

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

SALAH HASSAN KHALED JUNIOR

**O JUIZ E O HISTORIADOR NA ENCRUZILHADA DA VEROSSIMILHANÇA:  
AMBIÇÃO DE VERDADE NO PROCESSO PENAL**

Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Jr.

PORTO ALEGRE

2008

SALAH HASSAN KHALED JUNIOR

**O JUIZ E O HISTORIADOR NA ENCRUZILHADA DA VEROSSIMILHANÇA:  
AMBIÇÃO DE VERDADE NO PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada à banca examinadora do PPG em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais, sob a orientação do Professor Dr. Aury Lopes Jr.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência.

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

PORTO ALEGRE  
2008

## RESUMO

O objetivo desta pesquisa é analisar a questão da *ambição de verdade no processo penal*. Mais especificamente, o enfoque é o problema colocado pelo *núcleo de saber* do processo penal. Portanto, procura verificar os limites inerentes ao *ritual judiciário*: como este instrumento jurídico se relaciona com a *dimensão de poder* e quais são suas *possibilidades de verdade*, face aos problemas colocados pela *passeidade*, pelo *rastro*, pela *interpretação* e pela *narrativa*. Neste sentido, se propõe a discutir a *dimensão de saber* do processo penal a partir dos referenciais do direito, da historiografia, da hermenêutica e da complexidade e incerteza, procurando romper com uma concepção de verdade *dogmática e totalitária (aletheia)*, que animada por uma *hybris*, preserva o sistema inquisitório, a partir da noção de *verdade real*.

Sendo assim, opõe aos excessos do *substancialismo* e do *decisionismo*, outra concepção de verdade: uma verdade *problemática (veritas)*, apta a *limitar o poder*, a reconhecer a *diferença*, a não simplificar a *complexidade* do objeto em questão, ou seja, a *ambição de verdade* no processo penal. Neste sentido, trata-se de uma concepção de verdade onde a dinâmica do *pharmakon* assume condição de *antídoto* contra a *arbitrariedade do poder punitivo*, possibilitando uma *nova abertura* potencialmente capaz de concretizar o sistema acusatório em definitivo. É com esta conotação que é proposta a *verossimilhança* como o *regime de verdade* mais adequado ao processo penal.

Logo, trata-se de investigar o processo enquanto *estrutura cognitiva* (na sua dimensão de saber, de teorias, métodos e procedimentos), no que se refere à sua *forma* (contraditório que culmina em uma narrativa, onde incide sua dimensão de poder) e nas suas funções (seu papel na vida pública, ou seja, o modelo de justiça a que adere, o que influencia a sua estrutura cognitiva). Enfim, tudo isto com uma finalidade concreta: **repensar o saber para limitar o poder.**

A pesquisa adere à área de concentração do PPG em Ciências Criminais da PUCRS (Sistema Penal e Violência), bem como à linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Palavras chave: Processo Penal, Verdade Real, Mito, Hermenêutica, História.

## ABSTRACT

The goal of this research is to examine the question of the ambition of truth in criminal proceedings. More specifically, the focus is the problem posed by the knowledge core of the criminal proceedings. So it intends to check the limits inherent to the judicial ritual: how this legal instrument is related to the punitive power and how the problems posed by the *passéité*, the trail, the interpretation and the narrative are addressed. In this sense, this research aims to discuss the criminal proceedings through the following fields of knowledge: law, historiography, hermeneutics and the science of complexity and uncertainty, trying to break a dogmatic and totalitarian concept of truth (aletheia), which, animated by a hybris, preserves the inquisitorial system, through the concept of real truth.

Therefore, it opposes the excesses of substantialism and decisionism, through another conception of truth: a problematic truth (veritas), able to limit the power, to recognize the difference, by not simplifying the complexity of the object in question, which is the ambition of truth in criminal proceedings. In this sense, it is a conception of truth where the dynamic of the pharmakon assumes condition of antidote against the arbitrariness of punitive power, enabling a new opening, potentially able to ultimately achieve the accusatory system. It is with this connotation that the likelihood is proposed as the regime of truth more appropriate to the criminal proceedings.

So it investigates the process as cognitive structure (in its dimension of knowledge, theories, methods and procedures), with regard to its form (contradictory procedure, culminating in a narrative, where the power comes into play) and its function (its role in the public life, the model of justice that it adheres to, which affects its cognitive structure). Finally, all this with a practical purpose: rethink the knowledge to limit the power.

So this research adheres to the area of concentration of the Postgraduate Program in Criminal Sciences of the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul (System and Criminal Violence) and the line of research on Contemporary Criminal Legal Systems.

Keywords: Criminal Proceedings, Myth, Hermeneutics, History.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 ALETHEIA: A VERDADE COMO CORRESPONDENTE AO REAL</b> .....	22
<b>1.1 A gênese da verdade real: a verdade entulhada</b> .....	27
<b>1.2 O advento da Inquisição</b> .....	32
<b>1.3 A formação do espírito moderno e o surgimento do garantismo ilustrado</b> .....	38
<b>1.4 Uma nova espécie de dogmatismo: a cientificidade oitocentista</b> .....	46
<b>1.5 Verdade e positivismo jurídico</b> .....	51
1.5.1 A desfiguração do sistema acusatório .....	57
1.5.2 O surgimento da criminologia positivista .....	60
1.5.3 O positivismo jurídico enquanto ferramenta (científica?) de coerção social .....	64
<b>1.6 Os limites da cientificidade moderna</b> .....	74
<b>2 EM BUSCA DA SUPERACÃO DA ALETHEIA</b> .....	93
<b>2.1 Aceleração e perda de referências: fundamentos para a permanência do dogma da verdade real</b> .....	94
<b>2.2 A dinâmica do risco e da insegurança na sociedade da (des)informação</b> .....	101
<b>2.3 O mito da verdade real e o dogmatismo jurídico</b> .....	107
<b>2.4 O dogmatismo jurídico penal como instrumento de sujeição simbólica</b> .....	115
<b>2.5 Rompendo com o esquematismo conceitual e a certeza moderna</b> .....	121
2.5.1 A ciência da complexidade e da incerteza: um relato por ser escrito .....	128
2.5.2 A tradição hermenêutica .....	135
<b>3 REESTRUTURANDO A ALETHEIA EM NOME DA COMPLEXIDADE</b> .....	159
<b>3.1 O juiz e o historiador: uma aproximação inicial</b> .....	160
<b>3.2 A verdade real: algumas críticas preliminares</b> .....	165
<b>3.3 Marcas da passividade (e da verdade)</b> .....	177
<b>3.4 A dinâmica dos rastros e vestígios</b> .....	194
<b>3.5 Os limites da percepção, da memória e do testemunho</b> .....	205
<b>3.6 O inquérito policial como monumento</b> .....	219
<b>4 VERITAS: A (RE)CONSTRUÇÃO DO PASSADO COMO VEROSSIMILHANÇA</b> .....	225
<b>4.1 O contraditório dialógico como instrumento de correção do rastro</b> .....	226
<b>4.2 O papel do juiz, delimitado pela phronesis e pela hermenêutica</b> .....	247

<b>4.3 A sentença como gênero narrativo: a representação do passado</b> .....	262
4.3.1 O lugar de fabricação da sentença .....	265
4.3.2 A armação da intriga: o momento de (in)suficiência da verdade real .....	286
4.3.3 Fusão e choque de horizontes: o confronto entre a sentença e o leitor .....	302
<b>4.4 A decisão: na encruzilhada da verossimilhança, resta apenas representância</b> .....	308
<b>EPÍLOGO: A PERPÉTUA REESCRITURA DA HISTÓRIA</b> .....	319
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	323

## INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é analisar a questão da *ambição de verdade no processo penal*. Mais especificamente, o enfoque é o problema colocado pelo *núcleo de saber* do processo penal. Portanto, interessa verificar os limites inerentes ao *ritual judiciário*: como este instrumento jurídico se relaciona com a *dimensão de poder* e quais são suas *possibilidades de verdade*, face aos problemas colocados pela *passeidade*, pelo *rastro*, pela *interpretação* e pela *narrativa*.

Para Ferrajoli, o juízo penal – e toda a atividade jurisdicional – é um *saber-poder*, uma combinação de conhecimento e de decisão.<sup>1</sup> Ferrajoli é incisivo ao afirmar que “sem uma adequada teoria da verdade, da verificabilidade e da verificação processual, toda a construção do direito penal do iluminismo [...] termina apoiada na areia; resulta desqualificada, enquanto puramente ideológicas as funções políticas e civis a ela associadas”.<sup>2</sup>

Dito isso, é importante destacar que este estudo não pretende *esgotar* o tema a ponto de *formular uma teoria da verdade processual penal*, que estabeleça taxativamente o *grau de verdade* obtido sobre os eventos investigados. Também não se propõe a verificar quais seriam as condições de *possível verdade* diante dos mais variados crimes e procedimentos processuais. Neste sentido, de acordo com Ruth Gauer “talvez estejamos vivendo um momento no qual o analista é, antes de mais nada, um criador de sentidos, mais do que um respondedor de perguntas”.<sup>3</sup> Seguindo esta orientação, o que se propõe aqui é apenas uma *aproximação inicial* que pretende *problematizar e reinvestir de significado* um objeto que vem sendo reduzido ao ponto de se tornar *irreconhecível*, de perder o que ele tem de mais marcante: sua *passeidade*, elemento mais *agudo* de sua *complexidade inerente*. Como afirma Gauer “[...] torna-se fundamental pensar o *saber* em geral, como algo que excede a determinação e a aplicação de um mero critério de verdade”.<sup>4</sup> Este é o norteador desta pesquisa; agregar elementos a uma discussão

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.39. grifos do autor.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.39.

<sup>3</sup> GAUER, Ruth M. Chittó. **Falar em tempo, viver o tempo!** In: Tempo/história. GAUER, Ruth M. Chittó (coord.) DA SILVA, Mozart Linhares (org). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. p.24.

<sup>4</sup> GAUER, Ruth M. Chittó. **Falar em tempo, viver o tempo!** In: Tempo/história. GAUER, Ruth M. Chittó (coord.) DA SILVA, Mozart Linhares (org). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. p.25.

maior que já se encontra em curso, cuja finalidade é singela: **repensar o saber, para limitar o poder.**

De acordo com este objetivo, em um primeiro momento é observado o *surgimento* do *valor verdade* no processo e sua posterior caminhada, que fez com que a verdade deixasse de ser *limite* e passasse a ser *instância de legitimação do poder*; ou seja, a própria *gênese da verdade real*. Para compreender esta gênese se faz necessário determinar a *articulação conjunta* entre modelo inquisitório, autoritarismo político e a ciência da modernidade, que resulta neste *tipo específico de saber*, onde o positivismo jurídico dos oitocentos também é um elemento central. Identificando os elementos que integram este paradigma, é possível determinar os impasses epistemológicos e ontológicos que ele não é capaz de superar.

Em um segundo momento, a análise se desloca para os elementos que podem auxiliar a compreender a permanência do *paradigma inquisitório* e do *dogma da verdade real* que o embasa: o esgotamento das grandes narrativas, a velocidade, a aceleração, a perda de referências e, finalmente, a relação entre verdade real e mito. A partir desta compreensão, é possível passar para a discussão em torno de um *novo parâmetro de conhecimento*, embasado na *incerteza e complexidade* e na *tradição hermenêutica*, verdadeiros pressupostos para a compreensão do processo em outros termos, deixando de lado a simplicidade da verdade real.

Na terceira etapa, a intenção é começar a mobilizar *energias hermenêuticas* – valendo-se dos referenciais já observados – para *repensar a dimensão de saber* do processo penal em torno de outros *fundamentos*, inclusive outro *modelo de verdade*, sendo central a esta pretensão a noção de *rastro*, bem como os limites da *percepção*, da *memória* e do *testemunho*. O sentido aqui empregado é o de propriamente *reinvestir de significado* o que foi empobrecido ao ponto de ser tornar *irreconhecível*: a dimensão de saber do processo penal.

Na quarta e última etapa a pesquisa desce a um nível mais *concreto*, preocupando-se com o que pode representar uma concepção *renovada* da *complexidade* da *operação* envolvida. Neste sentido, atenta para o âmbito do *contraditório* que deve se desenvolver no processo, bem como o *lugar do juiz* e finalmente, a pretensão da *narrativa decisória* em se constituir como *verdadeira*.

Esta última *reflexão* procurará se mostrar conducente a definir o que poderia, de fato, ser o *estatuto de verdade* do processo penal e o que isso pode representar para os fins a que se propõe.

A pretensão é simplesmente dar passos significativos na direção de um objetivo importante: *resgatar* a verdade como instrumento colocado a *serviço da justiça*, sua *vocação axiológica* inegável. Verdade não como *objetivo* propriamente dito e muito menos como *justificativa*, mas sim como *limite*. Valendo-se da noção de Heidegger, pode ser afirmado que a verdade foi vítima de um *entulhamento*. Houve um *encobrimento* da descoberta da verdade como *limite* que não pode mais se sustentar. Neste sentido, deve ser salientado que esta intenção de *redescoberta* da verdade não tem caráter de *retorno* a uma pureza que se perdeu (seja a do modelo grego ou do Iluminismo irrealizado), mas sim de *inspiração*: inspiração sobre o que pode representar uma concepção *renovada* de *verdade* para o processo penal e para outra *concepção de justiça*.

Em que pese a nobreza de tais objetivos, fazer da *ambição de verdade* do homem um objeto de pesquisa não é tarefa das mais fáceis. Quando essa *ambição de verdade* se vincula a um *estatuto de poder*, como é o caso da atividade dos juízes, essa intenção se torna ainda mais delicada. Afinal, questionar certas “verdades” estabelecidas leva a *quebrar crenças*, o que invariavelmente causa desconforto, pois de alguma forma a perda de certezas tão arraigadas leva a uma grande *insegurança* por parte dos detentores do poder. Certamente esse é o caso do mito da verdade real no processo penal. Trata-se de uma *crença de ordem dogmática*, oriunda do *obscurantismo da inquisição* e amparada por um *paradigma científico* comprovadamente *superado*.

Entretanto, apesar de tais constatações, o *mito* permanece *vivo*, pois como é típico dos mitos, exerce uma *função exemplar e pedagógica* e, adaptando-se a novos tempos, garante sua *sobrevivência*, pois continua tendo serventia como *mecanismo de coerção social*. Afinal, a *verdade real* é a *instância máxima de legitimação* de um sistema processual penal autoritário, onde toda espécie de garantia do réu é relevada em prol da *suposta sagrada missão* de sua descoberta. Por isso pode ser dito que a verdade real é mais do que uma *concepção de verdade*; é um *fenômeno* integrante de uma *mitologia social e jurídica*.

Faz-se necessária, portanto, a superação do *dogmatismo jurídico* legitimador do autoritarismo e a formulação do problema em outros termos, de forma que não seja *anulada a sofisticação* do objeto em questão: a *ambição de verdade* do processo penal em relação a um evento ocorrido no passado. Para atingir esta meta, o primeiro passo é o *abandono de certezas* há muito estabelecidas em prol de uma *disposição propriamente filosófica*, onde reconhecida a *ignorância*, é aberta a porta para a *incerteza*. É preciso munir-se de uma *atitude filosófica* pautada pelo *espanto*, pela *admiração*, pela *desnaturalização* diante do que aparenta ser *familiar*.

Este espírito é *absolutamente necessário* para que se torne possível o *reconhecimento da complexidade* do objeto em questão, *pressuposto essencial* para apreensão das características próprias e específicas da *dimensão de saber* do processo penal. Certamente é preferível o reconhecimento da *complexidade inerente ao real* do que a sua *grosseira simplificação*, embasada por um paradigma científico que não tem mais razão de ser face ao imenso esforço teórico realizado por vários ramos do saber ao longo do século XX. Para que este processo de *redimensionamento* dos problemas em questão seja bem sucedido, é preciso *tensionar a atitude dogmática dominante* ao ponto do *esfacelamento*. O que caracteriza uma *atitude dogmática* é o seu *conservadorismo*, o *receio das novidades*, do *inesperado*, do *desconhecido* e de tudo que possa *desequilibrar as crenças já constituídas*.

Em suma, o *dogmatismo jurídico* não pode – e não deve – mais ser sustentado e a *incerteza* deve ser colocada como novo norteador. Além disso, inegavelmente há um *completo descompasso* entre as expectativas que regem uma sociedade orientada pelos princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito e o caráter inquisitório e autoritário do procedimento processual que é sustentado – e sustenta – o *mito da verdade real*.

É dentro desse espírito que esta pesquisa procura contribuir para a problematização de uma questão tão delicada como é a da *ambição de verdade no processo penal*. É surpreendente a constatação do quanto ainda prevalece o mito da verdade real na doutrina, o que só pode ser explicado a partir de uma *inocência científica ímpar* e de concepções *políticas conservadoras e*

*autoritárias*, que comprometem a *própria cientificidade* de tais juristas.<sup>5</sup> Sendo assim, a intenção é *aprofundar* a discussão de um objeto que por muitos ainda é tido como *certo, seguro e inequívoco* em sua pretensão a obter mais do que uma mera verdade, mas até mesmo, uma dita “verdade real”.

É de notório saber que a verdade é por si só, objeto de longa problemática para a especulação filosófica, que remonta aos tempos da Grécia Antiga. Sem dúvida, é o *desejo do verdadeiro* que move a Filosofia e suscita filosofias.<sup>6</sup> A proposta de trabalho quanto ao sentido da verdade empregada nesta pesquisa se refere a dois aspectos: *aletheia* e *veritas*.

Em grego, a verdade se diz *aletheia*, e é uma *qualidade das próprias coisas*. Logo, conhecer é dizer a verdade que está na *própria realidade*. Trata-se da idéia de *verdade como correspondência*. Sendo assim, uma frase é verdadeira quando diz que o que é, é, ou que o que não é, não é. Uma frase é falsa quando diz que o que é não é, ou que o que não é, é. Esta concepção de verdade foi criticada por Heidegger, como será visto oportunamente. Por enquanto, basta que fique presente a noção de que está é uma verdade *tendentemente dogmática*, vinculada à idéia de *totalidade* e de *excesso*, que conduz à *hybris*. Isto se expressa materialmente no *sistema inquisitório*, no *decisionismo* e no *substancialismo*. Portanto, é uma concepção de verdade apta a *servir aos propósitos do poder*: legitima-o enquanto *soberano incontestável* no *exercício do poder punitivo*, ou seja, trata-se da “*verdade real*”.

Em latim, verdade se diz *veritas* e se refere à *precisão de um relato* quanto a sua *fidelidade em relação ao que aconteceu*. Logo, se refere a uma *narrativa sobre eventos ocorridos no passado* e a possibilidade de *adequação*, em alguma medida, entre essa *narrativa* e o que

---

<sup>5</sup> Como Lopes Jr observa: “eis aqui a relevância de desconstruir o mito da verdade real, na medida em que é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório”. LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal : fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.262.

<sup>6</sup> Um balanço sobre o tema, apesar de útil, seria contraproducente face à extensão de espaço em que implicaria. Basta salientar o depoimento de Fernando Gil que afirma que “Larga parte das correntes filosóficas atuais, mesmo quando se combatem umas às outras, fazem-no a partir de uma dúvida permanente em relação à verdade”. CUNHA MARTINS, Rui e GIL, Fernando. **Modos da Verdade**. In: Revista de História das Idéias. Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Volume 23, 2002. p.16.

*aconteceu*. Ao contrário da *aletheia*, *veritas* (no sentido empregado nesta pesquisa) assume caráter de verdade tendentemente *problemática*, dada ao reconhecimento da diversidade, da complexidade e dos perigos da *hybris*. Logo, pode se vincular à *phronesis*. Esta característica conduz ao sistema acusatório. Portanto, conduz à existência de garantias, bem como à separação das funções de acusar e julgar. É, portanto, uma verdade apta a *limitar o poder*: ou seja, *verossimilhança*. Para que fique clara desde já a utilização do termo, na definição de Ruth Gauer, ao reportar-se a Vico, “o verossímil pode ser compreendido como uma verdade problemática, colocada entre o falso e o verdadeiro, mas desprovido de qualquer garantia infalível de verdade”.<sup>7</sup>

Mantendo esta formulação inicial do problema em suspenso, sem dúvida, a definição do que consiste a verdade trata-se do que a filosofia costuma definir como uma *aporia*; um problema limite de difícil solução, pois efetivamente, se há, de fato, algo equivalente a uma verdade absoluta, seja em relação a qualquer tópico, pela própria natureza do conceito, haveria de ser algo absolutamente consensual, inequívoco. Afinal, sobre a *verdade*, não poderiam restar dúvidas, pelo menos para aqueles que *simplificam* o problema. Daí a articulação entre *verdade absoluta* e *dogma*, pois as *verdades absolutas* – que não admitem questionamento – somente podem ser *impostas*. Fernando Gil afirma categoricamente: “Não há uma resposta unívoca sobre a verdade [...] numa palavra, a verdade é inteiramente problemática”.<sup>8</sup>

Se por um lado a questão da verdade sempre foi e permanece sendo *complexa* e *multifacetada* para a Filosofia, para a Inquisição tratava-se de uma verdade a ser *extraída* a qualquer custo de um *sujeito objetificado* pelo processo. Já para o conhecimento científico, dentro do contexto oitocentista, vinculava-se com a sua própria *razão de ser*: o emprego da ciência supostamente *revelaria a verdade*, até então *oculta* pelas trevas da ignorância. Para o cientificismo oitocentista, a *verdade científica* não seria obtida através da *reflexão* e *ponderação filosófica*, mas sim através da *exclusão da interpretação*, da *adoção da imparcialidade* e da *separação radical* entre o sujeito e o objeto, como era tão caro a Descartes.

<sup>7</sup> GAUER, Ruth M. Chittó. **O reino da estupidez e o reino da razão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.39.

<sup>8</sup> CUNHA MARTINS, Rui e GIL, Fernando. **Modos da Verdade**. In: Revista de História das Idéias. Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Volume 23, 2002. p.17.

Dentro de tal espírito científico, como considera Gauer, ocorria a *elevação* da ciência ao status de *campo privilegiado* para a *revelação da verdade*, ainda que uma nova verdade: a *verdade científica*.<sup>9</sup> Foi sob tal ótica, que no século XIX estabeleceu-se como paradigma no âmbito do direito o *positivismo jurídico*, caracterizado pela pretensão à *neutralidade científica* e pela *aplicação automática* de normas, extraídas de um ordenamento jurídico notabilizado pela sua suposta *completude e infalibilidade*. Para os positivistas, pouco ou nada importava o *caráter problemático* da investigação sobre o passado e as *escassas possibilidades* de sua reconstituição, ainda mais em plenitude equivalente às *exigências* em que o termo verdade implicaria. Bastava aplicar a lei diante do caso concreto, que seria facilmente verificável a partir de um *mero juízo de fato*, o que garantiria a correspondência entre a verdade – *aletheia* – e o real. Por trás dessa *pretensa científicidade*, escondiam-se, assim como na Inquisição, mecanismos de *repressão social*.

Entretanto, apesar de sua *ingenuidade científica*, a estrutura positivista jurídica representava um *avanço* em relação ao autoritarismo inquisitorial, pois ao menos colocava um *sistema de regras positivadas* que de alguma forma *limitavam* o exercício arbitrário do poder. Todavia, ao longo do século XIX a aliança entre a *física social* e a *nascente antropologia* desenvolveu uma *estética da maldade* que terminou por fazer preponderar novamente a *subjetivação do processo penal*, que de fato, *abandonava por completo a ambição de verdade* em relação ao passado e se revestia de *pretensão punitiva*.

Tais saberes, de ordem *científico-dogmática-autoritária*, articulados em diferentes graus de proeminência, são veículos de *legitimação* de arbitrariedades, reapropriados e retrabalhados sob uma nova máscara pelos defensores da *mítica verdade real*. Portanto, o dogma da verdade real pode ser desconstituído a partir de uma série de enfoques, de acordo com a preferência pelo aspecto a ser enfatizado. Como a intenção aqui é fazer *terra arrasada* e *repensar a dimensão de saber*, optou-se por uma análise que abrange uma grande *pluralidade* de *aspectos* e *escalas* de análise, buscando uma compreensão ampla e significativa do complexo fenômeno da verdade real.

---

<sup>9</sup> GAUER, Ruth M. Chittó. **Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo)**. In: A qualidade do tempo: para além das aparências históricas. GAUER, Ruth M. Chittó (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.1.

Dessa forma, a verdade real será denunciada a partir da sua *origem inquisitorial* e sua *vinculação a regimes políticos ditatoriais*, sob a *máscara da neutralidade científica*; a partir dos seus *componentes especificamente míticos*, que *sustentam o poder de uma casta* que o exerce de forma *autoritária*; através do sentimento de *segurança e “certeza”* que proporciona face uma sociedade onde a *aceleração* e a *insegurança* se tornaram a *regra*; e finalmente, o ponto essencial: quanto às *possibilidades de apreensão de verdades pela ciência*, e mais especificamente, *verdades em relação a eventos ocorridos no passado*, motivo pelo qual a aproximação com a *historiografia* também se faz *necessária e proveitosa*.<sup>10</sup>

Se a filosofia é o *instrumento apropriado* para questionar a *categoria verdade*, a teoria da história é, por sua vez, o *instrumento apropriado* para discutir a *viabilidade* e as *condições de possibilidade* do conhecimento sobre o passado. Por teoria da história entenda-se não só a historiografia, mas também, as reflexões da filosofia sobre história e historiografia: neste ponto, a *hermenêutica filosófica* terá uma tarefa essencial a empreender, enquanto *dimensão de sentido interpretativo* apto a repensar o saber em questão: a *ambição de verdade* do processo penal.

A relação entre a historiografia e o processo é *evidente*. O paralelo entre o juiz e o historiador, enquanto agentes que estão *envolvidos* na busca de obtenção de conhecimento sobre o passado é inegável. Talvez a mais *célebre* constatação dessa afinidade entre as duas atividades tenha sido aquela considerada pelo renomado jurista italiano Calamandrei, que comparou o labor do juiz ao do historiador, pois ambos se dedicam a *investigar o passado*.<sup>11</sup>

Sendo assim, a aproximação com a teoria da história se justifica com facilidade, uma vez que os próprios juristas – até mesmo aqueles que defendem a idéia de verdade real – são

---

<sup>10</sup> De acordo com a reflexão de Heidegger, “A ambigüidade do termo “história” mais imediata e freqüentemente observada, embora não seja de forma alguma “fortuita”, anuncia-se no fato de que esse termo significa tanto a “realidade histórica” como a sua possível ciência. Deve-se afastar, provisoriamente, o sentido de “história” como ciência histórica (historiografia)”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo Parte II**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005. p.183. A distinção proposta por Heidegger pode ser formulada em termos de história escrita e história vivida. Assim, no alemão *geschichte* significa o complexo de fatos e acontecimentos enquanto *historie* significa o pensamento histórico, o saber, a elaboração narrativa de um texto. Ou seja, história e historiografia. Em italiano e francês, não existe a distinção.

<sup>11</sup> CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas, v. I, Bookseller Editora Ltda, 1999.

praticamente unânimes em constatar a *natureza histórica* da investigação e da produção de provas que ocorre no processo penal. Todavia, ainda que exista esse reconhecimento, boa parte das proveitosas reflexões sobre o estudo do passado que foram formuladas pela historiografia – bem como pelos filósofos que abordaram o tema nas últimas décadas – permanecem à margem da atividade diária dos juízes, que pela própria natureza de sua função, se vêem diante de problemas semelhantes aos que os historiadores enfrentam.

Sendo assim, a intenção é valer-se das considerações oferecidas pela teoria da história para questionar as *possibilidades de extração* de uma *suposta verdade real* através do processo penal, em que pese o fato de boa parte da doutrina ainda se vincular a tal paradigma. Esta postura de defesa das *condições de possibilidade* de uma verdade real, entretanto, só pode se sustentar a partir da *continuidade do isolamento do direito* em relação aos demais campos do saber.

Entretanto, essa barreira deve ser *rompida*, pois diferentes campos de saber devem dialogar entre si, especialmente no que se refere aos *grandes pontos de tensão* que questionam sua própria *razão de ser*. O conhecimento pode avançar a partir do diálogo entre campos próximos de atuação. Diante da *crise* em que a ciência se encontra, a própria noção de *um saber compartimentado e dividido em gavetas* se mostra *defasada* face à *complexidade do real*. A ciência *dividiu e avançou*, e agora percebe que precisa *somar para crescer*, pois os problemas e o mundo se tornaram *complexos demais* para um *saber dogmático e limitado* que apenas *empobrece o objeto* sobre o qual se pretendia atingir verdades: *o real*.<sup>12</sup>

A proposta de trabalho aqui apresentada busca o *rompimento desse isolamento*.<sup>13</sup> Esta disposição implica na utilização de um grande manancial de autores, os quais serão utilizados como elementos de convicção e de suscitação de problemas em relação às questões abordadas.

---

<sup>12</sup> Para Coutinho “o difícil, sem embargo é perceber que os operadores jurídicos (e em especial os nossos), precisam de toda uma vida para darem-se conta da importância dos estudos interdisciplinares, multidisciplinares e transdisciplinares; se é que se dão e quando dão”. COUTINHO, Jacinto. **Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito**. IN: Anuário Ibero-americano de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.176.

<sup>13</sup> Para Lopes Jr “esse cenário conduz à onipotência que incapacita o Direito Penal a perceber seus próprios limites, inviabilizando uma relação madura com os outros campos do saber (interdisciplinaridade). Ao não dialogar, o Direito Penal não percebe a falência do monólogo científico, o que conduz ao agravamento da crise e do próprio autismo jurídico”. LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.55.

De especial importância neste exercício intelectual são as contribuições da tradição hermenêutica (representada por Dilthey, Heidegger, Gadamer e Ricoeur) assim como os proponentes da ciência da complexidade e incerteza (Popper, Prigogine e Morin, entre outros).

Referindo Vatimo, o entendimento aqui é que “a herança de um pensador, o próprio Heidegger no-lo ensinou com suas investigações no campo da história da filosofia, é aquele núcleo de matéria ‘para pensar’ que ele nos transmite”.<sup>14</sup> Trata-se, portanto de colocar tais matérias, verdadeiros núcleos de pensar, a serviço e em prol do desvendamento de sentidos sobre o objeto em questão, a serviço de uma *progressiva inteligibilidade* sobre o mesmo.

Logo, é a partir dos referenciais teóricos oferecidos principalmente pela teoria da história e pela filosofia hermenêutica, motivados pela vinculação já referida, que se pretende buscar a obtenção de uma característica de *verossimilhança pautada pela interpretação*, no que tange ao conhecimento sobre fatos passados que o processo penal produz. Como é o caso de qualquer análise inter(ou multi)disciplinar, o esforço aqui empreendido implica em uma série de perigos, e principalmente, exige uma mente aberta por parte do leitor.

A relação entre a história e o processo penal é especialmente proveitosa, pois o problema da verdade ligada ao passado introduz um *segundo nuance de sofisticação* à questão: se por um lado, a verdade já um tema que não se presta a uma fácil solução, no âmbito do processo, assim como na historiografia, a ambição de verdade não se encontra ligada a um evento presente, mas sim, a uma realidade passada, a um *tempo escoado*, que já *passou* e, portanto, *não volta mais*. Um tempo que deve ser *transposto para uma narrativa*, formulada a partir de *rastros*. Invariavelmente, a *verdade histórica* – seja qual for a sua *natureza e índice de verdade* – sempre será um *relato transposto para uma narrativa*, ainda que embasada em *provas*.

Portanto, a questão da verdade deve ser acrescida de uma *nova camada de análise*, a qual implica em uma *profundidade* ainda maior para o problema: a questão do *tempo*. O processo é *duplamente regido pelo tempo*: de um lado, porque busca *reconstituir uma realidade passada* e por outro, por possuir uma *temporalidade própria*, sua, que *difere* da temporalidade social.

---

<sup>14</sup> VATIMO, Giani. **As aventuras da diferença**. Lisboa: Edições 70, 1980. p.143.

Essa dupla condição, por si só, já dificulta qualquer possibilidade de *aferição efetiva da verdade* a partir desse instrumento, uma vez que não se trata de uma observação *in loco* dos fatos em questão, mas sim, trata-se de, através de alguma forma, *reconstituir* um fato passado através de *rastros no presente*, de forma a satisfazer uma *pretensão de justiça*, uma *ambição de verdade*. Um problema, sem dúvida, de notória dificuldade e que não obteve ainda o devido cuidado por parte dos processualistas, embora se trate de uma questão na qual se avançou muito no campo da historiografia, devido à própria natureza do ofício do historiador.

Como se trata de tentar *aferir o que já foi* e, logo, isso inviabiliza quaisquer possibilidades de *verificação direta* do acontecido – que, em tese, poderia permitir a *verdade real* –, um terceiro elemento de complexidade deve ser colocado: a questão da *interpretação*. Toda *reconstituição* e toda *aferição de fatos passados* será necessariamente produto de uma *interpretação*, de um *filtro*, pelo qual – apesar da pretensa *neutralidade positivista* – passarão *valores, crenças e convicções pessoais* do observador. Enfim, não há *objetividade absoluta*, e todo *julgar* passa por uma *dimensão de subjetividade*. Afinal, como tão bem demonstrou António Damásio, não há raciocínio e não há razão desprovida de sensibilidade e emoção. A *dicotomia cartesiana* não passa de uma falácia, ainda que se trate de uma falácia que produziu – e infelizmente permanece produzindo – *efeitos concretos sobre o real*.

Finalmente, a *ambição de verdade* que busca *reorganizar* um evento – que pertence a uma realidade temporal passada, acessada através da *interpretação de rastros* verificados em um procedimento em contraditório – atinge a sua materialização através de um novo *nuance de complexidade: a narrativa*, forma pela qual se vê *representada* aquela realidade passada, adequada a um sistema de normas que *tipifica as condutas verificadas*, o que passa, portanto, pelos limites colocados pela *linguagem* e pela exigência da *intertextualidade*. A questão, afinal, é: poderá essa *representação narrativa* formada a partir do processo ser detentora de um *status equivalente a uma verdade real* sobre o fato ocorrido no passado, dado que foi obtida a partir de *vias indiretas*, em uma *prática eminentemente interpretativa*, ainda que marcada pelo contraditório, sem considerar toda *dinâmica* que envolve sua *escrita*?

A própria formulação do problema já indica que a *simplicidade* e *inocência epistemológica oitocentista* não podem ser levadas a sério por qualquer observador mais qualificado nos dias atuais. Portanto, a vinculação do processo penal com a suposta obtenção de uma *verdade real extraída da reconstituição do passado*, operada através de um *contraditório* e *provas* é com certeza, extremamente delicada e digna de um exame mais aprofundado. Se, de um lado, a *verdade* e a *apreensão do real* configuram-se em um objeto de difícilíssima – ou impossível – apreensão, o que dizer do enigma colocado pela *passeidade* do passado, questão de grande importância para Paul Ricoeur? Não é a toa que este é um dos grandes temas do debate historiográfico nas últimas décadas. Entretanto, de forma geral, permanece ignorado enquanto problematização referente à *reconstrução narrativa* operada dentro de um processo no âmbito do direito. Logo, se faz necessário um *estranhamento*, próprio de uma *atitude filosófica* e de uma *postura científica* orientada pela *incerteza*, para romper com o *dogmatismo jurídico* e suas verdades de consumo imediato e instantâneo. O que, de fato, é realizado através da *reconstituição temporal* elaborada dentro de um processo? Será uma *reconstrução do passado*? Uma *reduplicação do que já houve*, ou uma *mera representação*?

Qual é afinal, o *estatuto de verdade* da dimensão de saber do processo penal, que lhe permite impor uma pena através do poder exercido pelo Estado e quais devem ser os freios impostos a essa *pretensão de justiça* – ou *ambição de verdade* – para coibir os inevitáveis abusos em que essa investigação pode incorrer? Qual é o *limite que demarca as fronteiras* entre uma *pretensão de justiça* e uma *pretensão punitiva*? Essa discussão passa pela *irreconciliável dicotomia* entre os modelos *acusatório* e *inquisitório* – visto que o suposto sistema misto não passa de uma farsa – e logo, pelo *papel do juiz* no processo penal e o *dogma da sua infalibilidade*, que busca legitimar a *inexistência de freios* à sua iniciativa.

Para responder a este grande manancial de questões, a intenção é investigar a problemática envolvida na *ambição de verdade* que move o processo penal e, logo, os *limites* que devem ser *demarcados* ao poder, a partir de uma problematização de sua *dimensão de saber* – e de *possível verdade* – na dupla acepção de mecanismo de acesso a verdades correspondentes ao real (*aletheia*) e de reconstrução narrativa do passado (*veritas*). Trata-se de investigar o processo enquanto *estrutura cognitiva* (na sua dimensão de saber, de teorias, métodos e procedimentos),

no que se refere à sua *forma* (contraditório que culmina em uma narrativa, onde incide sua dimensão de poder) e finalmente nas suas funções (seu papel na vida pública, ou seja, o modelo de justiça a que adere, o que influencia a sua estrutura cognitiva). Enfim, tudo isto com uma finalidade concreta: **repensar o saber para limitar o poder.**

## EPÍLOGO: A PERPÉTUA REESCRITURA DA HISTÓRIA

Toda obra de um historiador passa necessariamente por um *reexame*. Um estudo historiográfico jamais *transita em julgado*, jamais se *cristaliza* a ponto de assumir *condição de verdade absoluta*. Além disso, uma *narrativa historiográfica* nunca é dotada de sentido por si só, senão em *confronto com outras narrativas*, com a *recepção do público leitor* e com a própria *comunidade acadêmica*, isto é, com outros *historiadores profissionais*. Neste sentido, há um *diferencial significativo* entre a *sentença* e a *narrativa historiográfica*, como demonstra Bann:

O controvertido texto histórico não pode ter o mesmo propósito imediato e prático que o discurso em um tribunal [...] mesmo que o modo de demonstração seja semelhante, no sentido de que as autoridades são citadas especificamente. O objetivo não é uma absolvição ou uma condenação, e sim um texto histórico autorizado. Assim o “julgamento” final fica suspenso indefinidamente [...] a anuência conferido pelo público acadêmico é, enfim, o único critério de legitimação.<sup>15</sup>

Portanto, alcançada a *aceitação* da narrativa de um historiador por parte da comunidade acadêmica, esta obra teria *perenidade*? Seria definitiva? *Evidente que não*. A definição de verdade como *veritas* implica que a *ambição de verdade* que norteia o trabalho de um historiador sempre será apenas isso: uma *ambição*. *Não há uma verdade plena e definitiva*. Logo, jamais se atinge o *caráter monumental*, capaz de fazer com que a narrativa *resista indefinidamente ao teste do tempo*. Os chamados *clássicos da disciplina*, como as narrativas de Heródoto ou de Michelet, são lidos como literatura, pelo prazer que proporcionam. No que se refere ao conhecimento histórico, tais narrativas já foram *irremediavelmente superadas* por estudos posteriores. Justamente por isso, sempre se pode retornar a um antigo tema e abordá-lo a partir de outro enfoque, evocando um aspecto diferente da *trama* em que o *evento* estudado consistia. É por isso que Ricoeur afirma que o trabalho do historiador sempre estará sujeito "a um processo ilimitado de revisões que faz da escrita da história uma perpétua reescritura".<sup>16</sup> Como refere Lopes Jr,

Relevante é a distinção entre a “verdade” construída no processo e fixada pelo juiz na sentença e a verdade científica ou histórica. A primeira tem o juiz como investigador exclusivo, ao passo que as demais, não. A competência para investigar esse fato

<sup>15</sup> BANN, Stephen. **As invenções da história: ensaios sobre a representação do passado**. São Paulo : Unesp, 1994. p.37.

<sup>16</sup> RICOEUR, Paul. **La memoria, la historia, el olvido**. Madrid : Trotta, 2003. p.426.

histórico e julgar está fixada em lei, como exclusividade, para o juiz. Logo, uma vez alcançada essa decisão pela coisa julgada, será em regra imutável.<sup>17</sup>

Ou seja, ainda que existam as demais instâncias de julgamento, e até mesmo a possibilidade de revisão criminal, não é como se aquele fato pudesse ser fruto de *infindáveis investigações*, como a Revolução Francesa o foi, por exemplo. Assim, invariavelmente, ainda que o objeto seja restrito, o conhecimento sobre o mesmo será *obrigatoriamente limitado*. Lopes Jr não ignora a possibilidade de revisão criminal, mas é *cético* em relação a sua *admissão*, em virtude do chamado *in dubio pro societate*.

Para Ricoeur, é esta abertura a uma *perpétua revisão* que marca a *diferença* entre a sentença e o estudo do historiador. A questão aqui levantada é porque essa mesma *ausência de perenidade* não deve causar os mesmos efeitos para o produto da pesquisa do historiador e para a verificação da verdade pelo juiz. O objeto, ao menos no que se refere à *dimensão de saber*, é o mesmo, ou no mínimo, *muito semelhante*, como já foi extensivamente abordado. Neste sentido, Ricoeur aponta o *diferencial*, ao constatar que

é uma característica do juízo no plano judiciário interromper o jogo e o contrajogo dos argumentos, pondo-lhes um ponto final, mesmo que este último seja provisório, tanto quanto, pelo menos, as vias de recurso se mantiverem abertas; mas haverá finalmente, em qualquer parte ou a qualquer momento, uma última sentença que sancionará a força pública.<sup>18</sup>

Este é definitivamente o *grande critério de diferenciação* entre as duas práticas: a narrativa em que consiste a sentença possibilita a *incidência do poder punitivo* do Estado, o que significa que as conseqüências serão infinitamente mais graves em caso de equívocos do que a mera desconsideração em que incorrerá a pesquisa infundada do historiador.

Neste aspecto, realmente reside um *ponto de grande tensão* em relação à *ambição de verdade do processo penal*: enquanto a validade de um *estudo historiográfico* está sendo *contínua e reiteradamente* testada por *novas pesquisas* que não cessam de encontrar *novas facetas a respeito da trama em que se constitui o evento*, o mesmo não ocorre com a *sentença*

<sup>17</sup> LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal : fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.266.

<sup>18</sup> RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.164.

*judicial*, pois se torna *definitiva* após o *esgotamento da via recursal*, em que pese a opção da *revisão criminal*, praticamente inviabilizada em virtude do chamado *in dubio pro societate*.

No entanto, frente a esta *posição excessiva* que procura estabelecer uma *verdade mais do que apenas real*, mas *cristalizada e eterna*, pode ser oposta a existência do que Bitencourt denomina como um *princípio da humanidade*, na medida em que nenhuma *pena privativa de liberdade* deve atentar contra a *incolumidade da pessoa humana* como ser social.<sup>19</sup> É evidente que o chamado *in dubio pro societate* contraria *frontalmente* esse princípio, sendo, portanto, inaceitável face aos *dois critérios de legitimidade*, o determinado pela *veritas* (que exige que a *verossimilhança* – enquanto *verdade problemática* – permaneça sempre sendo posta à prova) e o determinado pela *intertextualidade*, que impõe uma *leitura constitucional*.

Portanto como fica a *perenidade da sentença punitiva*? Na verdade, o próprio Ricoeur a resolve, quando fala em vias de recurso que permanecem abertas. Pois de certa forma, no âmbito do processo penal, elas devem *permanecer sempre abertas* e, logo, o *in dubio pro societate* deve ser de todo *afastado*. No processo penal a sentença jamais deveria ser, de fato, *plenamente definitiva*, pois o *núcleo de saber jamais atinge a perfeição*, uma vez que a *aletheia* é inatingível. Por isso que sob uma *visão constitucional* que reconheça o caráter de *veritas* da *cognição processual penal*, uma decisão de caráter penal *jamais* deve ser final enquanto condenatória, pois sempre deve estar sujeita a revisão em certas circunstâncias.<sup>20</sup> É o que deveria ser o caso da chamada *revisão criminal*.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 6ª ed. Saraiva: São Paulo, 2000. pp.15-16.

<sup>20</sup> É por isso que LOPES JR diz que “é evidente que não existe certeza (*segurança*), nem mesmo após o trânsito em julgado, pois a coisa julgada é uma construção técnica do direito, que nem sempre encontra abrigo na realidade [...] a incerteza é característica do processo, considerando que seu âmbito de atuação é a realidade”.<sup>20</sup> LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal : fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp.63-64.

<sup>21</sup> A revisão criminal ocorre nos casos de sentença condenatória *contrária à lei expressa* ou *à evidência dos autos*, e, ainda, aos casos em que a referida sentença condenatória assentar sua fundamentação para condenar em *prova comprovadamente falsa*, e, finalmente, à hipótese de, após solucionada a ação penal, surgirem *novas provas* convincentes da inocência do acusado ou determinantes de uma diminuição de pena. Inclusive após a sua morte, caso em que caberá uma indenização para os familiares. Excepcionalmente, em casos de nulidade, é cabível o mandado de segurança e até mesmo o habeas corpus contra a sentença transitada em julgado, que, em teoria, teria atingido a perenidade. Entretanto, o infame princípio *in dubio pro societate* que é mais uma – entre tantas – manifestações da hybris, tornam as possibilidades de sua concretização muito pequenas.

Portanto, assim como é o caso na historiografia, a *cristalização da narrativa* jamais deve ser atingida, sendo *sujeita a revisões* caso não esteja em conformidade com os vários critérios que importam na *revisão criminal*. Ou seja, a *verossimilhança* verificada no processo também deve ser *provisória*, conducente a uma *perpétua reescritura da história*, sempre aberta a novos elementos que possam favorecer o réu. Uma *concepção de verdade* apta a *limitar o poder* não poderia *exigir menos*.