os franceses temessem o *poder legislativo dos juízes*, disfarçado de interpretação das leis.³

Sustentou-se que se deveria negar aos juízes até mesmo a faculdade de interpretar. O temor de um *gouvernement des juges* pendia sobre as reformas francesas pós-revolucionárias, matizando o processo de codificação, razão de ser da separação estanque entre os poderes, concentrando a força jurídica na legislatura representativa.⁴

Nesse sentido é que, no direito continental europeu, surgiu uma imagem do processo judicial como uma atividade rotineira, com um juiz agora convertido em um *empregado especializado*, ao qual se apresentava uma situação de fato para a qual deveria encontrar uma resposta legislativa, exceto nos casos “extraordinários”.⁵

A função judicial passou a ser a de encontrar uma disposição legislativa correta, compará-la a outra situação jurídica, enquadrá-la na situação de fato e consagrar uma solução, unindo-as de forma automática. O juiz passa a assumir a imagem de operador de uma máquina, desenhada e construída pelo legislador: sua função passa a ser mecânica.⁶

O juiz, assim, não é um *herói cultural* nem uma *figura paternal*. Sua imagem passou, sim, à de mero *empregado público* que desempenha funções que, apesar de importantes, são, essencialmente, pouco criativas. Evidente que não

³ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

⁴ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

⁵ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

⁶ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

é essa atividade mecânica que se espera do juiz, especialmente sob a égide da Constituição de 1988.

Apesar de o juiz dever buscar, inquietantemente, a verdade, as possibilidades dessa procura esbarram no dever de imparcialidade, que é uma barreira juridicamente intransponível. A busca pela verdade somente encontrará sua legitimidade se estiver pautada nas provas trazidas aos autos, possibilitando, então, a justiça no caso concreto.

A produção probatória deve estar em consonância com as normas relacionadas a essa procura. Mais do que isso, apesar de a verdade real nada mais ser do que uma ilusão, somente poderá haver um processo justo se a decisão se aproximar, o máximo possível, dentro dos limites humanos e jurídicos,⁷ da efetiva obtenção da verdade.

A inobservância das garantias constitucionais e legais, contudo, é capaz de desvirtuar os objetivos do processo, de modo que a “verdade” obtida sob essas violações restaria irremediavelmente tisonada. O processo não pode ser apenas a confirmação de uma acusação, nem o acusado pode ser seu objeto.

Se a inocência se presume até que o contrário reste provado, não se pode iniciar o processo pressupondo-se a culpa. Assim, o direito de provar deve ser amplo, de modo a efetivar a justiça por meio da tentativa de reconstrução da verdade pretérita. Busca-se por meio da instrução, não pela narração dos fatos.

Respeitam-se e observam-se as garantias processuais, que devem ser colocadas a salvo do acusador, pois a verdade nada mais é do que um *ideal a ser perseguido pelo processo*. À luz de um sistema processual *acusatório*, o magistrado não deve admitir o discurso da busca da *verdade real*, que pode tornar essa procura irracional e ilimitada.

A prova judiciária tem por objetivo, desse modo, a *reconstrução dos fatos investigados no processo*, de forma que necessita buscar a *maior coincidência possível com a realidade histórica* e com a *verdade dos fatos*, assim como efetivamente ocorreram no espaço e no tempo.⁸

Apesar dos limites legais à obtenção da verdade, bem como da necessidade de *paridade de armas* entre acusação e defesa, a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada. Em um Estado de Direito, é impossível conceber uma condenação de alguém que o próprio Estado crê ser inocente.

Esse aproveitamento, além disso, é um critério objetivo de proporcionalidade, até porque a violação do direito, na busca pela inocência, pode ser entendida

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. vol. I. Madrid: Reus, 1922.

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

como estado de necessidade, o que excluiria sua ilicitude.⁹ O magistrado deve orientar-se, assim, pela busca de uma *verdade processualmente atingível*.

A decisão do juiz deve se basear nas provas que constaram dos autos, inclusive, as produzidas por requisição judicial, porém, sob a observância do devido processo legal. Trata-se de uma missão complexa. Ocorre que o direito é, por natureza, um fenômeno complexo e a busca da verdade processual não poderia ser diferente.

O raciocínio dedutivo, utilizado na apreciação da prova, somente pode resultar em *probabilidades*, mais distantes da certeza do que uma *concepção aproximativa da verdade*. As garantias que o corroboram, inevitavelmente, produzirão entraves jurídicos à investigação. Nem por isso é possível dispensá-los em nome da busca pela *verdade real*.

A prova não pode ter um objetivo *meramente persuasivo*, preocupado apenas com o convencimento do magistrado acerca de um argumento. Sua destinação precípua deve ser a *plausibilidade das alegações fáticas*. Até porque, se o objetivo é a persuasão,¹⁰ seria possível provar fatos que não existiram. O juiz pode, sim, ser persuadido ao erro.

A dificuldade de se alcançar a verdade pelo raciocínio dedutivo faz com que o magistrado permaneça no campo da probabilidade. Ocorre que, no processo penal, a probabilidade não deve prevalecer, especialmente na justificação de uma decisão condenatória, o que colocaria em risco extremo a presunção de inocência.

Não se pode admitir verossimilhança ou probabilidade na decisão penal condenatória, que depende de provas robustas, distantes da *dúvida razoável* sobre fatos alegados na peça acusatória, capazes de afastar a presunção da inocência do acusado. As garantias do acusado, assim, podem se sobrepor¹¹ à busca da verdade.

O encargo probatório caberá, majoritariamente, às partes do processo, enfaticamente, porém, à acusação, que deverá provar um fato imputável ao réu. Ambas buscarão persuadir o julgador, cabendo ao juiz se *desincumbir da busca pela verdade* por meio da *máxima aproximação possível* respeitando o contraditório.

Ocorre que, em decorrência da presunção de inocência, ao acusador cabe o encargo de provar sua alegação, enquanto ao acusado somente cabe provar excludentes relacionadas ao substrato do crime, ou que se voltem a gerar dúvida razoável, a ponto de se determinar a aplicação do *in dubio pro reo*.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. A prova dos fatos. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p. 243-284.

¹¹ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

2.1 Conceito e finalidade da prova

No contexto processual, o vocábulo *prova* assume conotação especializada, relacionada ao meio pelo qual o julgador se aproxima da verdade sobre uma situação fática pretérita. Etimologicamente, o termo *prova* relaciona-se a *probo*, do latim, *probatio* e *probus*, que traduz as ideias de reconhecimento, demonstração, formação de juízo.

No sentido jurídico, refere-se aos *meios legais de demonstração da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico*, em virtude da qual se pode concluir pela existência do fato ou do ato demonstrado. Relaciona-se, portanto, à demonstração daquilo que se alega, que se defende ou que se contesta.

Em sentido processual, designa a *somatória dos meios de prova*, voltados à *produção da certeza*. Funda-se na alegação ou negociação dos fatos em relação aos quais se pretende o nascimento de um direito, orientando-se na afirmação positiva ou negativa do fato contestado, *cuja demonstração determina a certeza da afirmação*.

A prova, em matéria processual, é a própria alma do processo, a luz que esclarece a dúvida a respeito dos direitos disputados. Objetivamente, refere-se à *demonstração material de uma pretensão*, revelada pelo conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos.

Subjetivamente, designa *certeza* ou *convicção* sobre a veracidade da afirmação. Somente há prova se, pela demonstração, produz-se *luz suficiente* para achar a verdade, ou se os elementos componentes da demonstração estabelecerem *força suficiente* para produzir certeza ou convicção.¹²

A procura pela verdade dos fatos, acerca de um determinado acontecimento passado, é de inegável importância no que concerne à verificação da responsabilidade do agente e à consequente imposição de uma sanção penal,¹³ tendo em vista o risco de limitar a liberdade do indivíduo.

Nesse sentido, para Florian, a prova se refere a um conjunto de atos legalmente ordenados, voltados à apuração do fato e da autoria, bem como à *exata aplicação da lei*. É um meio cuja finalidade é a *descoberta da verdade*. Assim, a sentença trata da aplicação da lei, enquanto a instrução se relaciona à *apuração da verdade*.¹⁴

A instrução é a fase processual na qual o acusador procura demonstrar a pretensão punitiva e o acusado busca se defender. Essa demonstração é, justamente, a prova, que consiste em fornecer, no processo, o conhecimento acerca

¹² SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

¹³ SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

¹⁴ FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penale*. Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1921.

de um fato, de modo a gerar em outra pessoa a *convicção da substância* ou a verdade acerca de tal fato.¹⁵

Já que não é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados, o resultado da prova deve ser decisivo para a conclusão última do processo, de forma que o juiz deve assumir uma posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes.

No processo, a definição de “prova” liga-se à ideia de *reconstrução de um fato*, que leva o julgador rumo à certeza acerca de eventos ocorridos, permitindo-lhe exercer sua função, ou seja, todos os elementos aos quais a lei autoriza a possibilidade de *restabelecer a verdade dos fatos* da hipótese aventada.¹⁶

Essa elucidação, porém, não pode fazer com que se relacione o resultado do processo ou a convicção do juiz, exclusivamente, à influência exercida pelas partes sobre o juízo; deve ser, sim, atribuída à verdade dos fatos, pois o juiz tem o dever de solucionar o litígio, mesmo que não esteja plenamente convencido.¹⁷

O juiz poderá se utilizar de elementos colhidos na investigação preliminar como *atividade complementar* à produzida no processo, sob o crivo do contraditório, mas não pode utilizá-los como única fundamentação para sua decisão. Destina-se à verificação de um fato pretérito, permitindo ao julgador a *convicção de certeza* sobre sua ocorrência.

Para que a decisão processual penal seja minimamente justa, é necessária a colheita de todos os elementos aptos a recriar um fato praticado no passado. O que demonstra a amplitude das possibilidades probatórias e suas limitações, pois os elementos produzidos na fase pré-processual não se submetem ao contraditório, eliminando sua *dialogicidade*.

2.2 As provas e a reconstrução da verdade

O processo, por meio das provas, tem por objetivo reconstruir a verdade histórica dos fatos, para que, dessa situação, possa extrair as consequências em face do alegado. Por meio do processo, pretende-se criar condições para que o juiz exerça sua *atividade cognitiva*, a partir da qual será produzido o convencimento externado na sentença.¹⁸

¹⁵ FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penale*. Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1921.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

A prova, não obstante a falaciosa suposição de sua *função persuasiva*, deve, na verdade, servir para *fazer crer que o processo penal determina a verdade dos fatos*, pois é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que, na realidade, isso não ocorra, até mesmo por ser impossível.¹⁹

As limitações à atividade probatória, especialmente aquelas derivadas das garantias constitucionais, decorrem do nível de evolução do processo penal, que conduz à *valoração da forma dos atos processuais* como uma garantia fundamental a ser respeitada.

É necessário assumir, no que concerne à prova, uma *proporcionalidade a favor do réu*, na qual a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre eventual direito sacrificado na obtenção da prova. São, portanto, elementos informativos, não probatórios.

As provas são elementos de convicção produzidas, enfaticamente, no trâmite do processo judicial, dependente da participação das partes, caracterizado pelo contraditório e, portanto, dialógico. As provas surgem com o objetivo de *desvendar um fato pretérito*, a partir da descrição acusatória, que tem ônus de comprovar o que alega.

É necessário, no entanto, possibilitar à parte oposta a contradição, iniciando-se diálogo que caracteriza o processo. Resulta daí a importância da prova para o processo penal: seu objetivo primordial é trazer a “aproximação à certeza” sobre um fato, coadunando-se com a realidade.

Não tendo o juiz presenciado o fato, é por meio das provas que poderá *reconstruir o momento histórico*, para que possa decidir se a infração ocorreu e se o réu foi o autor. O contraditório é uma premissa basilar não apenas relacionada à validade, mas, também, à existência da verdade processual, tendo em vista sua característica dialógica.

Assim, somente se pode considerar como verdade aquela apresentada com solidez no processo, revestida dos procedimentos de legalidade, que apenas será válida se for construída sobre uma base de legalidade, amoldando-se a um juízo racional, previamente balizado pelo ordenamento jurídico.

A prova é o meio legal pelo qual a verdade consegue *alcançar o espírito do julgador*, de modo a nele gerar, legitimamente, a convicção racional acerca de um crime.²⁰ Por isso, o legislador, na parte final do art. 155 do CPP, ressaltou as provas produzidas cautelarmente, as não repetíveis e as antecipadas.

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁰ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Permite-se, assim, que, no concernente a essa parcela da carga probatória, abra-se a possibilidade de contraditório, mesmo que diferido. Para Malatesta, a prova se relaciona ao estado de espírito de seu destinatário, no que tange ao conhecimento da verdade, nos aspectos de *credibilidade*, *probabilidade* e *certeza*.

Poderá se encontrar em três estados: ignorância (ausência total de conhecimento); credibilidade (igualdade de motivos para o conhecimento afirmativo); ou certeza (conhecimento afirmativo triunfante). A prova é um meio objetivo pelo qual o espírito humano busca se apoderar da verdade.

Assim, a eficácia da prova será proporcionalmente maior em relação à clareza, amplitude e firmeza com a qual ela faz surgir a crença na *posse da verdade*. Dessa forma, para que se possa conhecer a eficácia da prova é necessário aferir o quanto a verdade se reflete no espírito humano, ou seja, qual o estado ideológico a prova criou no espírito.²¹

A obtenção da certeza no processo, todavia não equivale ao encontro da verdade dos fatos discutidos, pois esta é *a conformidade da noção ideológica com a realidade*, ao passo que a certeza é apenas *a crença na percepção desta conformidade*.²² A prova, portanto, tem apenas a capacidade de *diminuir a incerteza*.

Objetiva-se superar o estado de dúvida para, conseqüentemente, proporcionar no espírito do julgador a “certeza necessária” para que possa decidir racionalmente a respeito da veracidade dos fatos versados na demanda judicial, por meio da construção lógica extraída do contexto probatório carreado ao processo.

A prova seria um *instrumento* voltado à obtenção da verdade no processo. A decisão sobre os fatos significa fazer uma escolha que supere a incerteza e resolva uma dúvida acerca da veracidade ou falsidade dos enunciados relacionados a esses fatos. Assim, a prova é indispensável, pois, visa coincidir com determinado fato.²³

Dada a limitada capacidade do ser humano em conhecer a verdade, pois condizente a determinado fato, a dúvida é algo comum. A ausência da prova leva à negação da certeza. Desse modo, a tarefa do julgador é determinar, com base na prova produzida, a veracidade ou a falsidade de cada enunciado de fato.²⁴

As provas têm por finalidade precípua influir na convicção do julgador, de modo a fazer com que a existência do fato-crime que se imputa ao réu adentre seu conhecimento, para que, convicto acerca da (in)veracidade dos fatos narrados na peça acusatória, possa condenar ou absolver o acusado.

Trata-se do instrumento probatório que vai desenvolver a convicção do julgador sobre a existência ou não de uma situação de fato. Infere-se que a verdade

²¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996.

²² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996.

²³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996.

²⁴ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

processual tem uma mecânica completamente diversa no que se relaciona aos demais conhecimentos, mesmo no que concerne às denominadas “ciências do espírito”.

2.3 O mito da verdade real

A *verdade material* nada mais é do que um *ideal*, que deve, todavia, ser perseguido, incessantemente, pelo julgador, de modo a, ao menos, aumentar a possibilidade de existência do fato narrado por alguém, de modo que sua função primordial é a resolução das celeumas inerentes à atividade processual.

O conceito de verdade é algo *absoluto*, atingível somente quando seja certo de que algo se passou de uma forma que exclui qualquer outra possibilidade. Esse conceito, porém, extrapola os limites humanos. O *mito da verdade substancial* serve para *atarracar o processo*, para que se possa intentar uma *impossível reconstrução precisa dos fatos*.²⁵

É necessário excluir do *campo de alcance* da jurisdição a possibilidade de uma verdade substancial, pois o juiz nunca poderia chegar a esse ideal. É possível, no máximo, alcançar um resultado que apenas se *assemelhe à verdade*, baseado na convicção do juiz de que é o ponto mais próximo da verdade que poderá atingir.²⁶

O juiz não pode analisar, objetivamente, um fato, sem, necessariamente, acrescentar-lhe subjetividade. Apesar disso, persiste a ilusão de que a decisão judicial está calcada na verdade dos fatos, o que produz a impressão de que o juiz se limita ao simples silogismo, afirmação que não tem o menor respaldo.

Trata-se, contudo, de um mito em derrocada. A manutenção da *miragem da verdade substancial* não conseguirá impedir o naufrágio de suas ideias. Assim, é necessário excluir do alcance da atividade jurisdicional a possibilidade da verdade substancial, até porque se trata de um *ideal inalcançável*.²⁷

A atividade probatória permite chegar, no máximo, a um *resultado semelhante à verdade*, de forma meramente aproximativa, baseada na convicção do juiz “[...] de que ali é o ponto mais próximo da verdade que ele pode atingir, do que, propriamente, em algum critério objetivo”.²⁸

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65.

Se o magistrado, incerto acerca da efetiva ocorrência dos fatos descrito no antecedente normativo, puder aplicar sanção, mesmo no caso de dúvida, sua decisão não seria legítima e *cairia por terra toda teoria da norma*, pois, mesmo verificado o antecedente, o conseqüente não incidiria corretamente.²⁹

O resultado, nesse encadeamento, seria desastroso, “[...] já que não mais se poderia legitimar a decisão judicial no ordenamento jurídico (ou na repartição dos poderes), mas apenas na força do Estado”. Essa impossibilidade, porém, não lhe dá o direito de julgar o mérito sem a convicção da verdade.³⁰

Desse modo, o esforço para se chegar o mais próximo possível dessa meta inalcançável torna-se, no mínimo, um *dever de honestidade* do julgador, de modo que a *convicção da verdade* é uma necessidade diretamente relacionada à *impossibilidade de se encontrar a verdade*.

Nesse mesmo sentido, a possibilidade de produção de provas de ofício volta-se somente a “[...] suprir, dentro de limitações naturais, a insuficiência de produção de provas pelas partes, com o fim de possibilitar ao juiz a formação do seu convencimento para julgamento do mérito”.³¹

Até porque, *verdade, certeza e convicção*³² são estruturalmente diversas. Pelo caminho da *verdade relativizada* (não absoluta), o conhecimento se relaciona ao contexto em que surge, com o método que se desenvolve em sua busca e com a quantidade e qualidade de informações de que se dispõe.

A verdade de um enunciado é *univocamente determinada pela realidade do evento que representa*. O enunciado é ou não é verdadeiro; não pode ser *mais ou menos verdadeiro*. O *grau de confirmação* que pode ser atribuído a esse enunciado com base nos conhecimentos disponíveis pode, contudo, variar.

Pode existir *maior ou menor aproximação da verdade*, ou *verdade relativa e objetiva*. A verdade na apuração dos fatos é *relativa*, pois fundada em provas que justificam o conhecimento do juiz como *cognoscitiva*, na qual o convencimento sobre um enunciado corresponde à realidade dos fatos, no grau em que puderem ser justificados.

A verdade *objetiva*, no entanto, não é fruto das preferências subjetivas e individuais do juiz, pois deve se fundamentar em *razões objetivas*, que justifiquem seu convencimento, e que derivem das provas colhidas. Para que a decisão penal

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 72.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 84.

³² TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

seja minimamente justa, é necessária a colheita de todos os elementos aptos a recriar um fato praticado no passado.

Sobre o conhecimento de um fato, o espírito humano pode se encontrar em estado de ignorância, dúvida ou certeza. Na *certeza* haverá *conhecimento triunfante*. Assim, *verdade e certeza não se confundem*, pois *verdade é conformidade da noção ideológica com a realidade*, enquanto *certeza é a crença na percepção dessa conformidade*.³³

A *certeza* é, por consequência, um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva. Apesar de ser impossível romper as relações existentes entre a alma humana e realidade exterior, *a certeza não pode ser destacada da verdade*, sob pena de transformar-se em pirronismo.³⁴

A *certeza* resulta do *influxo da verdade objetiva*, porém, verdade não é. Trata-se de um estado da alma, que pode não corresponder à verdade objetiva. A *certeza* tem natureza subjetiva, de modo que não se pode descartar sua variabilidade no contexto social. O que é inconteste para uma pessoa, pode, eventualmente, não o ser para outra.

Como afirmou Carnelutti, a verdade está no todo, e o todo é demais para nós, de modo que a verdade é impossível, devendo o processo buscar a *certeza*, em sentido oposto à noção de verdade absoluta. A “*certeza*” decorre de uma aplicação etimológica do verbo *cernere*, que, traduzido do italiano, significa “ver”, “discernir”, referindo-se, então, a uma escolha, a uma atividade do sujeito de conhecer os fatos da causa.³⁵

A convicção é *algo menor que a certeza*, mas exprime um ponto máximo de persuasão, por meio de uma “visão intelectual segura, não pelo impulso cego do espírito”. Nesse mesmo sentido, o convencimento *aperfeiçoa a certeza*, pois conserva sua natureza genuína e racional, que não deve ser determinada por razões estranhas à verdade.³⁶

Ao convencimento deve se aspirar a sociabilidade que, porém, não pode determinar a condenação, mas pode servir para absolver. O juiz só pode condenar legitimamente, com base em seu conhecimento, se julgar que os fatos e provas submetidas à sua apreciação o forem de maneira desinteressada de qualquer outro cidadão racional.³⁷

³³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996.

³⁴ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996.

³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores jurídicos. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 4, n. 14, 2004.

³⁶ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996.

³⁷ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996.

Essa situação também produziria, no *homem médio*, a mesma certeza que produziu no espírito do julgador. A certeza não se relaciona à *probabilidade*, que é mero *narcótico sobre a consciência do magistrado*. A probabilidade não pode gerar condenação, de modo que *confundir certeza e probabilidade abalaria a garantia de justiça*.³⁸

Aí é fundamental analisar a possibilidade de probabilidade ser confundida com a dúvida e na impossibilidade de o juiz decidir em estado de dúvida.³⁹ Nesse norte, elucida Jacinto Nelson de Miranda de Coutinho,⁴⁰ que o juiz passa a fazer quadros paranoicos, posto que ao tomar a iniciativa na produção probatória, sobretudo, na investigação preliminar, tem-se a noção de que primeiro ele decida e, posteriormente, perquiras as provas que ulteriormente justificaria sua decisão na fase processual.

Na dúvida ou na incerteza da culpabilidade do agente, é inconcebível que uma sentença condenatória se sustente na *probabilidade* da autoria e da materialidade, tendo em vista a garantia fundamental do *in dubio pro reo*. O processo penal pode apenas fornecer a *probabilidade* de o julgador obter provas por iniciativa própria.

Essa possibilidade favorece o *ideal de certeza*, pois, quanto maior a iniciativa probatória do julgador na instrução, mais perto da certeza chegará. Dinamarco afirmou, porém, que verdade e certeza são, ambas, inalcançáveis. O máximo a ser obtido no processo é uma *“margem segura de probabilidade, produtora de uma considerável segurança jurídica”*.⁴¹

Surge a necessidade de se investigar para se chegar à verdade com certeza. Não basta a probabilidade para se pronunciar uma condenação justa: “Desde que se encontre um motivo para não acreditar, digno de ser tomado em conta, falta à certeza, e não pode condenar-se”.⁴²

Existe dúvida se uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e negativos. Se prevalecerem os negativos sobre os afirmativos, pode haver: o “improvável”; a “simetria entre os motivos afirmativos e negativos”; o “crível” no sentido

³⁸ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996.

³⁹ “A dúvida, agora, vem à ribalta. O cruel – ou seria o humano? – é que a escolha não a afasta; a opção é simplesmente uma opção, nada mais. Por sinal, o que há de mais complicado é exatamente colocá-la em prática, justo porque daquilo que instala a dúvida nada se sabe; e nem se quer saber. Não seria por outro motivo que alguns juízes – é só frequentar o foro para perceber-se *isso* –, para desespero de alguns e revolta de outros, nada querem decidir, ou têm tanta dificuldade para tomar uma decisão. A palavra mais difícil do mundo continua sendo *não*” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores jurídicos. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 4, n. 14, 2004, p. 04).

⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores jurídicos. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 4, n. 14, 2004.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1987.QUEI

⁴² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996, p. 127.

específico; e o “provável”, pela “prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos”.⁴³

Na escala mínima, tem-se a *incerteza*, que é a ausência total de convicção e conhecimento. Da incerteza até o grau da certeza absoluta, há diversos graus de convencimento do sujeito, que podem ser denominados de várias formas: dúvida, improbabilidade, probabilidade, convicção.

3 Certeza e verdade aproximativa

A certeza é, assim, um aspecto intrínseco ao homem, ligado às suas crenças ou aos seus pensamentos, enquanto a verdade se coloca diretamente no plano da realidade e, especialmente, da noção de correspondência com o objeto, coisa ou enunciado fático cuja veracidade se perquiria.

Verdade e certeza não são sinônimas. Uma afirmação é verdadeira independentemente da certeza, pois é objetiva e determinada pela realidade. É um grau de persuasão que um sujeito tem a respeito da veracidade de um enunciado, que poderá ser dimensionado, quantificado ou escalonado.

Trata-se de uma atividade do sujeito de conhecer os fatos da causa. *Cernere*, no contexto do processo, não se relaciona a *ver*, mas, sim, a *escolher*. A certeza, então, implica em uma escolha.⁴⁴ Carnelutti, portanto, abandonou o *conforto da metafísica* e deixou a verdade absoluta para o plano divino.

O jurista reconheceu que a verdade da coisa como um todo ou apenas de uma parte, exige o conhecimento do seu “não-ser”, a *outra cara da moeda*, de modo que fosse possível escolher-se entre aquilo que *existiu* e aquilo que *não existiu*, admitindo a incapacidade humana de encontrar e de *suportar a verdade* como ela deveria ser.⁴⁵

Refere-se Carnelutti, aqui, a uma *verdade total*, que não pode derivar de um lugar apenas, mas, sim, que deveria ser encontrada em sua completude. Por isso é que elegeu a *busca da certeza* como o verdadeiro escopo do processo, deixando a verdade para o plano divino.⁴⁶

⁴³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996, p. 129.

⁴⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. *Fragmento de Melancolia: aproximações sobre a glosa de “Verdade, Dúvida e Certeza” de Carnelutti*. *O Estado do Paraná*, Curitiba, coluna “Direito e Justiça”, 10 nov. 2002, p. 8.

⁴⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. *Fragmento de Melancolia: aproximações sobre a glosa de “Verdade, Dúvida e Certeza” de Carnelutti*. *O Estado do Paraná*, Curitiba, coluna “Direito e Justiça”, 10 nov. 2002, p. 8.

⁴⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. *Fragmento de Melancolia: aproximações sobre a glosa de “Verdade, Dúvida e Certeza” de Carnelutti*. *O Estado do Paraná*, Curitiba, coluna “Direito e Justiça”, 10 nov. 2002, p. 8.

O referido autor, portanto, afastou-se da linha de pensamento heideggeriana, porém, manteve-se fiel à concepção platônica da verdade, *dicotomizada entre essência-matéria e corpo-espírito*.⁴⁷ Desvela o “ser” como “ente” e percebe seus sentidos, incluindo-o no mundo da linguagem.

Ao trazer a linguagem para o centro da questão, aponta que o processo deve primar pela certeza, pelo *conhecimento verificado e justificado pelo juiz*. Como consequência, a certeza do sujeito (juiz) acerca do conteúdo de uma afirmação (fato), deverá ser transmitida por meio das justificativas fáticas e jurídicas que ele puder fornecer.

Ocorre que, para afirmar e justificar a certeza da culpabilidade, seu convencimento deve ser fundamentado e motivado, baseado em provas de sua afirmação. O discurso da absolvição ou da culpabilidade deve estar ancorado e embasado em elementos objetivos verificáveis no processo.

O processo deve *objetivar a certeza* por meio das provas, retirando da decisão judicial a subjetividade imanente ao juiz, que poderia levar a arbitrariedades. Deve, assim, reaproximá-la da verdade.

Se o processo é o método que visa a aplicação do Direito material, por meio de normas processuais preordenadas, o direito além de “ver” tem de “prever”, o que se faz por meio da lei. Assim, seria possível afirmar que, para a certeza, bastaria a formulação de um juízo ou de um raciocínio com base na lei. O direito, porém, não se reduz às leis.

A certeza não é um problema de subsunção, pois o raciocínio silogístico não é adequado e reduziria a atividade jurisdicional à mera aplicação da lei ao caso concreto. Se se partisse do *pressuposto da busca da verdade* enquanto aspecto essencial à formação da convicção judicial, o direito se aproximaria da concretização da justiça.

A lei deve ser um instrumento para alcançar a justiça e o processo deve ser o método pelo qual as leis são traduzidas em sentença. O conhecimento, todavia, é sempre parcial. Mesmo que existam procedimentos de otimização da reconstrução histórica dos fatos, o julgador não pode ignorar a impossibilidade humana de descobrir a verdade.⁴⁸

Assim, *a verdade em um processo é uma verdade aproximativa*. Nesse sentido é que o embasamento do convencimento judicial em provas é indispensável. As provas deverão estar aptas a demonstrar a verdade dos fatos e incutir no julgador a certeza sobre o acontecimento fático.

⁴⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. Fragmento de Melancolia: aproximações sobre a glosa de “Verdade, Dúvida e Certeza” de Carnelutti. *O Estado do Paraná*, Curitiba, coluna “Direito e Justiça”, 10 nov. 2002, p. 8.

⁴⁸ CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 178.

No processo penal, todavia, impera a ideia de que o juiz deve estar convicto de ter atingido a verdade. Reputando legítimo seu convencimento sobre o cometimento do delito, só pode condenar o indivíduo se os fatos e provas submetidos à sua apreciação forem capazes de gerar certeza em seu espírito.

Assim, a lei percebe que a convicção está estritamente relacionada à matéria probatória, pois é por meio dela que o julgador se convence acerca da (in)existência do crime. Em um sistema de processo penal assegurado pelas garantias constitucionais.⁴⁹ É necessário entender que *a verdade real não existe*.

A *verdade processual* relaciona-se à *certeza jurídica*, que não se confunde com certeza da realidade pretérita, pois deriva das provas dos autos. O juiz *nunca saberá o que de fato ocorreu*. Assim, não chegará à verdade, apenas à *justificação*, em uma decisão *embasada na certeza objetiva*, caracterizada pelo *exaurimento dos meios probatórios*.

Ferrajoli afirmou que, para se expressar a relatividade da verdade, é possível utilizar a noção de *aproximação à verdade objetiva*, entendida como *ideia reguladora* que não se iguala à verdade, mas possibilita uma aproximação, sob a condição de que não se associem *conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial* a essa noção.⁵⁰

Trata-se, então, de um *princípio regulador*, que permite asseverar que uma tese ou uma teoria é *mais plausível* ou *aproximativamente verdadeira* e, portanto, preferível a outras em decorrência de seu *maior poder de explicação* e da *maior quantidade de controles* à qual foi submetida.⁵¹

Não é, desse modo, uma probabilidade; é, sim, uma *verdade provável*, embasada em um *juízo de probabilidade*, caracterizado pela intensa argumentação dialógica entre os sujeitos cognoscentes (partes e juiz) e pela garantia do pleno contraditório, em um procedimento adequado, condizente com o devido processo legal.⁵²

A verdade é, evidentemente, *aproximativa*. Dela é possível extrair que determinada tese é *mais plausível e preferível em relação às outras*, por ter maior *poder de explicação* e ter passado por um controle mais apurado. Para que seja válida, porém, deve ser precedida por um processo dialógico de *construção da certeza*.

⁴⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

4 O livre convencimento e o contraditório: a verdade dialógica

Tendo-se encontrado que a verdade não pode ser substancial, porém, só pode ser aproximativa, faz-se necessário estabelecer como, dentro da filosofia e do direito processual, seria possível fazer com que a decisão se distancie da incerteza, em direção à certeza desejada por Carnelutti.⁵³

De início, essa aproximação não pode se dar em relação à “consciência” do julgador, mas, sim, no contexto do processo. Para que se aproxime da verdade como consenso, é preciso que o processo assuma um caráter dialógico, caracterizado pela cooperação das partes, em detrimento do modelo adversarial.

O processo *dialógico* preserva a contraditoriedade das relações humanas, 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.⁵⁴

Aquele em face de quem se pede, deverá ser ouvido, em contraditório. Devido a vários motivos e fatores, 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.

Há um *vínculo* entre o processo judicial democrático e participativo e o propósito 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, participação deve ser facilitada, para que se possa cumprir e legitimar o Estado democrático.⁵⁵

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 da verdade e da tomada das melhores decisões. No campo do direito tudo é discutido, debatido, e o que se pensa é controvertido.⁵⁶

Ideias, valores, atitudes, projetos não são 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 à argumentação, à refutação e ao diálogo.

⁵³ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di diritto processuale*, v. XX, p. 4-12, 1965.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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.

Estes surgem na criação das leis, da mesma forma que aparecem no momento em que o juiz resolve um conflito pela aplicação da lei, ou se as partes utilizam meios alternativos de resolver disputas. Argumentação, refutação e diálogo são necessários ao processo, assim como motivação, fundamentação e embasamento das decisões.⁵⁷

O processo judicial dialógico apenas será legítimo e democrático se garantir a argumentação e a contradição, pois se liga, politicamente, à democracia, por meio de paradigmas participativos. A questão litigiosa, porém, é essencial entre partes dissidentes, que ocupam posições opostas, na busca da solução pacífica por intermédio da razão.

Assim, o direito à defesa técnica é uma garantia fundamental e um pressuposto essencial de validade da relação contraditória, estabelecida por meio do processo criminal. É um ato fundamental de participação em assuntos processuais voltados a materializar o direito de defesa, rodeado de seriedade e formalidade.⁵⁸

O respeito ao contraditório garante a dialogicidade o processo e, via de consequência, uma aproximação ainda maior à verdade dos fatos. O *diálogo processual*, consubstanciado pelo contraditório, faz com que a decisão se aproxime ainda mais de uma verdade processual.

Nesse sentido, o contraditório, além da *função de resistência*, deve se voltar à proteção, pois ao Estado não cabe apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais, mas, principalmente, de promovê-los, por intermédio das medidas que os concretizem do melhor modo possível.⁵⁹

Os atos processuais são desenvolvidos de forma *bilateral*, ao passo que as partes se manifestam sobre os atos do processo. O autor da demanda apresenta razões, o réu contrarrazões, uma parte produz a prova e a outra pode apresentar contraprova, até o limite imposto pela legislação.⁶⁰

Nesse sentido, o contraditório, mais do que uma garantia processual, é uma *regra do jogo*, que deve ser respeitada, de modo a promover maior aproximação à verdade no processo, bem como a atingir a dialogicidade requerida pela democracia, capaz de *legitimar* a certeza a partir da *paridade simétrica* da posição processual dos envolvidos.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47-48.

5 Considerações finais

A justiça quanto à punição do criminoso é necessária para que a reprimenda estatal não chancele injustiças. Criou-se, para tanto, a ficção do *princípio da verdade real*, a permitir ao juiz requisitar a produção oficiosa de provas, garantindo proteção a todos os bens jurídicos em jogo no contexto processual.

Essa requisição de provas, contudo, não pode ocorrer fora do contexto do contraditório, demonstrando tratar-se de atividade *complementar*, limitada pela principiologia processual penal e, em especial, pela *dialogicidade* do processo, cuja desconsideração viola o sistema acusatório, desnortando a correta aplicação do direito.

O juiz deve buscar a verdade de maneira inquietante, pois as possibilidades de procura esbarram no dever de imparcialidade. Assim, a busca pela verdade será legítima apenas quando pautada nas provas trazidas aos autos, também, mediante a observância das garantias constitucionais e legais.

O processo não pode apenas confirmar uma acusação, nem o acusado pode ser seu mero objeto, de forma que o *direito de provar* deve ser amplo, para que seja possível efetivar a justiça, pela tentativa de reconstrução da verdade pretérita, por intermédio da instrução, uma vez que a verdade é nada mais do que um *ideal a ser perseguido pelo processo*.

Desse modo, à luz do sistema processual acusatório, o magistrado não pode admitir o discurso da busca da *verdade real*, sob pena de essa busca pela verdade tornar-se irracional e ilimitada, e de ignorar até mesmo a presunção de inocência. Assim, deve o magistrado orientar-se pelo ideal uma *verdade processualmente atingível*.

No contexto processual, é possível provar fatos que não existiram, de modo que o juiz pode ser persuadido ao erro. Desse modo, a dificuldade de se alcançar a verdade por intermédio do raciocínio dedutivo faz com que o magistrado permaneça no campo da *probabilidade*.

No processo penal, todavia, a probabilidade não pode prevalecer, especialmente na motivação de uma decisão condenatória, que arriscaria a presunção de inocência. Por meio do diálogo entre acusação, defesa e julgador, a este cabe se *desincumbir da busca pela verdade* por meio da *máxima aproximação possível*.

Desse modo, a prova, em sentido processual, refere-se à *somatória dos meios de prova*, voltados à *produção da certeza*, fundada na alegação ou negociação de fatos, orientando-se na afirmação ou na negação do fato contestado, *cuja demonstração determina a certeza da afirmação*.

Refere-se, nesse contexto, à *demonstração material de uma pretensão*, revelada pelo conjunto dos meios utilizados para demonstrar a existência de fatos, em decorrência do risco de se limitar a liberdade do indivíduo. Assim, o juiz deve assumir uma posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes.

Para que a decisão processual penal seja minimamente justa, é necessário colher todos os elementos aptos a recriar um fato passado, o que demonstra a amplitude e as limitações das possibilidades probatórias. Ocorre que os elementos produzidos na fase pré-processual não se submetem ao contraditório, eliminando-se, portanto, sua *dialogicidade*.

Assim, demonstra-se necessário possibilitar à parte oposta a contradição, iniciando-se o diálogo que caracteriza o processo, daí resultando a importância da prova para o processo penal: cujo objetivo primordial é trazer a “aproximação à certeza” acerca de um fato, coadunando-se com a realidade.

Já que o juiz não presenciou o fato, por meio das provas poderá *reconstruir o momento histórico*, possibilitando sua decisão acerca da materialidade e da autoria. Assim, o contraditório é uma premissa que se relaciona não apenas à validade, mas também, à *existência da verdade processual* que é, essencialmente, dialógica.

Nesses termos, a *verdade material* é um *ideal*, que deve ser perseguido incessantemente, pelo julgador, de modo a aumentar a *possibilidade de existência do fato narrado*. O esforço para se chegar o mais próximo possível dessa meta inalcançável, todavia, é um *dever de honestidade* do julgador.

Verdade e *certeza* não são sinônimas, uma afirmação é verdadeira, independentemente da certeza, pois é objetiva e determinada pela realidade. Já a certeza é um *grau de persuasão* que um sujeito tem sobre a veracidade de um enunciado, que poderá ser dimensionado, quantificado ou escalonado.

Na escala mínima, há a incerteza, correspondente à ausência total de convicção e conhecimento. Da incerteza ao grau de certeza *absoluta*, há diversas escalas de convencimento do sujeito, que podem ser denominados de diversas formas: dúvida, improbabilidade, probabilidade, convicção.

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*, portanto o embasamento do convencimento judicial nas provas é 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 partes. O respeito ao contraditório garante dialogicidade ao processo e, conseqüentemente, uma aproximação maior à verdade.

Desse modo, o contraditório, além de uma garantia processual, é uma *regra do jogo*, que deve ser respeitada para que seja possível promover maior aproximação à verdade no processo e atingir a dialogicidade requerida pela democracia, apta a *legitimar* a certeza a partir de uma *paridade simétrica* da posição processual dos envolvidos.

The truth and the contradictory: notes for an adjustable dialogical management of penal procedural evidence

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 work was to study the concept of truth, specifically regarding its dialogical-approximative management, in the criminal procedural law characterized by the contradictory, through qualitative bibliographical research. In writing, the deductive procedure was used. It was hypothesized that the real truth is a procedural myth that should serve only as a parameter for the approximation to the truth, through the dialogical management of the proofs, directed to the closest approximation to the past reality. The present study is justified by the need to concretise the fundamentally constitutional guarantees, as well as the improvement of the understandings concerning the basic legal-procedural institutes.

Keywords: Truth. Dialogical-approximative management. Criminal Procedural Law. Contradictory. Real Truth.

Summary: **1** Introduction – **2** Proof and attainment of truth – **3** Certainty and approximate truth – **4** The free convincing and the contradictory: the dialogical truth – **5** Final considerations – References

Referências

- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- 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.
- CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di diritto processuale*, v. XX, p. 4-12, 1965.
- CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. vol. I. Madrid: Reus, 1922.
- 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.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores jurídicos. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 4, n. 14, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1987.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penale*. Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1921.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. A prova dos fatos. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, p. 243-284.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 5-7.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Bookseller, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.
- NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na Reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- ROSA, Alexandre Morais da. Fragmento de Melancolia: aproximações sobre a glosa de “Verdade, Dúvida e Certeza” de Carnelutti. *O Estado do Paraná*, Curitiba, coluna “Direito e Justiça”, 10 nov. 2002, p. 8.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JACOB, Muriel Amaral; NOVAIS, Fabrício Muraro. A verdade e o contraditório: notas para uma gestão dialógico-aproximativa da prova processual penal. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 44, p. 287-308, jan./jun. 2021.

Recebido em: 18.07.2019

Pareceres: 28.04.2020, 25.08.2020, 20.10.2020

Aprovado em: 26.11.2020