

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA  
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

**JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR**

**MARCUS FIRMINO SANTIAGO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Alcebiades de Oliveira Junior; Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-638-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



## **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho 'Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica' voltou a se reunir no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado entre 13 e 15 de junho de 2018 na cidade de Salvador. Mais uma vez, professores e pesquisadores oriundos das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste tiveram a oportunidade de compartilhar experiências e reflexões, sanar dúvidas e adquirir novas, conhecer outros autores e pontos de vista em uma rica troca possível somente em um ambiente plural e altamente qualificado como o que se encontra no CONPEDI.

Os mais variados temas, todos igualmente centrais ao estudo das Teorias da Justiça e da Decisão, foram apresentados e discutidos, permitindo aos presentes - e agora aos leitores deste volume - ter acesso a um amplo espectro de autores que representam o pluralismo das escolas de pensamento jurídico.

A teoria da norma jurídica, sob a perspectiva de Robert Alexy, foi objeto de análise a fim de subsidiar uma defesa do método da ponderação. Lenio Streck e sua cruzada contra o subjetivismo no processo decisório foram lembrados, assim como sua antítese, representada por uma leitura de Peter Häberle voltada a embasar a ampliação do rol de legitimados processuais no controle de constitucionalidade. A teoria da liberdade de John Stuart Mill foi trazida ao ensejo de se discutir a responsabilidade dos indivíduos perante terceiros. Gunther Teubner e Niklas Luhmann compareceram em um debate sobre auto-poiese vs. desconstrução, em busca de conferir densidade à expressão 'Direitos Humanos'. Já John Rawls, invocado para conferir sustentação ao voto proferido pelo Min. Lewandowski na ADPF 186, teve sua teoria da justiça revisitada.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - PPGD - UFRGS e PPGD - URI DE SANTO  
ÂNGELO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **A “REVIRAVOLTA LINGUÍSTICA” E A VERDADE MATERIAL NO PROCESSO PENAL**

### **THE "LINGUISTIC TURN" AND THE TRUE MATERIAL IN CRIMINAL PROCEEDINGS**

**Camilo de Oliveira Carvalho <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

As discussões em torno da existência da verdade material no processo penal levam ao debate acerca do conceito de verdade. O que é narrado ao longo dos atos processuais é essencial para a compreensão do magistrado, sobrelevando a importância da linguagem oral para a solução de conflitos penais. O julgamento decorre, muitas vezes, da interpretação acerca das possibilidades de verdade que existem em uma narrativa. Pretende-se compreender como a verdade deve ser interpretada, utilizando-se, a partir da teoria crítica do direito, de considerações da filosofia da linguagem.

**Palavras-chave:** Verdade, Processo, Linguagem, Narrativa, Filosofia

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The discussions around the existence of true material in criminal proceedings lead to the debate about the concept of truth. What is narrated over the procedural acts is essential to the understanding of the magistrate, sobrelevando the importance of oral language for resolving conflicts. The trial takes place, many times, the interpretation about the real possibilities that exist in a narrative. The aim is to understand how the truth must be interpreted using, from the critical theory of law, philosophy of language considerations.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** True, Process, Language, Narrative, Philosophy

## **1 INTRODUÇÃO**

É difícil traçar o limite para a utilização da linguagem na produção de provas dentro do processo penal. Essa dificuldade é histórica, decorre da compreensão acerca do conceito de verdade e da necessidade de segurança nas decisões judiciais em todos os âmbitos.

A filosofia mecanicista não foi capaz de responder à complexidade dos problemas sociais. A fenomenologia e a tentativa de retirar das coisas a sua essência para uma resposta judicial também não atendem aos sistemas contemporâneos de solução de conflitos e às possibilidades de soluções acordadas. Não é possível distinguir cabalmente o certo do errado em uma decisão judicial. A verdade pode ser construída a partir das relações discursivas desenvolvidas ao longo do processo.

No intuito de sustentar tal hipótese, pretende-se: 1) compreender, ao longo da história ocidental, como os sistemas processuais utilizaram a linguagem oral para a construção da verdade, o que, inevitavelmente, leva a ponderações acerca da verdade material e dos poderes instrutórios do juiz; 2) verificar como a linguagem pode orientar a produção da verdade.

O texto desenvolve-se a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando-se do método dedutivo. Parte-se da perspectiva de que, durante a produção de provas no processo penal é possível chegar à verdade, não nos contornos traçados pela doutrina clássica, mas sob a compreensão da “reviravolta linguística”.

## **2 HISTÓRIA E VERDADE**

Ao longo da história ocidental, o processo penal, considerando a necessidade de uma resposta mais severa ou mais flexível aos conflitos, em busca da verdade, utilizou-se ora do sistema inquisitorial ora do sistema acusatório, de modo que tais sistemas foram se misturando e preponderando em momentos diversos. Na perspectiva já apontada por Ernst Beling, “os sistemas processuais inquisitivos e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época”, apesar de, atualmente, sustentar-se a inexistência de sistemas penais puros (LOPES JUNIOR, 2008, p.55 et 67).

Se o processo penal é uma resposta do Estado às necessidades de cada época para o tratamento do crime, não é possível afastar critérios políticos da compreensão dos sistemas adotados historicamente. Assim, aspectos políticos, na percepção de Foucault, são essenciais para a compreensão da verdade ao longo do tempo. Tendo em vista as práticas jurídicas, a verdade e o domínio do saber estão entrelaçados, existindo uma relação clara entre o poder e a verdade. As “regras do jogo” é que são, portanto, responsáveis por determinar, juridicamente, a verdade. Para o autor, “não se trata de libertar a verdade de todo sistema de poder – o que seria quimérico, na medida em que a própria verdade é poder – mas de desvincular o poder da verdade das formas de hegemonia (sociais, econômicas, culturais) no interior das quais ela funciona no momento” (FOUCAULT, 2017, p.11).

A produção de provas no processo penal, historicamente, a partir da compreensão de Foucault, revela o poder e a verdade para um povo e sua cultura, servindo como justificativa para a ação penal e a possível futura condenação.

Os sinais mais consistentes para a demarcação das distinções entre os sistemas inquisitivo e acusatório surgiram nas culturas clássicas grega e romana. Foucault aponta a existência de um modelo acusatório antigo na cultura grega em que o povo participava do exercício da acusação e os julgamentos eram públicos. A verdade era cultuada e justificava o poder punitivo (FOUCAULT, 1999, p.55).

Ainda no período helênico, a partir da interpretação da tragédia de Édipo-Rei, Foucault identifica os primeiros sinais de surgimento do inquérito, na medida em que, aplicando a “lei das metades” as decisões passam a carecer de um sistema de provas, com características próximas do atual sistema acusatório, momento em que a narrativa se torna determinante para a reconstrução dos fatos e sua identificação com um comportamento penalmente relevante (FRANCO, 2014, p.668-669).

Sinais do sistema acusatório no direito grego são também percebidos quando, nos delitos graves, era possível utilizar a ação popular, restando aos delitos menos graves a ação privada. Explica Foucault que, no Direito Romano, a verdade, a partir dos relatos acerca de um fato definido como ilícito, precisava passar pelo crivo de um terceiro que não pertencesse à avença. Assim, era possível estabelecer a responsabilidade do sujeito no âmbito penal (FOUCAULT, 1999, p.55). Certamente, a presença de um terceiro para a solução dos problemas penais é elemento essencial para a identificação de uma característica primordial do sistema acusatório: a separação entre as funções de acusador e julgador.

O sistema romano utilizou-se muito fartamente das narrativas para a construção da verdade no processo, o que ganha grande expressão no inquérito. Eram necessários meios de

prova mais consistentes, os quais referendavam a oralidade. Todavia, durante o medievo (entre os séculos XII e XIV), o procedimento inquisitivo é também clara expressão de poder, para Foucault uma expressão do “poder-saber”. A pessoa responsável por conduzir o inquérito, durante tal período, para legitimar a compreensão acerca dos fatos, demonstrava sua opinião, na busca por uma verdade aceitável (FOUCAULT, 1999, p.78-81).

O inquérito foi utilizado, historicamente, como procedimento para a busca de certeza. Assim, carrega a necessidade de ser revelador do percurso utilizado pelo infrator e da evidência de um crime. Na ilusão de que tudo se torna claro e consistente por meio do inquérito e de que a punição depende desse instrumento, tornou-se artifício muito utilizado ao longo dos tempos.

No período inquisitivo, sob os auspícios de Deus, o inquérito é procedimento não contraditório, sigiloso e escrito.

A Revolução Francesa, séculos depois, trouxe fortes contribuições para o processo penal. A perspectiva Iluminista, apesar do romantismo no discurso, contribuiu com a eliminação do martírio na obtenção da confissão dos acusados, com a publicização dos processos e das decisões e com o afastamento das provas tarifadas. Trata-se de resposta convincente diante dos problemas e injustiças processuais que também afetavam a classe burguesa.

Para Gustavo Badaró, o sistema acusatório, ainda hoje, “é caracterizado por uma conotação negativa, de uma técnica de investigação que visa principalmente a valores de defesa social” (2003, p.108).

Na compreensão de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz” (1993, p.11).

Na atualidade, conquanto se possa pensar na existência de um sistema processual misto, na medida em que o inquérito é inquisitivo e o processo é acusatório, compreende-se que o sistema processual é acusatório e não misto. O inquérito não integra o processo, sendo, inclusive, procedimento dispensável. Não poderia ser procedimento em contraditório, pois é sigiloso, característica que viabiliza uma investigação mais eficiente, reduzindo-se os riscos de eliminação dos elementos probatórios pelos acusados ou terceiros interessados.

Independente de tratar-se de procedimento misto ou acusatório, não se pode olvidar que o discurso é um elemento essencial para a construção de provas no processo atual. Por uma verdade mais aceitável, podem ser ponderados os meios de provas utilizados em um processo, sua validade, ou mesmo a escolha dos elementos mais convincentes para balizar

uma decisão judicial, que necessita de elementos de justeza para ter validade no ambiente formal, ainda que na cognição do magistrado a decisão já tenha sido tomada.

### **3 CONCEITO DE VERDADE E PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ**

A definição de verdade não é tarefa fácil e certa. Como se pode ter certeza sobre algo, quando o que o torna certo (a verdade) é incerto? Esse paradoxo permite compreender a possível correlação entre o que é certo e o que é verdadeiro. Na busca de uma certeza é que se desenvolve o conceito de verdade.

Todavia, compreende-se que a própria relação do homem com o mundo, numa perspectiva nietzschiana, pode produzir acerca da verdade incertezas e ilusões, fazendo com que o objeto sobre o qual se tenta extrair a verdade perca a sua própria essência.

Nesse sentido, explica NIETZSCHE:

O que é a verdade, portanto? Um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem a um povo sólidas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões, das quais se esqueceu que o são, metáforas que se tomaram gastas e sem força sensível, moedas que perderam sua efígie e agora só entram em consideração como metal, não mais como moedas. (2009, p.538).

A verdade depende do contexto de sua análise. Alexandre Araújo Costa (2008, p.148), interpretando Gadamer, aponta que:

Toda verdade é contextual, toda interpretação é contextual, toda compreensão é contextual. Todo discurso é interno e, nessa medida, ele pode ter uma validade objetiva na medida em que ele se coaduna com os critérios de veracidade da tradição que define o jogo interpretativo que o intérprete joga. E joga sem decidir jogar, pois ninguém escolhe pertencer à tradição em que está inserido, na medida em que nossa subjetividade é constituída especialmente dentro da sociedade em que somos educados — e ninguém escolhe ser educado em uma determinada tradição.

Para decidir, é preciso escolher o que é verdade. Nesse sentido “a vontade de verdade é a crença, que funda a ciência, de que nada é mais necessário do que o verdadeiro. Necessidade não de que algo seja verdadeiro, mas de que seja tido como verdadeiro.” (MACHADO, 2002, p. 75).

Para a compreensão da narrativa no processo penal, não há verdade que não seja interpretada. A necessidade de decidir os casos concretos, o problema da decidibilidade, não afasta a problemática em análise, mas coloca sobre ela um contorno prático, pois não se pode olvidar que “a filosofia não pretende o plano do exato, nem faz concorrência às ciências no campo da exatidão” (REALE, 1988, p. 65).

Por isso, a concepção de que “não há norma sem sentido nem sentido sem interpretação” e de que deve também existir um sentido que prepondera, colocando fim às múltiplas possibilidades interpretativas (FERRAZ JR., 2014, p.90), faz da decisão do magistrado um elemento revelador de verdades, ao menos em certos momentos e perante determinados padrões culturalmente aceitáveis no contexto da decisão.

Essa constatação torna essencial a distinção entre “verdades de razão” e “verdades de fato”. As primeiras “declaram que algo é de tal modo, que não pode ser mais que desse modo; ao inverso, as verdades de fato são aquelas que enunciam que algo é de certa maneira, mas que poderiam ser de outra.” (MORENTE, 1966, p. 194). Aquilo que pode ser de outra maneira perpassa pela interpretação e pela capacidade criativa do juiz.

Se toda verdade é interpretada, não há sentido para a distinção entre “verdade formal” e “verdade material”, muito menos para a existência de uma verdade real no processo penal, na medida em que, mesmo em um processo inquisitivo, convive-se tanto com o subjetivismo, como com o objetivismo (STRECK, 2012,p.131).

No sistema inquisitorial, o magistrado recolhe a prova secretamente, sob o manto de que assim pode mais eficientemente informar-se sobre a verdade dos fatos, guiando-se, por fim, pela perspectiva que tem (ou constrói) dos fatos (COUTINHO, 1993, p.13). A verdade real e outros critérios inatingíveis, mesmo sob a necessidade de garantia da defesa social, colocam o magistrado numa posição diferenciada dentro do processo, dotando-o de poderes especiais, cuja controvérsia é patente (FARIA, 2011, p.2).

Se a verdade é fruto da interpretação, o sentido da busca da “verdade real” no processo penal não pode ser elemento suficiente para garantir poderes instrutórios ao magistrado. O juiz que corre atrás da prova e atua diretamente na sua produção, como admite o processo penal brasileiro, reverbera em sua atuação requisitos do sistema inquisitorial, desbordando dos limites de atuação estabelecidos constitucionalmente.

Consubstanciado na necessidade de defesa social, o Código de Processo Penal (arts. 156, 209 e §1º<sup>1</sup>) admite expressamente os poderes instrutórios do juiz, na busca da “verdade real”. A verdade real é então a verdade aplicada pelo juiz?

Na atual realidade política brasileira, vive-se um caso de complexa solução que serve como parâmetro para a discussão em tela. O Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado criminalmente, por ter supostamente recebido como contraprestação, para beneficiar empresas do setor privado, no exercício de sua função pública, um apartamento triplex.

Pública e sistematicamente, o acusado alega sua inocência, sustentando veementemente que se trata de um perseguido político e que o magistrado Sérgio Moro, responsável por sua condenação, decidiu, imparcialmente, atendendo a interesses de grupos políticos que estão no poder.

Nas vésperas das eleições de 2018, apesar de criminalmente condenado, o referido político possui, em todas as pesquisas oficiais, a maior representatividade popular, caso se candidate à Presidência, o que se torna impossível com a sua prisão.

Em um contexto político conturbado em que, sinteticamente: a) a Ex- Presidente Dilma Rousseff sofreu impeachment pela prática de improbidade administrativa, ao supostamente forjar, com empréstimos públicos, a estabilidade econômica do país; b) o atual Presidente Michel Temer, sucessor de Dilma Rousseff, já denunciado por corrupção (com denúncia não acolhida pelo Congresso Nacional) é novamente investigado, com a autorização do Supremo Tribunal Federal, pelos crimes de lavagem de dinheiro, corrupção ativa e corrupção passiva; c) o juiz responsável pela condenação do Ex-Presidente Lula, Sérgio Moro, é investigado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por possível suspeição e atuação investigativa, em diversos processos de julgamento envolvendo a “Operação Lava-jato”; e d) há dezenas de presos e investigados, no maior escândalo de corrupção já anunciado no Brasil, a verdade real parece mesmo estar vinculada a um contexto específico e, conforme já apontado por Foucault (2017,p.11), inafastável de critérios políticos.

Caso o Impeachment da Ex-Presidente Dilma Rousseff seja o início de um golpe político, conforme apontam militantes políticos de esquerda, e a condenação do Ex-Presidente

---

<sup>1</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.  
Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.  
§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

Lula seja também uma farsa, pode-se afirmar o sepulcro da verdade real no Brasil ou se conformar com a compreensão de que tal verdade é manipulável, alterável e condizente com a interpretação e possibilidade de julgamento em um contexto estritamente político.

Para Aury Lopes Júnior (2006, p.272), “o mito da verdade real é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal, decisionismo processual e o ativismo judicial, típicos do sistema inquisitório”.

A partir de tal perspectiva, a busca da verdade real é também um perigo, pois é um mito. Sendo alicerçada em uma narrativa, também mitológica, traz possibilidades de decisão e não mais do que isso.

Conforme conclui Alexandre Araújo Costa (2008, p. 412):

“[...] toda teoria é uma narrativa mitológica, que tem como função a elaboração ou o reforço dos mitos a partir dos quais conferimos sentido à nossa experiência. Trata-se de um esforço de construção de uma mitologia fundante e não de um sistema fundado. Por isso mesmo é que o objetivo geral desta obra é menos demonstrar do que seduzir. Trata-se de desconstruir as perspectivas des-historicizadas (e só se desconstrói o construído) para que o seu lugar simbólico possa ser ocupado por uma perspectiva efetivamente hermenêutica. E esse é justamente o fio condutor de uma história que narra a gradual implantação de uma consciência histórica na hermenêutica jurídica”.

Os poderes instrutórios do juiz são também uma ferramenta para a construção de decisões politicamente viciadas. Se o magistrado decide em conformidade com a sua convicção, mas tendendo a sustenta-las por motivos diversos e não adequados, o ativismo no processo penal pode implicar em questionamentos acerca da validade da fundamentação judicial empregada nas decisões.

Partindo-se do pressuposto de que o processo é uma garantia para a efetivação de direitos fundamentais (BARROS, 2009, p.14), não se pode olvidar que precisa estar constitucionalmente conformado.

Com fundamento constitucional expreso, o processo é imprescindível à condenação e o, ao menos do ponto de vista formal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF/88), princípio constitucional da presunção de inocência.

Propositadamente, a transcrição do dispositivo acima é parâmetro exemplificativo para a compreensão da “verdade real” aplicável ao julgamento histórico do HC preventivo,

em favor do Ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva, julgado improcedente, por 6 votos a 5, em 04/04/2018, o qual pretendia alterar decisão do STF, no Habeas Corpus nº 126292, julgado em 17/02/2016, em que, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

A decisão do STF, em 2016, apesar de, a priori, contrariar o texto da Constituição, decorre para, a maioria dos julgadores do STF, da necessidade de combate à impunidade. É possível a “execução provisória da pena”, ainda que o réu tenha possibilidade de recorrer ao STJ e ao STF. Em outras palavras, a Corte entendeu, tendo em vista o contexto político de corrupção e impunidade, que a interpretação constitucional dada à matéria, conforme termos acima, apresentaria resposta social mais conformadora.

Outra vez, é o contexto histórico-político que delinea, na perspectiva do entendimento de Foucault, a verdade acerca do processo. No caso em análise, não se pode olvidar que a tentativa da Defesa do Ex-Presidente Lula, por meio de Habeas Corpus Preventivo, decorre também da pretensão de garantir a elegibilidade do mesmo às eleições de 2018. Curiosamente, o entendimento acerca da matéria pode ser alterado no julgamento, em controle abstrato de constitucionalidade, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, a serem relatadas pelo Ministro Marco Aurélio, pendentes de análise na Corte Suprema.

A compreensão acerca da verdade é, portanto, mutável. Talvez seja uma fantasia ou um mito, conforme acima apontado, mas, certamente, é manipulável e passa por dois aspectos relevantes: ou a verdade é algo indiscutível e o processo é instrumento para a sua objetivação, ou a racionalidade e subjetividade interferem diretamente na tomada de decisão. Esse segundo aspecto é o mais aceitável. Não há como fugir das possibilidades interpretativas, o que ocorre durante a percepção das narrativas ao longo da colheita de provas no processo e do contexto político envolvido. Assim, a linguagem é um elemento de limitação interpretativa e responsável pela produção da verdade no processo penal.

#### **4 LINGUAGEM E VERDADE**

A partir da reconstrução de fatos passados, o processo penal tenta explicar como pode a verdade extraída da narrativa implicar na responsabilização por condutas definidas como crime. Além disso, não pode o processo desbordar da necessidade de dar uma resposta

social aos fatos criminosos, sendo também um instrumento de apaziguamento dos anseios coletivos. Assim, poder-se-ia questionar qual a validade do processo penal para o Estado e para aqueles que são julgados ou têm suas demandas atendidas no Poder Judiciário.

A decisão judicial no âmbito penal é construída a partir de significados aos quais o magistrado chega por meio da interpretação. Os significados são construídos a partir de elaborações simbólicas, algo que depende de cada cultura. A cultura, na verdade, é concebida por meio desses significados, tecidos a partir de análises variadas (GEERTZ, 2012, p.4). O juiz, ao decidir, não está imune a isso, não existindo verdade capaz de simplesmente objetivar a realidade no processo penal.

Para Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1997, p.IX), do ponto de vista da semiótica, a sintaxe se preocupa com a correlação entre os símbolos linguísticos (gramática, estrutura etc.), a semântica envolve a relação dos signos com a realidade e a pragmática trata da aplicabilidade dos signos nas situações concretas (retórica, narração etc).

A partir dessa perspectiva, interessa a esse texto a pragmática, sobre a qual se debruça a filosofia da linguagem. Quando se compreende a impossibilidade de atingir a verdade real, pode-se pensar em trocar a “certeza jurídica” pela hipótese de uma decisão mais justa possível.

Ressalvando-se as possibilidades de arbitrariedade decorrentes do ativismo judicial, as características ora apontadas colocam sobre a atuação do magistrado e sobre a análise das provas produzidas no processo um tom de pacificação, pois não há perfeição ou verdade absoluta, mas sim a decisão melhor adequada à realidade, a partir dos discursos captados por meio do processo.

Essa pode ser uma saída hermenêutica plausível para evitar decisões que, independente de uma possível conotação política, sejam estritamente políticas. Se a busca da verdade é, desde o seu início, viciada ou tendenciosa, a saída hermenêutica é mero argumento retórico, perdendo sua validade. Nesse ponto, a decisão filosoficamente acertada, não pode se preocupar com um argumento válido para poucos ou para um grupo, não podendo se conformar com os “aplausos” de um auditório particular (PERELMAN, 1970, p.181).

Do ponto de vista da decisão judicial, dificilmente os destinatários ficarão completamente conformados com a matéria decidida, afinal há, em regra, pelo menos, um sucumbente na heterocomposição. Mas a verdade argumentativa não está na impossibilidade de inconformismos, mas na retidão de que os argumentos apresentados não serão alterados em conformidade com interesses particulares, quando os fatos narrados levarem a conclusões semelhantes.

A linguagem pode, assim, ser utilizada de maneira estratégica. Por esse ângulo, orienta-se ao êxito, podendo coformar ou não aqueles que dela necessitam. De um outro ponto de vista, é empregada de maneira não estratégica e, assim, orientada ao entendimento. (HABERMAS, p.1999, p.70). Nesse contexto, o magistrado pode interpretar e utilizar a linguagem tanto no sentido de tornar a comunicação efetiva, como conformadora. Na busca de efetividade, corre-se o risco de decidir com pretensões estritamente políticas.

Um juiz, com o seu querer, numa percepção intuitiva seria o responsável por criar a verdade ou, ao menos, o direito a ser aplicado no caso concreto. Nesse processo, a linguagem é uma ponte para a apreensão do que entende o juiz ao decidir.

Assim, explica Alexandre Araújo Costa:

A filosofia tradicional sempre foi consciente de que a linguagem nos prega peças e buscou a verdade fora da linguagem. Gadamer, porém, sob clara influência da filosofia da linguagem, tenta definir a compreensão como um processo lingüístico, pois ‘a linguagem é o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa’. Não existe, portanto, a possibilidade de uma compreensão imediata das coisas, pois toda compreensão é mediada pela lingüagem.

A linguagem não revela apenas o que existe e está acabado, ela é responsável pela construção de uma verdade apreensível, interferindo na relação do sujeito com o objeto. Tal possibilidade de interferência foi compreendida como “reviravolta lingüística”, uma proposta de ruptura com a separação entre sujeito e objeto, com uma perspectiva essencialista, metafísica e ontológica. Segundo Manfredo Oliveira (2006, p.13):

A reviravolta lingüística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre a infra-estrutura lingüística.

Para Wittgenstein (2002, p.17), o conhecimento é, então, construído a partir das narrativas, de jogos de linguagem. E a linguagem é apreensível a partir do contexto em que está inserida.

Conforme destacam Larissa Rosa e Renan Posella Mandarino (2015, p.303):

Os “jogos de linguagem” se configurariam a partir da existência de uma descrição e uma compreensão. Para que os “jogos” fizessem sentido, os participantes deveriam compartilhar determinadas impressões a respeito da linguagem, determinadas regras e determinados pontos de partida. Wittgenstein associa a linguagem a ações. Não é possível a pretensão de uma linguagem unívoca de paradigma descritivo. Os jogos de linguagem são regidos por regras (“quadro de mundo”), compartilhadas entre os sujeitos e moldadas por convicções. O erro ocorreria quando uma regra não fosse cumprida, ou seja, quando se violasse um padrão determinado entre correto e incorreto. As regras são práticas, impostas por meio da persuasão e não por meio de justificativas. A grande crítica ao modelo apresentado por Wittgenstein é que a teoria dos “jogos de linguagem” limita-se à linguagem descritiva e despreza as circunstâncias do caso concreto que oferecem substrato ao discurso jurídico”.

Habermas (2004), crítico de Wittgenstein, enxerga na linguagem uma forma de atingir a pacificação nas relações sociais, podendo ser utilizada na resolução de conflitos jurídicos, desde que os discursos não sejam distorcidos, por exemplo, por meio de coações.

Parece, então, desconstruída a identificação da verdade material, pois a subjetividade é inerente ao processo de apreensão da verdade, podendo levar às mais variadas respostas no âmbito do processo. A verdade é uma construção, assim como o conhecimento, dependendo da relação discursiva desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes.

É certo que os parâmetros definidos pelos autores que atribuíram à linguagem uma perspectiva inovadora, colocando-a como instrumento de construção de verdades, são dotados de subjetivismos, podendo ser criticados quanto à falência na garantia de segurança jurídica e abstração na tomada de decisões. Tais dificuldades são naturais à percepção que coloca uma postura hermenêutica acima ou no mesmo patamar de uma apreensão metafísica da realidade.

## **5 CONCLUSÕES**

No processo penal, a verdade é uma construção, a qual deriva das interpretações possíveis dos fatos narrados e julgados. Compreende-se a busca da verdade material como elemento retórico, que pode agradar mais ou menos os destinatários das decisões.

O magistrado constrói a verdade no julgamento de cada caso e pode decidir tendo em vista uma estratégia de efetividade ou de simples entendimento.

Em um contexto complexo, fundamentos políticos, capazes, em certa medida, de apaziguar anseios sociais, são responsáveis, historicamente, por delinear os possíveis rumos de uma decisão.

Partindo de tais consideração, apresentam-se, articuladamente, as seguintes conclusões:

a) A produção de provas no processo penal, historicamente, serve como justificativa para a ação penal e a possível futura condenação. Na ilusão de que tudo se torna claro e consistente por meio do inquérito e de que a punição depende desse instrumento, ele se tornou artifício muito utilizado ao longo dos tempos.

b) No período inquisitivo, sob os auspícios de Deus, o inquérito é procedimento não contraditório, sigiloso e escrito.

c) Os avanços trazidos ao processo pela perspectiva iluminista é uma resposta convincente diante dos problemas e injustiças processuais que também afetavam a classe burguesa na época.

d) Na atualidade, conquanto se possa pensar na existência de um sistema processual misto, na medida em que o inquérito é inquisitivo e o processo é acusatório, compreende-se que o sistema processual é acusatório e não misto.

e) Independente de tratar-se de procedimento misto ou acusatório, não se pode olvidar que o discurso é um elemento essencial para a construção de provas no processo atual.

f) Na busca de certezas é que se desenvolve o conceito de verdade.

g) A própria relação do homem com o mundo, numa perspectiva nietzschiana, pode produzir acerca da verdade incertezas e ilusões, fazendo com que o objeto sobre o qual se tenta extrair a verdade perca a sua própria essência.

h) Para a compreensão da narrativa, não há verdade que não seja interpretada. A necessidade de decidir os casos concretos, o problema da decidibilidade, não afasta a problemática em análise, mas coloca sobre ela um contorno prático.

i) A busca da verdade real é também um perigo, pois é um mito. Sendo alicerçada em uma narrativa, também mitológica, traz possibilidades de decisão e não mais do que isso.

j) Se a verdade é fruto da interpretação, o sentido da busca da “verdade real” no processo penal não pode ser elemento suficiente para garantir poderes instrutórios ao magistrado.

k) O ativismo no processo penal implica em questionamentos acerca da validade da fundamentação judicial empregada nas decisões.

l) A linguagem é um elemento de limitação interpretativa responsável pela produção da verdade no processo penal.

m) Um juiz, com o seu querer, numa percepção intuitiva, seria o responsável por criar a verdade ou, ao menos, o direito a ser aplicado no caso concreto. Nesse processo, a linguagem é uma ponte para a apreensão do que entende o juiz ao decidir.

n) Resta desconstruída, sob a perspectiva da reviravolta linguística, a identificação da verdade material no processo penal, pois a subjetividade é inerente ao processo de apreensão da verdade, podendo levar às mais variadas respostas no âmbito do processo.

o) A verdade é uma construção, assim como o conhecimento, dependendo da relação discursiva desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11690/08 e n. 11719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 126.292 - São Paulo**.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 09 abr 2018.

\_\_\_\_\_. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44**. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>> Acesso em: 09 abr 2018.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutoramento. Brasília: UNB, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Trabalho originariamente preparado e em parte apresentado no Seminário Nacional sobre Uso Alternativo do Direito, evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, 7 a 9 de junho de 1993.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Disponível em:

<[www.sabotagem.cjb.net](http://www.sabotagem.cjb.net)>. Acesso em: 02 abr 2017.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2 ed. Rio de Janeiro: Trarepa, 2001.

FRANCO, Ricardo César. A genealogia do inquirido e da formação da verdade no processo penal: a contribuição de Michel Foucault para o conhecimento do processo penal na história do ocidente. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Org). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. Vol. 2. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 2014

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro, LCT, 2012.

HABERMAS, Jürgen (entrevistado); BORRADORI, Giovanna (entrevistadora).

**Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida**. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. [Publ. orig. EUA, 2003].

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Roberto. **Nietzsche e a verdade**. 2. ed., Rio de Janeiro: Graal, 2002.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de filosofia. Lições preliminares**. Trad.

Guillermo de la Cruz Coronado, 3. ed., São Paulo: Mestre Jou, 1966.

NIETZSCHE, F. “**Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral**”. Tradução: Torres Filho, R. in: Antologia de Textos Filosóficos. Marçal, J. (org.), SEED, Paraná, 2009.

OLIVEIRA, Manfredo. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2006.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Considérations sur la raison pratique**. In: Le Champ de l'Argumentation. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1970, p.171-182.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 1. v. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROSA, Larissa. MADARINO, Renan Posella. **Linguagem e verdade na perspectiva processual penal**. In: Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line]. Coordenadores: Clóvis Marinho de Barros Falcão, Constança Terezinha Marcondes Cesar – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. O sentido comum teórico dos juristas e o “princípio” da “verdade real”: o ponto de encontro do solipsismo com o arbítrio. In: **Revista de Estudos Criminais**, Ano X, n. 44. Sapucaia do Sul: ITEC, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas**. 2. ed. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002.