

LIVRE CONVENCIMENTO JUDICIAL E VERDADE: CRÍTICA HERMENÊUTICA ÀS TEORIAS DE FERRAJOLI, TARUFFO E GUZMÁN

*FREE JUDICIAL ASSESSMENT AND TRUTH: A HERMENEUTIC CRITIQUE OF THE
THEORIES OF FERRAJOLI, TARUFFO AND GUZMÁN*

*LIBRE CONVENCIMIENTO JUDICIAL Y VERDAD: CRÍTICA HERMENÉUTICA A LAS
TEORÍAS DE FERRAJOLI, TARUFFO Y GUZMÁN*

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Resumo:

Contextualização: O conceito de livre convencimento judicial é tão institucionalizado no direito brasileiro quanto incompreendido. Nesse sentido, a sua banalização no âmbito judicial e também doutrinário dá azo à discricionariedade.

Objetivo: No presente texto, objetiva-se realizar uma análise acerca dos pressupostos teóricos que sustentam o conceito de livre convencimento judicial, na legislação e no imaginário do direito brasileiro.

Metodologia: O método adotado foi o fenomenológico hermenêutico.

Resultado: Como resultado da pesquisa, conclui-se que a defesa teórica do conceito de livre convencimento se revela insuficiente diante dos contra-argumentos apresentados e se sugere um

¹Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor titular da Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Coordenador do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. *E-mail* para contato: lenios.1@lwmail.com.br.

²Doutor e mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-doutorando em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS). Membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. *E-mail* para contato: lnogueirajung@gmail.com.

novo modelo de racionalidade judicial pautado pela necessidade epistêmica e política de justificação.

Palavras-chave: Livre convencimento judicial; positivismo; hermenêutica filosófica; crítica hermenêutica do direito; decisão judicial.

Abstract:

Contextualization: The concept of free judicial assessment is as institutionalized in Brazilian law as it is misunderstood. Thus, its trivialization in the judicial and doctrinal scopes gives rise to discretion.

Objectives: The objective of this work is to analyze the theoretical assumptions that support the concept of free judicial assessment in the legislation, and in the imaginary of Brazilian law.

Methodology: The method adopted was hermeneutic phenomenological.

Result: The work concludes that the theoretical defense of the concept of free assessment is insufficient in the face of the counter-arguments presented, and a new model of judicial rationality is suggested, guided by the epistemic and political claim for justification.

Keywords: Free judicial assessment; positivism; philosophical hermeneutics; hermeneutic critique of law; judicial decision.

Resumen:

Contextualización: El concepto de libre convencimiento judicial está tan institucionalizado en el derecho brasileño como incomprendido. En este sentido, a banalización en el ámbito judicial y también doctrinario da lugar a la discrecionalidad.

Objetivo: En el presente texto, se objetiva realizar un análisis sobre dos presupuestos teóricos que sustentan el concepto de libre convencimiento judicial, en la legislación y en el imaginario del derecho brasileño.

Metodología: El método adoptado fue el fenomenológico hermenéutico.

Resultado: Como resultado de la investigación, se concluye que la defensa teórica del concepto de libre convencimiento se revela insuficiente delante de los contra argumentos presentados y se sugiere un nuevo modelo de racionalidad judicial pautado por la necesidad epistémica y política de justificación.

Palabras clave: Libre convencimiento judicial; positivismo; hermenéutica filosófica; crítica hermenéutica del derecho; decisión judicial.

INTRODUÇÃO

Dentre tantos mitos que estruturam o discurso jurídico e, particularmente, o discurso acerca da atividade judicial, é notável aquele relativo à decisão judicial e à transformação de seu paradigma teórico ao longo da história. Essa narrativa é tão disseminada quanto pouco aprofundada. Ao analisarmos a doutrina, depreende-se uma tríade de sistemas de decisão: do arbítrio interpretativo, passando pelo rigorismo exegético e chegando ao sistema vigente do livre convencimento motivado. Naturalmente, a história assim contada não corresponde ao desenvolvimento teórico jurídico-filosófico e, tampouco, aos conflitos hermenêuticos explícitos ou implícitos nas distintas teorias acerca da decisão judicial e da avaliação das provas. Como afirma Taruffo, por exemplo,

a difusão do princípio da obrigatoriedade da motivação em nível europeu, que como fenômeno global se coloca em um momento histórico bem determinado, dificilmente pode ser considerada como o desaguadouro e a consequência unitária de premissas homogêneas, respectivamente individualizáveis em termos análogos em diversos ordenamentos processuais da Europa continental. Isso vale não apenas em referência às situações pré-existentes ao período indicado como decisivo quanto ao problema em exame, mas também e especialmente com relação às modalidades com que esse é enfrentado e resolvido pelos legisladores da segunda metade do século XVIII³.

No Brasil, as Ordenações Afonsinas (1446 a 1514) não traziam qualquer exigência de fundamentação das decisões judiciais. Tal previsão, todavia, passou a estar contida nas Ordenações Manuelinas (1521 a 1595) e Filipinas (1603 a 1916)⁴. O §7º, do Título LXVI, do Livro III das Ordenações Filipinas, por sua vez, determinava que “todos nossos Desembargadores e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso de apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar ou absolver, ou a confirmar, ou a revogar”⁵.

Quanto ao Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil, de 1832, uma vez que os julgamentos eram realizados pelo Tribunal do Júri e, portanto, amparados na íntima convicção, não se fazia referência à necessidade de motivação das decisões judiciais. Por outro lado, apresentava uma hierarquia quanto às provas, fazendo refletir o assim chamado sistema tarifado. É

³TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 280.

⁴Veja-se, nesse sentido, o dispositivo contido no Livro III, Título L, §6º das Ordenações Manuelinas: “Mandamos, que daqui por diante todos os Nossos Desembargadores, Corregedores das Comarcas, e todos os Ouvidores, e Juizes de Fôra, posto que cada hum dos sobreditos Letrados nom sejam, e quaesquer outros Julgadores, que Letrados forem, que as sentenças definitivas poserem, declarem em suas sentenças (assi na primeira instancia como na causa d’appellaçam, ou agravo, ou na causa de revista) a causa, ou causas, per que se fundam a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar, dizendo especificamente o que he, que se prova, e por que causas do feito se fundam a darem as suas sentenças.” (Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>).

⁵Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>.

o que se conclui da leitura dos artigos 92, 93, 94, 140 e 144, por exemplo⁶. Já no Código de Processo Penal de 1941, o livre convencimento motivado faz-se presente nos artigos 155 e 381, III, segundo os quais o juiz apreciará a prova de maneira livre, devendo indicar os motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

No âmbito do processo civil, o livre convencimento motivado é previsto desde o Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 118, parágrafo único, sendo tal dispositivo atualizado durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 131. A partir da salutar exclusão do livre convencimento realizada pelo novo Código de Processo Civil de 2015, o artigo 371 do CPC 2015, correspondente ao artigo 131 do CPC 1973, limita-se a prescrever que *"o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento"*. Assim,

com a retirada do livre convencimento do CPC, o legislador encerrou um ciclo. Desde o socialismo processual (Menger, Klein, Büllow) se pensava que o juiz era o protagonista e que tinha livre convencimento. Em outras palavras, ele era livre para decidir, desde que, depois, justificasse, como se a justificação ou motivação conseguisse suprir o problema fulcral que residia, exatamente, no livre atribuir de sentidos, corolário do paradigma da subjetividade⁷.

Em que pese a retirada do livre convencimento do texto do Código de Processo Civil, a continuidade de tal instituto no Código de Processo Penal ainda dá azo ao imaginário jurídico. Mesmo que tal persistência legislativa tivesse fim por meio de uma alteração ou desenvolvimento de um novo código processual penal, todavia, a inserção da ideia de livre apreciação nas práticas difusas e nos jargões judiciais é um fato de nossa cultura jurídica, uma pré-concepção equivocada disseminada no jogo de linguagem dos tribunais.

Não pretendemos, todavia, reconstruir historicamente o referido instituto e seus predecessores, ainda que tal tarefa ainda seja premente, no que diz respeito ao Direito brasileiro. Antes de uma *explicação* sobre a sucessão legislativa, busca-se uma *compreensão* da estrutura teórica que sustenta o conceito de livre convencimento e suas implicações. Em que pese a disseminação do referido conceito na doutrina e na prática, poucos ou praticamente nenhum autor nacional que trata do tema

⁶Art. 92. Os documentos, para que possam servir, devem ser reconhecidos verdadeiros pelo juiz ou pelo tabelião público; Art. 93. As cartas particulares não serão produzidas em juízo sem o consentimento de seus autores, salvo se provarem contra os mesmos; Art. 94. A confissão do réu em juízo competente, sendo livre, coincidindo com as circunstâncias do fato, prova o delito; mas, no caso de morte, só pode sujeita-lo à pena imediata, quando não haja outra prova; Art. 140. Apresentada a queixa ou denuncia com o auto de corpo de delito, ou sem ele, não sendo necessário, o juiz a mandará autuar, e procederá à inquirição de duas até cinco testemunhas que tiverem notícia da existência do delito e de quem seja o criminoso; Art. 144. *Se pela inquirição das testemunhas, interrogatório do indiciado delinquente, ou informações, a que tiver procedido, o juiz se convencer da existência do delito e de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que julga procedente a queixa ou denúncia, e obrigado o delinquente à prisão, nos casos em que esta tem lugar.* Para uma análise histórica do Código do Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, ver: PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas.** Bauru: Editora Jalovi Ltda., 1983.

⁷STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2017.

consegue expor razões consistentes que justifiquem a sua vigência⁸.

Assim, dirigimos, neste artigo, nossa atenção para o que Michelle Taruffo e Luigi Ferrajoli, dois autores italianos influentes no contexto doutrinário brasileiro, dizem a respeito. Como será exposto, as concepções destes autores são sintetizadas pela publicação *La verdad en el proceso penal*, de Nicolás Guzmán. Portanto, após a reconstrução dos argumentos dos autores referidos, no próximo tópico, desenvolveremos uma análise crítica, com o objetivo de evidenciar contradições teóricas que sustentam a defesa do livre convencimento pelos referidos autores.

A VERDADE NO PROCESSO: OS ARGUMENTOS DE FERRAJOLI, TARUFFO E GUZMÁN

O problema acerca do adequado sistema de avaliação de provas e de interpretação jurídica é, por si, interdisciplinar. Pode-se abordá-lo a partir de uma perspectiva prática: qual metodologia judicial é pertinente diante dos princípios constitucionais e do Estado Democrático de Direito? Como, na atividade jurisdicional, fazer valer o contraditório e a ampla defesa ou o dever de fundamentação das decisões? Tais questões, por sua vez, estão inexoravelmente vinculadas ao tema da responsabilidade política do poder judiciário. Tais perguntas de ordem prática guardam paralelo, como seria de se esperar, com dúvidas de dimensão teórica que se dão na área da teoria do conhecimento e podem nos direcionar aos mais intrincados dilemas de ordem metafísica.

Afinal, pode-se falar, de verdade, no âmbito do processo judicial? Tal verdade diz respeito apenas à apuração dos fatos, ou também engloba a interpretação de normas? Alguns juristas utilizam distinções como verdade processual em oposição à verdade material. Outros falam de verdade relativa em detrimento da verdade real, etc. Com efeito, o tema da verdade no âmbito judicial nos leva a um dos pontos centrais da própria história da filosofia: a teoria da verdade. Afinal, o Direito

⁸Ao consultarmos a doutrina, há um certo padrão discursivo que se repete, o qual, todavia, não apresenta consistência teórica. Ao comentar o art. 155 do CPP, Guilherme Nucci, por exemplo, afirma que “Quando forma a sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais *falsa*, que é um ‘juízo não verdadeiro’. Sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu ‘uma certeza incerta’, o que é um contrassenso” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 338). Para Paulo Rangel, “a adoção do sistema do livre convencimento é expressão da vontade do legislador, que dá ao juiz liberdade de agir de acordo com *as provas* que se encontram nos autos, pois, se não estão nos autos, não existem no mundo” (RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 523). Pacelli, por sua vez, afirma que “o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas” (DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 328). Mesmo Aury Lopes Jr., que expressa posição crítica quanto ao livre convencimento, reproduz a ideia de que “‘sentença’ venha de *sententia*, que, por sua vez, vem de *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*, ensejando a ideia de que, por meio dela, o juiz experimente uma emoção, uma *intuição emocional*. *Mais do que isso, ele sente e declara o que sente*” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.083).

e a racionalidade jurídica não se constituem como entes isolados de paradigmas que se formam no horizonte da história humana. Nesse sentido, afirma Luigi Ferrajoli em seu prefácio à obra de Nicolás Guzmán:

se comprende entonces hasta dónde el problema de la verdad en el juicio penal supone y remite a aquel otro, que es el problema central de la filosofía teórica: el de la verdad y, más en general, el del conocimiento. No se trata de un problema, ciertamente difícil y controvertido, sino, antes bien, del problema filosófico por excelencia, que desde siempre ha fatigado a la flexión epistemológica, con una complicación no pequeña: la adquisición de la verdad en el proceso penal constituye el presupuesto de una decisión de condena o de absolución, que incide sobre las libertades fundamentales de la persona juzgada (GUZMÁN, 2018, prefácio)⁹.

Para além de sua referida influência e relevância, Ferrajoli e Taruffo guardam pontos em comum cuja análise permitirá o desenvolvimento de uma crítica geral à sua defesa da ideia de livre convencimento. As semelhanças de família, como diria Wittgenstein, entre os autores ora analisados têm como origem uma raiz positivista fundada em alguns dogmas como, por exemplo, a defesa da teoria correspondencial da verdade, a circunscrição do conceito de verdade a fatos e não a normas ou valores e, portanto, o ceticismo em relação ao processo interpretativo. Essas premissas, entre outras que serão expostas, implicam, para os autores, a defesa do livre convencimento judicial de forma praticamente uníssona. Pretende-se, portanto, visitar esses pontos comuns entre os autores para que, ao fim, seja possível realizar uma crítica da própria defesa do livre convencimento enquanto modelo de atuação judicial e apontar para a possibilidade de superação, ao menos, em nível teórico.

Para Taruffo, a capacidade de obtenção da verdade no processo se revela mínima, quando se trata da tentativa de determinação do valor de provas *a priori* e, por outro lado, máxima, quando instituímos a livre apreciação judicial:

El problema de la capacidad del proceso de alcanzar la verdad de los hechos no puede, pues, resolverse negativamente a priori y puede tener respuestas positivas distintas en función del tipo particular de proceso que se tome en consideración. Así, por ejemplo, se puede sostener que esa capacidad es mínima en un proceso que limite fuertemente el empleo de los medios de prueba y tenga muchas reglas de prueba tajada; en cambio, esa capacidad es máxima en un proceso en el que todas las pruebas relevantes sean admisibles y estén todas sujetas a la libre apreciación del juez¹⁰.

Ferrajoli, por sua vez, questiona:

¿Qué significa la fórmula de la 'libre convicción del juez'? Significa que, a los fines de la condena, excluyendo-se que en el proceso se pueda alcanzar alguna vez la verdad absoluta, se requiere por lo menos, como débil pero necesario sustituto de una imposible certeza objetiva, la certeza subjetiva, es decir, la (libre) convicción del juez: la convicción, precisamente, no

⁹GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2018, prefácio.

¹⁰TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 47.

*ya acerca de la verdad en torno a lo que realmente ha sucedido o no, sino solo acerca de la verdad del juicio de culpabilidad*¹¹.

A citação acima é extraída do prefácio à obra de Nicolás Guzmán, *La verdad en el proceso penal*. Como referido anteriormente, Guzmán realiza uma síntese das premissas teóricas de Taruffo e Ferrajoli, no intuito de, como o próprio título denota, expor uma concepção acerca da verdade no âmbito do processo judicial. Em sua obra, Guzmán analisa brevemente teorias concorrentes da verdade: a teoria da verdade como coerência, segundo a qual determinada crença *x* é verdadeira, se e somente se, tal crença for coerente com um conjunto determinado de outras crenças, ou seja,

“en esta teoría, una relación de coherencia se supone dada o definida entre las creencias, siendo esta relación simétrica y transitiva, de manera tal que el campo de coherencia forma un único grupo de creencias que son llamadas ‘verdaderas’, mientras que las otras creencias son llamadas ‘falsas’”¹².

A teoria pragmática da verdade, cuja noção de verdade de determinada crença se dá na medida em que as suas consequências sejam “boas”.

“De acuerdo con la doctrina del pragmatismo, si cuando al perseguir un objetivo se mantiene una creencia que es relevante para la consecución de aquel, entonces la creencia es verdadera si favorece su realización y falsa si no la favorece”¹³.

O autor explora brevemente o que chama de “consensualismo”, cujo representante é Habermas e a ideia de que “*la verdad de una proposición significa la promesa de alcanzar un consenso racional sobre lo dicho*”¹⁴.

A teoria da verdade adotada por Guzmán, todavia, é a tradicional teoria da verdade como correspondência: uma crença é verdadeira, se e somente se, corresponde à realidade, ou seja, *adaequatio rei et intellectus*. Tal adoção da teoria da verdade como correspondência ocorre a partir da concepção desenvolvida pelo lógico e matemático polonês Alfred Tarski. A teoria da verdade como correspondência de Tarski difere-se das demais teorias da correspondência, na medida em que fornece apenas um conceito semântico sobre a verdade, ao invés de associar o termo a determinados critérios teóricos. Assim, para Tarski, uma afirmação do tipo “a neve é branca” será verdadeira, se e somente se, a neve for branca. Dessa forma, obtém-se um conceito formal de verdade a partir do uso de uma metalinguagem gerada com a utilização de aspas, sem que seja necessário, para a fixação teórica desse conceito, o estabelecimento de critérios como o de coerência, consequências, etc.¹⁵

¹¹GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. Prefácio.

¹²GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. p. 65.

¹³GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. p. 67.

¹⁴GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. p. 76.

¹⁵La formulación de Tarski brinda una *definición* del concepto de verdad que se limita a indicar las condiciones de uso del término ‘verdadero’, con la ventaja de que nada dice de los *critérios* de verdad, es decir, de las condiciones de aceptación de la aserción como verdadera.” (GUZMÁN, Nicolás. **La verdad em el proceso penal**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2018, p. 74).

(embora também seja possível afirmar que tal abordagem semântica do conceito de verdade seja vazia ou redundante¹⁶).

Para Taruffo, a definição da verdade de Tarski

“es relevante no sólo porque representa una versión moderna y metodológicamente correcta de la verdad como correspondencia, sino también porque parece dotada de una mayor generalidad, o de un alcance más fundamental, respecto de las otras teorías de la verdad”¹⁷.

De acordo com Ferrajoli, pode-se deduzir uma caracterização semântica adequada de conceitos como ‘verdade fática’ e ‘verdade jurídica’ “dentro de um modelo ideal de jurisdição penal rigidamente cognitivo da definição de ‘verdade’ elaborada por Alfred Tarski, que é também uma estipulação geral das condições de uso do termo ‘verdadeiro’¹⁸. Para Guzmán, nesse sentido,

Solo se podrá afirmar que es verdad que una persona cometió un delito cuando dicho delito esté perfectamente predeterminado por la ley penal, es decir, cuando el lenguaje legal formule una clara y precisa descripción de la conducta criminal de manera tal que permita establecer si es verdadera la aserción que afirma que una persona x cometió el hecho b descrito en la norma n. Es esta la importancia de la concepción semántica de la verdad en el derecho penal, donde el lenguaje legal como lenguaje-objeto, como lenguaje construido, puede ser comparado con los hechos de los cuales habla, permitiendo así la predicación de la verdad o falsedad de los enunciados que afirman la comisión de un delito. Por estas razones la concepción semántica de la verdad resulta esencial en la fundación de las garantías penales y procesales¹⁹.

A partir de uma concepção semântica de verdade, portanto, Gusmán desenvolve uma compreensão acerca do procedimento judicial que seja compatível com o que o autor chama de “epistemologia garantista”, a qual é pautada por dois princípios: o da estrita legalidade e o da estrita jurisdicionalidade, resultado da inversão da máxima hobbesiana *veritas, non auctoritas facit iudicium*²⁰. Estes dois princípios apenas reproduzem, entretanto, as bases teóricas a partir das quais o positivismo lógico, por intermédio de Kelsen, concebe o fenômeno jurídico. De um lado, o empirismo ou descritivismo no plano dos fatos e, de outro, a necessidade de precisão semântica da legislação, uma vez que, para Guzmán, enunciados normativos não podem ser verdadeiros nem falsos:

allí donde la norma no es exacta, clara y dotada de precisión empírica, donde no puede haber verdad porque la ley contiene elementos valorativos que dejan librado al arbitrio del juez la decisión acerca de la extensión de su significado (es decir, la decisión acerca de en qué casos ella se aplica), no hay otra salida que recurrir a la mera retórica²¹.

¹⁶Nesse sentido, ENGEL, Pascal. **¿Qué es la verdad?: Reflexiones sobre algunos truismos**. Madrid: Amorrortu editores, 2008.

¹⁷TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. p. 170.

¹⁸FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Tradutores: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Chokur, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2002, p. 41.

¹⁹GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. p. 82.

²⁰GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. p. 94.

²¹GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. p. 84.

Tal distinção feita por Guzmán faz ecoar, tanto o que escreve Taruffo, quanto Ferrajoli a respeito. Para o primeiro,

os enunciados relativos aos aspectos jurídicos da controvérsia podem ser objeto de escolha, de interpretação, de argumentação e de justificação, mas não podem ser provados. Também os enunciados relativos aos fatos são objeto de escolha, de interpretação, de argumentação e de justificação, mas, sobretudo, pode-se provar que esses são verdadeiros ou falsos²².

Para Ferrajoli, no mesmo sentido, “apenas as afirmações dotadas de significado ou de referência empírica, quer dizer, que descrevem fatos ou situações determinadas a partir do ponto de vista da observação” (FERRAJOLI, 2002, p. 97) podem ser consideradas verdadeiras. Termos valorativos como

‘bom’, ‘mau’, ‘feio’, ‘obsceno’, ‘pudico’, ‘abjeto’, ‘fútil’, ‘perigoso’ e similares – cuja extensão é, além de indeterminada, igualmente indeterminável, dado que não conotam propriedades ou características objetivas, senão que exprimem, melhor, as atitudes e as valorações subjetivas de quem as pronuncia. As proposições nas quais aparecem não são, por isso, verificáveis nem refutáveis, ao não terem qualquer valor de verdade (denotação) e ao serem por tudo mais argumentáveis com referência a outros valores²³.

Tal restrição em relação à possibilidade de verdade de afirmações não factuais leva Ferrajoli a criticar, posteriormente, aquilo que o autor denomina por “antipositivismo principialista” ou “constitucionalismo principialista e/ou não positivista”²⁴. A relatividade de conceitos valorativos atribuída por Ferrajoli dirige a sua atenção crítica a concepções que defendem que o sistema jurídico, em algum sentido, é determinado pela existência e validade argumentativa de princípios abstratos que guardam conexão com a política ou com a moral entendida de forma genérica. A alternativa dada pelo autor em relação ao “conteúdo aberto” destes princípios é, portanto, a de que a cultura jusconstitucionalista – em vez de assumir como inevitáveis a indeterminação da linguagem constitucional e o conflito entre direitos, e provavelmente, preferir um ou outro, com base no ativismo judicial – promovesse o desenvolvimento de uma linguagem legislativa constitucional o mais precisa e rigorosa possível²⁵.

Guzmán, por outro lado, apesar de adotar a verdade como correspondência limitada a fatos verificáveis, propõe que a verdade é sempre relativa no sentido de que *“el proceso judicial, como cualquier otro proceso de conocimiento, solo podrá tender a una verdad relativa lo más aproximada*

²²TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 60. Especificamente sobre a concepção da verdade de Michele Taruffo, ver: STRECK, Lenio. **Processo Judicial como Espelho da Realidade?** Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In: Sequência: Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. v. 37, n. 74, 2016, p. 115-136. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p115>.

²³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. p. 98.

²⁴FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

²⁵FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. p. 54.

posible al ideal de la correspondencia, con sus reglas y limitaciones”²⁶. O objetivo do autor, com afirmações como esta, é o de estabelecer um meio termo entre o que ele considera ser o “*escepticismo irracional*” e a ideia de uma “*verdad absoluta*”²⁷. A “*verdade relativa*” sustentada pelo autor, nesse sentido, estaria ancorada em uma concepção falibilista de filosofia da ciência, desenvolvida por autores como Karl Popper: “*la epistemología contemporánea ha mostrado la esencial relatividad del conocimiento en los campos más variados, relatividad que nace de la conciencia de su misma falibilidad, es decir, de la posibilidad de ser siempre parcial o totalmente refutado*”²⁸.

No mesmo sentido, para Taruffo, o ceticismo em relação à verdade está relacionado a um movimento de reação teórica por parte de “*perfeccionistas*” ou “*desiludidos*”, “*es decir, de quien habiendo constatado que la verdad absoluta no es posible pasa al extremo opuesto y sostiene la imposibilidad de cualquier conocimiento racional*”²⁹. Ferrajoli, por sua vez, partindo da dicotomia entre o que chama de “*iluministas iludidos e iluministas desiludidos*”³⁰, afirma que “*A segurança das motivações judiciais, tanto de fato quanto de direito, é, no melhor dos casos – de modo não diferente, ademais, à qualquer raciocínio empírico –, uma certeza apenas relativa*”³¹.

O último aspecto epistemológico a ser destacado a partir de Ferrajoli diz respeito à metodologia empregada na investigação que subjaz o processo judicial. Para o autor,

“a prova empírica dos fatos penalmente relevantes não é na realidade uma atividade apenas cognitiva, mas constitui sempre a conclusão mais ou menos provável de um processo indutivo, cuja aceitação é, por sua vez, um ato prático que expressa um poder de escolha a respeito de hipóteses explicativas alternativas”³².

Nesse sentido, a superação do modelo da prova tarifada pelo livre convencimento está conectada à mudança da metodologia dedutiva, segundo a qual os dispositivos legais representariam axiomas a serem aplicados pela metodologia indutiva. Portanto, ainda segundo Ferrajoli, o rechaço das provas legais e o princípio da livre convicção do juiz “*são também reflexo de duas aquisições modernas, uma epistemológica e outra garantista*”³³. Em uma dimensão epistemológica, Ferrajoli destaca, a partir de Hume, o caráter meramente provável da verdade empírica resultante do método indutivo. No plano político-jurídico, o autor afirma que a segunda aquisição consiste na afirmação dos princípios da retributividade e da legalidade estrita a partir dos quais “*a pena deve ser uma consequência do fato taxativamente previsto na lei como delito e não de outro fato por ela previsto como probatório*”. Assim, o autor conclui que

²⁶GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. p. 48.

²⁷GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. p.42.

²⁸GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**. p. 42.

²⁹TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. p. 30.

³⁰FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. p. 51.

³¹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. p. 133.

³²FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. p. 34.

³³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. p. 112.

As duas aquisições estão conectadas entre si. Só na medida em que se reconheça, conforme o caráter não dedutivo, mas indutivo do raciocínio probatório, que nenhuma prova implica necessariamente o delito, pode-se dizer, conforme o princípio da legalidade estrita, que a condenação e a pena não provêm da prova, mas do delito. Neste sentido, o princípio da livre convicção do juiz não representa um critério positivo de decisão sobre a verdade, alternativo ao das provas legais, mas equivale simplesmente ao rechaço das provas legais como suficientes para determinar a condenação e a pena³⁴.

Como antecipado, as considerações dos três autores aqui abordados guardam diversos pontos teóricos em comum, os quais levam à defesa do livre convencimento como a melhor alternativa à prática judicial. A partir do que foi exposto, é possível afirmar que tal defesa não possui apenas um aspecto negativo, como se o livre convencimento fosse apenas a alternativa menos ruim entre as demais. Percebe-se, também, uma avaliação positiva que é respaldada pelas premissas teóricas comuns entre os autores. A partir do que até o momento foi analisado, portanto, destacam-se os seguintes tópicos, que sustentam a defesa teórica do livre convencimento nas obras de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán:

- I) a adoção da definição semântica da verdade de Tarski, entendida como correspondência;
- II) a restrição da concepção de verdade a proposições empíricas;
- III) a defesa de uma verdade relativa a partir de uma perspectiva falibilista;
- IV) a conciliação destas concepções com a ideia de livre convencimento.

No próximo tópico, pretende-se revisar os pontos acima destacados de forma crítica. Como será exposto, a base teórica dos autores abordados, a qual os leva a sustentar a manutenção do livre convencimento, apresenta déficits epistemológicos que, se devidamente sanados, levam a reconsiderar não apenas a sua defesa do livre convencimento, mas a própria concepção positivista de direito apresentada pelos autores.

PONTOS DE DIVERGÊNCIA: A LINGUAGEM COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE EPISTÊMICA

A partir dos pontos acima destacados, comuns entre Ferrajoli, Taruffo e Guzmán, pode-se afirmar que a sua base teórica se situa do lado de fora do que podemos chamar de *linguistic turn*³⁵,

³⁴FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. p. 112.

³⁵Acerca do tema, Taruffo afirma, por exemplo, que “o *linguisticturn* teve o efeito de extinguir todas as conexões entre a linguagem e o mundo, bem como de mover todo o problema da verdade *para dentro* da dimensão linguística da experiência e do conhecimento. Afirmando que o conhecimento, a realidade e a verdade são exclusivamente produtos da linguagem, acaba-se, de fato, por negar a existência de qualquer realidade independente da linguagem que pudesse determinar a veracidade ou a falsidade de cada pensamento” (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. p. 97)

caracterizado pela consideração de que, em contraposição ao realismo ingênuo, nosso acesso ao “mundo” tem como condição de possibilidade a linguagem. Isso significa que nossas constatações, sejam elas empíricas ou normativas, ocorrem naquilo que Willfrid Sellars denomina *space of reasons* (espaço de razões): “o essencial é que, ao caracterizar um episódio ou um estado como o do saber, não estamos dando uma descrição empírica desse episódio ou estado; estamos colocando-o no espaço lógico das razões, de justificar e poder justificar o que se diz”³⁶.

Uma vez situados na linguagem e, portanto, sujeitos à necessidade de fornecer e exigir razões para nossas crenças, o elemento puramente descritivo, a partir do qual os autores, objeto deste texto, desenvolvem suas concepções é enfraquecido. Isso porque a perspectiva positivista que transpassa seus textos pressupõe que os conceitos ou enunciados dotados de carga descritiva e, portanto, científicos, seriam tão somente aqueles que, de alguma forma, se “derivam da experiência”, ou seja, aqueles conceitos ou enunciados que podem ser redutíveis aos elementos da experiência dos sentidos (impressões, percepções, lembranças visuais ou auditivas, etc.). Todavia, como afirma Karl Popper, “se exigimos que a justificação se realize por uma argumentação através de raciocínios, no sentido lógico da expressão, então nos comprometemos com a concepção de que *somente se pode justificar os enunciados por meio de outros enunciados*”³⁷.

Para Popper, autor cuja ideia de falibilismo é adotada tanto por Ferrajoli quanto por Taruffo, a *lógica da investigação científica* não é pautada por uma metodologia indutiva, segundo a qual nossas teorias gerais seriam fruto de observações empíricas individuais, fruto de um contato direto com o mundo externo ou correspondentes com este, no sentido da teoria correspondencial da verdade encampada por Taruffo, Ferrajoli e Guzmán. Ao contrário, segundo o falibilismo, o desenvolvimento de uma teoria parte de uma hipótese teórica cuja corroboração se dá de maneira negativa, isto é, a partir de sua justificação e consistência contínua diante de hipóteses contrárias. Trata-se, portanto, de um processo (a) normativo e (b) intersubjetivo. Nesse sentido, afirma Popper:

Meu uso do termo ‘objetivo’ e ‘subjetivo’ não é diferente do uso kantiano. Ele usa a palavra ‘objetivo’ para indicar que o conhecimento científico deveria ser *justificável*, independentemente do capricho de qualquer pessoa: uma justificação é ‘objetiva’ se qualquer pessoa pode em princípio testá-la e entendê-la. ‘Se alguma coisa é válida’, escreve ele, ‘para qualquer pessoa de posse de sua razão, então seus fundamentos são objetivos e suficientes’.

Ora, sustento que as teorias científicas nunca são inteiramente justificáveis ou verificáveis, mas que, no entanto, são testáveis. Direi, portanto, que a *objetividade* dos enunciados científicos reside no fato de que eles podem ser *testados intersubjetivamente*³⁸.

Reforçando o caráter primordialmente teórico das hipóteses científicas (e, portanto, não

³⁶SELLARS, Wilfrid. **Empiricism and the Philosophy of Mind**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 76.

³⁷POPPER, Karl. **A lógica da investigação científica**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1975, p. 316.

³⁸POPPER, Karl. **A lógica da investigação científica**. p. 277.

meramente empírico), Popper afirma, em outra passagem de seu texto, que “as teorias são redes que lançamos para capturar o que chamamos ‘o mundo’: para racionalizá-lo, explicá-lo e dominá-lo. Esforçamo-nos para deixar as malhas cada vez menores”³⁹ (POPPER, 1975, p. 287) e que, nesse sentido,

Meu ponto de vista é, resumidamente, que nossa linguagem ordinária está repleta de teorias; que a observação sempre é *observação à luz das teorias*; e que é somente o prejuízo indutivista que leva as pessoas a pensar que poderia existir uma linguagem fenomênica, livre das teorias e diferente de uma ‘linguagem teórica’; e finalmente, que o teórico se interessa pela explicação enquanto tal, em outras palavras, pelas teorias explicativas testáveis: as aplicações e as predições interessam-no unicamente por razões teóricas – porque podem ser usadas como *testes* das teorias⁴⁰.

A noção aqui apresentada a partir de Popper, de que teorias científicas estão sujeitas ao âmbito normativo e intersubjetivo da linguagem, não ameaça apenas a concepção correspondencial da verdade sustentada pelos autores em análise neste texto, mas a dicotomia fato/norma que a sustenta. Dada a primazia da teoria frente à “experiência” no desenvolvimento de uma hipótese científica, pode-se concluir que compreensões prévias acerca de *standards* normativos como os conceitos de simplicidade e coerência, por exemplo, antecedem nossas definições (inclusive empíricas) acerca da realidade. Nesse sentido, afirma Putnam que “um ser sem valores também não teria fatos”⁴¹.

Na terminologia de Putnam, tais *standards* normativos são chamados de valores epistêmicos⁴² que guiam as hipóteses científicas, no sentido de que as descrições destas em relação à realidade sejam as *melhores* possíveis. No entanto, ao se admitir com Putnam que a descrição de fatos e valores estão emaranhados (*the entanglement of fact and value*), a cisão empirista de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán falece epistemicamente, assim como a concepção neopositivista acerca da verdade que é endossada por eles. Guardadas as distinções com Putnam, Popper afirma algo semelhante acerca da relação existente entre valores e teorias científicas:

Assim, admiti abertamente que para chegar a minhas propostas fui guiado, em última análise, por juízos de valor e predileções. Mas, espero que minhas propostas possam ser aceitáveis para aqueles que valorizam não apenas o rigor lógico mas também a liberdade com relação ao dogmatismo; para aqueles que procuram a aplicabilidade prática, mas que são ainda mais atraídos pela aventura da ciência e pelas descobertas que de maneira sempre renovada nos colocam frente a frente com novas e inesperadas questões, desafiando-nos a tentar novas respostas ainda não sonhadas⁴³.

As referências a tais autores e perspectivas vinculadas ao que se pode chamar de filosofia

³⁹POPPER, Karl. **A lógica da investigação científica**. p. 287.

⁴⁰POPPER, Karl. **A lógica da investigação científica**. p. 287.

⁴¹PUTNAM, Hilary. **Reason, Truth and History**. Cambridge University Press, 1981, p. 201.

⁴²Nesse sentido, ver PUTNAM, Hilary. **The collapse of the fact/value Dichotomy**. Harvard University press, 2002.

⁴³ POPPER, Karl. **A lógica da investigação científica**. p. 272.

analítica fazem ecoar ideias que sustentam a Crítica Hermenêutica do Direito⁴⁴, a partir da qual as teses de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán são aqui relidas. Afinal, afirmar, em contraposição ao ideário epistemológico positivista, que (a) teorias científicas estão vinculadas ao caráter linguístico e, portanto, intersubjetivo da razão, (b) que, portanto, trazem consigo um elemento normativo indissociável de seu caráter descritivo e que, nesse sentido, (c) a sua corroboração não depende da correspondência com o “mundo externo”, mas da constante confrontação dialética que decorre da exigência de justificação, é algo muito próximo de elementos centrais da hermenêutica filosófica desenvolvida por Gadamer em *Verdade e Método*.

Como afirma Gadamer, a experiência hermenêutica, cujo caráter é universal, consiste em um processo que “é essencialmente negativo. Ele não pode ser descrito simplesmente como a formação, sem rupturas, de universalidades típicas. Essa formação se dá, antes, pelo fato de as falsas universalizações serem constantemente refutadas pela experiência; as coisas tidas por típicas são destipificadas”⁴⁵. Não por acaso, Gadamer reconhece, em nota a esta passagem, a semelhança de sua proposta com o par de conceitos de Popper *trial and error*. A noção de tentativa e erro está na base, portanto, da ideia de *círculo hermenêutico*.

Com efeito, a noção de círculo hermenêutico consiste no movimento reiterado entre o todo e a parte, em que o intérprete inicia a compreensão a partir de uma concepção prévia ou pré-juízo (*Vorurteil*) acerca do conteúdo geral do texto e, na medida em que avança na leitura de cada tópico, vai reformulando a sua própria concepção prévia: “e assim como o falar pressupõe o uso de palavras prévias dotadas de um significado geral, existe um processo contínuo de formação dos conceitos pelo qual avança a vida significativa [*Bedeutungsleben*] da própria linguagem”⁴⁶.

Por isso, afirma-se aqui, a partir da hermenêutica filosófica, “não interpretamos para compreender, mas compreendemos para interpretar”⁴⁷. Tal nível (pré)compreensivo consiste no todo orgânico constituído pela linguagem e, nesse sentido, sendo a linguagem mesma o espaço de razões (*space of reasons*) acima abordado, ele determina normativamente a direção (ou a hipótese) a partir da qual qualquer abordagem teórica tem seu *starting point*. Trata-se, portanto, daquilo que Gadamer denomina de a autoridade da tradição: “Não é só o objeto preferencial da compreensão, a tradição,

⁴⁴Em apertada síntese, a Crítica Hermenêutica do Direito, CHD, é uma construção teórica de Lenio Streck, consistente na junção de perspectivas que, seja na filosofia, seja na teoria do direito, compartilham pressupostos hermenêuticos em relação a temas, como racionalidade, conhecimento e interpretação. Isso significa, de forma mais concreta, conceber a nossa compreensão acerca dos fenômenos, inclusive o direito, a partir de elementos como a historicidade, a intersubjetividade linguística e a circularidade interpretativa. Uma vez realizada assimilação destas teorias, desenvolve-se uma crítica a correntes jurídicas contemporâneas e às práticas irreflexivas do direito brasileiro, além da elaboração de uma Teoria da Decisão Jurídica. Ver, nesse sentido, STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, e STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020.

⁴⁵GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 462.

⁴⁶GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. p. 554.

⁴⁷STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 391.

que possui a natureza da linguagem. A própria compreensão possui uma relação fundamental com o caráter da linguagem”⁴⁸.

Seja a partir de uma perspectiva analítica, seja a partir da hermenêutica filosófica, percebe-se que a intersubjetividade linguística e sua ínsita normatividade são temas dificilmente desconsideráveis por uma concepção epistemológica contemporânea. O silêncio de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán frente ao que chamamos de *reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*⁴⁹ é, nesse sentido, apenas mais um sintoma da repriminção de pressupostos teóricos positivistas. Ao ignorar a intersubjetividade e normatividade da linguagem como condição epistêmica, os referidos autores também deixam de atentar para a indispensável dimensão justificatória de nossos enunciados (sejam eles empíricos ou não). A noção de livre convencimento, em tal contexto, revela não apenas o déficit de responsabilidade política e jurídica em relação ao dever de justificação de decisões judiciais, mas também, nesse sentido, uma dose de irresponsabilidade epistêmica.

Retomem-se, no entanto, os cinco pontos destacados no último tópico, em que se tentou destacar premissas teóricas comuns a Ferrajoli, Taruffo e Guzmán e que sustentam a sua defesa do livre convencimento:

I) verdade como correspondência – conforme o que já foi desenvolvido, a adequação de determinada teoria, ainda que empírica, demanda por um processo de justificação em que se oferecem e exigem razões. Portanto, a ideia de simples correspondência de determinado enunciado com o “mundo externo” está aquém da normatividade ínsita à própria linguagem. Como destacado, os autores propõem em seus textos, ainda que de forma muito breve, a adoção da definição semântica de verdade de Alfred Tarski. Mesmo que tal gesto evite a necessidade de aprofundamento na ideia de correspondência tal como se encontram nas teses realistas clássicas, e todos os problemas metafísicos por ela implicados, deve-se compreender que a teoria de Tarski ignora o problema acerca das condições de emprego do conceito de verdade, de maneira que a simples adoção de sua definição por parte de Ferrajoli e Taruffo acaba por ser inócua, diante de seus propósitos (a defesa da verdade em relação a afirmações empíricas, em detrimento de afirmações normativas);

II) A restrição do conceito de verdade a proposições empíricas – ao mesmo tempo em que incorporam às suas teses a ideia de falibilismo desenvolvida por Popper, os autores ignoram o fato de que, para Popper, a precedência de hipóteses teóricas prévias na formulação de teorias científicas vincula a investigação científica a *standards* normativos (ou, em outros termos, valores) que guiam o processo de corroboração de teorias (que consiste na possibilidade de falseamento). Assim, torna-se sem sentido a dicotomia fato/valor, uma vez que, mesmo as teorias descritivas, pressupõem conceitos normativos. Como afirma Putnam, fatos e valores estão “emaranhados”. A partir da hermenêutica filosófica, por sua vez, pode-se afirmar que toda experiência de mundo é dependente de um nível

⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 512.

⁴⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.

pré-compreensivo em que se situa uma determinada tradição linguística, a qual pré-determina a formulação de hipóteses interpretativas.

III) a defesa de uma verdade relativa – de forma reiterada, Ferrajoli, Taruffo e Guzmán afirmam que não se pode falar em verdades absolutas, mas apenas em verdades relativas. Todavia, a ideia de falibilismo, a partir da qual os autores defendem esta tese, está muito mais vinculada à dialética negativa em que o desenvolvimento do conhecimento ocorre. Isto é, tal como para Gadamer e sua apresentação do círculo hermenêutico, colocar a consistência de uma teoria incessantemente à prova. Isto não nos leva ao estranho conceito de “verdade relativa”⁵⁰ em contraposição à “verdade objetiva” de que tratam os autores, mas à constante confrontação com teorias adversárias que proponham o falseamento de nossas concepções ou, dizendo em termos gadamerianos, à abertura permanente ao diálogo;

IV) a conciliação destas concepções com a ideia de livre convencimento – Ferrajoli propõe que a passagem da prova tarifada ao livre convencimento guarda um paralelo em relação à evolução da metodologia científica. Enquanto as provas tarifadas seriam vinculadas ao método dedutivo, o livre convencimento estaria de acordo com a correta metodologia indutiva (a formulação de teses gerais a partir de constatações individuais e circunstanciais). Todavia, esta posição é contrária, mais uma vez, ao falibilismo sustentado pelo próprio autor. Grande parte de *A lógica da investigação científica* de Popper consiste em uma crítica à metodologia indutiva a partir do que foi exposto: a precedência de hipóteses gerais que são confirmadas e corroboradas a partir de sua consistência (ou coerência) diante de hipóteses adversas.

Conclui-se, portanto, que as premissas teóricas a partir das quais Ferrajoli, Taruffo e Guzmán sustentam a ideia de livre convencimento são questionáveis. O são tanto internamente, uma vez que suas conclusões não são coerentes com o falibilismo sustentado pelos próprios autores, nem a nível comparado, uma vez que ignoram implicações centrais do *linguistic turn*, como se pode concluir a partir da revisão de autores de tradição assim chamada analítica (Sellars, Popper e Putnam) como continental (Gadamer).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção de livre convencimento é tão disseminada quanto pouco problematizada. Ao consultar-se a doutrina nacional, depreende-se uma simples repetição de lugares comuns, os quais, de um lado, não explicitam, de forma detalhada, o desenvolvimento histórico do conceito e, de outro, são incapazes de justificá-lo teoricamente. Tendo em vista o reconhecimento e a influência das teorias de Ferrajoli e Taruffo, buscou-se revisá-las, no intuito de compreender seus pressupostos, tarefa que se

⁵⁰ Para Taruffo, “*el problema no es, en efecto, conjeturar que se alcancen míticas verdades absolutas sino establecer qué verdades relativas y razonables pueden ser concretamente determinadas*” (TARUFFO, 2002, p. 46).

torna mais viável a partir da didática síntese destes dois autores realizada por Guzmán.

No entanto, ao analisarmos os aspectos filosóficos que sustentam a defesa do livre convencimento, pode-se concluir, a partir da sintética exposição acima, que suas relevantes concepções deixam de lado problemas epistemológicos centrais para a filosofia contemporânea. É claro que as breves considerações aqui feitas não possuem um caráter conclusivo (nem poderiam, ao se levar o falibilismo ou o diálogo de que fala a hermenêutica filosófica a sério). Todavia, pode-se questionar: o livre convencimento faz sentido em nível teórico?

Para responder a esta pergunta, não se pode permanecer com a simples dicotomia entre o sistema de provas tarifadas e o livre convencimento. Afinal, a negação do primeiro não leva, necessariamente, a concordar com o segundo. Sabe-se que o estabelecimento de determinado contexto fático, a partir da interpretação das provas, é relativo a determinada situação pragmática que não pode ser absolutamente prevista por enunciados legais. No entanto, se, a partir do que foi dito acima, levar-se em consideração que o conhecimento pressupõe a justificação, a qual se dá em uma dimensão linguística e, portanto, intersubjetiva, a ideia de “liberdade” apresentada por tal conceito perde todo o sentido. A racionalidade judicial não se dá em uma bolha epistemológica a par de outras instâncias, e, excluindo-se teses conscientemente relativistas, não se vê cientistas ou filósofos sustentando conceitos semelhantes em suas respectivas áreas. Isso não os leva a crer que carregam consigo “verdades absolutas” ou métodos irretocáveis de investigação, mas simplesmente à possibilidade de estarem abertos ao diálogo e à correção de suas hipóteses.

Por outro lado, enfatiza-se, aqui, a contradição interna insolúvel das concepções que tentam conciliar a teoria da verdade como correspondência com a ideia de livre convencimento. Afinal, em qualquer sentido teórico que seja relevante, a teoria da verdade correspondencial pressupõe que nossos juízos são verdadeiros quando adequados ao “mundo externo” (independentemente do sentido ontológico que tal expressão possa ter em distintos casos), havendo, portanto, uma subordinação daqueles em relação a este. Como seria possível, portanto, propor este conceito de verdade e, ao mesmo tempo, dizer que os juízes possuem liberdade em relação à avaliação das provas ou aos próprios fatos que devem considerar para a formulação de suas decisões?

Discordâncias teóricas à parte em relação à concepção de verdade como correspondência, ao se desenvolver uma teoria da decisão sob uma perspectiva paradigmática ou coerente, dever-se-ia afirmar, então, que se defende a verdade enquanto correspondência, arcando com o ônus argumentativo em seu favor, neste caso mesmo é que os juízes não possuem liberdade em relação aos fatos que devem descrever e julgar.

No entanto, a ideia de livre convencimento não carrega consigo apenas premissas teóricas equivocadas. Ela também acarreta consequências políticas prejudiciais se considerar que o direito

é um meio de efetivação de ideais democráticos, como exposto em diversos textos⁵¹. Tendo em vista o constante agravamento daquilo que Warat denomina de senso comum teórico dos juristas, brevemente retratado na introdução deste texto, a perpetuação desse conceito no imaginário do direito brasileiro representa uma carta branca para decisionismos, como destaca-se em outros textos⁵². Tal circunstância de anomia hermenêutica também é reconhecida pelo próprio Ferrajoli:

O abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz, contudo, do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais. A fórmula da 'livre convicção', que por si mesma expressa apenas um trivial princípio negativo, que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova, na realidade foi acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais⁵³.

Se o jusfilósofo italiano, corroborado por Guzmán, funde sua perspectiva teórica com a política a partir de uma "epistemologia garantista" pautada em dois princípios acima expostos (o da estrita legalidade e o da estrita jurisdicionalidade, resultado da inversão da máxima hobbesiana *veritas, non auctoritas facit iudicium*), é permitido, aqui, realizar movimentos semelhantes a partir dos pontos acima desenvolvidos. De um lado, pode-se afirmar que a perspectiva falibilista, vinculada à ideia de que as teorias devem estar disponíveis ao falseamento, o que, como exposto, guarda vínculos relevantes com a noção hermenêutica de diálogo, pode ser associada ao princípio de contraditório e ampla defesa. De outro lado, a constatação epistemológica de que nossa experiência de mundo se dá em um contexto linguístico e intersubjetivo em (pré)compreensões devem ser justificadas pode ser traduzida na linguagem constitucional com o direito/dever de fundamentação das decisões judiciais expresso no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Sejamos epistêmica e politicamente responsáveis, no sentido de demandar que a concretude da interpretação, seja de dispositivos legais ou de fatos, a qual sempre transborda a possibilidade de antecipação de sentido por meio de simples enunciados, não confere ao exercício da atividade judicial liberdade no sentido usual que pode ser observado na jurisprudência e que é, por sua vez, sustentado, ainda que indiretamente, por equívocos teóricos. Afirma-se, portanto, que a atividade jurisdicional não pode ser compreendida como uma racionalidade subjetivista e desvinculada, tal qual o conceito de livre convencimento sugere. É, ao contrário, uma prática que deve estar epistemológica e politicamente sujeita à justificação e à revisão diante de novos argumentos.

⁵¹ Ver, por exemplo, os verbetes *Livre apreciação da prova* e *Livre convencimento (motivado)* em STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020, p. 199 e ss.

⁵² Remete-se novamente a STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020 e, também, MACEDO, Elaine Harzheim; JUNG, Luã Nogueira. **(Re)discutindo o livre convencimento judicial**: os limites da decisão judicial no Estado Democrático de Direito. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, n. 91, p. 41-60.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** (2002, p. 112).

As intrincadas questões em torno do tema da decisão judicial levam a problemas relacionados à própria história da filosofia. Com o conceito de livre convencimento, a situação não é diferente. Como foi explorado, há um grande déficit epistêmico na doutrina jurídica nacional e internacional e, ainda que se faça uma análise das exceções, o que se pretendeu neste texto, constatam-se contradições teóricas insolúveis, por mais pretensamente sofisticadas que as teorias sejam. Assim, com as críticas e propostas aqui desenvolvidas, almeja-se estimular o debate e o aprofundamento em um tema tão caro, não só à teoria, mas à democracia: a atuação jurisdicional e seus limites filosóficos e políticos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Tradutores: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Chokur, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- GUZMÁN, Nicolás. **La verdad em el proceso penal**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2018.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2013
- MACEDO, Elaine Harzheim; JUNG, Luã Nogueira. (Re)discutindo o livre convencimento judicial: os limites da decisão judicial no Estado Democrático de Direito. *In*: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, n. 91, p. 41-60.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.
- PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Editora Jalovi Ltda., 1983.
- POPPER, Karl. A lógica da investigação científica. *In*: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1975.
- PUTNAM, Hilary. **Reason, Truth and History**. Cambridge University Press, 1981.
- PUTNAM, Hilary. **The colapse of the fact/value Dichotomy**. Harvard University press, 2002.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2017.
- SELLARS, Wilfrid. **Empiricism and the Philosophy of Mind**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012



Recebido em: 23/04/2020

Aprovado em: 25/10/2021