

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

FILOSOFIA DO DIREITO

CONSTANÇA TEREZINHA MARCONDES CESAR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Clóvis Marinho de Barros Falcão, Constança Terezinha Marcondes Cesar – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-056-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

É com satisfação que apresentamos os trabalhos apresentados no GT de Filosofia do Direito do XXIV Encontro Nacional do Conpedi, realizado no campus da Universidade Federal de Sergipe. É sempre preciosa uma oportunidade de discutir um campo tão antigo, e tão importante para compreender e também testar os limites do pensamento jurídico. Os pesquisadores, uma vez mais, demonstraram como é rica e plural a produção jurídico-filosófica nas escolas de direito no Brasil. Mais do que a quantidade, precisamos aumentar a qualidade do trabalho em filosofia do direito, e o evento abraçou essa ideia.

O livro tem uma importância dupla. Por um lado, registra o trabalho desenvolvido pelos pesquisadores e apresentados à avaliação e seleção desta banca; por outro, permite ampliar a perspectiva e continuar os diálogos que apenas iniciaram nos poucos minutos destinados à apresentação de cada trabalho. A pesquisa, ainda mais quando envolve a reflexão filosófica, pede calma, e seria muito limitada se constituída apenas da apresentação e da sessão de perguntas. O texto, amadurecido e costurado pelos autores, permite o contato silencioso e calmo com cada trabalho apresentado, singularmente valioso.

Este livro é, antes de tudo, um convite à conversa e à reflexão. Entre tantos e variados temas, cada leitor encontrará uma mesa em que se sentirá mais à vontade, puxará sua cadeira e interagirá com dedicados pesquisadores. Esperamos que a publicação desses trabalhos integre mais pessoas à deliciosa conversa do dia 4 de julho de 2015.

Os coordenadores.

LINGUAGEM E VERDADE NA PERSPECTIVA PROCESSUAL PENAL
LANGUAGE AND TRUTH IN THE CRIMINAL PROCEDURAL PERSPECTIVE

Larissa Rosa
Renan Posella Mandarin

Resumo

A verdade no processo penal é buscada com a reconstrução de fatos resultante da atuação comunicativa entre as partes processuais, juiz e os colaboradores da justiça. No sistema acusatório, a linguagem processual é predominantemente oral, com a prova pessoal produzida a partir da captação psíquica do indivíduo sobre determinado fato. Diante dessa função retrospectiva do processo, a verdade é esboço de fatos descritos narrativamente, com as percepções e interpretações do sujeito comunicativo, sobre as quais incide a convicção do julgador. Este, por sua vez, reinterpreta as informações colhidas, apresenta sua percepção pessoal dos fatos e lhes atribui o sentido normativo e valorativo, de maneira que o ato de julgar passa a ser um jogo de linguagens. O presente trabalho visa a discutir os limites da linguagem na busca da verdade e os efeitos da ação linguística na dinâmica processual. Para abordagem do tema, utilizou-se a filosofia da linguagem, apoiada principalmente no giro linguístico (linguistic turn), e na teoria crítica do direito, ao tratar da verdade.

Palavras-chave: Direito, Linguagem, Verdade, Processo penal, Oralidade, Interpretação

Abstract/Resumen/Résumé

The truth in criminal proceedings is sought with the reconstruction of facts resultant from communicative action between the procedural parties, judge and collaborators of justice. In accusatory system, the procedural language is predominantly oral, with the personal evidence produced from the psychic capture of individual on a given fact. Faced with this retrospective function of process, the truth is sketch of facts described narratively, with the perceptions and interpretations of communicative subject on which focuses the conviction of the judge. This, in turn, reinterprets the collected information, present his personal perception of facts and gives them a sense normative and evaluative, so that the act of judging becomes a game of languages. The presente study aims to discusses the limits of language in the search for truth and the effects of linguistic action in processual dynamics. To approach the subject was used the philosophy of language, mainly supported in the "linguistic turn", and critical theory of law, to deal on with the truth.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right, Language, Truth, Criminal proceedings, Orality, Interpretation

Introdução

O objetivo do trabalho é discutir sobre os limites do uso da linguagem na produção de provas no processo penal, através da análise crítica do procedimento discursivo como modelo de reconstrução da verdade dos fatos, destacando a posição de intérprete do julgador na dinâmica processual.

No primeiro tópico, o trabalho visa a compreender o procedimento de formação da verdade nos sistemas processuais ao longo da história ocidental (acusatório, inquisitório e misto). O estudo procura questionar a existência da verdade material no sistema de provas. No segundo tópico, diante do caráter retrospectivo e essencialmente narrativo do procedimento criminal, passa-se ao exame da linguagem enquanto instrumento orientador para produção da verdade. Por derradeiro, o texto aponta os limites da oralidade na reconstrução da verdade, com o escopo de desmistificar a efetividade da ação linguística (comunicacional) na instrução probatória, ressaltando o uso da racionalidade interpretativa do julgador ao avaliar tais elementos de prova.

O trabalho é bibliográfico e desenvolve conceitos relativos a processo penal, verdade e linguagem. Seu objeto de análise e perspectiva metodológica é a crítica à dogmática jurídica no que tange aos problemas procedimentais apresentados pelo uso da linguagem na busca da verdade dos fatos.

Como metodologia de abordagem, o trabalho se apoiou na teoria crítica do direito para o exame das imperfeições existentes na busca da verdade. A filosofia da linguagem serviu de suporte para compreensão do caráter discursivo-procedimental do processo penal, a fim de esclarecer as barreiras existentes na situação comunicativa entre aqueles que buscam a verdade (acusador, réu e julgador) e os indivíduos responsáveis pela produção probatória (vítima, testemunha, perito e outros). A teoria hermenêutica forneceu fundamentos para análise da racionalidade interpretativa dos participantes no processo judicial, principalmente do julgador na compreensão e valoração dos fatos.

Para desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método dedutivo, pelo qual, com base em enunciados ou premissas se chega a uma conclusão necessária, em virtude da aplicação de regras lógicas. Parte-se da premissa de que a prova oral é apta ao convencimento do julgador. Todavia, essa credibilidade pode ser contestada pelas barreiras linguísticas, conforme será analisado no presente trabalho.

1. A formação da verdade no processo penal

A história do processo penal convive com uma constante alternância entre dois sistemas: o acusatório e o inquisitório, sem que se possa ser sustentada a vigência em sua plenitude em nenhum deles. Notável que a vertente inquisitória ainda se mantém em larga margem no artifício discursivo da verdade material e na aptidão do juiz para buscá-la, o que justifica o sistema moderno, chamado também de “sistema misto”.

A discussão sobre o problema da construção da verdade no processo penal deve partir necessariamente da forma com que os diferentes sistemas processuais historicamente lidaram com a questão. No entanto, deve ser pontuado que os sistemas são abstrações ou modelos ideais e, que, atualmente, não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios “puros”, mas há uma interligação de princípios dos dois modelos (KHALED JUNIOR, 2013, p. 13).

Foucault aponta que existem diversos lugares na sociedade em que a verdade se forma, através de uma série de “regras do jogo” definidas a partir do domínio do saber, como ocorre nas práticas judiciárias. Afirma que somente pode haver certos tipos de sujeitos de conhecimento, certas ordens de verdade e certos domínios do saber a partir de condições políticas de uma comunidade.

A relação “verdade-poder” é essencial a todos os mecanismos de punição, já que os indivíduos são forçados a produzir a verdade pelo poder que exige essa verdade e que necessita dela para funcionar: “temos de dizer a verdade, somos coagidos, somos condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la” (FOUCAULT, 2005, p. 29).

Através dos estudos de Foucault é possível entender a formação da verdade ao longo da história ocidental e sua vinculação com a produção de provas nos sistemas processuais penais. O tema da produção dos elementos de convicção e da prova em processo penal reflete o caráter e o estado da cultura jurídica de um determinado povo historicamente e permite compreender, no âmbito do sistema jurídico, as formas dos atos tendentes à construção da verdade processual penal, necessária e idônea para justificar a inauguração da ação processual penal em juízo e sua final resolução (FRANCO, 2014, p. 665).

No modelo helênico, o vocábulo *prova* representava diversos fenômenos conduzidos por seres humanos ou por eles iniciados e dependentes de manifestações sobre-humanas, que tinham como finalidade obter uma resposta que conduzisse à cristalização de uma “certeza”, suficiente para que um litígio pudesse ser amainado.

Para os gregos, a prova não significava um fim em si mesmo, mas instrumento para atingir determinada finalidade. Logo, a prova era uma espécie de jogo, de desafio lançado por um adversário ao outro. Um indivíduo lançava o desafio de busca da verdade dos fatos e outro

deveria aceitar o risco ou a ele renunciar. Caso renunciasse à prova, se desincumbia do juramento e tacitamente reconhecia ter cometido a irregularidade. Se aceitasse o risco, haveria um juramento e a descoberta final seria transposta aos deuses. Não descoberta a “verdade”, Zeus o puniria pelo falso juramento (FOUCAULT, 2003, p. 31-33).

Veja que nesse modelo haveria um “jogo de provas”, com desafios e a possibilidade de reconhecimento da culpa e das verdades dos fatos sem qualquer prática inquisitória ou arcaicos procedimentos judiciais de produção de prova (com testemunhas e outras constatações).

Entretanto, no curso do período helênico, a partir da análise dos excertos da literatura trágica de Édipo-Rei, constata-se uma modificação no sistema judiciário processual penal, de forma que a decisão dos feitos passa a ser submetida à instância humana, mediante a existência de provas que ilustram a chamada “lei das metades”. É um sistema que apresenta características semelhantes ao atual procedimento acusatório. Inaugura-se a apuração de fatos delitivos a partir da análise empírica de dados passados, através da afirmação de fatos humanos conhecidos que aconteceram em determinado momento pretérito: é dado os primeiros passos para a formação do inquérito (FRANCO, 2014, p. 668).

Esse novo do modelo grego produz a verdade aproximada, a partir do conhecimento humano provável, que aduz a aplicação de regras rígidas para a formação do conhecimento e com discricionariedade suficiente para desenvolver a íntima convicção norteada pela prova perquirida. Inicia-se uma nova formação do sistema de processo penal (que muito se assemelha à dinâmica processual atual), através de uma verdade juridicamente determinada.

Com a “lei das metades” surge a busca da verdade através da memória humana, a qual se torna referência empírica necessária para autorizar ou desautorizar a produção da prova. O uso da linguagem verbal torna-se determinante para a reconstrução dos fatos, utilizado por quem lhes conhece de antemão, os descreve e os relaciona a certa lei que prescreve uma conduta proibida (FRANCO, 2014, p. 669).

É o início do sistema acusatório, o qual remonta ao direito grego, desenvolvido pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves, com qualquer pessoa podendo acusar, e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do direito civil.

No Direito Romano, mais especificamente no período da Alta República, a verdade era compreendida como método necessário para estabelecer a responsabilidade do sujeito no processo penal. A partir desse momento, a verdade passou a ser um construído semântico-lógico, no qual determinada figura humana verbaliza, contextualizadamente, a versão de um

fato, proposto pela ordem jurídica como infração, cuja admissão dependerá da emissão de um juízo positivo de uma determinada pessoa que não se relaciona à imputação (FOUCAULT, 2003, p. 65).

A principal contribuição do período foi justamente a utilização do procedimento discursivo, momento em que se intensifica o uso da oralidade como elemento na construção da verdade. Haveria um órgão competente para apresentar a solução da controvérsia verbalizada e juridicamente posta por intermédio de um sistema racional de provas.

Entretanto, o sistema acusatório foi se fragilizando diante da necessidade de repressão dos delitos. A partir do século XII até o XIV, período medievo, surge a racionalização do sistema através do inquérito. Michel Foucault alerta que o procedimento inquisitivo constitui instrumento impositivo de poder, uma forma de “poder-saber”, politicamente relacionado com o desenvolvimento, sistematização e estabilização da “sociedade disciplinar”, expressão com a qual o autor se refere às sociedades contemporâneas. Ressalta também que o condutor do inquérito, ao providenciar a colheita de dados verbalizados, apresenta uma opinião sobre determinado fato, com o escopo de contextualizar o processo a partir de uma verdade possível, crível (FOUCAULT, 2003, p. 78-81).

A prática do inquérito esconde a subjacente regra da “certeza perfeita”, a qual prevê que a infração e seu autor não podem ficar omissos aos olhos da sociedade. O inquérito surge como instrumento de contenção da atividade infracional, ao semear a crença de que “nada permanecerá impune”, o que justifica o uso constante dessa ferramenta ao longo da história

O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, passa a ser escrito, secreto e não contraditório. No período inquisitório vige a intolerância, derivada da “verdade absoluta” de que a humanidade foi criada na graça de Deus.

Prosseguindo na evolução da formação da verdade, o modelo contemporâneo do sistema jurídico brasileiro é de matriz romano-germânica, em que se revela um núcleo de significação sistêmica baseado na previsão de comportamentos humanos variados, faticamente possíveis no mundo fenomênico. Diante dos ideários democráticos e das garantias previstas aos acusados, o direito processual possui significado duplice: tanto como defesa da sociedade em face do indivíduo, como objetivo da política criminal e da proteção dos bens jurídicos essenciais, antes da instauração do competente processo penal, como defesa do indivíduo em face da sociedade. Há uma integração teleológica entre o direito penal e o processo penal, almejando a harmonia entre as finalidades de política criminal imperantes

num determinado sistema jurídico-penal e o modelo de processo penal nele adotado (FERNANDES, 2001, p. 73).

Atente-se que nesse período, como consequência da Revolução Francesa, ocorre uma “reforma humanista do direito penal”, com a supressão da hipótese do suplício, como instrumento para obter a confissão dos acusados; adoção de processos e decisões públicas; e supressão do sistema de provas tarifadas. Todavia, à parte do lirismo que envolvia os discursos e obras dos iluministas, a adoção de novas formas processuais penais visava também o estrito controle da população, como instrumento de estabilização da sociedade. Nesse sentido, o direito penal se apresentava como mecanismo de “normalização do indivíduo”, ao retirar-lhe sua animosidade combativa e objetificá-lo aos interesses do Estado Absolutista, sendo visível a funcionalidade da função política de marginalização do direito penal.

O atual sistema de Justiça Criminal é “misto”, com a fase policial ou pré-processual inquisitória e a fase processual acusatória. Apesar das críticas a essa visão reducionista, pois existe claramente resquícios inquisitórios na fase processual (principalmente no que tange à gestão das provas), pode-se afirmar que o sistema volta a ser predominantemente discursivo, com a concentração de atos procedimentais e a utilização da oralidade na produção probatória.

Percebe-se que o conceito de verdade não possui limitações estanques e acompanha a dinâmica dos diferentes sistemas de produção de provas no processo penal no decorrer do movimento histórico. Saliente-se que a verdade sempre foi um fator de legitimação para o direito processual, direcionada a orientar a gestão de provas e demais atos que formam o procedimento.

A tarefa de conceituar “verdade” é assaz ingrata. A doutrina processualista moderna explora corriqueiramente o conceito ontológico de verdade defendido por Mittermaier: “concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele” (MARINONI, 2009, p. 25).

Esse conceito aponta para a relativização da verdade, ao afirmar que toda realidade é interpretada. Nesse sentido, há que ser desmistificada a dualidade carneluttiana de “verdade formal” e “verdade material”, que objetiva explicar o tipo de “certeza” que deve sustentar uma demanda de natureza civil (verossimilhança, verdade formal) e de natureza penal (verdade real). Lenio Luiz Streck (2012, p. 133) critica essa diferenciação:

Trata-se, paradoxalmente, de uma tentativa de limitar o assenhoreamento dos sentidos feito pelo sujeito solipsista por meio da estatuição de um “princípio” que se fundamenta no paradigma anterior – superado pela subjetividade – que é a

metafísica essencialista, clássica. Além da crítica que pode ser feita à impossibilidade de se falar em “verdade real” (um vez que articula dois conceitos distintos no nível da filosofia, quais seja: o da verdade e o da realidade), a questão mais originária que se apresenta em jogo aqui é esta: um processo penal inquisitivo convive tanto com o objetivismo quanto com um subjetivismo, e isso tem efeitos deletérios.

A ideia amplamente propalada na doutrina influencia a legislação infraconstitucional (arts. 156 e 209 do Código de Processo Penal), ao conferir ao juiz amplos poderes para que possa alcançar a verdade dos fatos é um tanto pernicioso. Nesse sentido, o discurso da verdade real é um mito, idealizado pela corrente tradicional de que é possível ao juiz penal atingir a verdade dos fatos. É plausível questionar-se quais “poderes especiais” possuiriam os magistrados para, mais do que qualquer outro ser humano, conseguir alcançar essa verdade. 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 (LOPES JUNIOR, 2006, p. 272).

A verdade real ou material, em um modelo inquisidor do “juiz presidente da instrução”, acaba por ser um alibi teórico que serve para justificar tanto a busca de elementos de “convicção” pelo juiz, durante o gerenciamento de provas, quanto de argumento performático para motivar uma decisão que padece de fundamento jurídico (STRECK, 2012, p. 131).

O mais preocupante é o “sentido comum teórico”¹ estabelecido pela doutrina, que sugere ser o direito um sistema lógico, no qual os ideais contraditórios aparecem como naturais. Há uma mistura de conceitos filosóficos, ou seja, um atrelamento entre a percepção de verdade ontológica clássica (aristotélico-tomista) e a verdade da filosofia da consciência. Ora a verdade é representada em um dado bruto, o fato em si ao qual o sujeito cognoscente deve se amoldar; ora a verdade é tida como uma construção erguida a partir de uma “consciência metodológica” pelo sujeito cognoscente, algo que aparece claro no conceito de livre convencimento (STRECK, 2012, p.132).

Essa dicotomia da “verdade” é uma análise incongruente: ou há uma verdade material, com a busca da verdade nas essências dos fatos e que são verdades irrefutáveis,

¹Locução cunhada por Luis Alberto Warat para designar o conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais (parlamentos, tribunais, escolas de direito, associações profissionais, etc). Tal conceito traduz um complexo de conhecimentos acumulados pelas práticas jurídicas institucionais que buscam no direito verdades apofânticas, ao atribuir qualquer sentido ao texto legal, desde que satisfaça o interesse do intérprete. É o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos de verdade das ciências humanas. Warat dizia que os juristas trabalham com uma racionalidade subjacente, que opera sobre os discursos de verdade das ciências humanas. Há uma realidade pré-concebida do conteúdo e efeitos dos discursos da verdade do direito que regula a racionalidade e atuação dos produtores e usuários do direito.

indiscutíveis e, portanto, não há convencimento e sim objetificação da relação processual (metafísica clássica) ou há o livre convencimento, no qual é possível o uso da racionalidade dedutiva, por meio do método construído pela subjetividade (metafísica moderna).

Prevalece no senso comum da dogmática jurídica a verdade ontológica, com a captação da essência das coisas. Contudo, essa captação cognitiva tem de ser descrita, relatada para um terceiro ouvinte, momento em que sofre com as modulações interpretativas. É nesse ponto que reside o fator limitante da verdade: a linguagem. Esta é o principal instrumento utilizado pelos sujeitos do processo na produção das provas. No sistema acusatório, como consequência da concentração de atos, a oralidade rege o sistema de provas na processualística penal brasileira, o que leva a questionar e a conhecer as consequências desse tipo de linguagem no processo de convicção do magistrado e na reconstrução analógica da verdade.

2. A linguagem como instrumento de produção da verdade

Pela visão instrumental, o processo penal possuiria função retrospectiva, na medida em que seu escopo precípua seria a produção analógica da verdade sob a forma essencialmente narrativa, como bem salienta Fernando Andrade Fernandes (2001, p. 43):

Bastaria desse modo que, voltado exclusivamente para a óptica do autor do delito, como instrumento de sua proteção, o processo penal adoptasse uma função retrospectiva, tendo como missão exclusiva a reconstrução dos fatos passados para apenas orientar o *se* e o *em que medida* poderia ocorrer a interferência estatal na vida privada do indivíduo.

O direito processual penal é um subsistema aberto, o qual serve de modelo para exteriorização das proposições de política criminal no modo da validade jurídica (aspecto funcional), nos limites fixados pela ordenação axiológica e princípios constitucionais (aspecto garantista). Para além do seu caráter retrospectivo, voltado para a reconstrução da verdade e de obediência às premissas dogmáticas (perspectiva formal), o processo penal deve estar de acordo com as conjecturas de natureza político-criminal no contexto social de sua aplicação (perspectiva axiológica). Imbuído nessa visão sistêmica do processo penal, há de se ressaltar a preocupação com a utilidade que a prestação jurisdicional terá para o acusado, para vítima e para o próprio Estado, enquanto representante de uma comunidade de interesses.

No panorama restrito do processo penal, relativo à produção de prova, é incontestável que a “verdade” é fruto da edificação de fatos pretéritos em um procedimento discursivo, com prevalência de recorrentes situações comunicativas. A prova no processo

penal é construída através de signos preestabelecidos que serão interpretados pelo magistrado na sua decisão final.

A aproximação entre o direito e a linguagem deriva da necessidade daquele produzir respostas a problemas práticos. Oportuno conhecer a teoria da linguagem ou dos signos através da classificação semiótica: a *sintaxe* trata dos signos linguísticos entre si, de gramática, de lógica, de formas e de estruturas; a *semântica* trata das relações dos signos linguísticos com a realidade, de significado, de experiência, de realidade; a *pragmática* trata da relação dos signos linguísticos com seu uso em situações concretas, de ação, de comunicação, da retórica e da narração, ou seja, enquanto conexão situacional na qual os signos são usados (FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. IX).

Principalmente no campo da pragmática, em que se desenvolve a ação linguística no processo judicial, a filosofia da linguagem surge como referencial para compreensão do discurso jurídico. As teorias da argumentação e da comunicação possibilitaram uma mudança nas aspirações do próprio direito, com o viés de trocar a “pretensão de verdade” por uma “pretensão de justiça” e de permitir a confluência de aspectos normativos e ontológicos sob a medida da comunicação de um sentido (BUSATO, 2011, p. 104).

A linguagem nem sempre possuiu uma papel primário nas relações humanas. Para Platão e Sócrates era possível saber a definição dos objetos sem o uso da linguagem: as coisas possuem significados em razão de um modelo ideal (inato) que orienta as escolhas humanas. A linguagem é apenas um instrumento secundário, através do qual não se atinge a verdadeira realidade. O real é verdadeiramente conhecido em si, sem palavras, sem mediações linguísticas. A linguagem é vista como não constitutiva da experiência humana do real. Seguindo a dimensão metafísica platônica da linguagem, Aristóteles defende o caráter ontológico da linguagem, pois, para ele, as palavras só tinham um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência pré-estabelecida inatamente.

Para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem. Sem conhecimento da essência, não há conhecimento verdadeiro. Essas considerações precedentes servem para caracterizar o paradigma conhecido como “filosofia da consciência”, no qual a concepção vigente é a de que a linguagem é instrumento para designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção linguística.

A partir de Humboldt, Hamann e Herder se inicia o reconhecimento de que a linguagem possui um papel constitutivo na relação do sujeito com o universo. A linguagem é

vista como condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação. A linguagem se constitui como uma unidade em oposição da dicotomia sujeito-objeto. Há um rompimento da “filosofia da consciência” pela “filosofia da linguagem” (STRECK, 1999, 121).

Com a viragem linguística, também conhecida como “giro linguístico”, na expressão de Rorty, “guinada linguística”, na acepção de Habermas ou ainda, “reviravolta linguística” na locução de Manoel de Oliveira, ocorre uma ruptura com as concepções metafísico-essencialistas-ontológicas. A linguagem não é mais tida como um terceiro elemento que se interpõe entre sujeito e objeto, concepção esta que criava uma barreira ao conhecimento humano de como são as coisas em si mesmas. Toda apreensão da realidade se faz mediante uma descrição linguística e toda linguagem é uma construção social, ou seja, o conhecimento é produzido a partir de descrições válidas e adequadas para os propósitos sociais.

Wittgenstein produziu o giro pragmático da filosofia com base na ação e na racionalidade prática. Toda filosofia linguística tem por base a contribuição dos “jogos de linguagem”, através da qual nega a linguagem logicamente perfeita. Ludwig Wittgenstein (2002, p. 17) afirmou que o sentido da linguagem é oferecido pelo contexto em que ela se desenvolve e não baseado em vinculações prévias. Toda linguagem é ambígua e toda palavra é polissêmica, razão pela qual as locuções não possuem uma significação definitiva: “uma expressão é apropriada, mas só para este domínio estritamente circunscrito, não para a totalidade do que pretendemos representar”.

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, conforme afirma Paulo César Busato (2011, p. 104):

(...) a lógica dos “jogos de linguagem” – inclusive no discurso jurídico – somente pode ser compreendida a partir da consideração de outros fatores além de sua expressão verbal, inclusive as circunstâncias em que tem lugar. Com isso, para o estabelecimento do argumento jurídico, não são desprezíveis as circunstâncias do caso concreto nem tampouco sua situação histórica, social, cultural e política.

Superando os conceitos fornecidos por Wittgenstein, Jürgen Habermas apresenta a ideia da “ação comunicativa”. Oportuno destacar que Habermas é representante da segunda geração da escola de Frankfurt, marcada pela falha da Revolução da Classe Trabalhadora, ascensão do Nazismo e principalmente pelos desastres da Segunda Guerra Mundial. Logo, o contexto em que se insere Habermas é de descrença nas relações de poder e da presença da dominação de classes, ou seja, a racionalidade moderna teria exaurido seu potencial emancipador para sucumbir à lógica positivista de dominação da razão burguesa (RODRIGUES, 2011, p. 216-218).

Cumprir esclarecer que o intento de Habermas foi apresentar uma “teoria da reconstrução crítica da sociedade”, ao restabelecer a crença do poder emancipatório da razão humana, propunha a prática de relações sociais isentas de dominação e compostas por indivíduos emancipados socialmente. Diante da necessidade de um comprometimento com os interesses libertários, o autor defende uma filosofia baseada na intersubjetividade de sujeitos, que agem comunicativamente para realizar um consenso. Há o abandono completo da dicotomia sujeito-objeto. Habermas vivencia uma reestruturação do mundo moderno, com o retorno do antropocentrismo nas relações sociais e da positivação dos direitos humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948).

A linguagem, na concepção habermasiana, é o mecanismo que assume a função de produzir integração social, uma vez que é o único meio apto para coordenar, de maneira estável e legítima, os planos individuais de ação e, portanto, sua fonte primária. A tese central da “teoria do agir comunicativo” se refere à criação de uma situação ideal de comunicação, na qual os papéis sejam simetricamente distribuídos e a decisão seja o produto de uma discussão isenta de coação, que pode a todo o momento ser problematizada e fundamentada pela via discursiva (HABERMAS, 1987, p. 115-119).

A situação ideal de comunicação exclui as “distorções sistemáticas de comunicação” e os “influxos externos contingentes”, de forma a garantir aos participantes no discurso uma distribuição simétrica de oportunidades de eleger e executar atos de comunicação. Para atingir a situação ideal de comunicação duas condições devem ser cumpridas. Primeiramente, todos os participantes potenciais num discurso têm que ter a mesma oportunidade de empregar atos de fala comunicativos, de sorte que em todo o momento tenham a oportunidade tanto de abrir

um discurso como de perpetuá-lo mediante intervenções e réplicas, perguntas e respostas. Em segundo lugar, todos os participantes no discurso têm que ter igual oportunidade de fazer interpretações, afirmações, recomendações, dar explicações e justificações e de problematizar, raciocinar ou refutar as pretensões de validade delas, de sorte que ao máximo nenhum prejuízo resulte subtraído à tematização e à crítica (FERNANDES, 2001, p. 147).

Toda ação linguística é direcionada no sentido subjetivo e tais ações interativas podem ser tanto ação instrumental (estratégia) como ação comunicativa. Na *ação estratégica*, a “força” da linguagem está nos meios escolhidos adequadamente para realização da fala, de forma que uma pessoa, em seu agir, utiliza outra pessoa como meio adequado para a realização de um fim (sucesso pessoal). Há uma busca pelo efeito perlocucionário derivado da comunicação, ou seja, uma tentativa de persuasão sobre outros envolvidos na ação. É uma relação de sujeito-objeto, que pode ser entendido como influência sobre um terceiro observador. No *agir comunicativo*, a “força” da linguagem está nos argumentos, na própria comunicação. É aquele em que uma pessoa procura convencer outra de suas pretensões. Trata-se de ação orientada para a produção do consenso, o que pressupõe, ao contrário da ação estratégica, transparência no comportamento do agente. O efeito a ser produzido é ilocucionário (entendimento/consenso), já que neste reside a própria função do falar (oralidade) (GALUPPO, 2002, p. 122-127).

A filosofia da linguagem contribuiu para desconstruir o mito da verdade material, ao mostrar a prevalência da intersubjetividade no processo de cognição humana. A moderna filosofia habermasiana entende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscente. A razão não se aloja no mundo fenomênico (*paradigma do ser*), ou no sujeito individual (*paradigma do sujeito*), mas naquilo que os sujeitos produzem a partir de certos elementos comuns, através da ação linguística. Os sujeitos que se comunicam pela linguagem apoiam-se necessariamente num consenso que serve de pano de fundo para sua ação comunicativa. O consenso torna-se manifesto através do reconhecimento prévio das pretensões de validade: pretensão de compreensibilidade da comunicação, pretensão de verdade do conteúdo descritivo, pretensão de correção de justiça do conteúdo normativo e pretensão da veracidade (autenticidade e sinceridade) relativas ao mundo subjetivo.

Tais pretensões de validade visam à universalização da comunicação hipotética e impõem aos participantes da fala uma igualdade invencível na situação de discurso. Isso implica dizer que a “verdade” e a “legitimidade” não são conceitos absolutos de validade plena e eterna, ao contrário, resultam de um consenso discursivo. Há um deslocamento da

verdade em relação às proposições fáticas e da legitimidade em relação às proposições normativas para a intersubjetividade, o que a torna provisória, enquanto durar o consenso.

Apesar do mérito da filosofia da linguagem focalizar o discurso da verdade no Direito à luz da tensão *validade-eficácia*, Habermas não escapa das críticas por não resolver a questão nuclear da obrigatoriedade normativa, pois refuta a segurança exigida pela ordem jurídica positiva (MARINONI, 2009, p. 45).

Outra crítica à teoria habermasiana centra-se na questão da horizontalização dos participantes da fala e no elevado grau de idealização quanto ao uso comunicativo da linguagem. Haveria a formação do consenso entre os agentes comunicativos em igualdade de condições numa comunidade ideal de fala. Contudo, sistematizar condições universais de validade da linguagem é uma tarefa complexa. Vale ressaltar que a sociedade é plural e verticalizada, com disparates sociais, econômicos e culturais.

Apesar das críticas, as propostas de Wittgenstein, Habermas e demais filósofos da “viragem linguística” contribuíram para elucidação da perspectiva crítica da verdade real, ao filiar seus conceitos à epistemologia da incerteza que permeia a atividade processual. Há o abandono das concepções ontológicas da “filosofia da consciência”, ligadas ao modelo de conhecimento orientado na percepção e na representação dos objetos. Em substituição, emerge a ideia de um conhecimento mediado linguisticamente e referido à ação. O conhecimento é, portanto, situado no contexto de uma práxis intersubjetiva, numa relação sujeito-sujeito historicamente mediada pela linguagem.

Nesse contexto de emancipação ontológica e de reconhecimento da dependência linguística na produção cognitiva universal, a hermenêutica torna-se a ferramenta para superação da metafísica, numa permanente tentativa de negação da finitude, resiliência da temporalidade. É dizer, em síntese, que a metafísica é a pretensão a uma verdade absoluta e isso significa para a hermenêutica a autonegação da finitude. Nas palavras de Lenio Luiz Streck (1999, p. 153):

A hermenêutica será, assim, esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta - é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. A hermenêutica, é assim, a consagração da finitude.

Diante do caráter narrativo das provas na persecução penal, a verdade é uma construção linguística fundada na racionalidade argumentativa, proveniente da situação comunicacional estabelecida entre partes, juiz e demais sujeitos colaboradores da práxis judicial. O ato de compreensão sempre se processa dentro de um horizonte de significados e

intenções já aceites (pré-juízos), de maneira que o juiz, numa posição receptiva e enquanto intérprete da verdade, fixará sua convicção (crença) na sentença.

A exploração sistemática da linguagem oral possui limites na elucidação dos fatos e no alcance da verdade no processo judicial, pois a relação ente os sujeitos da situação comunicacional é falível e imperfeita. Toda a percepção é, em sua essência, uma interpretação projetiva e limitada do universo. Eis aqui a necessidade de analisar os limites da linguagem nos procedimentos criminais, sob a ótica tanto da oralidade na reconstrução narrativa dos fatos, quanto da exegese exercida pelo julgador ao examinar a verdade e proferir a decisão.

3. A linguagem oral na reconstrução da “verdade” no processo penal e a racionalidade interpretativa do julgador

O sistema de provas é predominantemente oral, num processo penal que obedece a ritualística exigida em lei e atos concentrados na inquirição de testemunhas, esclarecimentos dos peritos, colheita do depoimento da vítima e interrogatório do acusado. Acontece que o julgamento criminal é exemplo da justiça processual imperfeita. Ainda que seja rigorosamente respeitada a lei, com a aplicação de um processo justo e corretamente produzido, pode chegar-se a um resultado errado: o inocente pode ser condenado e o culpado pode ser julgado inocente (FERNANDES, 2001, p. 156).

Essa falibilidade inerente ao processo criminal nasce justamente dos equívocos produzidos durante a colheita da prova oral. Nesse sentido, surge outra crítica à concepção discursivo-procedimental habermasiana, ao negar que o processo seja lugar de uma comunicação livre de domínio e coação. O processo é fruto de uma assimétrica e patológica repartição de papéis e das possibilidades de troca de conhecimentos entre os sujeitos processuais (STRECK, 2011, p. 39-40).

Isso porque, na situação comunicativa discursivo-jurídica, a ação linguística é dirigida a um terceiro (julgador), o qual exige a prática ou abstinência de um ato, mas que nunca objetiva o consenso. Essa “exigibilidade”² altera a função sintomática e sinalizadora do discurso, na medida em que deixa de ser mera expressão subjetiva dos comunicadores para torna-se coordenação objetiva que liga os participantes entre si. Nessa situação comunicativa triádica, o terceiro comunicador assume uma posição hierarquicamente superior (*jus cogens*),

² Exigibilidade aqui utilizada no sentido de que dada uma situação comunicativa em que pelo menos um dos comunicadores se recusa a comunicar-se, na medida em que ele renuncia, voluntária ou involuntariamente, o papel de receptor ou de emissor, ao outro comunicador é facultado reclamar o comportamento recusado.

tornando-se os outros participantes “meros” receptores, ainda que não absolutamente passivos.

Os sujeitos da dinâmica processual são postos em posição de certo antagonismo dialético, o que impossibilitaria a situação linguística ideal. Insta observar que ao réu é garantido o direito ao silêncio, o qual inviabiliza qualquer processo comunicativo na busca da verdade. Os papéis dos participantes no processo são definidos de tal maneira que a aceitação das provas não está estruturada no sentido de uma busca cooperativa da verdade de permanente caráter discursivo. As partes não visam à verdade, mas sim a uma decisão favorável, tanto que o juiz, muitas das vezes, vê-se obrigado a sobrepor ao fim de averiguação da verdade a necessidade de obter decisões mais céleres. Além disso, ao final do processo penal, haverá a aplicação de uma pena, cuja efetivação não depende da aceitação do condenado.

Há também o fato de o processo judicial ser um instrumento em que se prepondera a persuasão (função perlocucionária), justamente diante da dialeticidade estabelecida entre as partes. A prova oral assume a condição retórica, regulada pela lei e direcionada para o convencimento do Estado-juiz sobre a validade das proposições. A racionalidade da própria argumentação está assentada em se acatar o melhor argumento daquele que possui melhores razões para resistir às críticas opostas e, quem entra em um discurso, assume pragmaticamente a obrigação ilocucionária de acatá-lo (GALUPPO, 2002, p. 131).

Chaïm Perelman (1997, p. 164) lembra que as provas sempre se referem a alguma proposição ou tese, a qual não pode ser fundamentada exclusivamente em critérios metafísicos ou intuitivos e, portanto, imprescindível que se expresse por via da linguagem. Esta seria responsável por descrever a realidade a partir da racionalidade humana, na qual as estruturas formais da linguagem se entrelaçam com as motivações culturais e as percepções emotivas.

Interessante notar que, no uso linguístico, as palavras sofrem alterações significativas no decorrer do processo de comunicação, a depender do contexto inserido. Por ser um local de comunicação social, o procedimento criminal não é diferente. O êxito de uma comunicação depende de como o receptor interpretará o sentido latente: a forma gramatical e o significado de base, por vezes, em vez de ajudar na busca do sentido latente, servem para encobri-lo. O processo de significação não depende unicamente das relações internas dos signos, mas também de um sistema de evocações provenientes dos contextos de uso, determinados pelos objetivos do emissor, pela materialidade ideológico-política da sociedade e pelos dados do contexto comunicacional (WARAT, 1995, p. 65-66).

A peculiaridade da linguagem jurídica, em razão do revestimento técnico das palavras estampada nos tipos penais, pode provocar equívocos durante a inquirição de testemunha ou depoimento da vítima. Nesse ponto é que se clarifica a perniciosidade do uso da oralidade na prática judicial: uma mesma palavra, frase ou termo pode possuir significados diferentes para os sujeitos da relação processual. E isso pode ser providencial na análise do dolo ou na verificação do amoldamento da conduta ao tipo penal. Salienta Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1997, p. 62):

A relação entre orador e ouvinte jurídicos manifesta uma situação comunicativa instável. Sendo o discurso uma expressão carregada da personalidade das partes, estas atuam e se obrigam na medida da sua personalidade. Nesse sentido, elas gozam da liberdade de trazer à discussão temas e informações que julgam necessários àquela manifestação. Essa liberdade é sugerida como um privilégio das partes, mas funciona também como um fator de engajamento. Se ela pressupõe que as partes, ao discutir, tenham a intenção de convencer e, pois, de dizer e buscar a “verdade”, pressupõe também que as partes possam mentir. A liberdade faz, por isso, da situação comunicativa uma relação insegura e instável.

Existe a ilusão de univocidade fornecida pela inalterabilidade da instância sintática dos textos legais. Por desconhecer essa volatilidade dos textos jurídicos, produz-se no direito a falsa crença de que na mera alteração das palavras da lei, residiria a transformação automática das práticas sociais e dos sentidos normativos. Frise-se que a linguagem, além da intenção informativa, emotiva, diretiva e performativa, possui essencialmente a função de dominação, com o propósito estabelecer uma relação de poder (força) e persuadir os interlocutores.

Outro ponto a ser destacado é a carga valorativa atribuída aos usos emotivos da linguagem. As palavras na linguagem oral, à margem de seu caráter descritivo, veiculam o juízo, emotivo ou valorativo, que o emissor possui frente à designação comunicada. Uma mesma palavra ou frase pode ter simultaneamente uma significação literal e um impacto emotivo. Vários termos ou expressões podem ser sinônimos quanto ao seu sentido descritivo e divergente em seu registro emotivo (WARAT, 1995, p. 68-69).

Apenas a título de exemplificação, nos delitos sexuais, diante da natureza sorrateira da prática da conduta delituosa, a palavra da vítima possui alta carga valorativa e emotiva. É muito comum o magistrado se sensibilizar e formar sua convicção através do comportamento apresentado pela vítima ao prestar seus esclarecimentos: choro, voz trêmula, não querer olhar para o acusado, detalhes do acontecimento. Todos esses elementos auxiliam no convencimento do ouvinte, através do processo de “fetichização” linguística. Aquele que escuta pode aceitar as palavras sem se dar conta de que está sendo submetido a um processo de persuasão.

Existe, por outro lado, um tipo interessante de palavras com carga emotiva, mas com anemia significativa. Seu sentido designativo é conceitualmente construído. Estas expressões denominam-se “estereótipos”, cujo significado designativo depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos e perpetuam os juízos valorativos. A estereotipação de um conceito é produto de um longo processo de persuasão, de uma somatória de discursos e definições persuasivas que provocam total dependência do termo estereotipado a uma relação evocativa ideologicamente determinada. Ou seja, estereótipo transmite a ideia de dominação, aceitação de uma ideologia. Os estereótipos jurídicos estão ligados ao senso comum teórico: “ordem jurídica nos fornece segurança”, “direito positivo é garantia de paz social”, “o processo é instrumento de resolução de conflitos”, “lugar de bandido é na cadeia!”, “a justiça será feita através do processo penal”. (WARAT, 1995, p. 70-72).

Na prática judiciária, utiliza-se o estereótipo de que a “testemunha tem o compromisso de dizer a verdade”. De fato, existe a configuração do crime de falso testemunho, com as sanções inerentes à prática da conduta. Entretanto, quem garante que a prova testemunhal é o caminho para a verdade? Qual a carga valorativa do discurso testemunhal? Diante da falibilidade da comunicação oral, qual a credibilidade desse “compromisso”? Na realidade, esses juízos formulados é uma tentativa de maquiagem as imperfeições da atividade jurisdicional.

Outro ponto instigante no emprego da oralidade no procedimento criminal é a verticalização dos participantes da situação comunicacional. Habermas propunha uma relação horizontalizada entre os agentes comunicativos, a qual se mostra inconcebível no processo. O pluralismo social e os diferentes padrões linguísticos estabelecidos entre os indivíduos limitam a utilização da prova oral.

Note-se que o ambiente jurídico, criado para igualar os sujeitos dentro da relação processual, é na prática altamente horizontalizado: vestimentas rebuscadas, excessivo uso do linguajar técnico, posição de superioridade e reverência do juiz ao inquirir uma testemunha, etc. É possível um confronto entre a percepção de uma testemunha sobre um fato e a aquilo que os participantes da comunicação desejam compreender para o sucesso ou insucesso do processo. Há uma necessidade de reconsideração do quanto o real é capaz de representar enquanto resistência à capacidade de apreensão dos sentidos humanos, de forma que a verticalidade do homem o impede de conhecer a totalidade das coisas (KHALED JUNIOR, 2013, p. 459-460).

A comunicação entre os participantes do processo é estabelecida através de perguntas e respostas. Essa relação nem sempre é tão objetiva quanto aparenta, já que toda linguagem é

fruto de interpretação. Logo, além do problema da significância das palavras anteriormente demonstrado, há também a barreira da compreensão dos termos, tanto de quem pergunta como da pessoa que responde, justamente em razão da relação verticalizada instituída entre os sujeitos da situação comunicativa.

Ademais, existe um fator limitativo: o tempo. A prova construída oralmente é fruto da memória das testemunhas e vítimas sobre o fato criminoso, cuja narrativa é formalizada meses e, às vezes, anos após o ocorrido. Essa passividade do testemunho, enquanto operador cognitivo do passado, nem sempre é fiel à integralidade real do acontecimento delitivo. A reminiscência do pretérito é o rastro de uma realidade interpretada a partir de uma verdade aproximativa, analogicamente produzida diante das percepções projetivas de uma parte da realidade.

O julgador exerce uma exegese secundária, ao interpretar um fato já anteriormente interpretado pela testemunha, vítima ou peritos. O juiz reinterpreta as percepções de um sujeito sobre a verdade e, conseqüentemente, acrescenta algo a sua compreensão. Há, inevitavelmente, uma imaginação criativa em ação que irá reorganizar e reelaborar os rastros do passado. Todo fundamento da compreensão se origina no pertencimento do intérprete a uma determinada tradição³, ou seja, num contexto que vai condicionar a sua leitura do processo judicial.

Hans-Georg Gadamer (1992, p. 68) alerta que o ser humano existe na linguagem. Há um limite imposto pela linguagem: ela é mediação primária para o acesso ao mundo, que articula toda consciência e saber. A experiência humana do mundo é uma experiência linguística, o que significa que a realidade observada é inseparável de sua interpretação.

Ao assumir essa postura Gadameriana, a hermenêutica torna-se uma importante ferramenta contra a tradicional ambição de verdade inquisitória para a formação da convicção e o decisionismo. A hermenêutica não buscará simplesmente confirmar as preconcepções e juízos antecipadamente formulados pelo intérprete. Pelo contrário, ela se propõe a tomar consciência das antecipações e as controlar, com o escopo de obter uma compreensão mais aprofundada da verdade. A ideia é impedir a mera confirmação das próprias hipóteses. A sua objetividade está na elaboração de opinião prévia com a intenção de receptivamente contrastá-la constantemente com a realidade e não com a intenção de confirmá-la a qualquer custo, na crença da busca da verdade absoluta (KHALED JUNIOR, 2013, p. 516).

³ Conforme Gadamer, tradição é algo em que nos situamos e pelo qual existimos e que é, em grande parte, invisível. Existem, portanto, pré-juízos (pré-conceitos) que dão frutos e outros que nos aprisionam, nos impedem de pensar e ver. A compreensão torna-se possível quando o intérprete coloca em jogo suas preconcepções.

O juiz não é uma máquina analítica que realiza um mero juízo de fato. Sua convicção é formada e, posteriormente, externalizada narrativamente na sentença, produzindo algo novo para além da noção de certeza e verdades absolutas. A verdade é apenas a representação parcial da realidade, ou seja, de uma interpretação linguisticamente aceita como válida.

Conclusão

A verdade é reconstruída linguisticamente pelos participantes da dinâmica processual, diante do caráter narrativo inerente ao sistema acusatório. Há uma verdade analogicamente produzida por um sujeito comunicativo (testemunha, vítima, acusado, perito, etc.), o qual apresenta sua interpretação de fatos pretéritos e cria condições para a formação da convicção do juiz. Logo, a decisão judicial é uma reinterpretação da verdade aproximativa, uma atividade cognitiva cunhada na oralidade das provas.

Mesmo com tantas ressalvas ao procedimento discursivo, a linguagem é o principal instrumento na perquirição da verdade dos fatos. Cumpre ao julgador assumir a existência de imperfeições na oralidade das provas processuais e utilizar ferramentas hermenêuticas para dirimir os equívocos provocados na decisão judicial.

A partir do giro linguístico, com intersubjetividades ínsitas a uma relação sujeito-sujeito, a perspectiva hermenêutica centra-se na análise dos processos comunicativos e linguísticos e, como consequência, os textos normativos e os fatos sociais fazem parte dessa estrutura linguística. O intérprete está inserido na linguagem, com o objetivo de romper com possibilidade de qualquer saber reprodutivo, massificante do direito. Contudo, a dogmática jurídica brasileira ainda está assentada num paradigma metafísico-objetificante, com o juiz proferindo decisões baseadas na “verdade intuitiva” e as motivando arbitrariamente conforme sua consciência. Há um ativismo judicial latente na ilusória busca da verdade absoluta e um desprezo das técnicas hermenêuticas na compreensão aprofundada da situação processual.

O caráter crítico da hermenêutica exsurge da transformação que ocorre no mundo jurídico a partir da racionalidade interpretativa, com novos horizontes projetados na compreensão. Os juristas ainda interpretam o texto normativo numa perspectiva metafísica-objetificante, a partir de doutrinas e jurisprudências baseadas no modelo individualista, liberal e essencialmente normativista. A hermenêutica é uma ferramenta providencial na desconstrução do universo conceitual e procedimental do sistema jurídico metafísico, com novas aplicações teóricas contra a limitação de sentidos e contra as máculas de pré-conceitos perniciosos que facilitam o decisionismo do julgador.

Referências

BUSATO, Paulo César. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. **Revista de Estudos Criminais**, Ano X, n. 42. Sapucaia do Sul: ITEC, 2011, p. 101-121.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Fernando A. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2001.

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

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 Defensoria Pública**. Vol. 2. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método II**. Salamanca: Sígueme, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, v. I, 1987.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Márcio Ferreira Rodrigues. A tirania da verdade no processo penal brasileiro: às voltas com o 'princípio' da verdade real. *In*: **Revista Espaço Acadêmico**, Ano X, n. 115. Maringá, 2010, p. 95-102.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Processo penal: prova e verdade**. 2003. 209 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003.

RODRIGUES, Lucas Rêgo Silva. A metodologia da pesquisa no direito e Jürgen Habermas. *In*: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson. **Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. 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, p. 125-154.

_____. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

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