



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**DOUTORADO EM DIREITO**

**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS**

**DANIEL NICORY DO PRADO**

**NO MUNDO DOS AUTOS:  
UMA TEORIA DA NARRATIVA JUDICIAL**

Salvador

2018

**DANIEL NICORY DO PRADO**

**NO MUNDO DOS AUTOS:  
UMA TEORIA DA NARRATIVA JUDICIAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Nelson Cerqueira.

Salvador

2018

# **TERMO DE APROVAÇÃO**

**DANIEL NICORY DO PRADO**

## **NO MUNDO DOS AUTOS: UMA TEORIA DA NARRATIVA JUDICIAL**

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do Grau de Doutor em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

**Nelson Cerqueira – Orientador** \_\_\_\_\_

Doutor em Literatura Comparada pela Indiana University  
Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

**João Maurício Adeodato** \_\_\_\_\_

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)  
Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

**Maria Auxiliadora Minahim** \_\_\_\_\_

Doutora em Direito Penal Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ);  
Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)  
Peofessora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia

**Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho** \_\_\_\_\_

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)  
Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

**Willis Santiago Guerra Filho** \_\_\_\_\_

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)  
Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)  
Doutor em Comunicação e Semiótica pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)  
Professor Titular da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

Salvador, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

## AGRADECIMENTOS

A conclusão de um trabalho sempre é resultado de inúmeras contribuições que recebemos ao longo da nossa trajetória acadêmica, ainda que nós não as percebamos, e por isso seria impossível relacionar todos aqueles a quem sou grato, mas não posso deixar de agradecer:

À minha esposa, Verena, e aos meus pais, Arlindo e Heloísa, pelo apoio incondicional à inscrição no processo seletivo para o Doutorado, mesmo quando as atribuições da vida profissional me fizeram hesitar;

Ao meu orientador, professor Nelson Cerqueira, que mais uma vez me conduziu com segurança reconfortante nas investigações do campo Direito e Arte;

Ao Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia por ter disponibilizado, para o ano de 2016, uma vaga num projeto de pesquisa justamente destinado ao estudo das relações entre Direito, Arte e Literatura;

À professora Maria Auxiliadora Minahim, minha primeira orientadora, no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), e que continua contribuindo para a minha formação, desta vez conduzindo a valorosa atividade dos Seminários de Pesquisa

Ao professor Rodolfo Pamplona Filho, de quem fui aluno no Mestrado, pela arguição no exame de qualificação e pelo constante estímulo ao aprimoramento acadêmico;

À professora Marília Muricy, ao professor Júlio Rocha e ao amigo e professor Daniel Oitaven, de quem fui aluno no Doutorado, pelas leituras, pelos debates, pelo aprendizado;

Ao amigo e atento leitor de todas as horas Hermano de Oliveira Santos, que mais uma vez contribuiu de forma significativa para o meu trabalho;

Ao professor Fredie Didier Jr., pelo convite para ministrar a disciplina Arte e Direito na Faculdade Baiana de Direito, há quase dez anos, o que garantiu que eu não abandonasse o campo, mesmo quando a atuação como Defensor Público criminal pareceu me absorver completamente;

A Ana Carolina Mascarenhas e Fernando Leal, coordenadores da Faculdade Baiana de Direito, pelo apoio no ajuste de horários, para que eu pudesse cursar os componentes curriculares obrigatórios do Doutorado com o menor conflito possível entre as agendas, e sem afetar a minha atividade como Defensor Público;

Aos colegas defensores públicos Alessandro Moura e Iracema Oliveira, que dividem comigo as atribuições da Central de Urgências Criminais da Defensoria Pública do Estado da Bahia na capital, e que me apoiaram sempre que preciso;

Aos alunos e ex-alunos da Faculdade Baiana de Direito, em especial a Yasmin Garrido, Fernando Franco, Ananda Moraes e Gabriel Iervese, cujas monografias inspiradas pela disciplina Arte e Direito, que tive o privilégio de orientar, renovaram a minha inspiração.

Aos ex-alunos e amigos Robson Azevedo e Roberta Dias, pelo incentivo à inscrição no Doutorado e pelas sempre estimulantes discussões acadêmicas e políticas.

## RESUMO

O presente trabalho teve o objetivo de discutir a constituição do universo e a definição dos critérios de verdade da narrativa judicial. Adotando como marcos teórico filosofia aristotélica e as decorrentes reflexões sobre tempo e narrativa de Paul Ricouer e sobre ação comunicativa de Jürgen Habermas, iniciou-se uma revisão das teorias da ação, de base teleológica, da filosofia, as suas consequências para a construção da teoria do fato na ciência jurídica, e a passagem da ação à narração por meio da teoria dos atos de fala. Chegando à questão da narrativa, analisaram-se, a partir de Paul Ricouer, suas principais modalidades, a narrativa histórica e a ficção, sendo que a primeira apresenta uma pretensão de correspondência, verificada pelas provas fornecidas pelo historiador, e a segunda uma pretensão de credibilidade, verificada pela coerência narrativa. À primeira vista, a narrativa judicial seria enquadrada como forma de narrativa histórica, em face da evidente relação entre verdade-correspondência e justiça. No entanto, existem vários indicadores no sistema e na prática jurídica de que nem sempre se alcança a correspondência, mesmo quando não se trata de um problema de insuficiência cognitiva, mas de proibição jurídica de acesso aos elementos disponíveis. Isto é justificado, em parte, porque o processo judicial teria outros valores a preservar além da verdade, mas poderia também ser dito o contrário, que, nesses casos, de renúncia à correspondência, outro tipo de pretensão de validade (como a correção normativa ou o consenso) prevalece sobre a busca da correspondência. Portanto, pode-se concluir que a narrativa judicial é ficcional, mas, como a correspondência não pode ser completamente abandonada, trata-se de ficção baseada em fatos reais. A estrutura da narrativa judicial é binária, dividida em história do processo, narrada no modo mimético alto, dentro da qual se revela gradualmente a história do conflito, narrada nos modos mimético baixo ou irônico, em que o desfecho da primeira é simultaneamente o da segunda. Quanto ao narrador, a pluralidade de pontos de vista narrativos é a principal característica, e decorre do próprio sistema (princípio do contraditório) destinando-se a gerar uma incerteza provisória quanto à verdade, a ser superada com a decisão definitiva. O reconhecimento de que cada processo judicial é um pequeno universo ficcional tem por consequência a adoção da coerência, e não da correspondência, como critério de verdade. Por ser ficção baseada em fatos reais, a correspondência não é completamente abandonada, já que a coerência pode ser enganosa. A coerência externa pode gerar equívocos quando remete a uma narrativa familiar, no âmbito da tradição, mas que não reflete corretamente o caso em discussão; a coerência interna pode gerar equívocos quando há falso consenso entre as partes, ou não oposição deliberada de uma delas; quando uma narrativa é coerente por um critério e incoerente por outro, a correção do equívoco deve partir da verificação desta divergência até a decisão por um dos critérios; se uma narrativa é duplamente coerente, mas falsa, ou duplamente incoerente, mas verdadeira, os recursos narrativos disponíveis são insuficientes para a correção do problema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito e Literatura. Narrativa. Ficção. Verdade.

## ABSTRACT

This work intended to discuss how the universe of judicial narrative is constructed and which are its criteria of truth. Adopting Aristotle's philosophy, and its further developments of the relations between time and narrative, by Paul Ricoeur, and of communicative action, by Jürgen Habermas, as the main theoretical framework, it starts reviewing the teleological concept of action, its many philosophical theories, their consequences to the construction of fact as a legal concept, and then its further passage to the narrative theory using the theory of speech acts as a theoretical transition. Regarding narrative theory, Paul Ricoeur's work was used to distinguish the main narrative forms (historical and fictional), according to whom the first has a correspondence claim, verified by the evidence provided by the historian, while the second has a credibility claim, verified by its narrative coherence. At first, it seems evident that judicial narrative should be a form of historical narrative, because of the undeniable relationship between truth (as correspondence) and justice. Despite that, there are many indications, in legal practice, that correspondence is not always reached, not only because of a cognitive defect, but also because of a legal prohibition to access and evaluate the available data. It is justified, in part, by the thought that the Judicial System has other goals, besides truth-finding, but that can be phrased in a different way: when it is a case of abandonment of correspondence, other types of validity-claims (like normative correction or consensus) prevail over its search. So, it can be said that judicial narrative is fictional, but, since correspondence can't be completely abandoned, it is fiction based on true facts. Judicial narrative's structure is binary, divided in the trial story, told in the high mimetic mode, in which the conflict story, told in the low mimetic or the ironic mode, is gradually revealed, and the ending of the first is also the ending of the second. Regarding the narrators, the plurality of points of view is the most important aspect, which is a consequence of the system itself and destined to generate a provisional uncertainty about the truth, that the final decision will overcome. Recognizing each case file as a fictional universe means that coherence, and not correspondence, has to be adopted as the criterion of truth. On the other hand, since it is a true facts based fiction, correspondence can't be completely abandoned, because coherence can be misleading. External coherence can be misleading when it evokes a familiar narrative, ingrained in the tradition, but that doesn't reflect correctly the particular case. Internal coherence can be misleading when there is a false consensus between the parties, or a false confession by one of them; when a narrative is coherent by one measure and incoherent by another, the correction can come from a verification of this divergence and a decision for one of the criteria, but if a narrative is doubly coherent, but false, or doubly incoherent, but true, the narrative resources are insufficient to correct the problem.

**KEYWORDS:** Law and Literature. Narrative. Fiction. Truth.

## RESUMÉN

En este trabajo de tesis intentó-se analizar la construcción del universo de la narrativa judicial y la formación de sus criterios de verdad. El marco teórico adoptado fue la filosofía aristotélica y sus desarrollos por Paul Ricouer en su “Tiempo y Narrativa” y por Jürgen Habermas en su “Teoría de la Acción Comunicativa”, tratando de las teorías teleológicas de la acción, de la teoría del hecho jurídico y de la teoría de los actos de habla como un camino a la teoría narrativa. Tratando de la narrativa, sus principales modalidades, histórica y ficcional, fueran estudiadas con recurso a Ricouer, para quien la primera tiene una pretensión de correspondencia, verificada por las pruebas presentadas por el historiador, y la segunda una pretensión de credibilidad, verificada por su coherencia. La narrativa judicial, en estos términos, aparentemente sería una forma de narrativa histórica, por las evidentes relaciones entre verdad como correspondencia y justicia. Lo que pasa es que ni siempre se logra obtener la correspondencia, no solo por insuficiencia cognitiva, pero también porque el sistema jurídico prevé situaciones en que no es lícito acceder a todos los elementos cognitivos disponibles. Esto se justifica porque el proceso judicial preserva otros valores allá de la verdad, o se podría decir que, en los casos de renuncia a la correspondencia, otro tipo de pretensión de validez (como corrección normativa o consenso) substituye a la correspondencia. Se puede concluir que la narrativa judicial es ficcional, pero la correspondencia no puede ser completamente abandonada, y entonces se dice una ficción basada en hechos reales. La estructura de la narrativa judicial es binaria, dividiendo-se en historia del juicio, narrada en el modo mimético elevado, en la cual se revela la historia del conflicto, narrada en los modos mimético bajo y/o irónico, en que el cierre de la primera es simultáneamente el de la segunda. Respecto al narrador, la pluralidad de puntos de vista es su principal característica, impuesta por el propio sistema, por el principio contradictorio, destinada a generar incerteza provisional cuanto a la verdad, que la decisión final logrará superar. Reconocer cada proceso judicial como un pequeño universo ficcional tiene por consecuencia la aceptación de la coherencia, y no de la correspondencia, como criterio de verdad, pero la correspondencia no puede ser completamente abandonada y la coherencia puede ser equívoca. La coherencia externa puede ser equívoca cuando remete a una narrativa familiar en la tradición, pero que no refleje correctamente el caso en juicio, y la coherencia interna puede generar equívocos cuando hay falso consenso entre las partes. Cuando una narrativa es coherente por un criterio pero incoherente por otro, la corrección del equívoco debe partir de esta divergencia y llegar a la decisión por uno de los criterios. Si la narrativa es duplamente coherente, pero falsa, o duplamente incoherente, pero verdadera, los recursos narrativos disponibles son insuficientes para la corrección del problema.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho y Literatura. Narrativa. Ficción. Verdad.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>2 TEORIAS DA AÇÃO</b>	<b>12</b>
2.1 REALIDADE, MUNDO E FATO HISTÓRICO	12
2.2 O FATO NA TEORIA DO DIREITO	15
2.3 TEORIAS DA AÇÃO NA TRADIÇÃO FILOSÓFICA	24
2.4. TEORIAS DA AÇÃO NA DOGMÁTICA JURÍDICA	30
<b>2.4.1 Fato jurídico no direito civil</b>	<b>32</b>
<b>2.4.2 Teoria da conduta no direito penal</b>	<b>34</b>
2.5 DA AÇÃO À NARRAÇÃO	37
<b>3 TEORIAS DA NARRATIVA</b>	<b>43</b>
3.1 FICÇÃO E NARRATIVA HISTÓRICA	43
<b>3.1.1 A ficção e o problema da verossimilhança</b>	<b>43</b>
<b>3.1.2 A narrativa histórica e o problema da veracidade</b>	<b>53</b>
<b>3.1.3 A narrativa judicial e o problema do veredicto</b>	<b>57</b>
3.2 TRIPLA <i>MIMESIS</i>	73
<b>3.2.1 Prefiguração e teoria da ação</b>	<b>74</b>
<b>3.2.2 Configuração e teoria da narração</b>	<b>75</b>
<b>3.2.3 Refiguração e teoria da recepção</b>	<b>81</b>
<b>4 NO MUNDO DOS AUTOS</b>	<b>85</b>
4.1 CONSTRUÇÃO DO UNIVERSO DA NARRATIVA JUDICIAL	85
<b>4.1.1 Enredo</b>	<b>95</b>
<b>4.1.2 Narrador</b>	<b>97</b>
<b>4.1.3 Personagens</b>	<b>102</b>
<b>4.1.4 Cenário</b>	<b>120</b>
<b>4.1.5 Tempo</b>	<b>121</b>
4.2 CRITÉRIOS DE VERDADE NA NARRATIVA JUDICIAL	123
<b>4.2.1 Coerência externa e tradição</b>	<b>132</b>
<b>4.2.2 Coerência interna e coesão</b>	<b>140</b>
<b>4.2.3 Coerência enganosa e contraditório</b>	<b>147</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>151</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>166</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A presente tese é fruto de uma inquietação e de uma curiosidade acerca da natureza, da composição, das pretensões e dos limites da narrativa jurídica, que acompanharam o autor na última década de docência, de produção científica e de atuação profissional como Defensor Público criminal.

Inquietação com a pouca atenção dada pela dogmática jurídica tradicional ao problema, e curiosidade quanto às possibilidades de investigação do tema a partir da relação interdisciplinar entre Direito e Arte, a respeito da qual o presente trabalho não tecerá maiores considerações, por considerar superada a discussão da sua legitimidade como campo de estudos, pela extensa produção intelectual do campo, no Brasil e no exterior, nas últimas duas décadas.

No curso de Mestrado, o autor (PRADO, 2010) investigou a estrutura narrativa e o discurso dos autos de prisão em flagrante, como forma de aproximação do problema da narrativa jurídica a partir de um tipo de texto jurídico especialmente rico.

Uma tese doutoral, no entanto, exige um nível adicional de aprofundamento, e as condições para tanto começaram a ser construídas com a leitura de duas obras magnas do Século XX: **Tempo e Narrativa**, de Paul Ricouer (2010) e **Teoria do Agir Comunicativo**, de Jürgen Habermas (2012).

Além da considerável influência exercida por ambos os autores sobre a produção teórica mais recente da área jurídica, sobretudo de Ricouer para a narrativa jurídica e de Habermas para os estudos sobre legitimidade e democracia, o que há de comum a ambos é o resgate da tradição aristotélica, e de seus ricos conceitos de ação e de arte poética, a partir dos quais foi tecido o fio condutor da presente tese.

O problema escolhido para a presente investigação foi o dos critérios de verdade da narrativa judicial, estabelecendo-se, como hipótese de trabalho, que a coerência deve ser tomada como o seu principal critério. Situando a questão, pode-se notar que, no âmbito da teoria jurídica, reproduziu-se o mesmo debate filosófico entre as teorias da correspondência e as teorias da coerência como critérios de verdade dos enunciados.

Quanto à metodologia, de acordo com a classificação de Miracy Gustin e Maria Teresa Dias (2002, p. 41), a presente investigação seguiu uma linha crítico-metodológica, adotou uma vertente jurídico-teórica e desenvolveu um raciocínio hipotético-dedutivo, nos termos definidos por Karl Popper (2009, p. 33-34), por meio do qual se colocou à prova a hipótese básica de que a coerência, e não a correspondência, seria o principal critério de

verdade da narrativa judicial.

Recolocando a questão em termos narrativos, Ricouer (2010a, p. 139) separa os dois principais modos da narrativa como a ficção e a narrativa histórica, distintos exatamente por sua pretensão de validade: enquanto a pretensão da ficção é de coerência, a da narrativa histórica é de correspondência.

Partindo dessa conceituação, à primeira vista seria muito simples a definição da narrativa judicial como espécie de narrativa histórica, e é exatamente partindo desse pressuposto que grandes processualistas da atualidade, como Michele Taruffo (2012) e Luigi Ferrajoli (2014), adotam como conceito de verdade, inclusive na narrativa jurídica, a correspondência, oriunda de uma longa tradição filosófica atualmente representada pela filosofia analítica.

Em sentido oposto, as teorias ligadas à coerência ganharam força com a crise das teorias da correspondência, a partir do giro linguístico, e se desenvolvem, com base mais ou menos explícita na filosofia hermenêutica, dentro dos campos da narrativa jurídica aplicada (*Applied Legal Storytelling*) e do movimento Direito e Literatura.

A tensão que afeta a presente tese consiste na tentativa de extrair o que há de melhor em cada uma das duas tradições filosóficas para a prática jurídica.

Por um lado, a filosofia hermenêutica esclareceu a inevitabilidade dos preconceitos como condição da compreensão, reabilitou a tradição e a autoridade após o ataque iluminista, mas sem obscurantismo ou dogmatismo, e sim como autoconsciência das próprias limitações, e com isso pôs em xeque boa parte das certezas da racionalidade moderna, entre elas a possibilidade de alcançar a verdade, entendida como correspondência com os fatos, por meio da livre investigação racional.

Por outro lado, a filosofia analítica continua tendo enorme utilidade para a reconstrução do mundo da vida no mundo dos autos, sobretudo porque a ideia de verdade como correspondência é, à primeira vista, a que melhor garante a aproximação entre os conceitos de verdade e justiça e de verdade e democracia.

Richard Posner (1997, p. 740) entende que, se a narrativa é um elemento importante para o Direito, as melhores ferramentas intelectuais para a sua avaliação devem estar na teoria literária, que há muito estuda a sua abrangente presença na ficção, e na epistemologia, há muito tempo preocupada com o valor da verdade na narrativa histórica, mas nota que, apesar disso, boa parte da produção teórica sobre a narrativa jurídica vai pouco além do próprio campo do Direito.

O presente trabalho, além de incorporar as contribuições específicas da

narratologia jurídica, perseguiu os mesmos caminhos apontados por Posner, que, por ser um notório crítico do movimento Direito e Literatura (POSNER, 1986, p. 1360), está atento como poucos às suas insuficiências. Assim, a partir de uma base firme na teoria literária de inspiração aristotélica e na mediação entre filosofia analítica e filosofia hermenêutica, procurou-se construir um modelo descritivo da narrativa judicial, deixando de lado, neste momento, pretensões de caráter normativo para a prática jurídica.

Ao longo da investigação, de natureza teórica, a hipótese de trabalho foi parcialmente confirmada, sobretudo com a percepção de que a narrativa judicial é uma narrativa ficcional, e não uma narrativa histórica, graças ao reconhecimento de diversos momentos em que há uma renúncia consciente à busca da correspondência e, mais, uma renúncia consciente à verificação da correspondência, mesmo quando existem meios disponíveis para tanto.

Com essa tese, a coerência ganhou relevo como critério de verdade da narrativa jurídica. Por outro lado, reconheceu-se, com a mesma intensidade, que a coerência pode ser enganosa, e que a narrativa jurídica é um tipo muito específico de narrativa ficcional, a ficção baseada em fatos reais.

Ao circunscrever o problema à narrativa judicial, a presente tese atém-se à natureza particular da coisa julgada como indicador da ficcionalidade e deixa de lado as questões relacionadas às demais narrativas jurídicas que não carreguem a mesma pretensão de definitividade.

Para tentar encontrar uma resposta satisfatória ao problema da verdade da narrativa judicial, tida, na hipótese, como coerência narrativa, mas sobretudo diante do alerta de que a coerência pode ser enganosa e de que a renúncia à correspondência, na narrativa jurídica, não é nem pode ser total, a tese foi estruturada da seguinte forma:

No segundo capítulo, discutir-se-á a teoria da ação, na filosofia e no direito, como base tanto para a pretensão de correspondência das narrativas históricas como para a pretensão de verossimilhança da ficção na tradição aristotélica, dando especial atenção aos conceitos de fato, mundo e realidade que cercam qualquer discussão científica ou filosófica sobre a conduta humana.

No terceiro capítulo, discutir-se-á a teoria narrativa, tendo como base a obra de Ricoeur, para a definição dos grandes modos da ficção e da história, e em especial para a afirmação da posição da narrativa judicial em face desses dois grandes modos, aqui definida como narrativa ficcional baseada em fatos reais. Além disso, fez-se o estudo da tripla *mimesis*, que é o processo significativo por meio do qual se passa da prefiguração do

conteúdo narrativo no mundo da ação à sua refiguração pelo leitor, tendo como intermediário o ato configurante produtor do texto.

No quarto capítulo, discutir-se-á a criação de universos ficcionais na narrativa judicial e os seus critérios de verdade, a partir da oposição entre teorias da correspondência e teorias da coerência, levando em conta tanto a hipótese de que, sendo uma narrativa ficcional, a narrativa judicial exige a coerência como critério de verdade, como a advertência de que, por não renunciar completamente à busca da correspondência, a coerência pode ser enganosa.

As principais contribuições teóricas pretendidas com a presente tese são o estudo da construção dos universos ficcionais particulares em que se constituem os autos dos processos judiciais, e a identificação das situações em que a coerência narrativa, em suas diversas formas, pode ser especialmente enganosa na busca da melhor decisão possível para os casos judiciais.

## 2 TEORIAS DA AÇÃO

### 2.1 REALIDADE, MUNDO E FATO HISTÓRICO

Nada parece mais seguro do que basear uma discussão nos fatos, e, portanto, numa realidade objetiva que todos os interlocutores teriam condição de acessar. O Jornalismo se depara com o problema da distinção entre fato e opinião; a Filosofia, com a distinção entre fato e valor, a Ciência Jurídica, com a distinção entre fato e direito.

Sob essa aparente transparência conceitual e segurança cognitiva, encontra-se uma alta carga de controvérsia filosófica a respeito da existência dos fatos e da capacidade humana de percebê-los e avaliá-los.

A relevância de um fato para um sistema normativo, seja qual for a sua natureza, não é uma questão inerente ao próprio fato (KELSEN, 1998, p. 3), e sim ao sistema, mas a adequada compreensão daquele não pode ser alcançada apenas a partir das categorias sistemáticas, nem da Ciência que o estuda.

O estudo isolado de cada um dos sistemas normativos tem a função de fazer perceber o seu papel, e por consequência quais fatos são alcançados por cada um deles, em especial os que podem ser irrelevantes para outro sistema, mas o seu domínio não esgota a complexidade dos acontecimentos, e nem deve ser satisfatório para o investigador, a menos que este tolere uma autorreferência progressivamente mais distanciada da realidade

É preciso, pois, servir-se de todo um referencial teórico próprio da Filosofia e das Ciências Sociais, a começar pela definição, por si só problemática, da natureza do mundo e da realidade, e dos termos em que o acesso a eles é possível ao sujeito do conhecimento.

Uma discussão adequada dos conceitos de realidade e mundo exigiria uma revisão de literatura da teoria do conhecimento que ultrapassa os limites do presente trabalho. É preciso, no entanto, fazer algumas considerações a respeito do referencial teórico que inspira a utilização de cada um deles ao longo do texto.

Realidade e mundo, cada um a seu modo, assumem o significado de totalidade de coisas, ou, mais precisamente, de totalidade circundante para o sujeito de conhecimento. A existência de uma realidade e de um mundo objetivos, para além do observador, é tema que desperta discussões profundas, especialmente relacionadas com a função central que a linguagem assumiu na filosofia contemporânea, passando da invisibilidade característica da filosofia pré-clássica (GADAMER, 2007, p. 524) , para a função instrumental que assumiu durante boa parte da história da filosofia ocidental, ao papel verdadeiramente constitutivo da

experiência do mundo que passou a desempenhar a partir do Século XX (GADAMER, 2007, p. 566-589).

Realidade e mundo são conceitos especialmente caros ao conceito de verdade, visto que a sua construção na filosofia ocidental é eminentemente relacional, e o ponto de referência seguro, para além de qualquer discussão, era exatamente o mundo objetivo ou, a depender da denominação, a realidade. É só quando os próprios conceitos de realidade e de mundo se tornam problemáticos que a significação da verdade aprofunda o seu caráter aporético.

Nas suas investigações fundadoras do racionalismo ocidental moderno, René Descartes e Francis Bacon pretenderam, cada um a seu modo, encontrar a verdade renunciando conscientemente a todo o saber legado pela tradição, que para eles era a grande fonte de erros e enganos, exatamente porque pressupunham que a realidade e o mundo eram acessíveis para a consciência livre.

Descartes (2005, p. 31-32) pretendia purificar a mente dos preconceitos para alcançar a verdade por meio da razão pura e da decomposição do saber em seus conceitos mais elementares, para a partir deles edificar o conhecimento.

Bacon (1997, p. 77-83), por outro lado, desejava, uma vez livre dos preconceitos, construir um inventário completo de observações para, por indução, construir conceitos progressivamente mais generalizantes, até dar conta do saber universal.

Mesmo reconhecendo as fantásticas contribuições do racionalismo científico para o progresso do conhecimento, Popper (2006, p. 6-8) denuncia o que lhe parece ser um otimismo epistemológico, que beira à ingenuidade, e que claramente superestima as capacidades da razão humana.

Os limites da Ciência Moderna começam a se revelar no Século XIX, primeiro na tentativa de estender o seu método das ciências naturais às ciências do espírito, e, em seguida, no próprio âmbito das ciências “duras”.

Nesse sentido, o diagnóstico de Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 31), para quem a ciência moderna foi bem mais eficiente como saber dominador, destinado a transformar o mundo, do que como saber compreensivo.

Popper registra que a esses limites do conhecimento científico (como na superação da mecânica newtoniana pela mecânica quântica), alguns autores reagiram com o ceticismo: já que não é possível alcançar plenamente a verdade do mundo por meio da ciência, então não há nada a alcançar.

Popper (2006, p. 309-310), no entanto, apresenta uma proposta intermediária: embora reconheça as limitações da razão humana para alcançar a realidade, sustenta que a busca não é infrutífera, pois é possível, pelo método da tentativa e erro, aproximar-se progressivamente dela.

O que para Popper reflete uma dualidade entre otimismo e pessimismo epistemológicos, João Maurício Adeodato (2013, p. 299-300) define como uma dicotomia entre uma antropologia da plenitude, segundo a qual é possível chegar à verdade, e que atribui à linguagem um caráter meramente instrumental, e uma antropologia da carência, segundo a qual é impossível perceber quaisquer verdades para além do contexto linguístico, e que essa dicotomia serviria também para separar as filosofias ontológicas das filosofias retóricas.

Adeodato (2013, p. 312-315) aponta pormenorizadamente os problemas das filosofias ontológicas, mas considera que uma ontologia, ainda que relativa, é imprescindível ao conhecimento, e, para apresentar a ontologia que lhe parece adequada, rediscute o sentido que o termo adquiriu em razão da influência platônica. Em lugar de uma ontologia essencialista, que busca a natureza das coisas, Adeodato (2013, p. 314) defende a adoção de uma ontologia que não procure “diminuir a importância da relativização do conceito de verdade que caracteriza a postura retórica e domina parte significativa da teoria do conhecimento na pós-modernidade”, e que deriva de um outro sentido de ontologia, como ciência dos objetos, mas não da sua essência.

Assim como Popper, Adeodato (2009, p. 314) rejeita a postura cética ou niilista que pode decorrer do abandono de uma ontologia essencialista, por considerar que ela própria é ontológica, já que a afirmação de que a verdade é impossível carrega consigo uma pretensão de veracidade.

No que diz respeito especificamente às ciências do espírito, algumas críticas aos fundamentos da ciência moderna logo se tornaram inquestionáveis: a separação entre sujeito e objeto é uma ilusão, na medida em que o observador interfere, com sua observação, no próprio objeto. Não há um ponto de vista neutro, acima do plano da ação, nem há um ponto de vista que dê conta de toda a complexidade do real. Não há, por fim, como alcançar o mundo objetivo sem a mediação da linguagem.

Apesar dessas limitações, adotar-se-á, no entanto, a posição de Popper, segundo a qual a existência de uma realidade objetiva é um pressuposto necessário de trabalho, mas é ingenuidade crer que é possível alcançá-la.

Embora o próprio autor não faça essa relação, essa dicotomia entre o mundo objetivo (totalidade de coisas) e o mundo da experiência mediado pela linguagem (totalidade

circundante) é homóloga ao problema do tempo tal como apresentado por Ricouer. Em sua monumental revisão da filosofia ocidental, de Aristóteles a Agostinho, de Kant a Husserl, e chegando a Heidegger, Ricouer (2010c, p. 15-165) identifica as duas grandes concepções do tempo, o tempo cósmico e o tempo humano, como a distinção entre o tempo sem presente, como infinita sucessão de instantes, e o tempo ligado ao presente de uma consciência.

Ricouer (2010c, p. 176-184) identifica o tempo histórico como instância intermediária entre o tempo cósmico e o tempo humano, porque supera o tempo mortal, mas é mais que uma mera sucessão, e se inscreve na experiência a partir de instrumentos conectores como o calendário, que reinsere o presente na análise temporal a partir da instituição de um acontecimento fundador, que divide o tempo.

Portanto, é possível identificar, no mundo e no tempo, duas concepções não mutuamente excludentes, mas diversas, e que têm como grande distinção a presença e a relevância do sujeito. O mundo a partir de alguém é o mundo da experiência mediado pela linguagem, em que as coisas já estão significadas quando acessadas, e o tempo a partir de alguém é o tempo com presente, em que o passado se realiza como memória e o futuro como expectativa. Por outro lado, há um mundo sem referência a ninguém, que sobrevive no tempo a todos os mortais, e que não depende de sua presença para existir; é assim também com o tempo cósmico, sem presente, como inesgotável sucessão de instantes, contado numa escala infinitamente superior à da existência humana.

Para um observador do Século XXI, graças aos esforços da ciência natural para a descoberta da história do mundo, afirmar a grandeza incomensurável do tempo, para além dos seis mil anos da narrativa bíblica, soa como uma obviedade, que, por extensão, deslocou a consciência humana do centro do mundo para uma posição secundária numa fração desimportante do universo.

A consciência da vastidão do universo, não alcançada por nenhum observador, e de uma igual vastidão do tempo, que nenhuma consciência testemunhou, é que garante, para os propósitos do presente trabalho, que os conceitos de mundo e realidade objetiva devem continuar sendo usados nos termos propostos por Popper: saber da sua existência não significa que a razão humana tenha capacidade para desvendá-los.

## 2.2 O FATO NA TEORIA DO DIREITO

Feitas as ressalvas acima, é preciso iniciar a discussão sobre o fato jurídico, com a lembrança de que a Teoria do Direito tem relegado o seu estudo à teoria da norma, tratando-o



como premissa menor do juízo de subsunção (ENGLISH, 2008, p. 85). No entanto, há o reconhecimento de que, em termos puramente lógicos, não se subsume um fato a um conceito, mas um conceito do fato aos conceitos normativos (LARENZ, 2009, p. 384).

Se, de um lado, essa postura teórica parece afastar ainda mais o jurista dos fatos e empurrá-lo para uma autorreferência inaceitável, a observação adequada da questão permite que se verifique o “conceito do fato” não como um enunciado normativo dentro de um sistema de enunciados normativos, mas sim como um enunciado narrativo que dialoga com o sistema de enunciados normativos que busca valorá-lo.

Em lugar do “fato normativamente enunciado”, que oferece o risco de conduzir o jurista a um formalismo, o “fato narrativamente enunciado” reinsere na teoria as questões mais importantes da vida social como realidade histórica.

Na Teoria do Direito, uma concepção que se aproxima de uma teoria narrativa do fato jurídico é a de Karl Larenz (2009, p. 391), para quem o direito trata dos fatos, mas eles só são juridicamente apreensíveis quando enunciados, quando relatados.

Por isso, a proposta de Larenz (2009, p. 391-396) é estudar o fato trazido ao conhecimento do aplicador da lei, que o submete a um processo de conformação jurídica, em que os elementos irrelevantes são descartados e os elementos relevantes são investigados e depurados, até a reconstrução do fato definitivo, sobre o qual recairá o direito.

Steven Cammiss (2006, p. 85) coloca a questão nos mesmos termos, tratando a narrativa judicial como um processo criativo em que há a omissão de detalhes irrelevantes (achatamento), a ênfase a pontos relevantes (aguçamento) e a depuração de outras informações para exclusão do material inservível (racionalização).

Nesta concepção, novamente se percebe que a relevância do fato não lhe é imanente, mas deve ser procurada no sistema, e que o mesmo sistema normativo pode considerar certos elementos do fato irrelevantes para um propósito e relevantes para outro.

Isso se deve a dois motivos: primeiro, um sistema normativo como o Direito possui diversas esferas, e pode atribuir ao mesmo fato, simultaneamente, diversas consequências, sem que se esteja diante de uma antinomia, já que as esferas são relativamente independentes (LARENZ, 2009, p. 381). Por exemplo, a conduta culposa que causa dano à coisa alheia é um ilícito civil, mas só a sua modalidade dolosa é um ilícito penal. Dirigir sob a influência de álcool ou substância psicoativa é um ilícito administrativo, mas só a condução veicular com a capacidade psicomotora alterada por tais substâncias constitui ilícito penal.

O segundo motivo é de ordem processual: ainda que diversas normas incidam simultaneamente na situação da vida social, os interessados e legitimados para exigir a

aplicação da sanção em caso de descumprimento nem sempre coincidem, e nem sempre são obrigados a fazê-lo, e a autoridade, como regra, deve decidir nos termos do pedido e da legitimidade do requerente.

A afirmação do fato pelo aplicador do Direito exige a formulação de diversos tipos de juízo, bem como a observação do procedimento de produção de prova e de distribuição deste ônus. Não é, no entanto, o momento de restringir o presente estudo às condições de possibilidade de conhecimento das situações da vida social pelo jurista, com suas restrições e capacidades específicas.

A esse respeito, Wesley Newcomb Hohfeld (2008, p. 18-24) faz uma distinção entre fatos operativos e fatos probatórios, sendo que aqueles são os fatos sobre os quais as normas diretas de ação incidem, para usar uma terminologia de Gregorio Robles (2005, p. 15-16), enquanto estes são os que permitem o conhecimento do fato pelo Poder Judiciário. Ferrajoli (2014, p. 55) coloca a questão em termos muito semelhantes, ao distinguir fatos comprovados de fatos probatórios.

No mesmo sentido, Karl English (2008, p. 87) sustenta que o procedimento probatório é, na maioria dos casos, indiciário, já que o conhecimento direto do fato não é possível ao magistrado, e sim de fatos posteriores ao próprio caso posto em juízo, e que permitem a sua verificação *a posteriori*.

Aliás, as regras processuais de impedimento e suspeição asseguram que o juiz não tenha a percepção direta do fato (LARENZ, 2009, p. 429), para não comprometer a sua imparcialidade. O próprio Direito impõe o distanciamento como condição necessária ao julgamento isento, já que a eventual riqueza cognitiva da experiência do testemunho não compensa a perda da imparcialidade e da capacidade de alheamento que o contato direto com o fato necessariamente produz no espírito do julgador.

Portanto, em lugar do fato do homicídio, o juiz toma conhecimento do fato do exame cadavérico, do fato da perícia de lugar do crime, do fato da perícia na arma do crime, dos fatos dos testemunhos e do interrogatório do réu. Apesar de todo o descrédito que a Ciência Jurídica atribui à prova testemunhal (LARENZ, 2009, p. 429-430), os elementos considerados mais seguros – provas documentais e periciais – só ganham um sentido lógico de vida humana reconstruída no processo quando referidos à narrativa de alguém, seja uma testemunha ou uma das partes envolvidas no caso, que o apresenta pela primeira vez ao jurista responsável pela postulação em juízo.

Adeodato (2017, p. 22) vai mais além e sustenta que “qualquer sucessão de eventos só se torna um ‘fato’ por conta do relato vencedor dentre os participantes do

discurso”. Precisa-se, por isso, indagar as possibilidades de conhecimento narrativo dos fatos. Para tanto, Ricouer (2010a, p. 93-147) resgata a Poética aristotélica, que define a arte como imitação da vida (ou representação da ação) e formula a sua teoria da tripla *mimesis*, que será discutida em maior profundidade mais à frente, segundo a qual a vida prefigura, o texto configura, e o leitor refigura os conteúdos expressivos, e, no que interessa ao presente trabalho, os fatos da vida social.

Não é tanto o ato configurante que interessa ao presente trabalho, e sim como os próprios sujeitos da situação vivencial (agentes e pacientes) se conduzem. É certo que não há uma situação de fato bruta independente da sua valoração pelos diversos sistemas normativos. Fatos brutos são aqueles dos mundos alheios à presença dos sujeitos de conhecimento, bem como os fatos da história natural, e mesmo esses só são acessíveis ao conhecimento humano quando mediados pela linguagem e, portanto, já simbolizados e valorados.

A diferença entre os fatos brutos da vida natural e os fatos da vida social é que estes, desde a sua origem, já envolvem agentes e pacientes inseridos em diversos e complexos sistemas de simbolização e valoração da interação humana, e que, portanto, já os levam em consideração quando agem ou padecem.

Hans Kelsen (1998, p. 3) apresenta distinção semelhante, ao sustentar que um fato ou objeto natural não busca nem pode explicar a si mesmo, enquanto uma conduta humana “pode muito bem levar consigo uma auto-explicação jurídica”.

Em sua elucidativa comparação entre o direito e os jogos, Robles (2005, p. 13) esclarece que, tal como o texto lúdico, o texto jurídico não somente se refere à ação, mas verdadeiramente “a constitui ou cria para regulá-la”. Um ato pode ser materialmente idêntico ao outro para o observador não interessado nas regras do jogo (recolher com as mãos uma bola que antes fora chutada por alguém, num jogo de futebol), mas o seu significado pode ser inteiramente diferente (pode ser um ato permitido, se praticado pelo goleiro dentro da grande área, mas pode ser uma infração às regras do jogo, suscetível a diferentes tipos de sanção, se o agente for um jogador de linha, ou o próprio goleiro, quando fora da grande área, ou ainda, quando dentro da grande área, se a bola tiver sido recuada por um jogador da sua própria equipe).

É nesse sentido que se pode dizer que não há fato da vida humana que já não esteja, desde a origem, carregado de significado. Isso vale inclusive para os fatos em que apenas o paciente é humano, quer se trate de um comportamento animal, que pode também já estar parcialmente inserido nos mesmos sistemas de simbolização, ou de uma força da

natureza (morte natural, fenômenos climáticos, geológicos ou astronômicos) incontrollável, ainda que previsível.

Por outro lado, é também certo que nenhum agente ou paciente tem consciência plena de todos os significados possíveis que aquele evento carrega no momento em que se produz, nem mesmo para um sistema normativo específico, muito menos para todos os sistemas normativos a que ele interessa. Se e como essa inconsciência, pelo menos parcial, deve ser valorada, é uma questão interna de cada sistema. No Direito, o exemplo clássico é o dogma da inescusabilidade do desconhecimento da lei, temperado, no Direito Penal, pela excludente de culpabilidade do erro de proibição.

Kelsen (1998, p. 2) apresenta bons exemplos de como o significado, inclusive jurídico, atribuído pelos agentes no momento do evento (“sentido subjetivo”), nem sempre corresponde ao significado que o próprio Direito lhes confere (“sentido objetivo”), seja por vício de forma, seja por vício de legitimidade, como no caso de uma organização secreta que condena à morte um traidor e o executa.

Refletindo sobre a epistemologia da pesquisa social, Howard Becker (2014, p. 189) destaca que as metodologias qualitativas têm a vantagem de registrar e reconstruir o ponto de vista do próprio agente, ou seja, “o que as pessoas pensam que estão fazendo, que significados dão aos objetos, eventos e pessoas nas suas vidas e experiências” e, com isso, compará-lo aos significados atribuídos pelos pesquisadores a essas ações.

Ainda anterior à consciência do significado do ato, tem-se a questão dos motivos da ação, e para tanto é preciso recorrer à Ética aristotélica, que ainda hoje serve de grande inspiração para as teorias da ação na Dogmática Jurídica.

A teoria aristotélica da ação é eminentemente teleológica, ou seja, toma o comportamento humano como um fazer final, como uma exteriorização destinada a atingir uma determinada finalidade (HABERMAS, 2012, p. 163). Esta concepção, aparentemente simples, já permite que se faça a fundamental distinção entre duas espécies de efeitos resultantes da ação humana: os desejados e os indesejados, que até hoje estão na base da distinção entre crime doloso e crime culposos, mas que a dogmática penal desenvolveu de forma muito mais sofisticada (WELZEL, 2009, p. 29-34; 83-84).

A mais notável crítica contemporânea à teoria da ação foi formulada por Niklas Luhmann (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 15-32), e, embora a sua contribuição teórica seja indiscutível, não se pretende renunciar, no presente trabalho, à herança aristotélica, em especial porque ela fornece a conexão necessária entre a teoria da ação e a teoria narrativa, identificada por Ricouer (2010a) e, no âmbito jurídico, por François Ost (2007, p. 36), e que

compõe o núcleo desta investigação. Observe-se que nem mesmo Luhmann descarta por si só o valor da teoria da ação, apenas rejeita o seu uso como base para uma teoria da sociedade, colocando, em lugar do homem (sistema psíquico) ou da ação, a comunicação como o conceito mais importante para a Sociologia (LUHMANN, 2006, p. 61).

É preciso ainda mencionar uma concepção do fato que, embora minoritária na Ciência Jurídica, presta contribuição relevante à sua compreensão. Segundo a Teoria Ecológica, cujo principal expoente foi o argentino Carlos Cossio (2002, p. 262-263), Direito é conduta humana em interferência intersubjetiva. Dizer que o comportamento humano não é apenas o âmbito de incidência do Direito, mas o próprio Direito, gera consequências muito curiosas.

Em primeiro lugar, poder-se-ia dizer que Cossio é incoerente, ao adotar a Teoria Pura do Direito de Kelsen como Lógica Jurídica (ou seja, como parte indispensável do conhecimento jurídico) e também a sua afirmação de que a norma é um dever ser, enquanto a concepção que se tem do fato, e por consequência da ação humana como classe muito particular dos fatos, é de um objeto do plano do ser.

Para compatibilizar tais questões, Cossio (1964, p. 223-224) define a conduta como um pensamento de si mesma que, como ideário programático, integra a sua prontidão para algo e para seu contrário, mostrando que por essa integração a conduta se vive como um dever ser existencial e não como um ser.

Apesar da crítica de Cossio à teoria finalista da ação, vê-se que o autor coloca em seu lugar uma dimensão psíquica infinitamente mais sofisticada do que o binômio “vontade-finalidade” como regente do fazer humano, que está na raiz da tradição aristotélica, cuja discussão se fará mais à frente.

Tanto quanto a norma, portanto, a conduta também é um dever ser, que se realiza em ação, e que, por ser um fato da liberdade, constitui o próprio direito. No que interessa à concepção de fato na teoria do direito, a adoção da teoria ecológica teria como principal consequência o reposicionamento dos fatos jurídicos que não preencham o conceito ecológico de conduta. O Direito, diante deles, seria a conduta devida por um sujeito livre que pensa e projeta a sua própria ação. Em lugar da morte natural como fato jurídico, ter-se-ia uma pluralidade de condutas existencialmente devidas em face da morte natural, como a habilitação (ou a renúncia) do herdeiro, a declaração dos bens pelo inventariante, a revelação da vontade do testador pelo testamentário, a decisão do juiz a respeito da partilha.

Como se pode imaginar, o próprio Cossio (2002), em outra obra, sustenta que a sentença é a conduta do juiz em interferência intersubjetiva com a das partes, com o sentido

axiológico trazido pelas normas processuais. Se é possível compreender perfeitamente como os fatos naturais, incluídos aí também os fenômenos climáticos, geológicos e astronômicos, só interessam ao direito enquanto relacionados à conduta de um ser livre que, em face deles, pode agir (ou omitir-se) de acordo com o seu projeto existencial, valorado também pela norma, a maior dificuldade da teoria de Cossio parece ser a de explicar os comportamentos humanos voluntários que não atinjam o grau de autoconsciência que a teoria egológica requer para qualificá-los como conduta.

O comportamento voluntário de pessoas que, por um fato biológico ou psíquico, não têm o necessário discernimento, como as crianças e os portadores de transtorno mental, que o Direito Civil qualifica como ato-fato e o Direito Penal como injusto penal inculpável, não parecem ter “pensamento de si mesmo como prontidão para si mesmo ou para seu contrário”; aliás, tais comportamentos são impuníveis exatamente porque se reconhece, no agente, uma incapacidade de compreender a ilicitude ou de se determinar quanto a esse entendimento.

A única resposta compatível com a teoria egológica parece ser a de que tais eventos, tanto quanto os fatos naturais, só são relevantes em sua relação com os sujeitos que preservam a sua liberdade existencial e têm o direito ou dever de, diante deles, agir ou omitir-se. Por fim, a posição de Cossio de que o direito é conduta em interferência intersubjetiva, ou seja, ação num contexto de interação, em que as alternativas são “fazer ou impedir”, enquanto a moral é conduta em interferência subjetiva, em que as alternativas são “fazer ou omitir”, leva a uma concepção da sociedade como sistema de interações e, ao mesmo tempo, parece aproximar, quase levando à identificação total, os sistemas jurídico e social.

Antônio Castanheira Neves (1967, p. 12-13) coloca a distinção entre fato e direito como o problema fundamental da juridicidade, e esclarece que a doutrina jurídica costuma preocupar-se apenas com a sua dimensão dogmática, para efeito de aferição do cabimento de recursos extraordinários, da diferença entre erro de fato e erro de direito, de definição do âmbito probatório e de definição do papel das partes de contraditar as alegações adversas.

O autor destaca que uma segunda dimensão do problema, a epistemológica, está bastante evidente na dimensão dogmática (NEVES, A, 1967, p. 13-14), e diz respeito às supostas fronteiras do conhecimento, o que levou o positivismo a definir o direito como objeto da ciência jurídica e os fatos como objeto das ciências empíricas, como a sociologia e psicologia, que é a distinção weberiana, como se verá a seguir.

Castanheira Neves (1967, p. 44-45) entende que a necessária correlatividade entre fato e direito (“uma *questio juris* é sempre a *quaestio juris* de uma certa *quaestio facti*” e uma

“*quaestio facti* é necessariamente uma *quaestio juris*”) é o que revela a terceira dimensão do problema, que lhe parece fundamental: a dimensão metodológica.

Nesses termos, Bernard Jackson (1988, p. 3) propõe uma leitura alternativa da doutrina do silogismo jurídico, em que fato e direito são reduzidos ao mesmo nível analítico, o estrutural, e o processo de aplicação se torna um processo de comparação entre duas formulações narrativas.

Castanheira Neves (1967, p. 589) nota que a crise da distinção entre questão de fato e questão de direito foi percebida pelo pensamento jurídico do Século XX, sob a inspiração da fenomenologia de Husserl e da hermenêutica de Heidegger, que buscou resolvê-la a partir de uma síntese que pode ser bem resumida pela teoria egológica (NEVES, A, 1967, p. 834-869), discutida há pouco.

Para Castanheira Neves, no entanto, o erro do egologismo é a crença de que esse pensamento sobre o direito pode ser constituído como uma ciência do direito, sendo que, em sua opinião, o “direito é teoreticamente irreduzível e o pensamento jurídico não poderá nunca assumi-lo numa perspectiva teórico-objetiva, porque é ele por essência uma intenção normativa a realizar historicamente e em ato” (NEVES, A, 1967, p. 906)

Recuando da teoria da ação para a teoria do fato histórico, novamente Ricouer (2010a, p. 232) é a referência, na medida em que apresenta o fato como fragmento da história do mundo. A noção de fragmento, também usada na teoria jurídica por Miguel Reale (2010, p. 207) e por Kelsen (1998, p. 4), este último preferindo a expressão “parcela da natureza”, é bastante feliz, porque, de certa forma, sugere que é preciso cindir artificialmente o fluxo contínuo da história para chegar ao conceito de fato como episódio ou como evento.

Entre os autores que estudam o campo Direito e Literatura, José Calvo González (2008, p. 334) faz uso da mesma imagem, afirmando que a natureza dos fatos se localiza e se desprende dos fluxos contínuos de ação, não de seus produtos ou resultados, fragmentos que simplesmente ressaltam momentos simbólicos da ação.

Aliás, essa é uma questão controversa para a própria Ciência Histórica, na medida em que a noção de acontecimento, com agentes e pacientes individualizados, que por muito tempo a orientou como unidade significativa, resultou numa história de heróis notáveis e feitos extraordinários, que claramente não dava conta da complexidade da realidade social.

É por isso que Ricouer (2010a, p. 171) expõe uma teoria da História de três níveis, em que os acontecimentos só integram o primeiro nível, e seus conjuntos levam a um segundo nível, mais lento, de transformação histórica, o das organizações e sociedades, até o terceiro nível, de longuíssimo prazo e, portanto, mais lento, dos grandes processos históricos.

A passagem de um a outro nível é marcada por uma progressiva despersonalização das causas das transformações históricas, embora a referência às organizações de pertencimento coletivo como se fossem agentes individuais ainda ocorra num sentido metafórico, para facilitar a sua inteligibilidade (Ricouer, 2010a, p. 328). É curioso como mesmo a teoria da história mais distanciada da ação humana singular ainda precisa recorrer aos mesmos conceitos descritivos que lhe são familiares.

A delimitação do fato jurídico é um procedimento típico de fragmentação da complexidade do sistema de interações sociais e de seu desdobramento. As categorias básicas da responsabilidade e do livre-arbítrio exigem um agente individualizado e livre, para responder pelos resultados a ele atribuídos por um sistema de imputação.

Ao discorrer sobre o problema da liberdade humana, em oposição à determinação da vida natural por leis causais necessárias, Kelsen (1998, p. 64) vê como distinção fundamental entre causalidade e imputação o fato de que “há um ponto terminal da imputação, mas não um ponto terminal da causalidade”. Embora seja possível identificar repercussões causais de um comportamento humano para muito além do desejo, da previsão, e, no limite, da existência do agente, o Direito estabelece os limites além dos quais a produção desses efeitos deixa de produzir consequências jurídicas.

Por isso mesmo, a passagem a um segundo nível da análise histórica, que substitui o agente pelas organizações, e que, por consequência, torna muito mais complexa a verificação do nexos de causalidade e a adaptação das regras de imputação, é relativamente recente para o Direito, e até hoje encontra resistência em alguns círculos teóricos, como a controvérsia na Dogmática Penal acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

De uma forma ou de outra, percebe-se que a delimitação de um fato como evento histórico e, também, como fato jurídico, é uma decisão de retirá-lo de seu contexto no fluxo contínuo da história, e de sua rede infinita de relações presentes no sentido social, para destacá-lo e atribuir-lhe consequências, numa operação que o próprio Luhmann, estudando a teoria dos sistemas, consideraria uma redução de complexidades.

Luhmann (2006, p. 107) esclarece que a redução de complexidade não é uma aniquilação, e sim uma descrição (do sistema e do ambiente) que, apesar de complexa, não faz justiça à complexidade do objeto, mas o reflete na forma simplificada de um modelo, de um texto ou de um mapa.

Reduzir complexidade para facilitar a compreensão é também um expediente comum no conhecimento científico, mas o que interessa à presente investigação é como as



narrativas operam esse procedimento de fragmentação da vastidão da vida real e da infinitude do fluxo histórico.

Ferrajoli (2014, p. 60) adverte para o risco de que a necessária redução de complexidade se torne, além disso, uma indesejável distorção do fato, e que leve, no limite, à cegueira do juiz para particularidades relevantes e não consideradas em sua reconstrução.

Em Aristóteles, cujos conceitos de ação e de arte poética são até hoje referências fundamentais para a tradição ocidental, é possível encontrar um caminho seguro. Em verdade, far-se-á uso dos desenvolvimentos teóricos de base aristotélica do conceito de ação em Max Weber e em Habermas e do conceito de ficção em Ricouer.

### 2.3 TEORIAS DA AÇÃO NA TRADIÇÃO FILOSÓFICA

Aristóteles (1991, p. 5) inicia a sua **Ética a Nicômaco** afirmando que “toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem qualquer; e por isso foi dito, com muito acerto, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem”.

O sumo bem, na teoria aristotélica, é a felicidade, que não deve ser confundida com o prazer, a riqueza ou as honras, mas que se configura com a vida virtuosa.

Ao refletir sobre a ação virtuosa, Aristóteles (1991, p. 31) sustenta que ela deve ser guiada pela regra justa, embora só vá conceituar a justiça ao final de sua celebrada teoria das virtudes, que tem como princípio a ideia de que a escassez e o excesso de qualquer qualidade são danosos e que a virtude está no equilíbrio.

Ao discutir a relação entre as sensações do agente e o valor das suas condutas, Aristóteles (1991, p. 32) sustenta que o prazer conduz às más ações e que a dor conduz à omissão de boas ações. Nessa formulação, aparentemente simples, está a raiz de muitas discussões posteriores sobre a racionalidade dos comportamentos.

Com efeito, à primeira vista a tese aristotélica parece ser de um ascetismo radical, mas é preciso ter em conta que ela se aplica especialmente aos casos em que há um conflito entre o valor intrínseco da ação e as suas consequências para o agente. Quando eles coincidem (a conduta é valiosa e prazerosa, ou desvaliosa e dolorosa), o dilema moral não surge e a questão não chega a merecer consideração; aliás, Aristóteles, nisso alinhando-se com Platão, sustenta que a educação moral deve buscar precisamente essa coincidência.

Para considerar virtuosa a ação, além de sua prática, Aristóteles (1991, p. 34) exige do agente três condições: o conhecimento do que faz, a escolha dos atos por si próprios e a firmeza de caráter. Em seguida, o autor discute a voluntariedade da ação, e a estabelece

em termos mais estritos que a teoria da conduta em Direito Penal, colocando os casos de ignorância (que a doutrina penal chamará de erro) na classe dos atos involuntários, ao lado dos que são propriamente involuntários, como os da *vis compulsiva* (ARISTÓTELES, 1991, p. 45-46).

Além disso, o filósofo situa as circunstâncias excepcionais, que a teoria penal classificaria como causas de justificação e de exculpação, numa modalidade de atos mistos entre a voluntariedade e a involuntariedade: voluntários diante das circunstâncias, mas involuntários em abstrato, pois não seriam escolhidos por si sós por nenhum homem sensato (ARISTÓTELES, 1991, p. 46).

O cerne da teoria da ação aristotélica diz respeito ao momento e ao objeto da escolha: os meios, e não os fins, são objeto de deliberação, e se é possível alcançar os fins por vários meios, procura-se o mais fácil e o mais eficaz (ARISTÓTELES, 1991, p. 53). Para manter a coerência com a sua teoria das virtudes, se os fins são objeto do desejo, mas os meios são objeto de deliberação ou escolha, o exercício da virtude diz respeito aos meios (ARISTÓTELES, 1991, p. 55).

Dialogando com a tradição aristotélica, Weber (1978, p. 1375) conceitua a ação social como sendo aquela significativamente relacionada ao comportamento de outras pessoas, mas exclui desse âmbito a causação não intencional de prejuízos a terceiros, embora considere a ação posterior de confronto ou de negociação pacífica, em face do dano não intencional, como ação social.

Weber (1978, p. 1375-1376) prossegue afirmando que um elemento importante, mas não indispensável, da ação social é a orientação de acordo com as expectativas de que os outros agirão de determinada forma, e o cálculo das chances de sucesso pelo próprio agente a partir dessa expectativa, e que tais expectativas podem inclusive ser baseadas em um entendimento obtido com outros agentes, ou estar baseada na predição do seu comportamento a partir de algum relacionamento prévio.

No que diz respeito especificamente ao âmbito jurídico, Weber (1978, p. 1376) conceitua a ação racionalmente regulada como a ação significativamente orientada por regras que tenham sido estabelecidas racionalmente para guiar o comportamento dos associados, sendo essa orientação racional a partir da perspectiva do próprio agente.

É interessante observar que Weber faz uma distinção muito semelhante à proposta por Kelsen, entre o sentido subjetivo do ato, atribuído pelos agentes, e o seu sentido objetivo ou verdadeiro. Além disso, Weber (1978, p. 5) entende que essa distinção serve como demarcação metodológica entre as ciências empíricas da ação, como a Sociologia, que

estudam o sentido subjetivo, e as dogmáticas, como a Ética e a Jurisprudência, que estudam o sentido válido ou verdadeiro.

A intencionalidade da interação é um elemento crucial para definir a ação social, e Weber (1978, p. 11) irá distingui-la do mero comportamento homogêneo de massa, excluindo do seu âmbito inclusive aqueles atos influenciados irracionalmente pelo comportamento alheio, como nas explosões de pânico. Um motivo é um complexo de significados subjetivos que podem ser vistos pelo agente ou pelo observador como um fundamento adequado para a conduta em questão.

Weber (1978, p. 1379) esclarece ainda que uma ação social é consensual quando efetivamente orientada pela possibilidade de existência de um consenso, mas que nem toda ação conjunta externamente observável é ação consensual (por exemplo, no comportamento homogêneo de massa mencionado acima) e nem toda ação consensual exige colaboração (por exemplo, a colaboração está ausente quando a ação é orientada em função de um consenso com uma coletividade anônima e indeterminada).

Por fim, Weber (1978, p. 24-25) apresenta uma tipologia das ações sociais, sem pretensão de exaustividade, dividindo-as em 1) ações instrumentalmente racionais, determinadas pelas expectativas de comportamento de indivíduos e outros seres e dirigida ao alcance de finalidades, 2) ações valorativamente racionais, determinadas pela crença no valor intrínseco (ético, estético ou de outra natureza) da conduta, independentemente de suas chances de sucesso; 3) ações emocionais, determinadas pelos afetos e sentimentos dos agentes; e 4) ações tradicionais, determinadas por hábitos arraigados.

Uma das observações mais interessantes de Weber diz respeito à ação valorativamente racional, que, quanto mais orientada pelo seu valor intrínseco, independentemente da consideração das consequências da ação, torna-se, paradoxalmente, irracional (1978, p. 25).

A influência weberiana sobre as teorias da ação ainda é bastante relevante, e a partir dela Habermas propõe uma classificação própria das ações sociais de base racional-teleológica, portanto deixando de lado a análise das ações emocionais e tradicionais da tipologia de Weber.

Habermas (2012, p. 163) entende que a base comum das teorias da ação é a ação teleológica, de inspiração aristotélica e sistematização weberiana, que é dirigida à satisfação de determinadas finalidades, consistente na escolha de meios, com base no conhecimento das circunstâncias, e de seu emprego no mundo empírico de acordo com um plano de ação.

A contribuição específica do autor é a apresentação de uma tipologia das ações racionais de acordo com o seu encaixe na sociedade, vista como sistema de interações. Todos os tipos de ação racional, em Habermas, são direcionados ao êxito, à satisfação da finalidade do agente, mas a forma de encaixe delas no sistema social, na sua interação com outros agentes, determina a sua diversidade. Além disso, o autor considera que cada um dos tipos de ação corresponde a um conceito de verdade e a um conceito de mundo.

Quando as ações estão puramente direcionadas ao êxito, Habermas (2012, p. 167-170) as denomina ações estratégicas e esclarece que os limites percebidos pelo agente, no âmbito da interação, são apenas eficaciais, ou seja, os que podem levar a ação ao fracasso, que devem ser considerados no momento da eleição dos meios. Na ação estratégica, por exemplo, o reconhecimento da vigência de uma norma não se dá por seu valor, por sua validade, mas por sua eficácia, pela probabilidade de ocorrência da sanção em caso de seu descumprimento. À ação estratégica correspondem as ideias de mundo físico ou objetivo e de verdade como correspondência entre fato e enunciado.

A segunda espécie de ação social na tipologia habermasiana é a ação regulada por normas, ou normativa, que continua dirigida ao sucesso, mas reconhece como limites à satisfação do interesse, além das dificuldades de realização material próprias da ação estratégica, a vigência em si mesma de um sistema normativo, por seu valor intrínseco. Nesse caso, a renúncia à ação proibida pela norma, e a eleição de meios lícitos, não se dá pelo temor da sanção, mas pelo reconhecimento da correção intrínseca da proibição. À ação regulada por normas correspondem as ideias de mundo social ou intersubjetivo e de verdade como correção normativa (HABERMAS, 2012, p. 170-174). Até este ponto, nota-se uma correspondência quase perfeita entre as tipologias weberiana e habermasiana.

A ideia de mundo social ou intersubjetivo, a que corresponde a ação normativa que tem como critério de verdade a correção, dialoga com o conceito de *nomos*, como mundo normativo, apresentado por Robert Cover (1983, p. 4-5), segundo o qual nenhum conjunto de institutos e prescrições normativas existe separadamente das narrativas que os localizam e lhes conferem sentido, o que transforma o Direito não apenas num sistema de regras a serem observadas, mas num mundo em que vivemos. François Ost (2007, p. 28-29) menciona, em termos muito semelhantes, a existência de comunidades narrativas, com suas histórias fundadoras, de que os juristas não escapam, e que têm nas Constituições escritas o relato da história da moralidade política dessa comunidade. Jackson (1988, p. 3) deixa claro que a narratividade não está presente somente na reconstrução dos fatos, mas na própria formulação

das normas, e que a sua progressiva abstração e conceptualização, no Ocidente, diz mais sobre a pragmática da produção legislativa do que sobre sua natureza.

Tal afirmação de Jackson é mais facilmente aplicável às regras, que retêm o modelo hipotético-condicional (ÁVILA, 2007, p. 71), do que aos princípios, cuja formulação não hipotética, mas mais diretamente teleológica, de estado ideal de coisas a ser alcançado (ÁVILA, 2007, p. 78), os afasta ainda mais dessa origem narrativa.

Em sentido semelhante, Willis Santiago Guerra Filho (2005, p. 54) chama a atenção para os mitos fundadores dos mundos normativos, por ele chamados de “ficções de origem”, sejam eles de natureza religiosa (criação divina do homem), sejam eles de natureza laica (criação contratual da sociedade).

Essa natureza de “totalidade circundante da experiência”, atribuída aos mundos normativos (religioso, moral, jurídico), será melhor explorada na discussão sobre as várias espécies de narrativa e suas respectivas pretensões de verdade.

Além disso, Habermas (2012, p. 174-182) identifica a ação dramática como aquela que consiste na representação do papel mais fiel de si mesmo no palco da vida social, a que correspondem as ideias de mundo subjetivo ou interior e de verdade como sinceridade.

Por fim, e nisso Habermas (2012, p. 182-195) considera trazer a sua principal contribuição teórica, tem-se a ação comunicativa, que se produz por meio do entendimento coordenador das ações que interferem uma com a outra, sendo ela associada à ideia de mundo da vida ou da experiência e de verdade como consenso. Embora não haja, nesse caso, correspondência perfeita com um tipo de ação social identificado por Weber, cabe lembrar que o autor contempla a ação consensual em suas categorias analíticas, distinguindo-as do mero comportamento homogêneo e registrando que a ação colaborativa é um caso especial de ação consensual, mas que a colaboração seria um elemento obrigatório do consenso.

As três concepções sobre a ação de base teleológica, escolhidas pela relevância e pela influência dos seus autores, demonstram que a relação fundamental concernente à ação – a relação entre meios e fins – carrega uma tensão que repercutirá, na teoria narrativa, quando for preciso verificar a coerência de uma trama.

Quando se está diante de uma relação entre fins valiosos e meios desvaliosos, ou entre fins desvaliosos e meios valiosos, isso revela não só um conflito interno ao agente, mas um conflito entre indivíduo, que persegue os seus interesses, e sociedade, que aprova ou reprova os seus comportamentos.

O sujeito que persegue os próprios interesses é considerado racional, e aquele que escolhe os meios adequados é considerado justo ou correto. A conduta racional e justa é

sem dúvida o modelo ideal, e a conduta irracional e injusta a de mais difícil compreensão, e costuma associada à paixão ou à loucura, justamente pela inexistência de uma explicação racional ou ética.

Quando a conduta é racional e injusta, ela é compreensível, mas reprovada, e quando é irracional, mas justa, como no sacrifício heroico, é aprovada, às vezes enfaticamente, mas nem sempre compreendida. Essas quatro grandes categorias se referem ao comportamento individual, mas a influência da organização social sobre cada uma delas é decisiva.

A ordem social costuma ser compreendida como indutora de comportamentos justos, em conformidade com a norma. No entanto, é possível, como bem identificou Robert Merton (1938, p. 672-682), que a estrutura social imprima uma pressão oposta sobre uma certa classe de pessoas, induzindo, ao contrário, o comportamento desviante, gerando, na definição do autor, um estado de anomia. Essa pressão ocorre justamente quando há uma desconformidade entre os fins e interesses socialmente valorizados e os meios que a sociedade oferece aos agentes para o seu alcance. O desequilíbrio pode se dar em razão de uma ênfase maior no alcance dos fins do que no respeito aos meios socialmente aceitáveis.

Merton (1938, p. 678) indica que quando os meios legítimos para o alcance da finalidade socialmente valorizada são inacessíveis ao agente, três formas de ajustamento social não conformista podem acontecer: 1) a inovação (abandono dos meios institucionalizados), que poderá ser, mas não necessariamente será, um comportamento ilícito (ou mesmo quando ilícito, poderá ser, nas palavras de Durkheim (2001, p. 86), indício da moralidade futura); 2) o ritualismo (a desistência do alcance dos fins para manter o respeito aos meios institucionalizados); ou 3) a rebelião, em que a rejeição aos meios e fins carrega o projeto de estabelecimento de uma nova ordem social.

No caso das práticas inovadoras que constituem ilícitos, Merton (1938, p. 681) identifica o estado de anomia nos casos em que há, por um lado, uma pressão social para o alcance do sucesso e, por outro, uma negativa quase completa de acesso aos meios legítimos para alcançá-lo. O autor esclarece que a anomia só explica a relação entre crime e pobreza quando, além da existência desta, e das desvantagens competitivas que dela resultam, ocorre a valorização excessiva da acumulação monetária por uma sociedade, e uma sociedade com esse descompasso apresenta uma tendência à dissolução.

A complexidade da relação entre meios e fins, que já é considerável quando focado apenas o comportamento individual, aprofunda-se quando o próprio meio social exerce influências contraditórias sobre ele. Se a teoria narrativa costuma adotar a coerência

como um dos seus critérios de verdade, ela não pode ignorar as diversas incoerências, tanto em sua estrutura interna como em sua relação com a estrutura social, que as próprias ações representadas na narrativa podem carregar.

#### 2.4 TEORIAS DA AÇÃO NA DOGMÁTICA JURÍDICA

“Fato jurídico” é um conceito fundamental, trabalhado, de uma forma ou de outra, por todos os ramos da Dogmática, sendo a Teoria do Fato Jurídico, no Direito Civil (MELLO, M, 2010) e a Teoria da Conduta, no Direito Penal (GUARAGNI, 2009), os seus principais desenvolvimentos teóricos, que serão explorados no presente trabalho, embora não se possa negar as contribuições doutrinárias de publicistas como Lourival Vilanova (2000) e Paulo de Barros Carvalho (1996) à teoria do fato jurídico.

À primeira vista, o instrumental do Direito Civil parece ser mais abrangente que o do Direito Penal, já que este restringe o interesse teórico à conduta, enquanto a noção de “fato” parece contemplar fenômenos que vão além dos produzidos pelo homem.

Sendo o Direito um sistema normativo destinado a regular o comportamento humano em sociedade, a primeira indagação que se faz é em que medida os fatos que vão além da ação ou omissão humanas devem ser considerados relevantes para o Direito. Em geral, a resposta da Dogmática é que eles só importam quando referidos a alguém, ou seja, quando ao menos o paciente do fenômeno for humano (como no caso da morte natural e dos fenômenos climáticos, geológicos e astronômicos). Em outros casos, o fenômeno natural está tão associado ao comportamento humano que, em verdade, é este que predomina, como no caso da passagem do tempo definida pela Dogmática Civil como ato-fato caducificante (MELLO, M, 2010, p. 142), que, por outro lado, poderia ser compreendida como uma omissão, prolongada no tempo, do encarregado em defender um direito ou do interessado em exercer uma pretensão.

Uma noção muito comum é a de que o fato jurídico é um evento determinado espaço-temporalmente, ou seja, um fragmento do passado histórico, metodologicamente apartado do fluxo contínuo do tempo e da infinita rede de relações sociais, sobre o qual incide a norma jurídica. Sem embargo, a Dogmática Civil traz notáveis exemplos de como o futuro, enquanto tal, pode ser fato jurídico (como a ressalva dos direitos do nascituro e o fideicomisso), e também como um não evento, uma possibilidade não realizada, pode sê-lo (a indenização pelos lucros cessantes) (MELLO, M, 2010, p. 48).

Apesar de a Dogmática Civil fornecer as duas distinções fundamentais do fato jurídico, a sua produção humana ou não humana, e também a conformidade com ou a contrariedade ao direito (MELLO, M, 2010, p. 114-125), é possível afirmar sem dúvida que o fato jurídico por excelência para o Direito Civil é o negócio jurídico, que é um comportamento humano conforme o direito consistente numa declaração de vontade destinada a produzir certos efeitos jurídicos, emanado de parte capaz, com objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei (MELLO, M, 2010, p. 168-171).

As outras espécies de fato jurídico, lícitos ou ilícitos, são como que definidas em comparação com o negócio jurídico. Na análise, por exemplo, dos atos jurídicos, o ato jurídico *stricto sensu* é aquele definido como manifestação de vontade, enquanto o negócio jurídico é uma declaração de vontade. A classificação dos atos jurídicos segundo a forma de exteriorização da vontade é logicamente consistente e permite o delineamento de um critério seguro de distinção entre o fato por excelência do direito civil (negócio jurídico) e o fato por excelência do direito penal (conduta humana ilícita).

É certo que existem as condutas lícitas penalmente relevantes (as praticadas sob o abrigo de uma causa de justificação), mas elas são exceções num sistema que enfatiza a conduta ilícita e trata o comportamento lícito, em regra, como penalmente indiferente, por ser atípico. Por outro lado, também é certa a existência dos atos jurídicos civilmente ilícitos, mas os esforços da dogmática são para a verificação dos requisitos de validade e eficácia e das modalidades do negócio jurídico, sendo o ato ilícito civil definido legalmente como uma proposição jurídica aberta, e que recebeu pouca atenção doutrinária, segundo a avaliação de Felipe Peixoto Braga Netto (2010, p. 200-201; 203; 212).

Ainda sem adentrar os pormenores da definição do fato jurídico em cada ramo da Dogmática, é possível dizer que o fato de origem não humana pode ser juridicamente relevante desde que referido a um sujeito de direito, seja ele como paciente (morte que abre a sucessão hereditária e extingue a punibilidade do ilícito penal), seja como sujeito legalmente obrigado a intervir para impedir um processo causal ou para reparar os danos dele resultantes (o garantidor do Direito Penal e o segurador do Direito Civil).

Quando se trata propriamente da conduta humana, ativa ou omissiva, vê-se que a dogmática jurídica ainda está vinculada a uma concepção teleológica de ação, herança da tradição aristotélica, já descrita acima, segundo a qual o agir humano é um fazer final, uma exteriorização de vontade destinada ao alcance de uma finalidade.

Essa estrutura básica, cujo ápice do desenvolvimento dogmático se dá no finalismo de Hans Welzel, já fornecia os elementos para todos os desenvolvimentos



posteriores: a conduta humana tem dois componentes, um psíquico ou interior, consistente na vontade, na finalidade, no emprego do conhecimento causal para a eleição dos meios para obtê-lo, na eleição do meio e na definição do plano de ação) e um físico ou exterior (a execução dos meios destinados a alcançar a finalidade, a produção de efeitos, e o alcance ou não do resultado). Se o resultado compõe ou não o conceito de conduta é uma discussão forte travada pela Dogmática Penal, que será enfrentada no momento próprio.

Tal estrutura permite que se dê conta de fenômenos tão distintos como a reserva mental no negócio jurídico, como vontade não exteriorizada e, por isso, irrelevante (MELLO, M, 2010, p. 146-147) e o negócio jurídico simulado, em que o aspecto exterior da declaração de vontade está em desconformidade com a sua manifestação e intenção reais.

Do mesmo modo, permite que, no Direito Penal, as condutas que falham na obtenção da finalidade almejada sejam consideradas ora em função da finalidade (crime tentado (BITTENCOURT, 2015, p. 530-537)) ora em função do resultado (crime culposos), ou, ainda, com base na mesma teleologia, que não sejam consideradas relevantes as condutas em que tenha havido reversão do curso de ação ou do encadeamento causal por vontade do próprio agente (desistência voluntária e arrependimento eficaz) (BITTENCOURT, 2015, p. 539-540).

#### **2.4.1 Fato Jurídico no Direito Civil**

O **Tratado de Direito Privado** de Pontes de Miranda costuma ser apontado como o grande marco da reflexão jurídico-dogmática sobre o fato jurídico no Brasil (MELLO, M, 2010, p. 113). Embora refira-se ao Direito Civil, há uma clara pretensão ponteana em definir o fato em termos aproveitáveis para todos os ramos do sistema jurídico.

Segundo Pontes de Miranda (2000. p. 222-224), os fatos jurídicos se dividem em cinco categorias: 1) fatos jurídicos *stricto sensu*, que compreendem os fenômenos naturais que constituem e extinguem relações jurídicas, como o nascimento, a passagem do tempo e a morte; 2) atos-fatos jurídicos, que são aqueles em que o resultado é tomado como fato independentemente da vontade do agente, o que pode incluir desde os atos dos incapazes à criação intelectual, em que a criação prevalece sobre a vontade do criador; 3) atos jurídicos *stricto sensu*, como a constituição de domicílio e a remissão de dívidas; 4) negócios jurídicos, como as outorgas de poderes e os contratos; 5) fatos jurídicos ilícitos, que se subdividem em fatos jurídicos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos e atos ilícitos *stricto sensu*.

Marcos Bernardes de Mello (2010, p. 125), sistematizando a categorização ponteana, apresenta dois principais critérios de classificação do fato jurídico como sendo a sua origem (humana ou não humana) e a sua conformidade com o direito (licitude ou ilicitude), sendo que as diversas combinações possíveis levam a uma taxonomia do fato jurídico.

A principal crítica à teoria do fato jurídico em Pontes de Miranda é a sua concepção naturalista-empirista do fato e positivista-legalista da norma jurídica, como se o fato fosse uma realidade objetiva e, portanto, segura para a incidência normativa (CASTRO JÚNIOR, 2010, p. 645-646).

No entanto, ao comentar a morte como fato jurídico *stricto sensu*, Pontes de Miranda (2000, p. 229) afirma que “não é tão automática quanto se pode pensar essa juridicização do fato da morte”, e dá o exemplo da desapareição com morte posterior, em que não se sabe ao certo a data do falecimento. O autor diz então que “a coincidência da morte com a entrada dela no mundo jurídico não se deu; O que entrou no mundo jurídico foi a ausência, tendo-se constituído, com a sentença, a presunção de morte” (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 229-230).

Ao admitir que, nos casos em que o fato propriamente dito (o paradeiro do desaparecido) é desconhecido pela comunidade, coloca-se em seu lugar um outro fato (a ausência) que gerará certos efeitos jurídicos (morte presumida), Pontes de Miranda abre espaço para o reconhecimento de que o fato, para o Direito, é sempre um fato interpretado, e a ausência é um exemplo lapidar desta característica, já que ela nunca é um fato em si, mas sempre um fato para alguém (ausência para a família ou ausência para a comunidade), ainda que o ausente possa estar vivendo outra vida em outro lugar.

Por outro lado, Pontes de Miranda (2000, p. 226), fiel à concepção empirista, não considera a possibilidade futura (como a prole futura que leva à constituição do fideicomisso) como um fato jurídico, por si só, e sim como um elemento do suporte fático, “porque não é fato, e sim possibilidade de fato”.

Como a proposta do presente trabalho é investigar a narrativa jurídica a partir da sua conexão com a teoria da ação, deixar-se-á de lado a teoria do fato jurídico no Direito Civil, cuja preocupação essencial é com o negócio jurídico, portanto, com a autonomia privada, com as condições de produção normativa pelos próprios sujeitos, para tratar da teoria da conduta no Direito Penal, que, dentro da dogmática jurídica, oferece o melhor repertório conceitual para a conexão com as teorias da ação.

## 2.4.2 Teoria da Conduta no Direito Penal

A teoria da conduta, no Direito Penal, costuma inaugurar os estudos da teoria do delito, preparando a reflexão que se fará sobre elementos do conceito analítico de crime, que são a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, e tem três funções principais: a de elemento básico, dando suporte à definição de condutas dolosas e culposas, comissivas e omissivas; de elemento de enlace, permitindo a identificação da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade e, em especial, de elemento limite, excluindo do campo da análise penal os casos de ausência de conduta (GUARAGNI, 2009, p. 352).

O desenvolvimento atual da Teoria da Conduta no Direito Penal costuma ter o seu ponto de partida teórico fixado no causalismo de Franz Von Liszt (1899) e Ernst Beling. Se, de um lado, a sua noção de tipo penal é uma contribuição teórica indiscutível e ainda em voga, por outro, o seu projeto de distinção de uma ilicitude puramente objetiva de uma culpabilidade puramente subjetiva só é compreensível dentro de um contexto do Positivismo Científico.

Von Liszt (1899, p. 193) descreve a ação como ato de vontade, como transformação do mundo exterior por meio de um movimento corporal voluntário. A aparente simplicidade da definição, e sua compatibilidade com pensamento empirista da época, defronta-se com algumas dificuldades importantes.

O primeiro problema enfrentado pela teoria causalista é o dos crimes tentados. Ao estabelecer o resultado como elemento da própria conduta, e defini-lo como “mudança operada no mundo exterior” (VON LISZT, 1899, p. 193), uma interpretação rigorosa certamente excluiria do conceito de conduta os comportamentos que, por diversos motivos, não tenham operado nenhuma alteração do mundo perceptível para os sentidos, como a tentativa de homicídio frustrada pelo defeito na arma de fogo ou o disparo que não atingiu nada nem ninguém.

Von Liszt (1899, p. 195) precisou, então, admitir o “fato de pôr em perigo” como integrante do conceito de resultado, e esse perigo, por sua vez, como “possibilidade imediata de que se siga um certo resultado” (VON LISZT, 1899, p. 196). Com isso, efetivamente, alarga-se o conceito de resultado para além do propósito inicial da teoria.

Uma segunda crítica ao causalismo diz respeito aos crimes omissivos. A posição puramente causalista, admitida por Ernst Beling, descreve a omissão como pura inação, e como “distensão muscular” (GUARAGNI, 2009, p. 84). Von Liszt (1899, p. 208), no entanto,

acertadamente esclarece que omitir “não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer alguma coisa, e, na verdade, o que era esperado”. Por isso, Fábio André Guaragni (2009, p. 86) conclui que se perdeu “certamente a pureza naturalista que Von Liszt procurou imprimir à estrutura do crime”.

Quanto ao ponto mais importante das teorias da ação de matriz aristotélica, a saber, o direcionamento voluntário da conduta para o alcance de uma finalidade, Von Liszt (1899, p. 197) sustenta, em primeiro lugar, que voluntariedade “não quer dizer livre arbítrio no sentido metafísico, mas isenção de coação mecânica ou psíquica”.

Além disso, o autor descreve o movimento corpóreo como “resultante das ideias e representações que se cruzam e se contrapõem. A representação que triunfa chamamos motivo. Logo que esse triunfo é definitivo, falamos em resolução e consideramos o resultado objetivo como fato nosso” (VON LISZT, 1899, p. 198-199).

Embora Von Liszt não enfatize o elemento finalista da conduta, motivo pelo qual a sua teoria será objeto de crítica por Hans Welzel, como se verá a seguir, os principais elementos para uma teoria teleológica da ação já estão postos: a capacidade de antecipação mental – pela representação – das consequências do agir, o cruzamento entre diversas ideias e representações, a resolução como ato de vontade fundamental, e, por consequência, a atribuição do resultado ao agente como obra sua.

Isso demonstra que a distância de Von Liszt para a corrente teórica que o sucedeu – o finalismo – não é tão grande quanto pode parecer inicialmente. É certo, no entanto, que Hans Welzel (2009, p. 29), principal autor do finalismo, recoloca a conduta em termos explicitamente aristotélicos, dizendo que a ação humana “é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim”.

Segundo Welzel (2009, p. 30-32), a direção final de uma ação se realiza em duas fases: uma que transcorre inteiramente na esfera do pensamento, envolvendo a antecipação mental do fim e a seleção dos meios necessários para a sua realização, com base no saber causal do agente, e uma segunda fase, que se dá no mundo real, com um processo de causação dominado pela prévia determinação do fim.

Se Welzel conseguiu, na Dogmática Penal, formular uma teoria bastante consistente do comportamento humano, de base claramente aristotélica, as correntes teóricas que o seguiram e criticaram buscaram situar a ação em sociedade, ou seja, a ação dentro do sistema de interações, concebida genericamente como criação de um risco não permitido, categoria central da teoria da imputação objetiva (ROXIN, 2009, p. 41).

Entre elas se destacam os chamados funcionalismos de Claus Roxin (2009) e Günther Jakobs (2008), este de inspiração luhmanniana, e, portanto, adstrito a uma teoria da sociedade que se aparta da teoria da ação e a concebe como sistema de comunicação.

Os funcionalistas dão crédito às correntes antecedentes por identificarem na causalidade uma condição necessária, mas de nenhum modo suficiente, para a imputação, e a finalidade como um elemento do injusto doloso, mas insuficiente para a formação de um supraconceito que dê conta de todas as modalidades de conduta (ROXIN, 2009, p. 42)

Roxin (2009, p. 42) reconhece nos funcionalismos uma passagem do ôntico (a natureza das coisas que preocupava as teorias antecedentes) ao normativo, esclarecendo que “a criação de um risco não permitido não representa um acontecimento puramente fático, mas que depende do fim de proteção da norma de cuidado, delimitadora do risco permitido”.

A percepção de que o fato relevante para o Direito Penal se faz em função do âmbito de proteção da norma é mais um indicativo da natureza problemática da separação entre questão de fato e questão de direito, afinal, de acordo com Robles (2005, p. 13), o Direito não apenas contempla a ação, mas a constitui.

Por outro lado, Jakobs (2008, p. 187-188) apresenta a discussão sobre a teoria da conduta no Século XIX como conflito entre a posição hegeliana da conduta como sentido, oposta à reestruturação positivista da conduta como acontecimento.

Ao tratar do finalismo, apesar de reconhecer seus méritos na superação das posições excessivamente rígidas do causalismo e da concepção hegeliana de conduta, Jakobs (2008, p. 199), conclui que “a finalidade é uma metáfora abreviada (!) para as condições do comportamento evitável, nada mais”.

Para recolocar a questão em seus próprios termos, Jakobs (2008, p. 202) conclui, acerca do causalismo e do finalismo, que o conceito de conduta é “uma designação equivocada para aquilo que deve ser tratado; há que se tratar do que é um sujeito, do que é mundo exterior para o sujeito e de quando a conformação do mundo externo pode ser relacionada com o sujeito (pode lhe ser imputada)”.

Como a preocupação de Jakobs (2008, p. 203) é garantir a “segurança da expectativa em contatos sociais fluidos e anônimos”, a sua teoria da conduta, embora, quanto ao dolo, não divirja da teoria finalista (JAKOBS, 2008, p. 209) propõe como supraconceito para as ações dolosas e culposas, comissivas ou omissivas, como causação de um resultado evitável.

Note-se que a evitabilidade de um resultado como integrante do conceito de conduta põe ênfase nas condições de imputação, que são de interesse do Direito, e não às

condições de produção da causalidade natural, cuja importância para as ciências empíricas da ação é de natureza diversa da importância dada às “ciências normativas da ação”, na terminologia de Weber.

Curiosamente, a ideia de um resultado que poderia ser evitado remete a questão do domínio do real ao domínio do possível, que está na base da distinção de Aristóteles entre história e poesia, ou, nos termos postos por Ricoeur, que serão estudados no capítulo seguinte, dos dois modos básicos da narratividade: a narrativa histórica e a ficção.

## 2.5 DA AÇÃO À NARRAÇÃO

Assim como no tópico anterior foi possível constatar que a verdade (vista como relação entre o conhecimento e o mundo) sempre esteve relacionada com a ação, inspirando-a e orientando-a, as teorias dos atos de fala afirmam o discurso como um certo tipo de ação, inclusive com capacidade de transformação do mundo, além das suas capacidades representativas. Há que se analisar, diante disso, que tipo de ato de fala é exercido nas narrativas jurídicas, e quais as suas capacidades transformativas.

A esse respeito, as investigações de John L. Austin (1962, p. 2-7) inicialmente se destinavam a verificar como certos atos de fala tinham especial força transformativa sobre o mundo, que ele chamava de atos performativos, opostos aos constatativos, que teriam uma natureza meramente descritiva. Tal análise resultou na conclusão de que todo ato de fala, independentemente de sua natureza, além do seu significado, tem também uma certa força – ato ilocucionário – e a capacidade de produzir certos efeitos – ato perlocucionário (AUSTIN, 1962, p. 91-101).

Tratar-se-ia, então, de estudar os atos de fala de acordo com sua força ilocucionária, e Austin (1962, p. 150) propõe uma classificação entre (1) atos veridictivos; (2) atos exercitivos; (3) atos compromissivos; (4) atos comportativos; e (5) atos expositivos.

Os veridictivos consistem na afirmação de algo como um fato ou um valor, por um juiz, um árbitro ou um júri, que por diversas razões é de difícil verificação; os exercitivos são o exercício de poderes, direitos ou influências; os compromissivos são tipificados como declarações de intenções; os comportativos são um grupo heterogêneo de atitudes e comportamentos sociais; e os expositivos marcam o encaixe dos conteúdos propositivos em conversações e argumentações (AUSTIN, 1962, p. 150-151).

Em síntese, Austin (1962, p. 162) afirma que os veridictivos são o exercício de um julgamento, os exercitivos são o exercício de um poder; os compromissivos a assunção de

uma obrigação ou declaração de intenção, os comportativos a adoção de uma atitude e os expositivos o esclarecimento de razões, argumentos e comunicações.

Uma classificação alternativa é proposta por John Searle (1979), que, embora reconhecendo a importância da contribuição de Austin, lhe opõe diversas críticas. Para Searle (1979, p. vii-viii), os atos ilocucionários dividem-se entre assertivos, diretivos, compromissivos, expressivos e declarações.

O único ponto de perfeita concordância entre os autores diz respeito aos atos compromissivos, como declarações de intenções de diversas naturezas (promessas, contratos, apostas, apoios) e de diversos graus de vinculação ao emissor, e que, numa conexão com a teoria do fato jurídico, seriam o equivalente dos negócios jurídicos.

Chama especial atenção o lugar dos atos veridictivos de Austin na classificação de Searle (1979, p. 19-20), que, a esse respeito, dirá que os veridictos são “declarações assertivas”, portanto, um grupo no qual duas das suas categorias se sobrepõem.

Prosseguindo na tentativa de comparação entre os autores, para além do que eles próprios reconheceriam como válido, pode-se encontrar uma correspondência entre os atos exercitativos de Austin e os diretivos de Searle, os comportativos de Austin e os expressivos de Searle, e entre os expositivos de Austin e as declarações de Searle.

O que mais importa na contribuição teórica de Searle, no entanto, é a sua tentativa de sofisticar a classificação a partir de pelo menos doze dimensões significativas de variação entre os diferentes atos ilocucionários (SEARLE, 1979, p. 2), por considerar que a principal fragilidade do pensamento de Austin está na ausência de princípios claros ou consistentes de organização (SEARLE, 1979, p. 10).

Para o autor, tais dimensões são: 1); o propósito do ato; 2), a direção da adequação entre discurso e mundo; 3), os estados psicológicos expressados; 4), a força de apresentação do propósito ilocucionário; 5), a posição do emissor e do destinatário do ato ilocucionário; 6); a relação entre a elocução e os interesses do emissor e do destinatário; 7), a relação com o resto do discurso; 8) a influência da força ilocucionária sobre o conteúdo propositivo; 9) a necessidade ou eventualidade da natureza discursiva do ato; 10), dependência do ato de instituições extra-linguísticas; 11), a natureza performativa ou não performativa dos verbos empregados; 12), o estilo da performance do ato (SEARLE, 1979, p. 2-8).

Para se defender da crítica que poderia ser formulada diante de sua posição quanto aos atos veridictivos como uma categoria híbrida de “declarações assertivas”, Searle (1979, p. 10) relembra que qualquer classificação de objetos reais terá alguns casos

fronteiriços e ambíguos, mas insiste que a classificação de Austin, por ser assistemática, tem inúmeros desses casos. Para corrigi-la, Searle propõe uma taxonomia alternativa.

Segundo o autor (SEARLE, 1979, p. 12), os 1) atos assertivos têm o propósito de comprometer o emissor com a verdade do conteúdo propositivo, a sua direção de adequação é do discurso ao mundo (é um ato representativo e não transformativo), o estado psicológico expressado é de crença, que pode variar, de acordo com a espécie de ato assertivo, que pode ser uma suposição (crença atenuada) ou uma afirmação (crença reforçada), e essa categoria conteria boa parte dos veridictivos de Austin. O seu principal teste é a possibilidade de julgar seu conteúdo como verdadeiro ou falso (SEARLE, 1979, p. 13)

Os 2) atos diretivos (SEARLE, 1979, p. 13-14) têm o propósito ilocucionário de levar o destinatário a fazer algo, que pode ser uma tentativa bem modesta (sugestão) ou bem ambiciosa (imposição), sua direção de adequação é do mundo ao discurso (é um ato transformativo) e o estado psicológico expressado é o desejo, e essa categoria conteria alguns dos comportativos e muitos dos exercitivos da classificação de Austin.

Os 3) atos comissivos (SEARLE, 1979, p. 14), tal como os da classificação de Austin, têm o propósito de comprometer o emissor com uma ação futura, sua direção de adequação é do mundo ao discurso (é um ato modificativo) e o estado psicológico expressado é a intenção.

Os 4) atos expressivos (SEARLE, 1979, p. 15) têm o propósito ilocucionário de expressar um sentimento de acordo com a condição de sinceridade e um estado de coisas em conformidade com seu conteúdo propositivo, que não têm especial direção de adequação, nem do mundo ao discurso, nem do discurso ao mundo.

Essa posição de Searle demonstra uma concepção muito restrita de mundo, que poderia ser expandida por meio da teoria dos três mundos de Popper, tomada de empréstimo por Habermas (2012, p. 147), com base na qual se poderia dizer que a direção da adequação é do discurso ao mundo (interior) (ato representativo). Esse desenvolvimento inclusive fortaleceria a teoria de Searle, demonstrando que também essa categoria pode ser definida pela direção de adequação.

Por fim, as 5) as declarações (SEARLE, 1979, p. 16-17) promovem uma alteração do status do objeto referido pelo simples fato de terem sido praticados com sucesso (são, portanto, modificativos, cuja direção de adequação é do mundo ao discurso).

O presente trabalho não tem o propósito de discorrer pormenorizadamente sobre nenhuma das classificações dos atos de fala, e sim de utilizá-las para compreender a natureza dos atos de fala que enunciam as narrativas jurídicas.



A esse respeito, fica muito claro que a decisão judicial, como veículo da narrativa jurídica com pretensão de definitividade e autoridade, é o típico ato veridictivo, na classificação de Austin, ou a figura híbrida da declaração assertiva, na taxonomia de Searle.

Pode-se dizer ainda que os demais atos dos juristas (petições e pareceres) que veiculam narrativas, expressam a mesma pretensão veridictiva, mas se afastam do ato do juiz a partir da 4ª, da 5ª e da 6ª dimensões propostas por Searle: a força de apresentação do propósito ilocucionário (que pode, curiosamente, ser até mais veemente no ato dos patronos das partes), a posição do emissor (que não é de subordinação, mas de angularidade com o juiz e de oposição à outra parte) e a relação entre elocução e interesse (que, na dogmática processual, será definida pelos conceitos opostos de parcialidade e imparcialidade).

As demais narrativas processuais, construídas pelas partes e testemunhas, têm natureza tipicamente expositiva para Austin e assertiva para Searle. Será preciso, no momento oportuno, desenvolver uma questão muito particular a respeito da narrativa jurídica, que é o compromisso com a verdade, tomado como referência importante para as teorias dos atos de fala, mas que revela todas as suas dificuldades na prática.

Feita a necessária passagem do estudo da ação ao da narração por meio da teoria dos atos de fala, é preciso desvincular provisoriamente o conteúdo propositivo dos atos ilocucionários de suas condições de elocução e, para isso, retomar-se-á a definição do acontecimento como um fragmento, como um excerto da experiência contínua e multifacetada que é a vida humana em sociedade.

A noção de fragmentação, de um lado, reflete a de parte de um todo, mas, de outro, demarca o seu caráter eminentemente artificial. Fragmentar é separar, e isso exige uma postura ativa, no caso a do sujeito de conhecimento.

A questão que se coloca em seguida é se existe algum critério identificável nos próprios fatos para orientar a sua fragmentação, ou se ele é construído apenas pelo próprio Direito. Observando especificamente a conduta humana, que é o fato jurídico por excelência, as propostas de identificação da sua unidade e, portanto, do seu limite de divisibilidade, costumam estar associadas à unidade de orientação pela finalidade (como no exemplo dos muitos autores finalistas citados acima) ou à unidade de projeto vivencial (como no Egologismo de Cossio).

Essa questão é respeitada pelo sistema jurídico mesmo quando, ocasionalmente, é relativizada. Quando o Direito Penal, por um lado, pune os chamados crimes habituais, exigindo uma pluralidade de ações para a configuração de um só crime, a Doutrina ainda assim reconhece, nessa unidade, uma pluralidade, tanto quanto, no sentido oposto, quando

uma pluralidade de crimes é considerada um só ato, para, com a ficção da continuidade delitiva, abrandar a pena (BITTENCOURT, 2015, p. 793-798).

Esse delicado jogo entre pluralidade e unidade de comportamentos, para a produção de efeitos jurídicos, pode ser ilustrado pela concepção que Aristóteles desenvolveu, em sua *Arte Poética*, sobre a unidade e a extensão da ação trágica.

Os capítulos subsequentes desse trabalho tratarão da teoria narrativa, de sua gênese mimética na *Poética* Aristotélica e de seus desenvolvimentos posteriores, e é precisamente por isso que a conexão entre a compreensão filosófica e dogmático-jurídica da ação e sua passagem para o campo narrativo merece ser feita pelo autor clássico cuja reflexão sobre as duas questões – ação e narração – ainda exerce grande influência na contemporaneidade.

Fernando Maciel Gazoni (2006) nota que Aristóteles tem diferentes concepções acerca da unidade da ação, expressadas respectivamente na *Ética* e na *Poética*, sendo a primeira a unidade teleológica (busca do bem) e a segunda a unidade lógica (sucessão segundo o necessário ou o provável).

Ocorre que, em ambos os casos, essa unidade ainda assim conduz a uma sucessão infinita: ela não demarca o limite aquém do qual os fatos são divisíveis, e sim o limite além do qual os fatos devem ser divididos.

Aristóteles (1995, p. 26) trata da inteireza da ação como algo que tem início, meio e fim, mas, para além da aparente obviedade, define o começo como “aquilo que, de per si, não se segue necessariamente a outra coisa, mas após o que, por natureza, existe ou se produz outra coisa”.

Essa ideia de início se assemelha muito ao conceito de “causa não causada”, ora atribuída ao Deus criador, ora à vontade livre do homem, e que pode ser definida, em termos kelsenianos, como o ponto terminal da imputação.

Por outro lado, fim “é aquilo que, de per si e por sua natureza, vem após outra coisa, quer necessária, quer ordinariamente, mas após o quê não há nada mais” (ARISTÓTELES, 1995, p. 26-27).

Se a equiparação do início à conduta livre como causa não causada fornece uma referência relativamente segura, sobretudo para a pesquisa interessada na narrativa jurídica, que é, por excelência, narrativa de condutas humanas, e não de histórias de outros níveis de duração, e mesmo os seus antecedentes, como a motivação, podem ser discutidos tendo a ação inicial como referência, o mesmo não se pode dizer quanto ao fim.

Jackson (1988, p. 155) deixa claro que a concepção teleológica da ação implica uma sequência temporal e, portanto, a sua reconstrução narrativa. Para definir o encerramento de uma ação completa, a partir da concepção teleológica do próprio Aristóteles, ter-se-ia como encerramento o alcance da finalidade. Em termos relativamente semelhantes, Vladimir Propp (2010, p. 90), autor de referência do formalismo russo e inspirador do estruturalismo literário que será estudado mais à frente, traz como exemplos de desenlace a recompensa, a obtenção do objeto procurado, a reparação do dano, o salvamento da perseguição, entre outros.

Por mais atraente que seja essa concepção, a própria natureza da ação teleológica demonstra que nem sempre a finalidade é alcançada, seja pela interrupção do meio, seja pela produção de efeitos opostos aos desejados, o que demonstra que a demarcação da unidade tendo como início a vontade e o final a consecução da finalidade explica apenas uma classe de ações.

Além disso, o Propp (2010, p. 90-91) reconhece que essa estrutura básica que parte do dano ou carência ao desenlace, por ele denominada de sequência, pode ser apenas uma unidade básica de um texto com diversas sequências, e que os meios de união entre as sequências determinam se há um ou vários contos.

Para recorrer a uma orientação mais segura a respeito da fragmentação do fato, um outro elemento da Poética Aristotélica pode ser mais útil, que é o da extensão da ação. Nesse aspecto, a solução de Aristóteles revela um certo grau de tensão, coerente com a sua concepção da virtude como equilíbrio, já que, por um lado, “é mister que as fábulas tenham uma extensão que a memória possa abranger inteira” (ARISTÓTELES, 1995, p. 27), mas por outro “sempre quanto mais longa a fábula até onde o consinta a clareza do todo, tanto mais bela graças à amplidão” (ARISTÓTELES, 1995, p. 27).

Ou seja, a duração que determina a extensão e, por consequência, a própria unidade da ação, em termos aristotélicos, é a definida por seu significado, mas, sobretudo, pelas condições de inteligibilidade para o público.

Para a prática jurídica, é preciso definir em que condições uma ação é, perante a norma, inteligível como uma mesma conduta, e, embora a questão não seja simples ou evidente, ao menos oferece um roteiro para a construção das narrativas.

### 3 TEORIAS DA NARRATIVA

A discussão sobre as teorias da narrativa exige, como esclarecimento inicial, a reflexão sobre a polissemia do termo “narrativa”, que, para Gerard Genette (1980, p. 25-26), pode se referir: 1) às sentenças narrativas, ou seja, ao discurso necessário à organização dos fatos; 2) à sucessão narrativa, ou seja, à ordem de eventos reais ou ficcionais que são objeto do discurso narrativo; e 3) ao ato narrativo, ou seja, ao ato de fala por meio do qual se conta uma história.

Genette (1980, p. 26) se propõe a estudar predominantemente as sentenças narrativas, ou seja, o discurso, já que o seu objeto é a ficção, e afirma que a teoria narrativa em geral se dedica ao discurso e ao conteúdo narrativos, dando menor atenção ao ato narrativo.

No presente capítulo, dar-se-á ênfase ao discurso e ao conteúdo narrativos, já que a discussão da narrativa como ato de fala, e da narrativa judicial como ato de fala veridictivo, foi desenvolvida no capítulo anterior.

#### 3.1 FICÇÃO E NARRATIVA HISTÓRICA

##### 3.1.1 A ficção e o problema da verossimilhança

A reflexão sobre a narrativa tem como importante marco, na antiguidade clássica, a **Arte Poética** de Aristóteles, e as subsequentes poéticas de Horácio e Longino, o que significa que os principais conceitos atualmente aplicados às narrativas de toda espécie (literárias, jornalísticas, jurídicas, históricas, psicológicas, médicas) são tomados de empréstimo da teoria da arte.

A esse respeito, o próprio Aristóteles (1995, p. 28) apresenta uma notável demarcação entre poesia e história, segundo a qual a primeira é mais nobre que a segunda, pois enquanto a história limita o historiador a tratar daquilo que aconteceu (o real), a poesia libera o poeta a tratar do que pode acontecer (o necessário ou provável). Portanto, a arte poética de Aristóteles posiciona a poesia acima da história, mas considera que ambas têm uma relação íntima com o seu objeto comum: a vida.

É na **Arte Poética** que se encontra o clássico e muito discutido conceito de arte como “imitação da vida”, baseado na tragédia, o gênero artístico de maior prestígio na Grécia

antiga, que é o gênero da representação, a partir do qual se desenvolveu a chamada tradição mimética da estética ocidental (MINER, 1996, p. 43-44).

Segundo Ricoeur, que pretende retomar a tradição aristotélica, tanto em sua reflexão sobre o tempo na **Física**, como sobre a narrativa na **Poética**, a tradução mais útil, na contemporaneidade, para a ideia de imitação da vida é a de “representação da ação” (RICOUER, 2010a, p. 60), tese essa que se encaixa melhor às narrativas não ficcionais.

Do profícuo conceito de “imitação da vida”, ou *mythôs*, extraem-se dois elementos fundamentais para a compreensão da poética clássica e da teoria narrativa que se desenvolveu a partir dela no Ocidente e se expandiu para a explicação das narrativas não artísticas, como as jurídicas.

O primeiro deles, “mito”, é o de maior utilidade para a compreensão das estruturas narrativas, correspondendo à ideia de “organização dos fatos” (RICOUER, 2010a, p. 59), ou seja, a sucessão dos acontecimentos que compõem a história ao longo do tempo, cujos efeitos específicos, na concepção aristotélica, serão discutidos mais à frente.

O segundo, “mimese”, é o de maior utilidade para o teste de veracidade a que qualquer narrativa pode ser submetida, mas que, de acordo com a sua natureza, ficcional ou não-ficcional, varia em substância.

Como Aristóteles trata da arte poética, e não da história, portanto, esse teste não é a verificação do acontecimento real, mas da sua verossimilhança, ou seja, da capacidade de representar aquilo que é possível. A ideia de verossimilhança, central para a poética aristotélica, não pode ser confundida com uma moderna e empobrecida exigência de “realismo”.

Para deixar isso mais claro, basta observar que Aristóteles (1995, p. 21) refletia sobre os principais modos de imitação, o trágico e o cômico, como sendo a imitação dos homens melhores do que eles são (tragédia) ou piores do que eles são (comédia) na atualidade.

Northrop Frye (2000, p. 33) faz um esclarecedor comentário, segundo o qual é possível que a ideia de “bem” e “mal”, nesse caso, tenha surgido de uma tradução imprecisa do grego, que atribuiu um tom mais moralista do que o pretendido, e propõe, em verdade, que as ficções devem ser classificadas segundo o maior ou menor poder de ação do herói, quando comparado aos homens comuns e, somente nesse aspecto, como “melhor” ou “pior”, e que os modos trágico e cômico podem incluir heróis de todas as capacidades, mas que o que os diferencia é que o modo trágico trata do isolamento ou exclusão do herói da sociedade (FRYE, 2000, p. 36) e o cômico da sua integração à sociedade (FRYE, 2000, p. 43).

Ricouer (2010b, p. 26) adere a semelhante tradução, entendendo que “a distribuição dos modos ficcionais é feita em função de um critério de base, a saber, o poder de ação do herói, que pode ser, como lemos na **Poética** de Aristóteles, maior que o nosso, menor que o nosso ou comparável ao nosso”.

Ou seja, verossimilhança não é um critério de pura e simples compatibilidade com o real, mas de “sucessão segundo o provável ou o necessário”, a partir do que é compatível com o modo de imitação: é verossímil que os Deuses tenham poderes divinos, e que os homens tenham incapacidades.

Retomando a questão da organização dos fatos, é por meio dela que Aristóteles (1995, p. 33) entende que a arte poética cumpre melhor a sua função, que é produzir um efeito sobre o público, no caso, a catarse, que é a purificação espiritual por meio da experiência do sofrimento do herói.

Essa tese, que dialoga, muito antes de terem sido formuladas, com as teorias da recepção, é perfeitamente aplicável ao modo trágico, que foi tomado como paradigma por Aristóteles, por se tratar da forma artística mais desenvolvida e sofisticada do seu tempo, mas teria maior dificuldade de se aplicar ao modo cômico.

Mais uma vez recorrendo a Frye (2000, p. 43), pode-se dizer que, assim como a compaixão e o temor são as emoções resultantes da catarse na tragédia, a simpatia e o ridículo (riso) são os seus correspondentes na comédia.

É curioso que Ricouer (2010a, p. 86), em sentido contrário, veja na **Poética** “um tratado relativo à composição, quase sem nenhuma preocupação com aquele que a recebe”, por entender, no que diz respeito à catarse, que “o que é experimentado pelo espectador deve primeiro ser construído na obra” (RICOUER, 2010a, p. 89), concordando, no máximo, que “o espectador ideal de Aristóteles é um *‘implied spectator’* no sentido que Wolfgang Iser fala de um *‘implied reader’* – mas um espectador de carne e osso, capaz de gozar” (RICOUER, 2010a, p. 89).

Aristóteles (1995, p. 30) atribui à surpresa um papel fundamental na produção da catarse, e entende que a organização dos fatos a produz de duas formas principais: a peripécia e o reconhecimento, que Frye (2000, p. 40) prefere traduzir como descoberta.

A peripécia consiste na mudança da sorte da personagem, da fortuna ao infortúnio, ou vice-versa, e o reconhecimento ou descoberta na revelação de um fato oculto, ou na revelação da identidade ou de uma qualidade oculta de uma personagem.

O que mais interessa ao presente trabalho, no entanto, é como a organização dos fatos, a sequência dos acontecimentos, influencia a verossimilhança da história, realizando aquilo que Aristóteles denomina “sucessão segundo o necessário e o provável”.

Como dito, Aristóteles não se restringe a uma convenção realista de atribuição da verossimilhança, o que significa que a sua medida não pode ser apenas e tão somente a correspondência com a “realidade”, cujo problemático conceito, já discutido, não será reanalisado, justamente por não ser necessário para este desenvolvimento.

Earl Miner, comparando as diferentes teorias da literatura, para além da tradição europeia, conclui que a **Poética** aristotélica é um caso muito particular, em que a tese da imitação (mimese) é uma consequência lógica da adoção do drama, que é o gênero da representação, como gênero artístico privilegiado, ao contrário da tradição asiática, cujas poéticas dão ênfase à lírica, e por isso são designadas por Miner (1996, p. 44) como “afetivo-expressivas”, em contraposição à poética mimética da tradição europeia.

O mais revelador é que Miner (1996, p. 44) identifica, apesar de todas as diferenças, um grande ponto em comum entre as poéticas mimética e afetivo-expressiva, que são o “princípio filosófico-realista de que o mundo é real e conhecível”.

Os filósofos do Iluminismo e do Romantismo deslocam a ênfase do mundo representado para o espírito constituinte da obra, embora com diferenças importantes. Kant (1987, p. 174-175), por exemplo, ao formular uma estética do gênio, identifica uma potência criativa parcialmente inconsciente que, como tal, mais do que imita, revela uma verdade própria. Ainda hoje o senso comum a respeito do artista está intimamente relacionado à ideia de inspiração como força incontrolável, que toma o criador e fala por meio dele.

Kant (1987, p. 175) afirma que as características das obras do gênio são a originalidade e a exemplaridade, o que significa que, a um só tempo, elas não são produtos da imitação, mas estão sujeitas à imitação, sendo modelares para a atividade de outros artistas.

Não se trata de uma criação puramente inconsciente da mente genial, tanto que Kant (1987, p. 178) esclarece que o gênio fornece apenas o material da obra de arte, mas a sua forma requer um talento academicamente treinado, que possa ser usado de maneira a sobreviver ao juízo estético.

Portanto, a imitação ainda persiste, mas deixa de ter por referência a vida, e passa a se dirigir a outras obras de arte, identificadas como produtos do gênio, imitação que é parte necessária do treinamento do artista para o aprendizado das formas da arte, necessárias à expressão do seu próprio gênio.

O ápice do pensamento da arte como expressão da interioridade, no entanto, surge em Hegel. Ao relegar tanto o princípio da imitação da natureza como a função de purificação espiritual, atribuídas à arte por Aristóteles, a um papel não essencial, Hegel (2001a, p. 64) dá primazia à criação sobre a imitação e à abstração sobre a concreção.

Numa linha plenamente coerente com o seu pensamento filosófico, Hegel entende que a arte pode assumir qualquer configuração, desde que expresse adequadamente a interioridade autoconsciente do espírito. O belo artístico é a ideia que a obra deve exprimir. No percurso do seu raciocínio, Hegel chega a apresentar a “exatidão” como o conceito de verdade puramente formal, mas não se satisfaz com ele porque entende que a arte é antes de tudo o conteúdo do espírito. Na sua busca pelo saber absoluto, Hegel privilegia a forma puramente imaterial da poesia como a que perpassa as demais artes particulares e como a mais adequada à expressão pura do espírito.

Miner (1996, p. 44-45) entende, aliás, que a recusa ao princípio da representação, a partir de um certo período da literatura ocidental, é que permitiu que o leitor europeu compreendesse melhor as tradições afetivo-expressivas do Oriente, embora saiba que elas também estão centradas numa pressuposição realista que, por sua vez, é contestada no Século XX e, no Japão, teoria dado origem a uma poética antiexpressionista (MINER, 1996. p. 45).

Até mesmo Gadamer (2007, p. 225-230), que combate os excessos do Iluminismo e do Romantismo na rejeição ao saber clássico e às tradições, propondo o seu resgate, identifica na Literatura uma posição-limite em que a representação do mundo no jogo de configuração da arte é posta à prova.

Gadamer, no entanto, extrai dessa posição uma consequência diferente, pois ela demarca a abertura da configuração que só pode ser complementada pela postura ativa do leitor, sendo que isso vale não apenas para a configuração artística, mas para todo tipo de texto. Daí parte-se para as teorias da recepção que dominaram o pensamento do Século XX.

A “obra aberta”, portanto, não é apenas aquela intencionalmente configurada como tal: toda obra é aberta, e é no jogo entre determinação e indeterminação que o sentido e a verdade se constroem na interpretação.

Não surpreende que Gadamer (2007, p. 426-447) veja na Hermenêutica Jurídica o caso paradigmático, porque nela a interpretação sempre está acompanhada da aplicação, ou seja, das suas consequências práticas. Com a teoria da recepção, o mundo representado de Aristóteles, plasmado em obra, e também a expressão do gênio e do espírito para os Iluministas e os Românticos, deixam a objetividade da obra e a interioridade da ideia para voltarem à vida na experiência do leitor.



Se o conceito de ficção evoluiu de uma despreocupação com o acontecimento real, mas preservando a preocupação com a verossimilhança, que pressupõe a existência de um mundo cognoscível, como o representa Aristóteles, para a ideia contemporânea de ficção como irrealidade ou fantasia, existe uma forte tentação de associá-lo também à ideia de falsidade. Como se viu, no entanto, a ficção só mereceria essa identidade com o falso se o único conceito admissível de verdade fosse o de correspondência, o que não ocorre (WELLEK; WARREN, 2003, p. 286).

Está claro porque não só Ricouer (2010a, p. 372-373), mas também Gadamer e Hegel, entendem que todo o texto, ficcional ou não, traz em si uma pretensão de veracidade. Se a verdade da ficção não pode ser julgada a partir de sua correspondência com o real, e nem mesmo de sua verossimilhança, é preciso buscá-la em outro referencial.

Ricouer (2010a, p. 88-89), trabalha com a ideia de suspensão da incredulidade, que é representada pela fórmula “Era uma vez” nas narrativas infantis (ROSENFELD, 2014, p. 26), e sustenta que a verdade da ficção é definida por sua capacidade de fazer-se acreditar. Jorge Luís Borges (1998, p. 240) esclarece que a “suspensão da dúvida” é a fórmula que, para Coleridge, representa a síntese da fé poética. Essa ideia de credibilidade depende intimamente de sua relação de coerência interna. Entrando num terreno controverso, pode-se afirmar que, para quem entende a história da vida de Jesus como um texto ficcional, uma quebra da coerência interna ocorreria se os Evangelhos relatassem a existência de um irmão mais velho do Messias, ou a descoberta dos seus restos mortais.

Tzvetan Todorov (2014, p. 91), que também adota uma concepção de verdade como correspondência entre as palavras e as coisas que estas designam, dirá que a literatura é uma linguagem que não admite esse tipo de prova e que, ao contrário, “conhece uma exigência de validade ou de coerência interna”, mas faz um esclarecimento interessante: “só o que no texto é dado em nome do autor escapa à prova da verdade; a fala das personagens, esta, pode ser verdadeira ou falsa, como no discurso cotidiano” (TODOROV, 2014, p. 91).

Ou seja, o que está no plano do texto não pode ser submetido à prova da verdade, mas o que é dito pelas personagens, no plano da ação, pode ser submetido a essa prova dentro do mundo do texto, como se verá a seguir.

André Gaudreault e François Jost (2009, p. 58), tratando da narrativa cinematográfica, trabalham com ideia muito semelhante, segundo a qual a ficção faz crer que aquilo que se passa aos olhos do espectador não é uma farsa entre atores, mas o diálogo veraz entre personagens.

Umberto Eco (2016, p. 190) destaca a utilidade do estudo conjunto de cinema e literatura por serem ambas artes da ação, que são, portanto, as mais próximas da concepção aristotélica de **Arte Poética** e, por consequência, da concepção de narrativa aplicável a todas as suas espécies, inclusive à narrativa jurídica.

A maior contribuição dos autores, no entanto, é atribuir ao espectador o papel de distinguir a realidade da ficção, que os autores denominam, no cinema, de “atitude documentarizante” e “atitude fictivizante” (GAUDREULT; JOST, 2009, p. 46-48). Tal tese, além de resolver problemas específicos da classificação de algumas obras cinematográficas do final do Século XIX, dos irmãos Lumière, dialoga indiscutivelmente com as teorias hermenêuticas da recepção.

Só o deslocamento do poder de distinguir fato e ficção da obra para o leitor é que torna admissível um procedimento frequente nas Ciências Sociais: a utilização de grandes clássicos da literatura como fonte de informação histórica, que tem como exemplo mais recente a referência do economista Thomas Piketty (2014, p. 115-117), em seu **O Capital no Século XXI**, às obras de Jane Austen e Honoré de Balzac como indicadores da concentração de riqueza na Europa Ocidental no Século XIX.

Um meio como o cinema é privilegiado para o esclarecimento da distinção entre ficção e não-ficção, mas Aristóteles (1995, p. 28) já sustentava que não é a forma de composição que diferencia poesia de história (e que, portanto, a história também pode ser “metrificada”), e que a distinção viria exatamente do tipo de compromisso com os fatos.

Mais uma influência aristotélica em Gaudreault e Jost (2009, p. 49) está na indicação da organização dos acontecimentos como critério distintivo da ficção, em oposição à desorganização da vida que pode ser captada pelas câmeras. A coerência do mundo da ficção com “as suas próprias leis” também é vista pelos autores como medida da capacidade de manter em suspenso a incredulidade.

Searle (1979, p. 60-61) sustenta que lugares-comuns como “suspensão da incredulidade” e “*mimesis*” expõem o problema mas não a sua solução, já que a questão é saber exatamente como e por que se suspende a incredulidade.

Para preparar a discussão, o autor faz interessantes distinções entre a metáfora e a ficção, sendo que, na primeira, o sentido da elocução não é literal, mas sério, e, na segunda, o sentido da elocução pode ser literal, mas falta-lhe a condição de sinceridade da seriedade (SEARLE, 1979, p. 60).

Semelhante distinção entre a ficção e a metáfora é proposta por Todorov (2014, p. 67-69), para quem, diante de um texto que apresente um fenômeno maravilhoso, é preciso

verificar se o seu sentido é figurado e, portanto, sem pretensão representativa, próprio da poesia e da alegoria, ou literal, com pretensão representativa, próprio da ficção.

Ao contrário de Gaudreault e Jost, Searle (1979, p. 59) afirma, ainda, que se um trabalho é ou não literário, cabe aos seus leitores decidir; se é ou não ficcional, cabe ao seu autor fazê-lo, o que é discutível, mas é coerente com a sua teoria dos atos de fala que, portanto, vincula fortemente o conteúdo da elocução ao seu emissor.

Searle (1979, p. 65) sustenta que o autor de ficção finge (“*pretends*”) estar fazendo uma afirmação, mas distingue os sentidos do verbo entre o de enganar e o de agir “como se”, de representar ou simular, e afirma que esse segundo sentido se aplica à ficção.

Na mesma linha, David Lewis (1978, p. 40) afirma que a ficção é fingimento, em que o autor não tem a menor intenção de iludir, mas sem embargo pratica o falso de contar algo como um fato sem que esteja efetivamente fazendo isso, e que essa natureza dissimulada é mais aparente nas narrativas ficcionais em primeira pessoa.

Francisco Balaguer Callejón (2016, p. 336), em estudo específico sobre as relações entre Direito e Arte, afirma que a ficção não equivale à mentira porque não se opõe à verdade, e sim à realidade, e que a pretensão de validade da arte não é a de correspondência, mas de verossimilhança dentro do contexto fictício em que opera. O autor recorda ainda que o próprio Direito opera com ficções, que limitam o alcance da verdade, enquanto correspondência, e podem inclusive ser contrárias a ela.

Muito provavelmente sem sabê-lo, Searle e Lewis remetem ao poema **Autopsicografia**, de Fernando Pessoa (2002, p. 23), um dos maiores clássicos da literatura de língua portuguesa, que é uma verdadeira poética condensada em três estrofes:

#### Autopsicografia

O poeta é um fingidor  
Finge tão completamente  
Que chega a sentir que é dor  
A dor que deveras sente

E os que lêem o que escreve  
Na dor lida sentem bem,  
Não as duas que ele teve,  
Mas só a que eles não têm.

E assim nas calhas da roda  
Gira, a entreter a razão,  
Esse comboio de corda  
Que se chama coração.

A primeira estrofe traz uma afirmação muito completa do estatuto lógico da ficção (embora, nesse caso, seja direcionado à lírica, não à narrativa ou ao drama, mas perfeitamente cabível para os seus casos), enquanto a segunda apresenta uma definição compatível com o conceito de catarse em Aristóteles e com as contemporâneas teorias da recepção.

Audemaro Taranto Goulart (2010, p. 3) identificou a mesma fecundidade teórica no poema **Autopsicografia**, enxergando em sua primeira estrofe “uma feição metapoética, na medida em que procura desvelar os mecanismos da criação ficcional, fazendo o poema voltar-se sobre si mesmo para explicar-se como construção e arranjo de significações”.

Goulart (2010, p. 4) prossegue afirmando que, na segunda estrofe, “o texto volta-se agora para a sua dimensão estética, na medida em que deixa clara uma função que opera os mecanismos da sensibilidade do receptor”, questão que, por sinal, será enfrentada no momento em que se discutir a terceira etapa da tripla *mimesis*, a refiguração pelo leitor, de acordo com a perspectiva de Ricoeur.

O autor inclusive deixa clara a evocação do poema à função catártica da arte, que revela a “convicção de que o texto artístico pode aliviar a dor do leitor, a partir da constatação de que o leitor suaviza o seu desconforto quando se dá conta de que as duas dores que acometem o poeta representam aquela que ele não tem” (GOULART, 2010, p. 5).

Por fim, Goulart (2010, p. 5-6) entende que a terceira estrofe revela o aspecto lúdico da experiência estética, questão que também será retomada na discussão sobre a refiguração, neste caso a partir da obra de Gadamer (2007, p. 154-165).

Retomando a questão do fingimento ou da simulação na ficção, Searle (1979, p. 68) afirma que o ato ilocucionário é simulado, mas a elocução é real, e por isso não há propriedade textual, nem sintática nem semântica, distintiva entre a ficção e a não-ficção. Embora essa afirmação possa ser desmentida por algumas fórmulas sintáticas como o “Era uma vez...” dos contos de fadas (ROSENFELD, 2014, p. 26), esse é um caso especial.

Segundo Lewis (1978, p. 44-46), a verdade na ficção é um produto conjunto do seu conteúdo explícito, das crenças predominantes na sua comunidade de origem e da remissão a outras verdades ficcionais, sejam elas intra ou inter-ficcionais.

A narrativa de ficção é, portanto, a pseudoperformance não enganosa de um ato ilocucionário assertivo (SEARLE, 1979, p. 65), ou, dizendo-o de uma forma desvinculada do emissor, uma história de ficção é a representação simulada de um estado de coisas (SEARLE, 1979, p. 69).

É essa substancial identidade de conteúdo propositivo entre as narrativas ficcionais e não-ficcionais que permite a aplicação das mesmas categorias da teoria da arte às demais espécies de narrativa, inclusive a jurídica.

Jackson (1988, p. 157) concorda que em princípio não há diferença entre a construção do fato no processo e a construção da narrativa ficcional, exceto pelo aspecto de que os fatos postulam a sua própria veracidade, e não meramente a sua credibilidade, como a ficção, mas isso não altera a estrutura do significado, porque a afirmação da veracidade é apenas parte da mensagem, ou, como diria Searle, do seu conteúdo propositivo.

Pode-se dizer, por sinal, que uma narrativa policial ficcional está repleta de afirmações de veracidade do próprio discurso das personagens, e que serão progressivamente testadas, ora confirmadas, ora desmentidas, no curso da narrativa, de forma muito semelhante à de um processo judicial.

Além dessa identificação no conteúdo propositivo, um outro fato contribui para dificultar a distinção, que é a presença de elementos não-ficcionais em muitas histórias de ficção, como o desenvolvimento de histórias em tempos e lugares reais ou históricos, ou o desenvolvimento de intrigas ficcionais a partir de personagens reais.

Earl Miner (1996, p. 300) sintetiza que “a ficcionalidade literária em grande escala, como no dadaísmo literário, se torna cada vez menos inteligível, na medida em que se torna cada vez mais ficcional. Repetindo, uma obra completamente ficcional seria ininteligível”.

No outro extremo, existem as ficções baseadas em fatos reais, que abundam na teledramaturgia contemporânea, e que por isso frequentemente têm a autenticidade criticada pelas pessoas cuja vida foi ficcionalizada sem o mesmo compromisso de um documentário.

Samantha Young (2011, p. 2) esclarece que as ficções históricas assumem duas formas fundamentais: as que situam os eventos num pano de fundo ou período histórico, ou seja, em que o ambiente é real, mas a trama imaginária, que ela denomina “narrativas ‘era uma vez’”, e aquelas que empregam ‘fatos’ históricos na trama, que ela denomina “narrativas ‘de acordo com’”.

Por fim, Searle (1979, p. 73), e nisso concordando com Ricouer, como se verá no próximo tópico, afirma que o critério de verdade da ficção é a consistência do conteúdo com as convenções da obra ficcional, e que dentro das possibilidades da sua ontologia, tudo vale, sendo que, quanto à plausibilidade da sua ontologia, a coerência é um critério crucial.

Prosseguindo na análise do problema da verossimilhança na poética clássica, Horácio (1995, p. 59), cuja obra teve em Roma uma influência comparável à de Aristóteles na

Grécia, já sustentava que, ao deixar de lado a tradição e criar novas personagens, o autor deveria conservá-las até o fim tal como surgiram, fiéis a si mesmas. O que parece ser uma afirmação obstinada da coerência como critério de verdade cede à tolerância de Horácio (1995, p. 65) com “algumas poucas nódoas, que ou o descuido deixou passar, ou a natureza humana não preveniu bastante”.

Miner (1996, p. 278) também relativiza a necessidade de coerência perfeita na obra, entendendo que, se a narrativa funciona como continuidade que conduz a um final, “não importa se os vários elementos não se encaixam perfeitamente”.

Assim, a coerência interna é um critério importante para a pretensão de veracidade da ficção, mas a perfeição, quando preciso, deve dar lugar à fluidez da sequência de acontecimentos. Aliás, como dito há pouco, Miner identifica uma necessidade residual de verossimilhança em qualquer obra, por mais que trabalhe com o maravilhoso ou a criação de novos mundos, mesmo que coerentes consigo mesmos, visto que, na medida em que se torna cada vez mais ficcional, a obra se tornaria cada vez menos inteligível.

O problema da inteligibilidade é claramente perceptível nas sequências de obras ficcionais (partes de trilógicas fílmicas, capítulos de folhetins, de radionovelas e de telenovelas), que, mesmo podendo ser acessadas por qualquer um como obras autônomas, certamente serão muito menos significativas para o espectador que não esteja familiarizado com as leis daquele universo ficcional, que costumam ser introduzidas nas primeiras obras.

O critério da verdade, então, é extraído de uma relação entre o mundo da obra e o mundo do leitor, da consistência interna daquele e da sua capacidade de evocar as experiências deste, não para uma simples contemplação, mas para inspirar a ação.

Se for possível aplicar também à arte o repertório conceitual de Habermas, o conceito de verdade passa de algo próximo da correspondência em Aristóteles e Horácio (imitação e verossimilhança) para algo próximo da sinceridade ou autenticidade em Kant e Hegel (expressão do gênio ou do espírito) e por fim para algo próximo do consenso em Gadamer e Ricouer (realização do texto na experiência do leitor pela fusão de horizontes).

### **3.1.2 A narrativa histórica e o problema da veracidade**

Ricouer (2010a, p. 139) diferencia os dois grandes tipos de narrativa entre ficção e narrativa histórica, em termos muito semelhantes aos expostos acima, e que remontam à tradição aristotélica, ou seja, a partir da existência de um compromisso com a verdade na narrativa histórica e da ausência deste compromisso na ficção.

A preocupação com a veracidade, portanto, faz a narrativa histórica se valer de uma categoria muito própria da teoria jurídica, que é a de prova. Segundo Ricouer (2010c, p. 237) o recurso aos documentos “marca uma linha divisória entre história e ficção: diferentemente do romance, as construções do historiador visam a ser reconstruções do passado. Através do documento e mediante a prova documental, o historiador é submetido ao que um dia foi”.

Ricouer (2010c, p. 236-266) diferencia os vestígios, os monumentos e os documentos e discute o quanto um documento, por ter a sua natureza explicitamente registral, diz sobre os fatos históricos, e se o mais importante consiste naquilo que o documento tinha a intenção de registrar, para fins de preservação, ou se o que efetivamente importa é aquilo que ele registra sem ter a intenção de fazê-lo.

Ricouer (2010a, p. 178) lembra que “os arquivos oficiais são instituições que refletem uma escolha implícita em favor da história concebida como coletânea de acontecimentos e como crônica do Estado”.

Além disso, como o tempo é uma categoria central em sua obra, Ricouer (2010a, p. 171) trata das três velocidades da história, referindo-se, primeiro, à 1) histórica factual, ou de acontecimentos individuais, das oscilações breves, mais rica em humanidade, mas mais perigosa, sob a qual se desenrola 2) uma história de ritmo lento, história social, de grupos e de tendências profundas, das instituições políticas e das mentalidades, e, por fim, além desta, 3) uma história quase imóvel, do homem em suas relações com o meio circundante, em face da qual se fala no tempo geográfico.

Ricouer (2010a, p. 173) prossegue afirmando que “por intermédio da lentidão, do peso, do silêncio do tempo longo, a história alcança uma inteligibilidade que só pertence à longa duração, uma coerência própria tão-só dos equilíbrios duráveis, uma espécie de estabilidade na mudança”.

No entanto, ao discutir o critério de verdade na história, Ricouer (2010a, p. 185) faz uma hábil narração da história das ideias, demonstrando, em primeiro lugar, que, para defensores da unidade da ciência, foi natural o surgimento de um modelo nomológico, que seria a resposta da história às leis causais das ciências naturais modernas, e que a sua base seria a noção de acontecimento como “átomo da mudança histórica” (RICOUER, 2010a, p. 186).

A metáfora física do átomo como unidade indivisível não é casual, e Ricouer segue informando que os conceitos de “lei, causa e explicação se superpõem. Um acontecimento é explicado quando é ‘coberto’ por uma lei e seus antecedentes são

legitimamente chamados de suas causas. A ideia chave é de regularidade” (RICOUER, 2010a, p. 188).

A questão da regularidade na ciência social (e na ciência histórica) é sempre desafiada pelo problemático conceito de livre arbítrio, e cabe recorrer a David Hume para lembrar há quanto tempo essa questão é enfrenada na filosofia. O próprio Ricouer (2010a, p. 188) diz que “a ideia humiana de causa é, portanto, assumida sem nenhuma ressalva”.

Não é demais registrar que o filósofo inglês se afligia com o aparente paradoxo entre a grande previsibilidade das ações humanas diante de certas circunstâncias, por um lado, e a experiência íntima da liberdade que cada indivíduo autônomo carrega consigo (HUME, 2004, p. 134-135).

Para tentar reconciliar as ideias de necessidade (ou causalidade) como “conjunção constante de objetos semelhantes, ou inferência do entendimento, que passa de um objeto ao outro” (HUME, 2004, p. 139), que rege o mundo natural, e de liberdade, como “poder de agir ou não agir, de acordo com as determinações da vontade” (HUME, 2004, p. 136-137), que rege a vida humana, o autor sustenta uma filosofia moral utilitarista, afirmando que, se “todas as leis se fundam em recompensas e punições, toma-se como princípio fundamental que esses motivos têm uma influência regular e uniforme sobre a mente, e são capazes de produzir tanto as boas ações como evitar as más ações” (HUME, 2004, p. 139-140). Por consequência, é a capacidade do homem livre de calcular racionalmente os prejuízos e benefícios de suas ações que atribui alta previsibilidade à vida social, algo, portanto, análogo ao pensamento causal da ciência natural.

Apesar disso, Hume (2004, p. 125) alerta que não se deve esperar “que essa uniformidade das ações humanas chegue a ponto de que todos os homens, nas mesmas circunstâncias, venham sempre a agir precisamente da mesma maneira, sem levar minimamente em consideração a diversidade dos caracteres, das predisposições e das opiniões”.

Voltando a Ricouer (2010a, p. 192), esse reconhecimento de que “as explicações fornecidas pelos historiadores não funcionam em história tal como funcionam nas ciências da natureza” foi devidamente explorado pelos adversários do modelo nomológico, até a sua destituição do paradigma da ciência histórica.

Assim, “notou-se que, em história, sendo as generalidades antes correlações de alta frequência do que relações invariáveis, os contraexemplos não desmentem as leis gerais (não é sempre verdade que o poder corrompe e é inverificável que o poder absoluto corrompe absolutamente)” (RICOUER, 2010a, p. 198).



Isto porque “em história uma causa define, não qualquer condição, mas aquela sobre a qual se pode agir; nesse sentido, os valores da ação se infiltram em toda avaliação das causas; deve-se dizer, ademais, que atribuir uma causa é admitir um fato e estipular um valor” (RICOUER, 2010a, p. 198).

Se a explicação não é tal e qual a das ciências naturais, “a história não está condenada a ser um campo de batalha entre pontos de vista inconciliáveis. Há espaço para um pluralismo crítico, o qual, embora admita mais de um ponto de vista, não os considera todos igualmente legítimos” (RICOUER, 2010a, p. 200). Se isso cria dificuldades para a busca da verdade como correspondência aos fatos, ao menos é possível aproximar-se de uma verdade compatível com a experiência da vida humana.

Por isso, em lugar das leis causais da ciência natural, transpostas à ciência histórica (sempre que houver opressão, seguir-se-á a revolução; sempre que houver revolução, seguir-se-á a democracia), Ricouer (2010a, p. 301) oferece como alternativa a imputação causal singular, que é “o modelo explicativo que faz a transição entre a causalidade narrativa – a estrutura do ‘um pelo outro’ que Aristóteles distinguia do ‘um depois do outro’ – e a causalidade explicativa que, no modelo nomológico, não se distingue da explicação por leis”.

Segundo Ricouer (2010a, p. 303), “todo historiador, para explicar o que aconteceu, se pergunta o que poderia ter acontecido”. Assim como no conceito de inevitabilidade individual do resultado de Jakobs (2008, p. 201-219), a afirmação sobre o âmbito do possível contradiz a distinção aristotélica entre história, que se apega ao que aconteceu, e poesia, que explicita o que pode acontecer. Em última análise, a explicação vai além da mera reprodução dos fatos e, por isso, precisa incorporar recursos típicos do pensamento ficcional.

O autor (RICOUER, 2010a, p. 309) segue dizendo que “a causalidade histórica tem o estranho estatuto de uma investigação que fica devendo no que se refere à busca de regularidades e de leis e que se excede em comparação com as abstrações da sociologia”.

Por fim, Ricouer (2010a, p. 314) enfatiza que é “a construção do ‘quadro imaginário’ criado por abstração e avaliação das conseqüências do suposto acontecimento suprimido que constituem a estrutura lógica do argumento causal”. Com isso, o autor se aproxima da teoria da *conditio sine qua non*, muito familiar aos juristas na definição do nexo de causalidade, em especial no Direito Penal.

Em síntese, a narrativa histórica distingue-se da ficcional por sua pretensão de veracidade, por seu recurso às reminiscências do passado no presente, na forma dos vestígios, dos documentos e dos monumentos, que precisam ser rearticulados num todo consistente.

É evidente que, de acordo com a duração da história a que se refira o pesquisador – a factual, a de longa duração ou a quase cosmológica – a articulação causal entre os elementos de prova disponíveis será muito diferente e, como dito, na medida em que a história tem por objeto principal as ações humanas – ainda que indiferenciadas nas grandes transformações econômicas, sociais e culturais da longa duração – não é possível ater-se a um modelo causal nomotético como o das ciências naturais, e sim à probabilística da imputação causal singular.

### **3.1.3 A narrativa judicial e o problema do veredicto**

Ao tratar da narrativa jurídica, é preciso iniciar com um esclarecimento: o propósito do presente trabalho não é, predominantemente, discutir o seu papel global e fundador na constituição do mundo normativo, a que Habermas (2012, p. 170-174) se refere, ou *nomos*, mencionado por Cover (1983, p. 4-5), e sim entender como se dá a representação dos fatos em casos particulares no âmbito do processo judicial.

E para tanto, à primeira vista, parece claro que as narrativas judiciais pertencem à grande família das narrativas históricas, em especial as de curta duração, de acontecimentos e com personagens individuais, e nem mesmo o recurso frequente da dogmática e dos operadores do direito às ficções jurídicas modifica o fato de que, na prática judicial, as histórias são contadas com a pretensão de refletir o que efetivamente ocorreu no mundo real e de, a partir da afirmação de uma certa história, conferir-lhe certas consequências jurídicas, inclusive para interferir nesse mundo, modificando situações de fato socialmente indesejadas, ou preservando ou restaurando situações de fato socialmente desejadas.

Esta é, por exemplo, a posição de Juan Pablo Posada Garcés (2010, p. 207), para quem, mediante a realização de uma narrativa de caráter histórico, pois se espera que ela possua referência fática, as ações nela narradas, de acordo com a trama, serão interpretadas dando lugar a uma sanção ou ao reconhecimento de um direito.

Nos mesmos termos, na dogmática processual penal, Ferrajoli (2014, p. 54) sustenta que “a verdade processual fática é na realidade, um tipo particular de verdade histórica, relativa a proposições que falam de fatos passados, não diretamente acessíveis como tais à experiência”

Taruffo (2014, p. 641) faz afirmação semelhante, ao sustentar que a veracidade da averiguação dos fatos é uma condição necessária à realização da justiça, “baseada na

tradicional constatação e difundida constatação de que nenhuma decisão pode ser considerada justa e legítima caso seja fundada ‘sobre fatos errados’”

Jackson (1988, p. 73) coloca bem o dilema segundo o qual, por um lado, a construção do fato em juízo é comparável à construção da plausibilidade na narrativa de ficção, mas, por outro lado, supõe-se que os julgadores não devem se convencer apenas da plausibilidade de uma história, mas de sua veracidade.

No entanto, conforme a precisa descrição de Lisa Kern Griffin (2013, p. 289), os objetivos de um julgamento vão muito além da revelação de fatos e da descoberta da verdade, pois existem questões relativas ao devido processo legal, à proteção da privacidade, à preservação de determinados relacionamentos, à preocupação com as diferenças de poder entre o Estado e seus cidadãos, e quanto aos diferentes custos dos erros nos veredictos, conforme sua natureza condenatória ou absolutória.

O próprio Taruffo (2014, p. 644) em certa medida reconhece essa maior riqueza de objetivos e valores orientadores do processo, mas entende que o afastamento da verdade como correspondência se deve basicamente ao interesse na economia processual, e que esse interesse, por sua vez, é supervalorizado com relação às outras exigências e aos outros valores processuais.

Também ciente da tensão entre a verdade, tida como correspondência, e outros valores, como a segurança, no campo jurídico, Callejón (2016, p. 344) enfatiza que o Direito tem uma capacidade formal de determinar socialmente a última verdade, que se converte enquanto tal na única verdade que o sistema jurídico reconhece como válida.

Callejón (2016, p. 350) esclarece ainda que a abertura do processo de determinação da verdade, típico da literatura, só se realiza no Direito no âmbito da Ciência Jurídica, que pode prorrogar o debate sobre o conflito jurídico para além da sua resolução formal, o que é um excelente exemplo da distinção entre fenômeno e ciência, e, em especial, de que a natureza da atividade dos juristas práticos não é científica, e sim política, de resolução de conflitos sociais, que deve ser objeto da Ciência Jurídica, cujas conclusões, como as de qualquer ciência, nunca “transitam em julgado”.

Não por acaso, Taruffo (2014, p. 657) entende que “o fato não contestado poderá ser considerado como verdadeiro, e portanto posto à base da decisão, somente quando o juiz haja amadurecido a convicção da veracidade do enunciado que o descreve”, sustentando postura contrária à da doutrina predominante a respeito dos efeitos da revelia no processo civil, exatamente por acreditar que a aceitação passiva do juiz de acordos processuais das partes ou da omissão de uma delas torna a sua decisão excessivamente sujeita a erro.

O problema do erro nos veredictos não foi ignorado por Austin (1962, p. 42-43), para quem, mesmo que se tenha um mau veredicto, seja nas decisões judiciais, seja nas decisões arbitrais do esporte, quando definitivo, ele continuará produzindo efeitos, mesmo que seja falso, sob o ponto de vista da verdade correspondência, desde que não seja insincero, ou seja, que a decisão tenha sido tomada honestamente em face da prova que lhe foi oferecida.

Essa questão dialoga com a tese de Marcelo Galuppo (2015, p. 11), que será desenvolvida mais à frente, para quem o juiz ou os jurados são responsáveis pelo desfecho da história do caso que lhes é posto à apreciação.

Se o mau veredicto continua produzindo efeitos, nos casos em que não é possível revertê-lo procedimentalmente, ou, mesmo quando revertido, até a sua reversão (no caso da revisão criminal ou da ação rescisória), isso significa que a verdade da narrativa jurídica, que inclui o desfecho plasmado pela decisão judicial e por sua execução, é diferente da verdade característica da narrativa histórica.

Aliás, a história pode precisamente dedicar-se a esclarecer e denunciar o erro factual de determinados atos veridictivos, mas, por sua vez, a verdade histórica continuará precisando considerar que tais atos, ainda que tenham representado uma apreciação equivocada dos fatos, declararam a verdade oficial a seu respeito, e produziram os devidos efeitos.

A absolvição de O. J. Simpson, no caso do duplo homicídio de Nicole Brown e Ron Goldman foi controversa (BAYNES, 1997), e a “mão de Deus” de Diego Maradona na Copa do Mundo de 1986 (BRITO; MORAIS; BARRETO, 2011) foi um indiscutível erro de apreciação factual pelo árbitro, mas os efeitos de ambos os atos são igualmente indiscutíveis: O. J. saiu livre, e a Argentina se classificou para as semifinais do torneio, terminando por se sagrar campeã.

Ferrajoli (2014, p. 60) está ciente de que a distinção entre o erro judiciário e os erros históricos e científicos reside exatamente na coisa julgada, que torna irreparável o primeiro. Ainda que os ordenamentos positivos possam prever, em alguma medida, a sua reversão, como dito, eles terão produzido efeitos práticos enquanto não forem revertidos, e a discussão acerca das ações autônomas de impugnação que têm a função de revertê-lo, descritas pela dogmática processual, bem o debate sobre os limites da coisa julgada, fogem ao objeto do presente trabalho.

José Carlos Barbosa Moreira (1970, p. 10) adverte que “a coisa julgada é instituto de função essencialmente prática, que existe para assegurar estabilidade à tutela jurisdicional

dispensada pelo Estado” e esclarece ainda que não se pode confundir eficácia com imutabilidade, que é a principal característica da coisa julgada, já que a produção de efeitos pela sentença pode ser anterior à sua formação (MOREIRA, 1970, p. 11).

Barbosa Moreira (1970, p. 13) segue esclarecendo que a imutabilidade do conteúdo da sentença não importa imutabilidade da situação jurídica a que o veredicto se refere, já que “se se julgou que A devia pagar a B certa importância, nada obsta a que, antes ou depois do trânsito em julgado, A pague a dívida, ou B a remita, e assim se extingue a relação de crédito declarada pela sentença”.

Para além da desconexão temporal entre a coisa julgada e a situação vivencial a que ela se refere, que pode seguir mudando, o carácter problemático da sua reconstrução nos autos é reconhecido pela própria legislação brasileira, que tanto no antigo (BRASIL, 1973) como no atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) sustenta que a verdade dos fatos não faz coisa julgada, muito embora a questão crucial aí diga respeito à imutabilidade dos efeitos da decisão.

É interessante observar que, para Emílio Betti (2007, p. 329), a coisa julgada motiva inclusive uma nova atitude interpretativa que, mesmo em caso de contradição entre fundamentação e dispositivo, exige um respeito ao princípio da conservação do ato jurídico, e uma interpretação corretiva destinada a manter o dispositivo, demonstrando a primazia prática da interpretação jurídica, e, por consequência, adequando a fundamentação ao seu conteúdo.

O que justifica as divergências entre a verdade encontrada pela narrativa histórica e a verdade dos atos veridictivos no processo judicial (e no esporte), se para todas elas a precisão factual é igualmente importante?

Como vimos, Griffin entende que, além da verdade, outros interesses lhe são superiores, mas a aceitabilidade de uma “justiça sem verdade”, entendida como correspondência, só pode ser compreendida quando avaliada a partir de outro valor igualmente importante para o Direito, e para os sistemas normativos lúdicos: a segurança.

Castanheira Neves (1967, p. 469) coloca a questão de forma lapidar, dizendo, a respeito da relação entre verdade e justiça, que “se a existência simultânea dos dois valores parece definir *primo conspectu* o ponto ideal da realização do direito, o certo é que essa simultaneidade só viria a revelar-se uma antinomia paralisante para a própria justiça”.

Essa é também a posição de Callejón (2016, p. 342) para quem, enquanto a verdade está conectada aos princípios da igualdade e da justiça, a certeza está ligada ao princípio da segurança jurídica, e a relação entre Direito e Arte é exatamente o campo privilegiado para compreender a tensão entre verdade, por ele vista como correspondência, e

certeza, que seria a dimensão subjetiva da pretensão de validade.

Muito semelhante é a tese de Amalia Amaya (2013, p. 12), para quem a precisão factual é um valor relevante para os sistemas jurídicos, mas eles foram construídos para perseguir outros valores além da verdade, o que revela, embora não o diga expressamente, que a autora também assume a verdade como correspondência.

Castanheira Neves (1967, p. 470) sustenta que a dimensão normativo-prática do Direito não condiz com a busca da verdade de pura intenção teórica, já que, apesar da incerteza, é preciso decidir, visto que o seu campo não se concilia com a abstenção ou o adiamento, justamente porque a vida humana é o âmbito da ação.

A posição é muito semelhante à do utilitarista John Austin (1832, p. 43), para quem, no âmbito jurídico, o período de deliberação é breve, e estendê-lo além do devido é equivalente à omissão.

Castanheira Neves (1967, p. 471) enxerga as regras de distribuição do ônus da prova e o princípio do *in dubio pro reo* como demonstrações da prioridade do decidir sobre o conhecer que se verifica no âmbito jurídico.

O autor segue dizendo que a parcial desconexão entre a verdade e a decisão jurídica não significa uma decisão arbitrária, mas que se substitui um juízo de verdade teórica por um juízo de certeza prática, que poderia ser definido como verdade-convicção (NEVES, A, 1967. p. 479).

A Dogmática Processual enfrenta há bastante tempo o problema da verdade, inicialmente posto como dilema entre a verdade formal e a verdade real. A questão, que hoje é apresentada pela literatura como “antiga” ou “caduca”, costumava opor o Processo Civil ao Processo Penal e dizia respeito ao diferente papel do juiz na gestão da prova, às provas admissíveis e às consequências jurídicas da confissão e da revelia.

Usualmente, tinha-se o Processo Penal como campo da “verdade real” justamente em função das consequências graves da condenação, dentre elas a privação de liberdade do réu. Em sentido oposto, o Processo Civil seria o campo da “verdade formal”, em que seriam impostos limites mais estritos à coleta de prova pelo magistrado.

Em lugar de pormenorizar essa discussão, é preciso ir além dela e observar a concepção de dois dos principais processualistas da contemporaneidade, Taruffo e Ferrajoli. Para ambos, a ideia de verdade persiste sendo a de correspondência, mas ambos reconhecem os diversos obstáculos ao seu alcance, tanto os que existem em qualquer forma de investigação – e ambos os autores apresentam uma tipologia composta pelas investigações históricas, científicas e judiciais – como as que são específicas do processo judicial.

Ambos adotam como ideal a investigação científica, mas Ferrajoli demonstra consciência mais clara do que Taruffo quanto às suas limitações, que serão discutidas mais à frente. Ferrajoli (2014, p. 49) se refere diversas vezes à ingenuidade do realismo iluminista e, embora recorra tanto quanto Taruffo à concepção semântica de verdade de Alfred Tarski, percebe com maior clareza que ela não se compromete com a “existência de uma correspondência ontológica entre as teses das quais se predica a verdade e a realidade às quais elas se referem, mas limita-se a elucidar de maneira unívoca e precisa o significado do termo ‘verdadeiro’, como predicado linguístico de um enunciado” (FERRAJOLI, 2014, p. 51-52)

Aliás, talvez a grande diferença entre as posições de Ferrajoli e de Taruffo resida em sua fundamentação política: em Ferrajoli (2014, p. 69), ela é explícita, fundada na ideia de um direito penal liberal, enquanto, em Taruffo (2012), é implícita, mas se deixa entrever na vigorosa rejeição ao sistema processual adversarial estadunidense, que lhe parece ser uma representação do liberalismo individualista competitivo que faz valer o melhor competidor, e não a tese mais verdadeira.

Seria um exagero definir a discreta divergência entre Ferrajoli e Taruffo como um conflito entre posições liberais e posições antiliberais, sobretudo porque, para Ferrajoli, o garantismo penal funciona essencialmente como proteção dos vulneráveis, mas a discordância é suficiente para explicar a influência muito mais presente do pensamento de Popper, que vai além da epistemologia e sustenta uma filosofia política liberal, sobre Ferrajoli, e que poderia ter modificado, como se verá a seguir, a concepção de Taruffo (2012, p. 134-135) quanto à importância do debate e da competição na investigação científica.

Curiosamente, Michel Foucault (2013, p. 21) identifica no modelo do inquérito, centrado no testemunho e desenvolvido na prática judiciária europeia da Idade Média, a origem do método da investigação científica moderna do auge do racionalismo ocidental.

Segundo Foucault (2013, p. 76), “até mesmo domínios como o da Medicina, da Botânica, da Zoologia, a partir dos séculos XVI e XVII, são irradiações desse processo”, que “pode ser definido em grande parte como o desenvolvimento, o florescimento do inquérito como forma geral de saber” (FOUCAULT, 2013, p. 77).

Acontece que Foucault (2013, p. 22) identifica, a partir do século XIX, a emergência de um novo modelo, o modelo do exame, construído pelas ciências empíricas relacionadas à formação e à estabilização das sociedades disciplinares que se perpetuam até a contemporaneidade.

Nesse caso, as instituições disciplinares como a Escola, o Hospital, o Asilo e a Polícia exerceriam seu poder de controle social não como uma punição baseada na apuração

de um acontecimento, mas numa investigação do sujeito para detecção das suas virtualidades, que implicam periculosidade e exigem correção (FOUCAULT, 2013, p. 87)

Por um lado, a leitura histórica de Foucault parece corroborar o modelo quase científico de investigação judicial sustentado por Ferrajoli e Taruffo, mas, por outro, a própria evolução do modelo retrospectivo do inquérito para o modelo preditivo do exame parece afastar-se muito do que os processualistas italianos estariam aptos a aceitar como modelos de busca da verdade pelo Direito num Estado democrático.

Embora as observações de Foucault tenham grande poder ilustrativo, a questão da suposta cientificidade da investigação judicial pode ser resolvida a partir de questões especificamente jurídicas, em especial a necessidade de dar uma resposta que, em algum momento, terá de ser definitiva, pelas exigências de segurança jurídica, e num tempo que não pode ser demasiadamente longo, para garantir a eficiência do sistema judicial, exigências essas que são opostas à inerente provisoriedade do saber científico que, ao contrário de uma sentença, não transita em julgado.

Como dito anteriormente, Castanheira Neves (1967, p. 480-481) nega a natureza científica do saber jurídico, e sustenta que mesmo que o juiz estivesse liberado de todos os seus constrangimentos, que Taruffo considera obstáculos epistêmicos, o juízo de certeza prática não se converteria numa verdade teórica-cognitiva, visto que são diferentes a sua intencionalidade e o seu critério.

À essa altura fica claro que a ambiguidade da relação entre a busca da verdade e a preservação de interesses que lhe são superiores, que ora a limita (com a proscricção de certas provas) ora a expande (com a aceitação da prova ilícita *pro libertatis*), como se viu, põe em xeque a tese de que a verdade perseguida pela prática jurídica é somente a verdade-correspondência. Na opinião de Ferrajoli (2014, p. 62), “não é só a verdade que condiciona a validade, mas também a validade que condiciona a verdade no processo”.

Além disso, a ideia de que exista um interesse mais importante do que a revelação da verdade submete o jurista ao seguinte dilema: é possível alcançar a justiça renunciando conscientemente à busca da verdade? É só quando o referencial de verdade, que é a realidade, se torna problemático, com a inserção dos problemas da multiplicidade de pontos de vista e das limitações das capacidades perceptivas, que passa a ser menos penosa a resignação: se nem sempre é possível alcançar a verdade, por mais intensos que sejam os esforços, então é mais fácil traçar um limite além do qual se pode declarar o esforço infrutífero ou demasiadamente custoso.



Nesse aspecto, inserem-se questões tão diferentes como a da prescrição e a da absolvição por falta de provas: em ambos os casos, trata-se de renunciar à busca da verdade em nome da segurança, mas não se tem ainda a substituição da verdade perdida por uma outra verdade, e sim uma resignação com a ignorância.

Ao contrário, a presunção de veracidade instaurada pela revelia, no Processo Civil, é a tomada da versão de uma das partes como verdadeira porque a outra fracassou em oferecer uma versão alternativa. Com a revelia, admite-se que a verdade dos fatos (correspondência) seja substituída pela verdade do discurso de uma parte diante de outra, que negligenciou a própria defesa. Não por acaso, no Processo Penal, a revelia não tem a mesma consequência do Processo Civil.

Toda essa questão leva à seguinte meditação: a tese da verdade como correspondência é insatisfatória para a narrativa jurídica, podendo-se identificar nela mais de uma pretensão de verdade, veiculada simultaneamente.

Por exemplo, nas narrativas dos juristas, além da verdade-correspondência (isto de fato ocorreu) há também a verdade-correção (isto se deu em conformidade ou desconformidade com o Direito). Ferrajoli (2014, p. 56-57) trata expressamente da diversidade entre essas verdades, chamando-as de verdade provável da conclusão (sobre os fatos) e de verdade opinativa das premissas (da capitulação jurídica do fato).

Quando submetidas as diferentes pretensões de verdade ao contraditório (CAMMISS, 2006, p. 82), pode haver concordância quanto à correspondência (houve, de fato, a subtração de dois pães franceses de um supermercado), mas grande discordância quanto à correção (verdade nº 1 - não há crime, pois o princípio da insignificância afasta a tipicidade; verdade nº 2 - não há crime, pois, embora típica, a conduta é justificada pelo estado de necessidade; verdade nº 3 - há crime, pois a conduta é típica, não há causa de justificação e o agente é culpável).

Por outro lado, também há uma dupla pretensão de verdade nas narrativas das partes e das testemunhas: além da verdade-correspondência (isto de fato ocorreu), há a verdade-sinceridade (esta foi sinceramente a minha percepção). Um problema adicional é o do compromisso com a verdade, que se impõe às testemunhas. Tendo em vista que o alcance da plena correspondência entre os fatos e os enunciados sobre os fatos é impossível, como ficou amplamente demonstrado ao longo deste trabalho, o compromisso com a verdade, cujo descumprimento leva à punição por falso testemunho, só pode ser o compromisso com a verdade-sinceridade, que é a relação de conformidade entre a narrativa da testemunha e a sua percepção.

A solução jurídico-dogmática para esse conflito entre correspondência e sinceridade é que o tipo penal de falso testemunho admite apenas a modalidade dolosa (DELMANTO, 2016, p. 1042), ou seja, não basta a falta de correspondência, é indispensável a insinceridade a que Searle (1979) se refere.

Para além das dificuldades de identificação da verdade-correspondência e das diferentes pretensões de verdade simultaneamente veiculadas na narrativa jurídica (correspondência, correção e sinceridade) existe o caso ainda mais inusitado da renúncia consciente à verdade-correspondência por meio das ficções e das presunções.

Segundo Larenz (2009, p. 366), “a ficção jurídica consiste em equiparar voluntariamente algo que se sabe que é desigual”, devendo-se distinguir entre a ficção como meio de técnica legislativa, como meio de fundamentação da sentença e como instrumento da ciência jurídica.

Larenz (2009, p. 367) prossegue dizendo que “o legislador pode ter distintas razões para não expressar abertamente a remissão e para vesti-la com a forma de uma ficção. Se se trata da complementação de uma lei anterior, a razão do emprego da ficção pode residir no empenho em manter a aparência de continuidade”.

Já a ficção como meio de fundamentação de uma sentença judicial “significa que um elemento de previsão, do qual o juiz faz derivar uma consequência jurídica, é ficcionado, quer dizer, é dado por ele como presente na situação de facto, embora ele saiba, ou pelo menos isto devia ser-lhe claro, que na realidade assim não o é” (LARENZ, 2009, p. 369-370) e que, por isso, a ficção encobre os fundamentos determinantes da decisão.

Não por acaso, as ficções jurídicas têm uma longa história de emprego no desenvolvimento do Direito, e uma igualmente longa lista de detratores. Jeremy Bentham (1821), um dos grandes filósofos racionalistas de viés utilitarista, apresenta as ficções como falsidades transmitidas para os incautos como necessários instrumentos da justiça, mas que na verdade costumam servir à acumulação indevida de riqueza e poder e que, no direito inglês, a ficção é a sífilis que corre em cada veia e leva a cada parte do sistema o princípio da podridão.

Apesar do curioso recurso de uma metáfora para combater o emprego de ficções, tal posição, vinda de Bentham, é perfeitamente compreensível, já que o autor ainda traz consigo o sempre lembrado otimismo epistemológico do racionalismo ocidental.

Por outro lado, autores contemporâneos, como Lon Fuller (apud BOYTE, 2010, p. 720) são bem menos críticos ao instituto, tratando-os não como instrumentos do engano, mas como ferramentas que facilitam a argumentação jurídica e a busca da decisão mais justa para o caso.

No entanto, o próprio Fuller (apud BOYTE, 2010, p. 727) adverte que as ficções perdem a sua utilidade e podem oferecer riscos ao sistema jurídico quando são usadas sem total consciência de sua falsidade, porque podem deixar de ser vistas como instrumentos de apoio à argumentação e passar a ser vistos como representações verídicas dos fatos sociais.

No mesmo sentido, Larenz (2009, p. 368) adverte que “a ficção, em virtude do efeito sugestivo da formulação, comporta o perigo de ignorar a diferença efectiva que, por certo, existe” entre dois casos, e de, por consequência, alargar-se a equiparação para além do que é substancialmente defensável.

Ou seja, nos termos já definidos por Searle (1979, p. 65) e por Lewis (1978, p. 40) a ficção é uma representação simulada, mas não enganosa, e, portanto, só se torna problemática quando não há consciência, por quem a enuncia ou a recebe, da sua irrealidade.

Ao contrário das ficções, as presunções não chegam a ser uma renúncia consciente à correspondência, mas uma renúncia consciente à sua busca, quer provisoriamente, quer definitivamente, ou, ainda, na afirmação provisória de um *status* que só pode ser modificado ao final de um procedimento.

João Henrique Ferreira (2006, p. 103-104) distingue as presunções das ficções, tratando as primeiras como conjecturas acerca de um fato duvidoso, mas ainda potencialmente verdadeiro, e as segundas como algo que parte do falso e ocupa o lugar da verdade.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 62) entendem que presunção e ficção se opõem em sua relação com a correspondência: enquanto as presunções encontram respaldo na grande verossimilhança do fato presumido, “a ficção implica, muito ao contrário, não só que o legislador se abstenha de ver o fato como provavelmente ocorrido, mas que se ache até consciente de que a verdade é o oposto”.

Para o paradigma positivista da Ciência Jurídica, a questão de fato não era problemática, sendo, quando muito, indeterminada do ponto de vista probatório, mas não epistêmico, tanto que seria passível de descrição neutra e objetiva (GALUPPO, 2015, p. 8), ao contrário da questão de direito, esta sim indeterminada, e objeto de estudo de boa parte da teoria jurídica tradicional (FOLEY, 2008, p. 19).

Brain Foley (2008, p. 48) denomina essa visão tradicional de “grande cisma entre Fato e Direito” (*great Law-Fact divide*) e propõe que o campo da narrativa jurídica aplicada (*Applied Legal Storytelling*) seja usado para lidar com a indeterminação, sob o ponto de vista epistemológico, dos fatos do processo, ainda que, sob o ponto de vista ontológico, enquanto realidade vivencial, os fatos sejam determinados (FOLEY, 2008, p. 19).

A posição de Foley acerca da objetividade da realidade é semelhante à de Popper, já mencionada, e adotada no presente trabalho, mas está longe de representar um consenso na epistemologia contemporânea. O que é indiscutível, no entanto, é que a narrativa jurídica não é uma questão de simples reprodução de eventos claramente identificáveis, mas uma atividade criativa, como se verá a seguir.

Dentre os autores da teoria jurídica tradicional com um olhar mais atento à reprodução dos fatos em juízo, pode-se destacar a contribuição de Larenz (2009, p. 391-392), para quem o Direito trata de fatos, mas os fatos só são apreensíveis para o Direito quando enunciados, e esses fatos, quando trazidos ao juiz, submetem-se a um processo de conformação jurídica, com a depuração dos elementos circunstanciais desnecessários e a complementação com os elementos necessários para a resolução do caso, transformando-se em fato definitivo, sobre o qual recairá a aplicação do Direito.

Larenz (2009, p. 393) enfatiza que essa seleção não é uma mera enumeração, mas uma escolha e enlace de fatos, remetendo à ideia do *mythôs* aristotélico, em atenção ao que pode ser juridicamente relevante.

O caráter circular da conformação – seleciona-se o que pode ser relevante em face das normas jurídicas potencialmente aplicáveis, mas só se aplica o Direito ao final desta mesma seleção – corre o risco de ser viciado pela introdução de algum elemento não corroborado pela própria situação de fato, ou pela distorção da normatividade em vigor para atender a uma consequência desejada pelo julgador, mas, quando bem executada, configura “o processo que já conhecemos, de esclarecimento recíproco, de uma forma de manifestação do ‘círculo hermenêutico’” (LARENZ, 2009, p. 394).

A questão do círculo hermenêutico será devidamente discutida, neste trabalho, no momento de enfrentar a coerência externa e sua relação com a pré-compreensão. Por ora, é preciso enfatizar que a conformação jurídica, em Larenz, é notavelmente semelhante à ideia de configuração da narrativa em Ricouer (2010a, p. 112-122), assim como a antecipação mental da apreciação jurídica, no momento da definição do fato, remete à ideia de prefiguração, no mesmo autor, que serão discutidas a seguir, na reflexão sobre a tríplice mimese (RICOUER, 2010a, p. 96-111).

Larenz (2009, p. 400) segue enfatizando que “as previsões da lei não se referem somente àqueles factos que hajam de verificar-se pela mera percepção, mas também, em parte àqueles factos e eventos, em especial as acções humanas e as declarações de vontade, que hajam de compreender-se de modo determinado”.

Assim, se ainda houvesse alguma esperança de alcançar a plena correspondência entre os fatos e sua narração, a própria natureza dos fatos juridicamente relevantes tornaria a questão da correspondência uma questão eminentemente hermenêutica.

Larenz (2009, p. 402) não deixa dúvida a esse respeito, quando afirma que, na apreciação da conduta humana, “as interpretações, que, por sua vez, se fundam em experiências anteriormente feitas, desempenham um papel mais importante ainda do que na associação de percepções em imagens representativas”.

A ausência de uma reflexão apropriada acerca da narrativa pela teoria jurídica tradicional é enfatizada por Peter Brooks (2005, p. 11), para quem os magistrados podem ser leitores sensíveis de narrativas, mas não há virtualmente nenhum reconhecimento nos acórdãos da Suprema Corte (referindo-se à estadunidense) de que possa haver um problema geral de narrativa no Direito.

Brooks (2005, p. 8) enfatiza que, apesar da pouca atenção dispensada pela teoria jurídica, a narrativa não é um ornamento, nem é substituível por nenhuma outra categoria: é inevitável e não é redutível a nenhum outro tipo de discurso ou argumentação, exigindo consideração analítica específica.

Nesses termos, Eligio Resta (2008, p. 44) entende que “é somente por um injustificado orgulho de casta que os juristas continuam a focalizar a atenção sobre as argumentações em direito, quando sabem muito bem que é da narração dos fatos que se delinea o destino da causa”.

Pela já mencionada concepção positivista, em que a determinação dos fatos é mera questão de prova, o avanço da tecnologia reduziria progressivamente o âmbito de indeterminação factual, seja com a sofisticação dos exames periciais, de que a análise de DNA é o exemplo emblemático, seja com a disseminação dos sistemas de vigilância, com registro visual de espaços públicos e privados.

A esse respeito, Christopher Rideout (2013, p.68-88) apresenta um raro e notável precedente em que a Suprema Corte estadunidense analisou de forma minuciosa uma questão de fato, e divergiu radicalmente da posição adotada nas instâncias inferiores, cujo entendimento foi acompanhado por um único ministro, divergente da opinião majoritária.

Segundo Rideout (2013, p. 68) o caso *Scott vs Harris*, julgado em 2007, é especialmente relevante porque uma das provas do fato é um registro em vídeo da conduta, que, segundo o voto vencedor, do ministro Scalia, permitiria que os fatos “falassem por si mesmos”.

Com razão, Rideout (2013, p. 69) menciona que, se os fatos fossem mesmo tão evidentes, não haveria uma segunda versão da mesma história, sustentada na própria Suprema Corte pelo ministro Stevens, que manteve a decisão da instância inferior.

Até mesmo na particular situação em que a ação é toda registrada por câmeras de vigilância, é possível que o mesmo conjunto de fatos seja interpretado como uma perseguição automobilística digna de Hollywood, como entendeu a maioria da corte (RIDEOUT, 2013, p. 78) e que, portanto, justificou o emprego da força pela polícia, causando danos graves à integridade física do reclamante, ou como algo nada hollywoodiano (RIDEOUT, 2013, p. 82) e que, portanto, tornaria desproporcional a reação policial.

Isso ocorre porque, na precisa definição de Greta Olson (2014, p. 3-4), a narrativa do direito codificado consiste na reconstrução de eventos e no preenchimento de vazios narrativos. Um positivista obstinado diria que mesmo os vazios narrativos são decorrentes de insuficiências probatórias (seriam contingentes, e não necessários) e que o próprio sistema jurídico preveria as soluções admissíveis para o preenchimento dos vazios, por meio de presunções e ficções.

No entanto, é preciso dizer que, por um lado, os preenchimentos são sempre necessários, visto que, mesmo que a prova seja de alta qualidade documental e pericial, a conexão entre os diversos elementos de prova é feita por meio da narrativa, e é possível fazer diferentes conexões causais dos mesmos elementos, como Ricouer já esclareceu em sua reflexão sobre a narrativa histórica.

Aliás, Jackson (1995, p. 363) sustenta que o preenchimento de vazios narrativos é um procedimento presente desde a percepção do fato por quem posteriormente os deverá narrar para as autoridades, pois a própria construção do sentido dos atos é temporalizada, sequencial, e se há um vazio na história, ele é preenchido a partir das próprias pré-compreensões.

Quanto à interferência do próprio sistema jurídico sobre a construção da narrativa, Peter Brooks (2005, p. 27) observa que o Direito tende a limitar e formalizar as condições de narrativa e de escuta, já que raramente, no processo contemporâneo, as narrativas são diretas e ininterruptas. Ainda segundo Brooks (2005, p. 27), o desenvolvimento fragmentário, contraditório e confuso das narrativas nos tribunais é sujeito a fórmulas por meio das quais o Direito tenta regular a narrativa, limitando o seu livre funcionamento e sua extensão.

De acordo com Olson (2014, p. 3), esses limites incluem o grau de detalhamento e de presumida objetividade do depoimento das testemunhas, as proibições referentes às narrativas admissíveis e à seleção probatória.

Tais contribuições conduzem o presente trabalho à sua primeira tese substantiva: embora sigam as convenções do chamado realismo literário, as narrativas judiciais não são redutíveis às narrativas históricas, no que diz respeito à sua pretensão de veracidade, exatamente porque o próprio sistema jurídico impõe limitações formais e materiais às histórias contadas e às suas provas nos processos judiciais.

Por isso, pode-se dizer que cada processo judicial é um pequeno universo ficcional, cujo mundo corresponde a uma versão substancialmente simplificada do mundo da vida, e, portanto, as narrativas que se articulam dentro desse universo, e que serão afirmadas no veredicto, não passam de ficções baseadas nos fatos reais que motivaram a propositura da ação.

Com isso, não se trata de negar a existência de uma pretensão de veracidade nas narrativas jurídicas, mas apenas que elas não podem se reduzir simplesmente à ideia de correspondência com a realidade.

Samantha Young (2011, p. 10) esclarece que as ficções que empregam fatos reais na trama se distinguem da história propriamente dita pela forma narrativa que enfatiza a sua função discursiva e atribui a uma série meramente cronológica de eventos a continuidade necessária de um enredo, e que as ficções históricas devem ser abraçadas como métodos autênticos de representação da realidade, o que, no fundo, remete à concepção aristotélica de *mythôs* e à verossimilhança como sucessão segundo o necessário ou o provável.

Embora a sua preocupação seja com o mundo normativo (*nomos*) em sua concepção global, e à respectiva narrativa fundadora que o integra e lhe confere sentido, a tese de Robert Cover (1983, p. 31) serve para a compreensão de cada processo judicial como pequeno universo ficcional porque a sua própria descrição do *nomos* não é monista, mas pluralista, pois reconhece que, ao lado do *nomos* predominante numa dada sociedade, existem diversos mundos normativos de menor escala vinculando comunidades determinadas, diferenciadas em parte ou no todo da sociedade, e com tendências isolacionistas ou redentoras (intenção de transformá-la conforme o seu *nomos*) desta mesma sociedade.

Reconhecer a pluralidade, e a relativa autonomia, desses mundos, com relação ao mundo normativo predominante, bem como com relação ao mundo “objetivo”, “real”, é um passo indispensável para reconhecer a incontável multiplicidade de “mundos dos autos”, em cada processo judicial, que ora ignoram, ora conhecem, o mesmo elemento do mundo real, ou do *nomos*, e em que a troca de conhecimentos entre os mundos só é possível nos termos da própria normatividade constitutiva do *nomos* jurídico, como se dá, por exemplo, com o instituto jurídico da prova emprestada (LOPES JR, 2016, p. 395-397).

Acerca da natureza ficcional da narrativa jurídica, Salah Hassan Khaled Jr. (2011, p. 26) adota postura semelhante, ao renunciar à pretensão de correspondência e afirmar que cabe ao juiz “analogicamente produzir a verdade, ou seja, externalizar narrativamente uma convicção formada a partir dos rastros do passado”, numa clara referência à noção de vestígio de Ricouer.

Khaled Jr. (2011, p. 27-30) sustenta uma tese mais preocupada com a contenção do poder punitivo estatal, cujos excessos estão intimamente vinculados à crença na possibilidade de desvendar a verdade e que, por esse motivo, ignora os custos humanos da sua busca, e o caráter problemático da sua afirmação.

No mesmo sentido, Guerra Filho (2005, p. 54-55) sustenta que a natureza ficcional do próprio Direito (como mundo decorrente de uma narrativa fundadora) tem como consequência uma concepção da verdade como verossimilhança.

Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini (2015, p. 122) sintetizam que “o discurso, para ser verossímil e persuasivo, para nos agradar, deve ser construído tomando elementos da realidade, do que compartilhamos de mais elementar, completando-os e, por assim dizer, cimentando-os com a argamassa dos nossos sonhos”.

A descrição acima serve perfeitamente para o entendimento da narrativa jurídica como ficção, que se alimenta do real mas alcança a sua coerência recorrendo à imaginação, e, nesse mesmo sentido, com maior sistematicidade, Galuppo (2015, p. 14) sustenta que o conceito tradicional de verdade dificilmente poderá ser aplicado às decisões judiciais, já que elas não descrevem simplesmente uma ordem de eventos, mas, ao invés disso, a constroem, e por isso, a ideia de verdade deve ser substituída, no Direito, pela ideia de coerência narrativa, que é justamente o problema de pesquisa da presente tese, e que será enfrentado no momento próprio.

Prosseguindo na sustentação da ficcionalidade do Direito, Guerra Filho (2016, p. 493) se vale de uma poderosa metáfora, mas que, ao mesmo tempo, é desconcertante para a própria tese da ficcionalidade:

O direito, então, ao invés de positivo, *positum*, dado objetivamente, há de ser concebido antes como possível, imaginário, pois a ficção é a verdade do direito, e o direito é a camuflagem do poder, apropriado e exercido pelos grandes “autores-intérpretes” desta grande montagem que é a sociedade.

A ideia do direito como “camuflagem do poder”, apesar do seu inegável poder retórico, contradiz a ideia de que a ficção se distingue da mentira exatamente por não ter a pretensão de enganar. O próprio Guerra Filho (2016, p. 483) dirá que as ficções são



conscientemente inventadas e que o seu uso veda, de antemão, a possibilidade de correspondência com a realidade.

Portanto, a ficção não disfarça, ela expõe, ela tem uma transparência que lhe é própria. Talvez o que se possa conciliar da posição de Guerra Filho com a tese defendida no presente trabalho é a percepção, já discutida, de que, sempre que se perde a consciência da ficcionalidade, ela começa a se tornar problemática e, aí sim, tornar-se o disfarce acrítico, a “camuflagem do poder”, mas o desenvolvimento apropriado desta questão extrapola os limites da presente investigação.

Por ora, é preciso refletir sobre as regras de processo que limitam a forma e o conteúdo das narrativas jurídicas, e que permitem afirmar com segurança que um processo judicial não é a mera documentação de fatos reais, mas um pequeno universo ficcional.

Para tanto, a contribuição de Galuppo (2015, p. 11) é decisiva, em sua afirmação de que a narrativa jurídica, em cada processo, não abrange apenas o conflito de interesses apresentado ao Poder Judiciário com um pedido de resolução, mas também a própria resolução do conflito pelo juiz.

A sentença, portanto, não apenas conta uma história passada, declarando o seu enquadramento jurídico e as consequências desse enquadramento; ao contrário, a sentença é o desfecho da história que começa com o conflito levado ao juiz, e por isso Galuppo (2015, p. 11) conclui habilmente que o juiz é um narrador homodiegético, ou seja, narrador-personagem, que, por isso, está no mesmo plano de ação das demais personagens, o que significa que, em alguma medida, e limitado pelo devido processo legal, ele sempre escolhe o que narrar.

Não se pode esquecer, contudo, que a narrativa do juiz é a narrativa-síntese de várias outras narrativas sobre o mesmo caso, e que, ao menos quanto à primeira parte da história, que é o conflito de interesses trazido ao conhecimento do magistrado, o juiz é narrador heterodiegético.

A partir do momento, no entanto, em que a narrativa da sentença envolve os próprios atos processuais, no relatório, e trata, por exemplo, do deferimento ou do indeferimento da produção de uma determinada prova, a homodiegese fica muito clara, e as mesmas personagens (partes e testemunhas) da primeira parte da história, passam a interagir com o magistrado, nas audiências, no mesmo plano de ação.

Jeanne Kaiser (2015, p. 166) faz observação semelhante, dizendo que, ao contrário da literatura de ficção, as narrativas dos processos judiciais não têm um final pré-determinado, atribuindo ao juiz ou ao jurado a função de criar o final da história.

Essa é uma criativa aplicação da ideia de “romance em cadeia”, de Dworkin (2005, p. 235-239; 2007, p. 275-279) (que é mais utilizada para explicar a evolução da jurisprudência), dentro de cada processo judicial, e adotando o sentido mais estritamente narrativo do que o autor quis atribuir ao desenvolvimento judicial do Direito.

Galuppo (2015, p. 22) conclui dizendo que o reconhecimento da decisão judicial como uma narrativa implica aceitar que a imaginação exerce um papel importante na conexão entre os eventos contados nos autos do processo, inicialmente isolados, desconectados, e até contraditórios, para que o juiz possa transformá-los numa narrativa que faça sentido.

O autor (GALUPPO, 2015, p. 24) deixa claro que não se trata de substituir a verdade pela imaginação, nem que a sentença seja pura imaginação, mas que é a imaginação que explica como alguém consegue entender um fato como verdadeiro.

Como já foi dito, mesmo que um historiador possa afirmar, no futuro, a categórica falsidade de um veredicto, nem por isso ele deixará de ser a verdade oficial acerca de um caso, e mesmo quando ele ainda puder ser revertido, não terá sido menos real em suas consequências até o momento da reversão.

Essa particular característica das narrativas jurídicas, que, como as decisões arbitrais no esporte, são atos veridictivos preocupados com a precisão factual, mas cujo emissor tem acesso formal e substancialmente limitado aos fatos, pelas exigências da segurança jurídica, da divisão dos poderes e da igualdade entre as partes, torna o seu resultado irredutível à pretensão de veracidade das narrativas históricas, e mais próximo das narrativas de ficção, ainda que se possa afirmar, para reduzir a perplexidade do jurista, que a narrativa ficcional expressa em processo judicial é uma narrativa ficcional inspirada em fatos reais.

### 3.2 TRIPLA *MIMESIS*

A afirmação de que a narrativa jurídica, com o seu veredicto, merece melhor enquadramento entre as narrativas ficcionais, e sua verossimilhança, do que entre as narrativas históricas, e sua veracidade, não deve causar maior surpresa a essa altura, já que, como foi dito mais acima, os mecanismos para a compreensão de todas as espécies de narrativa são essencialmente os mesmos.

Por isso, cabe analisar a fecunda reformulação da teoria da *mimesis*, de origem aristotélica, como imitação da vida ou representação da ação, por Ricouer (2010a, p. 93-156), com sua tese da tripla *mimesis*, sintetizada por François Ost (2007, p. 34) como “o dado prefigura, o artista configura, o leitor-espectador refigura”.

Para Galuppo (2015, p. 13), notório estudioso da aplicação da tripla *mimesis* de Ricouer à prática jurídica, a passagem da pré-narrativa para a configuração da narrativa é um ato que organiza a imaginação e estrutura um discurso, em que razão e imaginação operam juntos como mediadores dos eventos, em busca de um sentido unificado, e que por meio do leitor, o passado da experiência pré-narrativa e a narração no tempo presente estendem-se ao futuro, em que os leitores privilegiados do caso (juízes e júri) integram e superam dialeticamente as provas e as outras narrativas em busca da unidade na refiguração.

É interessante, ainda, citar como Garcés (2010, p. 208) enxerga um paralelismo entre a tripla *mimesis* de Ricouer e a doutrina do silogismo jurídico, sendo que a sua premissa maior corresponderia à *mimesis* I (o direito material como plano conceitual que serve de pré-compreensão aos fatos jurídicos), a premissa menor à *mimesis* II (segundo a qual a situação de fato é o produto de uma narração com caráter referencial) e finalmente a conclusão corresponderia à *mimesis* III (com a aplicação da norma ao caso concreto por meio da sentença).

Ainda retomando a questão do silogismo, a maior contribuição de Jackson (1988, p. 89) é exatamente a percepção de que não apenas o fato existe para o Direito como narrativa, mas as próprias normas jurídicas resultam de formulações narrativas, e que sua abstração e conceptualização resultam de uma especialização do saber jurídico, que exige treinamento, enquanto a narratividade pertence a um nível popular de conhecimento social, do qual a comunidade jurídica buscou se afastar.

Não por acaso, Jackson (1988, p. 101), como se verá mais à fundo a seguir, insiste que o processo decisório em juízo resulta da comparação entre a reconstrução narrativa do fato e o modelo narrativo subjacente à norma, e que quando mais afastadas das suas origens narrativas estiverem as normas, será mais provável a aparição de dificuldades no processo de aplicação da norma ao fato, independentemente da suposta clareza conceitual da norma.

### **3.2.1 Prefiguração e teoria da ação**

Segundo Ricouer (2010a, p. 112), “imitar ou representar a ação é, em primeiro lugar, pré-compreender o que é o agir humano: sua semântica, sua simbólica e sua temporalidade”.

Os três elementos fundamentais da prefiguração são, primeiro, a distinção entre o domínio da ação e o do movimento físico (RICOUER, 2010a, p. 97); segundo, a articulação simbólica das ações no mundo da vida, que se dão na cultura, mediadas por signos e normas

que não são meramente quadros interpretativos da ação, mas constitutivos da sua própria significação (RICOUER, 2010a, p. 100-102); terceiro, a dimensão temporal da narrativa, em que o tempo cosmológico, dividido em passado, presente e futuro, é ressignificado na dimensão humana pela teoria agostiniana do triplo presente, em que o passado se realiza como memória e o futuro como expectativa, que é exatamente o espaço de efetuação da ação como fazer final baseado num saber causal (RICOUER, 2010a, p. 106)

O segundo elemento é fundamental para a narrativa jurídica, e já foi discutido brevemente por ocasião da análise do fato jurídico: os sistemas normativos, como o direito, a moral e as regras dos jogos, não apenas regulam a ação, mas a constituem, como bem afirmou Robles (2005, p. 13). Os exemplos são inúmeros: um disparo intencional de arma de fogo contra uma pessoa pode ser um homicídio, um ato de legítima defesa ou a execução da pena de morte; uma mão levantada pode significar o voto numa assembleia, um ato de protesto, ou um pedido de atenção, a um professor ou a um garçom, significado que pode ou não corresponder ao atribuído pelo agente no momento da exteriorização da conduta.

A mediação da ação física por diversos sistemas simbólicos corresponde ao que François Ost (2007, p. 141) denomina de estrutura pré-narrativa da experiência. Quanto a esse aspecto, já discutido no capítulo 2, vale reproduzir a síntese de Garcés (2010, p. 201) para quem a ação, consistente na violação ou no cumprimento de uma norma jurídica, está dada por uma teoria geral, e mais concretamente pela teoria do ato jurídico.

### **3.2.2 Configuração e teoria da narração**

Superada a simbolização do real – que serve como material, ainda que de forma muito diversa, inclusive para o ficcionista – é preciso entrar no domínio propriamente dito do texto, no campo da configuração.

Uma história é a construção de uma totalidade unitária a partir de uma série de acontecimentos individuais e, nesse particular, é preciso recordar a heterogeneidade dos elementos que ela articula, como “agentes, objetivos, meios, interações, circunstâncias, resultados inesperados, etc.” (RICOUER, 2010a, p. 114)

Retomando a sua preocupação temporal, Ricoeur (2010a, p. 118) enfatiza que a totalidade da narrativa, dada pela sua conclusão, é de certa forma uma alternativa à representação do tempo como fluxo do passado ao futuro, na medida em que, num todo narrativo, que é destacado da continuidade da história, já se pode ler o fim no começo e o começo no fim.

Nesse particular, é preciso mencionar a contribuição do estruturalismo francês para o estudo da organização da narrativa. A ideia de uma reflexão formal sobre as narrativas, que servisse como teoria geral, independentemente da sua modalidade, tem uma importante influência da poética aristotélica, na reflexão sobre a extensão e a unidade da ação, já discutida neste trabalho, mas alcançou uma complexidade muito maior a partir da escola crítica do formalismo russo, cujo principal expoente foi Propp (2010).

Para Propp (2010, p. 90), um conto de magia, como unidade, é “todo desenvolvimento narrativo que, partindo de um dano ou uma carência, e passando por funções intermediárias, termina com o casamento ou com outras funções usadas como desenlace”, que podem ser “a recompensa, a obtenção do objeto procurado, ou, de modo geral, a reparação do dano, o salvamento da perseguição, etc.” (PROPP, 2010, p. 90).

Ainda numa análise mais substantiva, baseada não num gênero (o conto maravilhoso da tradição folclórica russa), mas num universo ficcional muito conhecido na atualidade, Umberto Eco (2008, p. 142-169) propõe uma leitura estruturalista dos romances de Ian Fleming que têm como personagem principal o espião James Bond, conhecido pelo código 007.

Eco (2008, p. 144-145) demonstra que, independentemente do romance que esteja sendo analisado, algumas relações de James Bond são suficientemente constantes a ponto de gerarem uma sensação de familiaridade no público e de serem facilmente identificadas pelos críticos e, pode-se acrescentar, tal reflexão vale até para as histórias de James Bond no cinema que não decorreram de adaptações dos romances de Fleming, mas de seu desenvolvimento pelos detentores dos direitos autorais da obra.

Destacam-se, nesse aspecto, três ordens de relações que estruturam quase todo o universo ficcional de que Bond é o protagonista: a relação de quase insensibilidade às mulheres, a relação de quase invulnerabilidade aos vilões e a relação de fidelidade quase absoluta ao comando.

Além disso, Eco (2008, p. 152) reconhece que Bond é o estereótipo do inglês branco fiel à pátria, enquanto os seus antagonistas sempre são etnicamente distintos (eslavos, asiáticos, negros, latinos), ainda que da mesma nacionalidade, demonstrando um claro maniqueísmo racista muito familiar ao público da Guerra Fria.

Deixando de lado um universo ficcional específico, e retornando ao âmbito dos gêneros artísticos, destacando agora um deles pela sua grande similaridade com a narrativa jurídica, é preciso mencionar os estudos de Todorov (2006, p. 93-104) sobre a estrutura da literatura policial.

De início, Todorov aponta que toda narrativa policial consiste na articulação de duas histórias básicas: a história do crime e a história do inquérito (2006, p. 96-97). Os principais subtipos da literatura policial podem ser identificados precisamente pelas diferentes formas de expressão e de articulação dessas duas histórias básicas (TODOROV, 2006. p. 98-99).

Tomando como exemplo as principais personagens da literatura policial anglo-americana, o já mencionado James Bond seria o típico protagonista de ação, que intervém para fazer cessar um plano delituoso em curso ou em iminente desenlace, enquanto Sherlock Holmes seria o típico protagonista de investigação, que busca os vestígios do passado, encontra sentido em detalhes aparentemente irrelevantes ou incompreensíveis, e consegue a partir disso identificar os responsáveis.

Em outra ocasião, o autor desta tese se valeu da estrutura demonstrada por Todorov para refletir sobre a estrutura narrativa dos autos de prisão em flagrante (PRADO, 2010, p. 67) chegando à identificação de três, e não duas, histórias: a história do crime, a história da prisão e a história da apresentação.

Embora o presente trabalho não tenha como objetivo a análise estrutural, ela é indispensável para que se possa refletir sobre a construção de universos ficcionais e sobre a coerência das narrativas. Para isso, é preciso partir para um grau de abstração ainda maior: se se pode reconhecer estruturas comuns a todo um universo ficcional (o universo de James Bond), a todo um gênero artístico (o conto maravilhoso ou a literatura policial) é preciso buscar as estruturas comuns a todo tipo de narrativa.

Ao fazê-lo, os estruturalistas encontraram modelos narrativos de caráter aparentemente cíclico, merecendo destaque os modelos da intriga mínima completa, de Todorov (2006, p. 85), o modelo da sequência elementar, de Claude Bremond (2008, p. 115), que tem clara inspiração no modelo formalista da sequência de Propp (2010, p. 90-91), e o modelo quinário, didaticamente sintetizado por Yves Reuter (2007, p. 35-36).

Além desse caráter cíclico, um elemento comum a todos os modelos é o fato de que eles descrevem uma unidade narrativa, e que as narrativas podem ser compostas por diversas dessas unidades, em diferentes encadeamentos (como na estrutura bipartida da literatura policial em Todorov, e a estrutura tripartida do auto de prisão em flagrante em Prado), mas que esse conjunto, por sua vez, também pode ser lido como um modelo unitário.

Segundo Todorov (2006, p. 88), a intriga mínima completa apresenta uma situação de fato iniciada num estado de equilíbrio, rompido por um período de desequilíbrio,

em que se apresentam processos de degradação e de melhora, e encerrado noutra estado de equilíbrio.

A aplicação deste modelo básico à narrativa jurídica também já foi promovido por Richard Neumann Jr e Sheila Simon (apud KAISER, 2015, p. 167), para quem a maioria das histórias começa num estado de equilíbrio, algo de mau acontece para romper o equilíbrio, e a história segue enquanto o cliente/protagonista luta para restaurar a ordem das coisas, e, se uma narrativa jurídica é apresentada desta forma, o julgador naturalmente desejará restaurar o equilíbrio decidindo favoravelmente ao cliente/protagonista.

Outro modelo semelhante, o da sequência elementar, de Bremond (2008, p. 115) sustenta que toda narrativa é composta por uma tríade em que a) uma função abre a possibilidade do processo narrativo sob forma de conduta a conservar ou acontecimento a prever; b) uma função realiza esta virtualidade sob a forma de conduta ou de acontecimento em ação; c) uma ação que feche o processo sob forma de resultado esperado.

Além disso, Bremond (2008, p. 118) enfatiza a unidade da ação como medida da narrativa, aproximando-se de Aristóteles, e a sua temporalidade, pois “onde não há sucessão não há narrativa”, e de Ricouer, deixando clara a importância da organização dos fatos, pois “onde não há integração na unidade de uma ação, não há narrativa, mas somente cronologia, enunciação de uma sucessão de fatos não coordenados” (BREMOND, 2008, p. 118).

Dos três modelos narrativos cuja análise se propõe no presente trabalho, o da sequência elementar de Bremond (previsão-execução-consumação) é o que mais se aproxima da concepção teleológica de ação em Aristóteles e do modelo do *iter criminis* na Dogmática Penal (QUEIROZ, 2016, p. 301)

Por outro lado, o modelo quinário, mais rico que a intriga mínima completa e a sequência elementar, recebe esse nome por ser dividido em cinco etapas: a história parte de um estado inicial duradouro, rompido por uma força perturbadora, que desencadeia uma dinâmica, ou uma série de ações, que é encerrada por uma força equilibradora, que instaura um estado final duradouro (REUTER, 2007, p. 36).

Nos autos de prisão em flagrante, um exemplo de aplicação desse modelo é o da história da apresentação do preso à delegacia, em que o estado inicial é a rotina da delegacia, alterada pela chegada dos participantes da prisão, que desencadeia a dinâmica da colheita de depoimentos e apresentação de elementos em que precisamente consiste a feitura do auto de prisão em flagrante, até a formação do juízo de fundada suspeita pela autoridade policial, como força equilibradora, que determina o recolhimento do preso ao cárcere e a comunicação da prisão em flagrante ao juiz, instaurando um novo estado duradouro para todos os

envolvidos, com o restabelecimento da rotina da delegacia, e a mudança radical da sorte do flagrado, que, ao menos até a apreciação judicial, é privado da sua condição de pessoa livre (PRADO, 2010, p. 68).

Já quanto à história do crime, as forças perturbadoras evidentemente mudarão a depender do ponto de vista narrativo, mas serão a ideia do crime na perspectiva do flagrado que tenha confessado, ou a percepção do crime pela vítima, em que ambos desencadeiam uma dinâmica correspondente ao *iter criminis*, mas iniciada em diferentes pontos, até a força equilibradora pela cessação da atividade delituosa, seja pela prisão, na modalidade do flagrante próprio, seja pelo afastamento do autor do crime, após a sua consumação, em que o estado final, tanto para a vítima como para o agente, variarão de acordo com a modalidade do flagrante (PRADO, 2010, p. 69).

A maior utilidade deste modelo, quando comparado aos da intriga mínima e da sequência elementar, está na referência explícita à ideia de força, que remete às categorias da ação e da causalidade, já mencionadas neste trabalho, que são centrais para a compreensão dos fatos jurídicos.

Portanto, é possível isolar narrativamente uma ação com relevância causal, e inclusive identificar nela, e não em possíveis concausas, a sua condição de força perturbadora, em termos muito semelhantes aos da imputação causal singular identificada por Ricouer como modelo da causalidade histórica.

Nos mesmos termos de Neumann Jr e Simon e, em certo sentido, de Galuppo, pode-se dizer que a decisão judicial é a força equilibradora da narrativa global que começou com o conflito, no mundo da vida, e com sua apresentação ao Judiciário na busca de uma solução.

Quais seriam, então, as estruturas mínimas da narrativa jurídica? O modelo tripartido identificado nos autos de prisão em flagrante pode ser generalizado para todos os processos judiciais?

Pelo menos a bipartição, entre história do conflito, no mundo da vida, e história do processo, no mundo dos autos, em que a decisão judicial é a força equilibradora de uma história reconstruída, é indiscutível.

Nesse sentido, Raquel Taranilla Garcia (2011, p. 102-103) cita um modelo muito semelhante, adotado por Jackson, segundo o qual o modelo da narrativa judicial penal se divide em história do julgamento (sobre os acontecimentos processuais) e história em julgamento (sobre os acontecimentos delitivos).



Jackson (1988, p. 34-35) esclarece que o julgamento pode ser compreendido como uma série de disputas sobrepostas, e que o júri observa essas disputas (entre patronos e testemunhas, dos patronos um com o outro), e é pela observação do desenrolar dessa história do julgamento que o júri tem acesso à história em julgamento, ou seja, o conflito jurídico cuja resolução lhe cabe, sendo que a história do julgamento está sujeita às mesmas exigências de coerência narrativa que a da história em julgamento.

O autor afirma ainda que as narrativas podem ser identificadas em três níveis: o sociolinguístico (que reúne forma e conteúdo daquela enunciação particular); o temático (que é o estoque de conhecimento social organizado narrativamente, ou seja, a medida da coerência externa); e o estrutural (que é o nível universal de significação, que garante a inteligibilidade do discurso, e é a medida da coerência interna) (JACKSON, 1988, p. 79).

Para Jackson (1988, p. 76) a reflexão sobre a história do julgamento é consequência da narrativização da pragmática da atuação judicial, independente da estrutura narrativa da história em julgamento.

É curioso como Jackson, estudando um sistema jurídico distinto – o *common law* inglês – e partindo de diferentes marcos teóricos – a psicologia experimental de Bennett e Feldmann e a narratologia de Greimas – chega a uma estrutura da narrativa judicial bastante semelhante à proposta neste trabalho, que, por sua vez, estuda o *civil law* brasileiro e parte do formalismo de Propp, do estruturalismo de Todorov e do criticismo de Frye, todos referentes à literatura de ficção, sendo que a única interseção teórica entre ambas as linhas é a narratologia de Greimas, que no presente texto tem papel secundário, enquanto no de Jackson é um autor central.

No entanto, uma terceira estrutura poderia ser buscada na iniciativa da parte que provoca o Judiciário em busca de um veredicto, como história da pretensão, ou, mais precisamente, numa história das pretensões contrapostas no processo, seguida pela história do julgamento.

Na verdade, o próprio Jackson (1988, p. 85) esclarece que no julgamento não há uma história simples, mas um complexo de histórias, já que o relato de cada testemunha é em si mesmo uma história, o combate entre as partes em disputa, representada até mesmo pela oposição espacial na sala de audiência ou de sessões, o diálogo entre juiz e júri e entre os julgadores e os demais atores do processo, ou seja, há uma pluralidade de discursos narrativos em ação no tribunal.

Desta forma, sem ignorar que, em situações mais concretas – o júri do *common law*, o júri do *civil law*, o julgamento em primeiro grau no *civil law*, o julgamento em segundo

grau em qualquer um dos sistemas – podem ser identificados modelos narrativos mais substantivos, uma teoria geral exige a sua redução ao mínimo identificável que, em cada caso judicial, divide-se exatamente em história do conflito, no mundo da vida, e história do processo, nos autos, dentro da qual a história do conflito é recriada, ou, nos termos de Jackson, a dualidade entre história do julgamento e história em julgamento.

Além disso, outras questões muito relevantes da configuração da narrativa judicial, para a análise de sua coerência, dizem respeito ao ponto de vista narrativo, à construção das personagens e a articulação entre tempo e espaço.

A grande utilidade do estudo das narrativas sob a perspectiva estrutural é que, com a identificação desses elementos, que dão sustentação ao conjunto, é possível entender como as narrativas adquirem coerência e familiaridade, convidando o leitor a preencher os seus vazios e a antecipar seu percurso e seu desfecho, atitude bem descrita, na teoria jurídica, por Olson (2014, p. 3-4) e Rideout (2013, p. 73), e que constitui um grande problema hermenêutico que será enfrentado logo a seguir.

### **3.2.3 Refiguração e teoria da recepção**

A terceira *mimesis*, segundo Ricouer (2010a, p. 123), ocorre na experiência do leitor, que completa o ciclo, por meio do qual “a narrativa alcança seu sentido pleno quando é restituída ao tempo do agir e do padecer”.

O autor prossegue dizendo que “se a composição da intriga pode ser descrita como um ato do juízo e da imaginação produtiva é na medida em que esse ato é obra conjunta do texto e de seu leitor, do mesmo modo como Aristóteles dizia que a sensação é obra comum do sentido e daquele que sente” (RICOUER, 2010a, p. 131).

Ainda recorrendo a Ricouer (2010a, p. 138), pode-se dizer que “o que é interpretado num texto é a proposição de um mundo que eu poderia habitar e no qual poderia projetar as capacidades que me são mais próprias”.

Essa questão do mundo do texto será retomada no capítulo que trata da construção do universo da narrativa jurídica, mas por ora é preciso persistir no estudo do papel do leitor na construção do sentido, sobretudo na sua complementação produtiva, que é desenvolvido pelas chamadas teorias da recepção.

Stanley Fish (1980, p. 2) resume o debate acerca da natureza da atitude do leitor dizendo que, se o sentido está inserido no texto, as responsabilidades do leitor resumem-se a extraí-lo, mas se o sentido evolui, e se desenvolve de acordo com as projeções e expectativas

do leitor, a sua atitude não é meramente instrumental, mas essencial para a construção do sentido. Segundo Fish (1980, p. 3), atribui-se ao leitor a responsabilidade conjunta pela definição de um sentido, que deixa de ser uma entidade e passa a ser um evento.

A objeção mais importante a esse tipo de postura é que, sendo múltiplos os leitores, haveria um sentido para cada leitor e, rigorosamente falando, cair-se-ia num relativismo em face do qual qualquer significado seria admissível.

Fish (1980, p. 13-14) responde que o leitor, enquanto produtor de sentido, não é um agente independente, e sim o membro de uma comunidade interpretativa que ao mesmo tempo habilita e limita as operações da sua consciência.

Talvez uma das teses mais surpreendentes do autor é a de que as comunidades interpretativas são compostas por aqueles que compartilham estratégias interpretativas para a produção, e não para a recepção dos textos, para a constituição das suas propriedades, existindo antes do ato de leitura e determinando a sua natureza (FISH, 1980, p. 14).

Com esse posicionamento, não só Fish reconduz a questão ao problema da intersubjetividade, típico da filosofia hermenêutica, mas o devolve, em última análise, ao autor, fechando o ciclo iniciado com a prefiguração imposta à realidade pelas mesmas experiências sociais partilhadas.

Desta forma, as entidades antes vistas como competidoras pelo direito de determinar a verdade da interpretação (autor, texto, leitor) agora são todas vistas como produtos da interpretação (FISH, 1980, p. 16-17).

Segundo Fish (1980, p. 321), a comunicação ocorre apesar de todos os sistemas de significado dependerem de um contexto; aqueles que participam da comunicação o fazem de forma confiante e não cética (não são relativistas) e embora a sua confiança esteja fundada num conjunto de crenças, elas não são individuais e idiossincráticas, e sim comunitárias e convencionais (não são solipsistas).

Vale, ainda, retornar a Gadamer, para quem a experiência estética, na obra de arte, e a produção de sentido em todo fenômeno hermenêutico, só se consuma na experiência do leitor, e em sua aplicação.

Não por acaso, Gadamer enxerga na hermenêutica jurídica uma situação paradigmática (2007, p. 426-446), já que toda interpretação é explicitamente destinada à aplicação, à solução de um problema prático, ao contrário das outras hermenêuticas setoriais, que à primeira vista poderiam dissociar-se da aplicação, servindo à mera contemplação.

Gadamer (2007, p. 430) insiste que, embora essa condição seja mais explícita no Direito, qualquer hermenêutica é aplicação, seja à solução de um problema, seja à própria

vida, como inspiração para a ação futura. Para reforçar sua tese, o autor menciona alguns casos da interpretação artística em que a natureza prática e criativa estão mais evidentes, como os da música e da dramaturgia, em que outros artistas, atores, diretores e cantores, são, conscientemente, intérpretes do texto artístico e, por isso, realizam o seu significado como executores, para o público (GADAMER, 2007, p. 173-178).

Essas experiências artísticas em particular demonstrariam que a natureza da obra de arte é de jogo (GADAMER, 2007, p. 154-165), em razão da sua relação peculiar entre o texto lúdico e os jogadores, natureza essa que tem uma configuração própria para além dos jogadores, mas que só se realiza por meio deles.

No entanto, mesmo para as artes que parecem mais contemplativas, como a literatura e as artes plásticas, o papel do intérprete, nesse caso o leitor ou o público, é igualmente criativo e, portanto, realizador da experiência hermenêutica.

Para compreender, por sua vez, como se dá o papel do leitor na construção do sentido, ou como se produz a refiguração, Gadamer (2007, p. 354-361) recorre às ideias de círculo hermenêutico, a partir da fenomenologia heideggeriana, e de tradição, que é um conceito clássico do humanismo, para combater o ceticismo exacerbado do racionalismo ocidental a respeito da pré-compreensão, denominando-o um verdadeiro “preconceito contra os preconceitos” (GADAMER, 2007, p. 360), e, assim, sustentar que a pré-compreensão e a historicidade, ainda que mereçam cautela e atenção para evitar enganos, são inafastáveis, pois são condições de possibilidade da própria compreensão e, portanto, têm um papel decisivo em toda e qualquer atividade hermenêutica.

Fish (1980, p. 345) sustenta que, quando várias interpretações são reconhecidas como equivocadas e inadmissíveis, isso não significa que o texto enquanto tal as exclua, e sim que ainda não surgiu nenhum método interpretativo adequado à sua produção.

Remetendo à natureza lúdica da interpretação e negando a possibilidade de qualquer interpretação neutra ou alheia ao plano da ação, Fish (1980, p. 355) conclui que não há movimentos que não sejam movimentos do jogo, e isso inclui até mesmo aquele por meio do qual o agente declara não estar mais jogando.

Quais as consequências do reconhecimento do papel produtivo do intérprete na narrativa judicial? A primeira delas está relacionada à teoria da interpretação jurídica como ato criativo e não meramente cognitivo (KELSEN, 1998, p. 245-251), que não merecerá maiores considerações, por funcionar como pressuposto deste trabalho; a segunda está relacionada à organização dos fatos na narrativa como criação consciente de um todo coerente, a partir da seleção dos elementos relevantes disponíveis, e da recusa também

consciente a determinados elementos relevantes disponíveis, para a formação do veredicto, que é objeto do presente trabalho; e a terceira diz respeito à produção de efeitos do veredicto no mundo da vida, que está além dos limites do presente trabalho.

## 4 NO MUNDO DOS AUTOS

### 4.1 CONSTRUÇÃO DO UNIVERSO DA NARRATIVA JUDICIAL

Com o reconhecimento de que cada processo judicial é um pequeno universo ficcional, uma versão substancialmente simplificada do mundo da vida, é preciso tratar da construção desse universo particular de cada narrativa jurídica.

Umberto Eco (2004, p. 163) propõe que os mundos narrativos são descritos por uma série de expressões do texto que levam os leitores a interpretar como se elas se referissem a um possível estado de coisas do qual se possa afirmar verdades e falsidades, ainda que com alguma flexibilidade; que esse estado de coisas é constituído de indivíduos dotados de propriedades, que essas propriedades são governadas por certas leis, tal que certas propriedades possam ser mutuamente contraditórias, e que esse mundo também envolve uma sucessão de eventos, ou seja, é uma sucessão de estados temporalmente ordenada.

Em primeiro lugar, a ideia da obra de arte como um mundo com as suas próprias leis deve ser explorada, em especial nas ocasiões em que essas leis (aqui tanto no sentido científico quanto no sentido propriamente normativo do termo) o diferenciam do mundo da vida.

Borges (1998, p. 245-246) esclarece que a narrativa de ficção também se submete a leis causais, mas a uma causalidade mágica, “que é a coroação ou o pesadelo do causal, não sua contradição”. O autor prossegue sustentando que a única honradez possível, para o romance, está nessa causalidade mágica, representando da seguinte forma os dois processos causais: “o natural, que é o resultado incessante de incontáveis e infinitas operações; o mágico, em que os pormenores profetizam, lúcido e limitado”. (BORGES, 1998, p. 247).

René Wellek e Austin Warren (2003, p. 287) deixam claro que um romancista “oferece menos um caso – um personagem ou acontecimento – que um mundo. Todos os grandes romancistas possuem tal mundo – reconhecível como sobrepondo-se ao mundo empírico mas distinto na sua inteligibilidade autocoerente”.

Edwin Muir sintetiza perfeitamente a maior coerência do mundo ficcional, quando comparado ao mundo da vida, e toma como exemplo uma das obras mais enigmáticas da literatura contemporânea, ao mencionar que mesmo *Ulysses*, a obra magna de James Joyce, “é menos confusa do que Dublin” (MUIR, 1938, p. 11).

Richard Blackmur (1937, p. xv), refletindo sobre a obra poética e crítica de Henry James, ressalta que o escritor estadunidense enxergava a representação, na arte, como

ordenação do caos da vida, com o descarte dos seus rejeitos, para dar-lhe forma inteligível.

Wellek e Warren (2003, p. 289) afirmam que um mundo ficcional é merecedor de aplauso quando “compreende todos os elementos que julgamos necessários à abrangência geral ou quando, se tem âmbito estreito, seleciona e inclui o que é profundo e central e quando a hierarquia dos elementos parece-nos ser a que um homem maduro pode considerar”.

Por fim, os autores deixam claro que o termo “mundo” remete a uma ideia de espacialidade, mas termos como “ficção” e “história” servem para lembrar a essencial temporalidade de toda narrativa (WELLEK; WARREN, 2003, p. 289).

Umberto Eco (2004, p. 166) sustenta ainda que “é útil usarmos a ideia de mundo possível quando com ela nos referimos a um estado de coisas, mas só quando for preciso confrontar dois estados de coisas alternativos”.

Por fim, Jackson (1988, p. 157) afirma que, nas obras de ficção não realista, a inteligibilidade deste outro mundo persiste na capacidade do leitor de imaginá-lo, ainda que não o compartilhe com as personagens.

Para tanto, é preciso recorrer à definição de Frye (2000, p. 33) acerca dos modos ficcionais, também discutida por Todorov (2014, p. 7-27) e Ricouer (2010b, p. 26), já mencionada neste trabalho, segundo a qual as narrativas são classificadas de acordo com o poder de ação do protagonista em comparação com o dos seres humanos do tempo de publicação da obra.

Para Frye (2000, p. 33-34), se os poderes do protagonista o tornam superior, em sua natureza, em comparação com os homens comuns e com o seu ambiente, trata-se de um 1) mito, e de uma história sobre seres divinos; se os seus poderes o tornam superior, em grau, aos homens comuns e ao seu ambiente, trata-se de uma suspensão menos intensa das leis naturais, de casos de extrema coragem, de bravura, e também de objetos e animais mágicos, portanto, de 2) lendas e contos maravilhosos; se os seus poderes o tornam superior em grau aos homens comuns, mas não ao seu ambiente, trata-se do 3) modo mimético alto, das tragédias e dos épicos, em que o protagonista é um herói ou líder; se os seus poderes não são superiores nem ao dos homens comuns nem ao seu ambiente, trata-se do 4) modo mimético baixo, típico da comédia e da ficção realista, em que o protagonista é um homem comum; se, por fim, o protagonista é inferior aos homens comuns em capacidade ou inteligência, o protagonista pertence ao 5) modo irônico, com o qual o leitor ainda consegue certa identificação, mas com um sentimento de frustração e absurdo.

Não se pode esquecer, no entanto, a crítica de Todorov (2014, p. 18-19) ao caráter incompleto e parcialmente incoerente da classificação de Frye, por não explorar todas as

combinações possíveis a partir do seu sistema (superioridade e inferioridade aos homens comuns e ao ambiente), já que a classificação de Frye é de gêneros teóricos, e não apenas de gêneros históricos, ou seja, os que efetivamente já se realizaram na história literária.

Há um gênero intermediário entre o modo da ficção maravilhosa e a ficção realista, a literatura fantástica, em que, segundo Todorov (2014, p. 31), é exatamente a ambiguidade para o leitor, e frequentemente para as personagens, quanto à ocorrência ou não de um evento sobrenatural (maravilhoso) ou de um evento que, embora inusitado, ainda pode ser explicado pelas leis naturais (estranho).

Quanto às leis naturais, à primeira vista parece evidente que a narrativa jurídica se atém às convenções da ficção realista. No entanto, tal coincidência não é uma invariante histórica; é, ao contrário, um pouco anterior à emergência do racionalismo ocidental, sendo que, pelo menos até a Baixa Idade Média, havia um emprego frequente de recursos sobrenaturais para a resolução de controvérsias jurídicas.

A esse respeito, Taruffo (2012, p. 18) afirma exatamente que foi com o abandono dos ordálios, em 1215, como meio de decisão das causas, que o processo começou a se aproximar da concepção contemporânea de busca racional pela verdade, que faz coincidir sua narrativa com os pressupostos do realismo.

A premissa dos ordálios, que envolvem uma grande variedade de instrumentos, conhecidos como juízos divinos, era de que “Deus, devidamente requerido a assistir as partes, deveria determinar diretamente o êxito da prova, tornando evidente a inocência ou a culpabilidade do sujeito que a ela se submetera” (TARUFFO, 2012, p. 20).

Exemplos de ordálio são o duelo judicial, em que os campeões de cada parte competiam perante o juiz, e as provas do caldeirão fervente, do ferro incandescente, mas também institutos menos violentos como o juramento individual ou coletivo com valor probatório e quase mítico (TARUFFO, 2012, p. 19).

Taruffo (2012, p. 20-22) deixa claro que, embora considerados irracionais sob a perspectiva moderna, os ordálios poderiam ser culturalmente racionais, já que eram vistos como a “liturgia de um milagre judiciário”, dentro de um contexto social de profunda fé religiosa, e funcionalmente racionais, porque o ordálio era sempre decisivo e o resultado era sempre claro, mas que em geral eles serviam como técnicas residuais de resolução de incertezas posteriores ao emprego dos meios de prova ordinários.

Foucault (2013, p. 39) identifica uma semelhante transição entre procedimentos “mágicos” e procedimentos “racionais” de busca da verdade na prática judiciária na tradição artística grega da Antiguidade Clássica.



Foucault (2013, p. 40) aponta como exemplo do primeiro modelo, que denomina de modelo dos jogos de prova, um episódio da *Ilíada*, mais precisamente uma disputa entre Antíloco e Menelau, numa corrida de carros, em que a contestação de uma irregularidade, pelo competidor vitorioso (Antíloco), feita por seu adversário (Menelau), não é resolvida pelo recurso a um árbitro ou observador, apesar da sua presença, e sim pela acusação privada, com contestação privada, e com o desafio do acusador ao acusado para que jurasse, perante os Deuses, que nada tinha feito de errado, que se resolve quando o acusado renuncia à jura e reconhece que cometera uma irregularidade.

Como exemplo do segundo modelo, que Foucault (2013, p. 21) chama de modelo do inquérito, ter-se-ia a tragédia do Édipo-Rei. Se a revelação da verdade, primeiro como profecia, depois como adivinhação, ainda é sobrenatural e divina na tragédia de Sófocles, ela só se completa com a recordação dos protagonistas e com o recurso ao testemunho dos escravos que conheciam o verdadeiro passado de Édipo (FOUCAULT, 2013, p. 43).

Foucault (2013, p. 47) enxerga no Édipo-Rei uma série de referências: em primeiro lugar, o que ele chama de mecanismo de progressão da verdade, do nível dos Deuses (do Oráculo e da sua revelação pelo adivinho) ao nível dos reis (Édipo e Jocasta) e por fim ao nível dos escravos, que é comparável à passagem do modo mítico aos modos mimético alto e mimético baixo, na classificação de Frye.

Foucault (2013, p.55) no entanto, resolve a questão atribuindo-lhe o caráter de uma ruptura entre as relações de poder e o domínio do saber da época, pois, até aquele momento, “saber e poder eram exatamente correspondentes, correlativos, superpostos. Não podia haver saber sem poder. E não podia haver poder político sem a detenção de um certo saber especial”.

Com a condenação de um Rei pelo testemunho de homens do povo, no Édipo, “o Ocidente vai ser dominado pelo grande mito de que a verdade nunca pertence ao poder político, de que o poder político é cego, de que o verdadeiro saber é o que se possui quando se está em contacto com os deuses ou nos recordamos das coisas”. (FOUCAULT, 2013, p. 56).

O que interessa notar, nesse aspecto, quanto às reflexões do autor, além dessa transição no pensamento grego, que se repetirá na Idade Média com o abandono dos ordálios, é que Foucault recorre também ao lúdico, à disputa esportiva, como um campo em que a afirmação da verdade possui características assemelhadas à da prática judiciária.

Jackson (1988, p. 9) sustenta que o julgamento por combate, na forma moderna, pode ser enxergado no combate ritual entre advogado e testemunha, no momento do exame cruzado (*cross-examination*) do modelo adversarial.

Há um exemplo contemporâneo do emprego de meios sobrenaturais de busca da verdade no processo, embora bastante específico e de aplicação prática tão controversa quanto reduzida: trata-se da carta psicografada, cuja utilização, no processo penal, para a absolvição de um acusado, graças ao conteúdo de uma comunicação espiritual psicografada pelo médium Chico Xavier, tornou-se muito conhecida no Brasil nos anos 1970 (KLEIS, 2010, p. 96-97).

A psicografia, como técnica de comunicação da doutrina espírita entre os espíritos e os vivos (KARDEC, 2008, p. 13), tem uma longa tradição e um vasto mercado editorial, mas a sua relação com o processo judicial se reflete na relação da narrativa jurídica com a realidade, qualquer que seja o valor atribuído a ela.

Merece destaque o fato de que as provas da autenticidade do emissor e do conteúdo da mensagem, fornecidas pela doutrina espírita, acabam remetendo, no fundo, às mesmas expectativas de coerência dirigidas à verificação das demais provas do processo, que vão da compatibilidade da caligrafia daquele espírito com a que ele tinha enquanto encarnado (KARDEC, 2008, p. 24), à natureza da resposta dada, que estava fora do alcance do conhecimento do médium no momento da comunicação (KARDEC, 2008, p. 13) e à compatibilidade entre a linguagem manifestada na resposta e o conhecimento disponível a respeito do caráter do emissor (KARDEC, 2008, p. 24). Em suma, são critérios de verificação perfeitamente racionais, que exigem, no entanto, a aceitação de alguns pressupostos metafísicos: a existência de um mundo espiritual, para além do mundo material, e a possibilidade de comunicação entre esses mundos.

Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga (2013, p. 223-224) resumem os motivos pelos quais a carta psicografada não deve ser admitida no processo civil: a sua tomada como prova é incompatível com a laicidade do Estado; implica violação à liberdade religiosa daqueles que não partilham da mesma fé; e trata-se de prova impossível de submeter ao crivo do contraditório. No entanto, os autores (DIDIER JR, BRAGA, 2013, p. 203) admitem um uso residual da carta psicografada no processo arbitral, se “as partes (capazes e titulares de direito disponível), no exercício de sua liberdade e autodeterminação religiosa e cultural, admitissem, consensualmente, sua eficácia como documento (ou fonte de meio atípico de prova)”.

Em termos especificamente narrativos, pode-se afirmar que, se a carta psicografada for admitida a um processo como fonte de prova, com a aceitação da pretensão de correspondência entre a mensagem psicografada e a os fatos a que ela se refere, haverá uma alteração da própria concepção de realidade, para incluir também fenômenos do plano espiritual; se ela não for admitida a um processo como fonte de prova, sem que se negue

expressamente a sua pretensão de correspondência, preservar-se-á o conceito racional de realidade, mas acentuar-se-á o caráter ficcional da narrativa jurídica, por se tratar de mais uma interdição à verificação da correspondência; se ela não for admitida a um processo judicial por se negar a sua pretensão de correspondência, preservar-se-á o conceito racional de realidade sem acentuar o caráter ficcional da narrativa judicial.

Na atualidade, no entanto, pode-se dizer que a narrativa judicial se identifica com os modos miméticos mencionados por Frye, mas pode também dialogar com o modo irônico, como se verá a seguir.

As leis mais importantes do universo da narrativa judicial são os brocardos latinos 1) *quod non est in actis, non est in mundo*, ou seja, “o que não está nos autos, não está no mundo”; 2) *da mihi factum dabo tibi ius*, ou seja, “dá-me os fatos que te dou o direito”; e 3) *iura novit curia*, ou seja, “a Corte conhece o Direito”.

Tratando dessas leis de constituição do mundo dos autos no *common law*, Jackson (1988, p. 112-113) menciona que, por um lado, o júri (ou o juiz quando atua como julgador do fato) deve assumir a posição de *tabula rasa* - espaço vazio a ser preenchido pelos fatos tal como construídos pelo testemunho – e, por outro, o juiz enquanto julgador do direito assume uma posição anômala (e, embora não o diga com esses termos, o posta): de *tabula rasa* passa a conhecedor da lei e obrigado a entregar a solução para o conflito.

Pode-se notar claramente que, na metáfora da *tabula rasa* para tratar do juiz do fato, está a primeira lei: o que não está nos autos, não está no mundo; na posição do juiz do direito, as duas outras leis: a divisão funcional entre partes e juiz (dá-me os fatos que te dou o direito) e o dogma do conhecimento da lei.

As discussões dogmáticas referentes à necessidade de limitar o alcance dos aforismas *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, tanto no processo civil (NEVES, D, 2015) como no processo penal, no caso da *ementatio libelli* (LOPES JR, 2016, p. 901-909), para evitar a surpresa às partes e garantir que o processo transcorra democraticamente e com respeito efetivo ao princípio do contraditório, extrapolam o objeto do presente trabalho e não alteram o fato de que estas continuam sendo leis de regência do mundo dos autos, reconhecidas até mesmo por seus críticos como existentes, e por isso mesmo passíveis de atenuação.

Portanto, as leis de constituição do mundo dos autos, referentes ao juiz, estabelecem, por um lado, a ficção da ignorância quanto aos fatos, a ser superada apenas pela instrução processual, e, por outro, a ficção da onisciência quanto ao direito, que será levada até as últimas consequências na resolução do conflito.

Quanto à relação entre essas leis constitutivas do mundo dos autos e os modos ficcionais em Frye, pode-se dizer que *jura novit curia* coloca o juiz na posição do líder, na história do processo, do modo mimético alto, o que permite algum diálogo com a metáfora do Juiz Hércules de Ronald Dworkin (2002, p. 165).

Para Dworkin (2002, p. 165), Hércules é um modelo de juiz de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, que aceita as principais normas jurídicas aplicáveis à sua jurisdição, reconhece o poder do Legislativo de criar e extinguir direitos e obrigações, e reconhece o dever dos juízes de se alinharem à jurisprudência, quando os precedentes em questão forem aplicáveis ao caso que ele tem sob consideração, algo como um juiz filósofo capaz de desenvolver uma teoria política que articule um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito, e de dar a melhor resposta ao caso, o que demonstra a magnitude hercúlea do seu empreendimento (DWORKIN, 2002, p. 182).

Se o Juiz Hércules de Dworkin é um claro ideal regulativo, portanto, um modelo e uma orientação para a ação de juízes reais que nunca o realizam em sua perfeição, nem por isso se pode ignorar que, graças às regras constitutivas do mundo dos autos, em especial a *jura novit curia*, os discursos dos juízes reais em suas decisões tendem a representar a si próprios como Hércules.

Portanto, o que é normativo na teoria de Dworkin pode valer como descritivo para o discurso dos juízes (e também dos demais juristas) na história do processo, quando referido ao seu próprio papel, exatamente porque as regras do direito processual contribuem para esse modelo e porque esse tom é decisivo para conferir legitimidade ao ato judicial.

Basta observar os manuais de prática jurídica, e de elaboração de sentenças, que recomendam imparcialidade, objetividade, distanciamento e segurança.

Quanto à história do conflito, embora haja uma enorme variedade de situações de fato contempladas pelo direito material, pode-se afirmar que em geral se está diante do modo mimético baixo, e em um número não desprezível de casos diante do modo irônico, de agentes e pacientes que se deixam facilmente enganar, executam seus papéis de modo ineficiente, desleixado ou contraditório.

Esse, aliás, é um ponto fundamental da questão: como o processo judicial não trata da universalidade das situações da vida social e jurídica, e, portanto, predominantemente não se preocupa com os casos de cumprimento voluntário da norma, o tipo de situação vivencial apresentado com maior frequência ao juiz se aproxima mais do modo irônico do que do heroico.

Uma história do processo, apresentada sob a forma do modo mimético alto, que consiste na busca gradual e formalizada da verdade de uma história do conflito, apresentada sob a forma do modo mimético baixo, ou até do irônico, em que ambas têm um desfecho conjunto com a produção dos efeitos da decisão judicial definitiva, é o formato típico da narrativa judicial.

Tal modelo toma de empréstimo, essencialmente, a estrutura binária da literatura policial da classificação de Todorov (2006, p. 96-97), os modos ficcionais da classificação de Frye (2010, p. 33-34), e o modo de encadeamento das sequências na classificação de Propp (2010, p. 91).

Esse modelo teórico é reconhecido em funcionamento na prática e objeto de diversas críticas de caráter sociológico, como a de Salo de Carvalho (2013, p. 66), para quem a “construção despótica, fragmentária e fictícia do processo” gera um hiato entre o Direito e a realidade social, seja quanto ao excessivo distanciamento entre os juízes e as partes, que comprometeria a justiça, sobretudo com as classes populares, seja quanto à ilusão de onipotência infundida nos juristas pela educação profissional e pela prática (ZAFFARONI, 2001, p. 141-142).

A preocupação do presente trabalho não é, no entanto, valorar as consequências práticas que esse modelo pode gerar, nem determinar como as narrativas judiciais deveriam funcionar numa situação ideal, e sim identificar os traços fundamentais do seu efetivo funcionamento, ainda que eles possam parecer reprováveis sob algum ponto de vista político ou ético.

Um modelo alternativo, que reconhecesse as inevitáveis limitações cognitivas e pragmáticas dos juristas na reconstrução dos fatos em juízo e na aplicação de consequências a eles, que vislumbrasse a pluralidade de soluções possíveis, e em que as partes demonstrassem compaixão com a parte contrária, certamente pareceria mais atraente ao leitor inclinado à democracia social, mas exigiria juristas tão autoconscientes e partes tão éticas que, se efetivamente fossem a regra geral de comportamento no mundo da vida, o âmbito do contencioso e da narrativa judicial seriam sensivelmente reduzidos.

Se cada uma das leis de constituição do mundo da narrativa judicial - 1) o que não está nos autos, não está no mundo; 2) dá-me os fatos que te dou o direito; 3) a Corte conhece o direito – efetivamente tem aplicação universal, ou se sequer são seguidas na generalidade dos processos judiciais, bem como se existe alguma outra lei significativa para essa construção, é o que se colocará à prova no presente capítulo.

Quanto à primeira e mais importante das leis do universo processual, da qual

decorre inclusive o título desta tese, “o que não está nos autos, não está no mundo” é, antes de mais nada, uma afirmação da natureza ficcional da narrativa judicial, já que, por mais que se recorra ao aplicador do Direito para que este interfira no mundo da vida e modifique ou preserve situações de fato, é com base no mundo dos autos que o aplicador deve decidir, pelos motivos já expostos acima.

O termo “auto” significa, em linhas gerais, registro escrito de um ato (PRADO, 2010, p. 54) e o fato de os processos judiciais constituírem conjuntos de documentos (MARQUES, 2009, p. 213) tanto o aproxima do conceito de obra, como enfatizam a redução de complexidades com relação ao mundo da vida, e, não por acaso, a passagem para a forma escrita de atos processuais orais leva a designação técnica de “redução a termo” (PRADO, 2010, p. 50).

Se os processualistas se preocupam em distinguir o processo, enquanto conjunto de atos, dos autos, que são o seu registro, a natureza documental dos autos demonstra que eles implicam uma redução de complexidade não só em comparação com o mundo da vida, mas também com relação ao próprio procedimento, que José Frederico Marques (2009, p. 213) define como “revelação e forma externa do conjunto de atos que compõem o processo”, que por sua vez se destinam à produção da norma individual, o que pode ser atenuando, mas nunca anulado, com o recurso à tecnologia, com o registro audiovisual dos atos processuais orais, ao invés da mera passagem à forma escrita.

Como Rideout (2013) já mencionou, nem mesmo o registro audiovisual de uma conduta (seja uma perseguição automobilística, seja a tomada de um depoimento) é suficiente para que os fatos “falem por si mesmos”.

A lei sobre o “mundo dos autos” tem tamanha importância que ela é uma das poucas exceções à soberania dos veredictos do Tribunal do Júri no Brasil, em que a tomada de uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos é motivo para a anulação da sentença e para a realização de novo júri, embora só se possa fazer uso deste argumento uma única vez, não cabendo anulação do veredicto subsequente pelo mesmo motivo (MARQUES, 2009b, p. 217-219).

A segunda lei, “dá-me os fatos que te dou o direito”, é mais uma regra de divisão de tarefas entre os sujeitos processuais (os atores do mundo dos autos) do que uma demonstração explícita da ficcionalidade da narrativa jurídica, mas essa lei ajuda a compreender que as regras de Direito Processual funcionam como uma grande partitura, ou como um grande roteiro, para que os atores deste mundo exerçam seus papéis e cheguem ao resultado antevisto no próprio Direito, que é a sentença.

A concepção do “processo como roteiro” é explorada por Luis Carlos Cancellier de Olivo e Renato de Oliveira Martinez (2014, p. 161) como ponte metafórica para os estudos de Direito e Cinema, mas a questão vai muito além de um simples recurso teórico.

Se qualquer norma jurídica tem exatamente o propósito de constituir a ação para regulá-la, as normas de direito material nem sempre são tomadas pelos agentes com o nível de autoconsciência comparável ao de intérpretes diante de um texto artístico cuja execução lhes cabe, e isso vale tanto para os que a cumprem como para os que a descumprem, já que o dogma do conhecimento da lei não passa de um dogma, que pode ser melhor compreendido como um dever de informar-se sobre o direito vigente e, como qualquer outro dever, passível de descumprimento.

Por outro lado, o direito processual indica aos sujeitos processuais (as personagens do universo da narrativa judicial) as ações devidas, bem como a sequência de sua realização, projetando caminhos possíveis para o final desejado.

Esse modelo é altamente semelhante ao do texto artístico que se realiza na experiência do intérprete da música e das artes dramáticas. Como qualquer texto artístico entregue a um intérprete, a sua execução variará conforme as circunstâncias, o que demonstra a tensão típica entre determinação e abertura presente em toda obra (ECO, 2016, p. 154).

Assim, os Códigos de Processo podem prescrever juízes mais ou menos ativos, partes mais ou menos cooperativas, testemunhas mais ou menos comprometidas com a declaração da verdade, mas as personagens que atuam na narrativa jurídica podem seguir fielmente a prescrição ou afastar-se dela, contribuindo para a construção da cultura jurídica daquela comunidade e para o desenvolvimento judicial do direito.

Por fim, a terceira lei, “a Corte conhece o Direito”, é mais uma demonstração inequívoca da ficcionalidade da narrativa jurídica. Não é preciso fazer qualquer investigação empírica para demonstrar que os juízes, enquanto pessoas, não têm como conhecer todo o sistema normativo em vigor, nem mesmo nos casos dos juízos especializados em determinadas matérias. Esta lei, na verdade, é mais uma demonstração de que o Direito não precisa ser provado, portanto, não precisa figurar nos autos, portanto, é algo que está no mundo, mesmo que não esteja nos autos até o momento de sua primeira referência na sentença.

As possíveis relações da terceira lei com o conteúdo do princípio do contraditório extrapolam o objeto do presente trabalho, mas serão comentadas brevemente mais à frente.

Feita a explanação preliminar dos modos possíveis da narrativa jurídica e das três leis de regência do mundo dos autos, é preciso se dedicar à análise dos pormenores da sua

construção, adotando as categorias da teoria da literatura aplicadas às narrativas de ficção.

#### **4.1.1 Enredo**

Tomando de empréstimo a estrutura binária da literatura policial em Todorov (2006, p. 96-97), já investigada em outra ocasião (PRADO, 2010), pode-se dizer que a narrativa judicial é a história de um processo em que se busca reconstruir uma outra história, a do conflito, com o objetivo de oferecer-lhe uma solução justa, ou seja, de interferir na outra história para preservá-la ou modificá-la.

Uma teoria da narrativa judicial exige que o modelo seja aplicável às incontáveis relações de direito material que mereçam enquadramento na “história do conflito” e dos diversos ramos e ritos processuais que sirvam de roteiro para a “história do processo”. É preciso, portanto, dar conta de todos os tipos de processo e procedimento, como o homólogo narrativo da Teoria Geral do Processo, cuja existência ainda é rejeitada por muitos processualistas penais (LOPES JR., 2016, p. 191-194).

Como a referida tese não é de direito processual, interessando-se por seu conteúdo dogmático apenas na medida em que ele pode esclarecer o funcionamento da narrativa judicial, a polêmica não será discutida, adotando-se como pressuposto a existência de uma Teoria Geral do Processo.

No que diz respeito à história do conflito, é preciso remeter à discussão sobre a teoria do fato jurídico, e sua natureza de fragmento, ou seja, de recorte e extração de um evento que se encontra no fluxo contínuo da história, e que, portanto, precisa ser construído, deixando de ser fragmento para adquirir unidade significativa.

Essa unidade é dada, até certo ponto, pela própria teoria do fato jurídico, que procura na unidade de propósito esse significado, lembrando ainda que os sentidos subjetivo e objetivo do ato podem variar.

A narrativa da situação de fato abrangida pelo direito material sofrerá significativas transformações a depender da escolha do seu modo de organização, que, nos termos discutidos por Larenz, se dá tendo em vista o direito potencialmente aplicável, mas o direito só se aplica depois da conclusão do processo de depuração que ele próprio orientou, sendo que o caráter eminentemente circular da conformação (LARENZ, 2009, p. 395) pode levar a alguns equívocos.

José Calvo González (2008, p. 335) considera a organização discursiva em forma de relato o único modo inteligível para que o dado, como bruta resultância fática, alcance



sentido autônomo, adquira significado peculiar e construa sua própria coerência.

Já quanto à história do processo, é possível tratar de algumas especificidades sem perder o caráter de uma teoria da narrativa judicial. Isso se deve ao fato, há pouco mencionado, de que o Direito Processual pode ser tomado como um grande roteiro, no sentido dramático do termo, por meio do qual os diversos papéis da narrativa são razoavelmente detalhados para o seu exercício, exercício esse que se dá com grande nível de autoconsciência a respeito das prescrições legais, e das possibilidades de conformação ou de inovação.

Assim como qualquer nova execução de uma obra de arte recebe o traço individual e particular do seu intérprete, e mesmo diferentes execuções da mesma obra pelo mesmo intérprete registram variações significativas, o mesmo ocorre com a interpretação e aplicação dos Códigos de Processo pelos sujeitos processuais.

Aqui há uma notável particularidade: para traçar uma teoria da narrativa judicial, quanto a esse particular, é preciso reconhecer que nem todas as indicações do roteiro serão seguidas.

Tal como nas obras explicitamente abertas da arte contemporânea, que requerem um complemento produtivo do espectador (ECO, 2016, p. 159), os Códigos de Processo indicam instrumentos que podem ou não ser usados pelo sujeito: recursos que podem ser manejados ou não, desistências, renúncias, acordos e silêncios que, de acordo com sua prática, modificarão a trajetória. Nesse particular, revela-se mais uma vez o caráter de jogo, reconhecido por Gadamer (2007, p. 165-178) como essência da obra de arte.

Portanto, para uma teoria da narrativa judicial, é preciso fazer uma leitura retrospectiva da história do processo, ou seja, a análise de processos transitados em julgado, e a última narrativa do último aplicador do direito chamado a decidir a controvérsia, para, a partir dela, reconstruir as histórias (do processo e do conflito) que são contadas nos autos. Quando for preciso analisar as histórias de processos ainda em andamento, o método retrospectivo pode ser mantido, partindo da última narrativa disponível nos autos.

Quanto à forma de encadeamento das sequências que compõem a narrativa processual, cabe tomar de empréstimo a contribuição do formalismo de Propp (2010, p. 90-91), que, entre diversas formas de combinação, reconhece uma modalidade em que a primeira sequência se desenvolve, dá surgimento a uma segunda sequência, cujo desenvolvimento leva ao desfecho simultâneo de ambas.

Yves Reuter (2007, p. 85) define a questão como uma diferença entre níveis narrativos, destacando o fenômeno das narrativas encaixadas, em que “no centro de uma intriga englobante, uma ou várias personagens passam a narrar uma ou várias histórias que

elas escrevem, contam ou imaginam”.

Com efeito, a primeira sequência (história do conflito) pode ser vista como a situação de fato contemplada pelo direito material, e trazida ao processo sob a forma de conflito. A petição inicial é a instauração da segunda sequência (história do processo) cujo desenvolvimento se dá até o trânsito em julgado, que representa o desfecho efetivo da segunda e simbólico da primeira, e com a execução, leva ao desfecho também material da primeira sequência, com a interferência, pela preservação ou transformação, da situação de fato contemplada pelo direito material.

No entanto, deslocando a questão do plano da ação para o plano da narrativa, a primeira história a ser contada é a história do processo, inaugurada pela petição inicial, que vai revelando, sob a forma da memória e da recordação, a história do conflito.

#### **4.1.2 Narrador**

Na teoria literária, os dois tipos básicos de narrador, que admitem diversas combinações, são o narrador observador e o narrador personagem, ou, na denominação que remete à tradição grega, narrador heterodiegético e narrador homodiegético (REUTER, 2007, p. 75-84), sendo a diegese o âmbito da ação no interior do mundo do texto, ou, ainda, como prefere Todorov (2014, p. 91) o narrador não-representado e o narrador representado.

As diferenças principais entre os modelos dizem respeito ao grau de conhecimento quanto aos fatos e à participação do narrador na ação narrada.

Todorov (2008, p. 246-248), por exemplo, identifica três graus de conhecimento do narrador sobre os fatos, tendo como parâmetro o conhecimento das personagens: 1) o narrador que conhece mais do que as personagens, que pode variar desde o narrador onisciente, que “vê através dos muros da casa tanto quanto através do crânio de seu herói” ao que não chega a tanto, mas é capaz de oferecer a narração externa de acontecimentos que não são simultaneamente conhecidos por nenhuma das personagens; 2) o narrador que conhece tanto quanto as personagens, que é a posição típica de um narrador personagem, mas que também pode ser de um observador não-onisciente; 3) o narrador que conhece menos que as personagens, que descreve o que vê e ouve, mas não tem acesso a nenhuma consciência.

Yves Reuter (2007, p. 74-75) coloca o problema como a relação entre a narrativa e a perspectiva, que se articulam na instância narrativa, e podem ser a 1) visão de trás, que passa por um narrador que sabe mais que as personagens (onisciente); a 2) visão com, que passa por uma ou várias personagens; e a 3) visão de fora, na qual o leitor tem a impressão de

uma narrativa objetiva, em que os pensamentos e sentimentos das personagens são desconhecidos para o narrador.

Nos mesmos termos, Genette (1980, p. 186) entende que é preciso evitar a confusão entre perspectiva e voz narrativa, sendo que a primeira diz respeito à personagem a partir de cujo ponto de vista a narrativa se articula, e a segunda diz respeito ao narrador, e classifica as questões puramente relacionadas ao ponto de vista de forma quase idêntica à apresentada por Reuter, ao referir-se à visão de trás, em que o narrador sabe mais que a personagem; a visão com a personagem, em que ambos partilham do mesmo nível de conhecimento; e a visão de fora, tida como objetiva ou behaviorista (GENETTE, 1980, p. 188-189)

Genette (1980, p. 190-191) trata a primeira como narrativa não-focalizada, a segunda como focalização interna (simples ou múltipla) e a terceira como focalização externa, mas esclarece que a focalização pode não permanecer a mesma ao longo de toda a narrativa, que nem sempre os textos narrativos se amoldam aos tipos ideais, e que uma focalização interna para uma personagem pode representar focalização externa a partir da perspectiva de outra personagem.

Quanto à participação na ação, quando personagem, o narrador pode assumir qualquer uma das posições, não necessariamente centrais, na sequência de ações do enredo.

À primeira vista, seria fácil a definição do narrador da narrativa judicial como observador (heterodiegético), ou seja, o juiz distanciado dos fatos pelas regras do processo e que se empenha racionalmente para reconstruí-los até ter um todo coerente.

No entanto, a adoção do modelo descrito na presente tese, em que a narrativa judicial é a história do processo, em que se reconstrói gradualmente a história do conflito, exige que se tome a solução de Galuppo (2015, p. 11) para quem o juiz é um narrador homodiegético, ou seja, narrador-personagem, que, por isso, está no mesmo plano de ação das demais personagens, o que significa que, em alguma medida, e limitado pelo devido processo legal, ele sempre escolhe o que narrar.

A relação entre o narrador da sentença e o juiz real tem a mesma natureza da relação entre autor real e autor-modelo descrita por Umberto Eco, assim como a dos destinatários da narrativa na sentença (potencialmente, toda a comunidade, exceto nos casos de segredo de justiça) evoca a relação entre leitor real e leitor implícito, descoberta por Wolfgang Iser (ECO, 2004, p. 2-4).

Embora o narrador por excelência seja o juiz, a narrativa judicial é marcada pela multiplicidade de pontos de vista que decorre tanto do princípio do contraditório como do

amplo emprego da prova testemunhal e das declarações das partes, que não são meramente acidentais: por maior que seja o avanço tecnológico para a produção de prova pericial e documental, é preciso que os pontos de vista narrativos do plano da ação da história do conflito sejam revelados para que se alcance um todo coerente.

Eligio Resta (2008, p. 52) sintetiza bem a questão, dizendo que a estrutura da narrativa jurídica “é construída sobre observações de observações de observadores: mudam as conclusões e se combinam de forma diversa, adotando os diferentes pontos de observação e as gramáticas dos diversos observadores”.

Aliás, segundo Ricardo Piglia (2004, p. 101-102), essa era a técnica usada por Jorge Luis Borges em seus melhores contos, em que ele próprio se apresentava como personagem, que escutara um relato alheio e partia dele para a investigação de outros elementos para a construção da história apresentada ao leitor.

Em síntese, tal instância narrativa pode ser vista como “a de um narrador-personagem que, no entanto, é alheio ao mundo narrado, participando apenas da história em que é o ouvinte da história que lhe é relatada por um terceiro, este sim um participante da história narrada” (PRADO, 2010, p. 78).

Essa é a posição típica dos patronos e do juiz, enquanto narradores na história do processo em face da história do conflito, e até mesmo dos juízes, procuradores e defensores de instâncias superiores, quando se referem à história do processo em primeiro grau de jurisdição.

Como o processo judicial é regido pelo princípio do contraditório, a desmentida entre narradores personagens é a regra geral e, mesmo no que diz respeito aos juízes narradores, um exemplo clássico da desmentida é a reforma, em grau de recurso, de uma decisão judicial, por um tribunal superior.

Isso demonstra que a multiplicidade de pontos de vista narrativos é a característica mais importante da narrativa judicial, e é uma decorrência do próprio sistema jurídico, destinada a criar uma incerteza provisória quanto à verdade-correspondência, a ser superada, no âmbito do próprio processo, com os instrumentos de produção de prova e de distribuição do ônus, no momento da decisão final, numa lógica muito semelhante à mencionada por Ricoeur (2010a, p. 75-77) como a da concordância discordante, ou, extrapolando o marco teórico desta investigação, algo similar ao método dialético.

José Calvo González (2008, p. 342) descreve essa operação como sendo a “articulação dialética do conflito”, cuja síntese ou relato definitivo fixa o acontecimento histórico e opera como triunfo narrativo, que pode não corresponder perfeitamente às apostas

narrativas de nenhuma das partes.

Para Ricouer (2010a, p. 77), o âmago da concordância discordante, no modelo aristotélico, se dá com a “reviravolta”, ou peripécia, que é a mudança de sorte da personagem, da fortuna para o infortúnio, ou vice-versa, e é certo que isso nem sempre ocorre na narrativa judicial, mas o princípio do contraditório garante ao menos a possibilidade de peripécia.

A respeito da multiplicidade de pontos de vista narrativos, estudados na comparação entre as obras de Graciliano Ramos e William Faulkner, Nelson Cerqueira (2003, p. 122) sustenta que os autores “parecem negar a qualquer um o direito de saber a verdade absoluta, sugerindo que o leitor deve buscar algum tipo de denominador comum dentro da narrativa”.

Curiosamente, este mesmo método, que, na literatura, é gerador de incerteza por excelência, é usado no sistema jurídico para a reconstrução dos fatos que, ao final, serão declarados com a dignidade de uma verdade oficial que produzirá efeitos sob a vida dos envolvidos.

Todorov (2014, p. 91) esclarece que, no que diz respeito à prova da verdade, o estatuto do narrador-personagem é ambíguo, já que, por um lado, o narrador não está sujeito a esta prova, mas, por outro, a personagem está, e pode ser desmentida no plano da ação interior ao texto.

Henry James (1937, p. 320), num trecho em que a sua reflexão é predominantemente direcionada à sua própria obra de ficção, sem tanta pretensão de uma crítica universal, afirma que a primeira pessoa, quando usada em grande escala, induz ao desleixo, à desconexão e à incoerência, e como essa frouxidão e essas pontas soltas nunca compuseram o seu estilo, ele sempre buscou evitá-las como ficcionista.

Ademais, uma das questões mais controversas diz respeito à pretensão de onisciência manifestada frequentemente nas sentenças, mas não nas decisões interlocutórias, que trabalham com as ideias de verossimilhança e plausibilidade já mencionadas neste trabalho e que dialogam com a literatura de ficção, e nem mesmo em todas as sentenças, já que algumas delas manifestam expressamente a impossibilidade do alcance da correspondência, e empregam a solução jurídica apropriada aos casos de dúvida.

Esta pretensão consiste em especial nas declarações do juiz a respeito de fenômenos psíquicos, ou seja, das intenções e dos estados de ânimo dos agentes da situação de fato e, ocasionalmente, até mesmo dos sujeitos processuais (na litigância de má-fé). Esse é o ponto em que a diferença entre o narrador e o autor, mesmo quando em primeira pessoa, e mesmo quanto aquele é uma projeção deste no interior do texto, fica mais evidenciada.

Assim como nenhum juiz real conhece inteiramente o ordenamento jurídico em vigor, como mencionado mais acima, mas o mundo dos autos se rege pelo postulado de que “a Corte conhece o Direito”, nenhum juiz real é capaz de saber com plena certeza os estados de ânimo dos agentes, embora, em vários casos, possa deduzi-los das circunstâncias e das provas com certeza suficiente para a aplicação de consequências jurídicas ao fato de acordo com esse achado.

O problema adquire especial importância porque, em muitas situações jurídicas, a exteriorização da ação não é suficiente para definir a norma aplicável, e a escolha entre as normas que potencialmente incidiriam reside unicamente no elemento subjetivo da conduta.

Seja na definição da intenção do agente de uma conduta criminosa, para definição do crime doloso ou culposos, ou de um crime mais grave tentado ou de um crime mais leve consumado, seja na recomendação da codificação civil de que se interpretem os negócios jurídicos de acordo com sua intenção, e não com a literalidade do instrumento, o narrador da sentença deverá fazer afirmações categóricas sobre fenômenos que, rigorosamente falando, estão fora do alcance do juiz real, sendo que as declarações dos únicos sujeitos que autenticamente os conhecem (os próprios agentes) não são confiáveis, em razão do seu interesse na causa.

Mais uma vez, este trabalho não se propõe a discutir as dificuldades de verificação do elemento subjetivo no processo, mas o seu efeito na narrativa: para aplicar consequências jurídicas de acordo com esse elemento subjetivo (condenação, desclassificação ou absolvição, validação ou invalidação do negócio jurídico), o narrador precisa se constituir como onisciente com relação à história do conflito, ainda que seja apenas uma personagem que vive no próprio plano da ação da história do processo.

No entanto, quando é preciso fazer uso das soluções que o próprio ordenamento jurídico dá para os casos de dúvida insuperável a respeito dos fatos (a absolvição por falta de provas, resultante do princípio do *in dubio pro reo*, ou, em geral, a utilização das regras de distribuição do ônus da prova) o narrador da sentença pode assumir a posição oposta à do observador onisciente da história do conflito, passando a assumir a forma típica do narrador observador que conhece menos dos fatos que as personagens da história do conflito, mas, apesar disso, em razão da sua posição na história do processo, não pode se recusar a resolvê-lo.

Portanto, o que se tem é um narrador-personagem da história do processo, que pode ou não ter pretensão de onisciência sobre a história do conflito, da qual é observador (o juiz); outros narradores na história do processo que podem ou não manifestar pretensão de

onisciência sobre a história do conflito, de que são observadores, mas cujas falas não têm o mesmo poder de alçar os fatos reconstruídos à condição de verdade oficial (os patronos das partes) e outros narradores na história do processo que não manifestam pretensão de onisciência sobre a história do conflito, de que são personagens secundárias, mas têm compromisso jurídico com a verdade-sinceridade (as testemunhas), podendo ocasionalmente não tê-lo (os informantes do processo penal); e outros narradores na história do processo que não manifestam pretensão de onisciência sobre a história do conflito, de que são personagens principais, e podem ou não ter compromisso jurídico com a verdade-sinceridade (as partes).

A ambiguidade da narrativa em primeira pessoa, e a sua amplificação pela multiplicidade de pontos de vista narrativos, são as técnicas mais férteis da literatura para fomentar a incerteza, mas, paradoxalmente, são as técnicas que a narrativa judicial emprega para formação da certeza do magistrado, responsável pela narração definitiva daqueles fatos, confiando que a incerteza durará apenas o tempo necessário, consentido e mediado do próprio processo em que o contraditório se desenvolve.

#### **4.1.3 Personagens**

Segundo Antônio Candido (2014, p. 53), numa referência ao romance, mas que é perfeitamente aplicável a qualquer forma narrativa, “enredo e personagem exprimem, ligados, os intuitos do romance, a visão da vida que decorre dele, os significados e os valores que o animam”. Todorov (2006, p. 119) sustenta algo bastante semelhante: “não há personagens fora da ação, nem ação independentemente da personagem”.

Henry James (1937, p. 63-64) esclarece que a verossimilhança das personagens depende do emprego da proporção correta entre inteligência e perplexidade, já que a onisciência é incrível, e que sem perplexidade não há narrativa que gere interesse, porque, se tudo for inteligência, as personagens tornar-se-ão como os entediados e oniscientes imortais, que só sentem algum alívio quando descem do Olimpo e se misturam aos humanos.

Começando pela história do conflito, as suas personagens serão buscadas nas inúmeras relações jurídicas do direito material, em que a estrutura bilateral da norma jurídica (MACHADO NETO, 1974, p. 69) opõe um sujeito obrigado e um sujeito pretensor, que se comportam ou não de acordo com as prescrições da norma.

É notável que a bilateralidade da norma jurídica (BOBBIO, 1999, p. 99) leva ao estabelecimento de dualidades em cada ramo do direito material, como credor-devedor no Direito Civil, autor-vítima no Direito Penal, Estado-contribuinte no Direito Tributário, agente

público-particular no Direito Administrativo.

Jackson (1988, p. 110-111) refere-se a essas questões como as oposições categoriais básicas, esperadas pelo leitor, que se manifestam em qualquer narrativa, sendo que, quando o primeiro dos termos é sucedido pelo segundo, conforme o esperado, há uma confirmação de expectativas, mas, quando isso não ocorre, há uma frustração.

Mais à frente, discutir-se-á o efeito dessas oposições sob o aspecto da coerência, mas, no que diz respeito à construção das personagens, a relação básica entre protagonista e antagonista (PROPP, 2010, p. 26-34), está presente em todas as narrativas jurídicas, e as relações derivadas desse plano básico não desmentem a regra geral.

Henry James (1937, p. 18) afirma que a antítese entre as personagens, para ser eficiente, precisa ser direta e completa, o que remete claramente à ideia de paridade de armas, como uma das dimensões do princípio do contraditório, na dogmática processual (LOPES JR, 2016, p. 99), mas o próprio James (1937, p. 18) reconhece que raramente a antítese ideal é observada nas obras, e que quando muito é preciso se contentar com uma oposição em que um dos polos é forte e o outro fraco, e é possível que isso baste sob o ponto de vista do juízo estético.

A esse respeito, é preciso observar que a relação protagonista-antagonista, em Propp, que teve por objeto a literatura folclórica russa, corresponde ao maniqueísmo da divisão herói-vilão, mas no presente trabalho não carrega esse sentido, mas apenas a divisão, em princípio axiologicamente neutra, entre agente e oponente.

Quanto ao desdobramento das relações entre personagens, Ricouer (2010b, p. 71-72), baseando-se na lógica narrativa de Claude Bremond desenvolve um esquema em que a divisão básica é de agentes e pacientes, estes últimos sujeitos a influências ou ações dos primeiros.

Influências ou ações guardam uma notável homologia com as categorias da participação moral e material na teoria do concurso de agentes, para a definição da responsabilidade penal (BITTENCOURT, 2015, p. 562-563).

Quanto aos agentes, Ricouer (2010b, p. 71-72) enxerga três níveis, sendo o primeiro situacional (conservação ou modificação), o segundo valorativo (melhora ou degradação, proteção ou frustração) e o terceiro meritório (agressão ou sanção, favorecimento ou recompensa).

Os agentes, portanto, podem interferir sobre a vida do paciente para conservar ou modificar uma dada situação, e essa conservação pode representar proteção ou frustração, e a modificação pode ser uma degradação ou uma melhora da situação e, ainda assim, a



degradação pode ser merecida (sanção) ou não (agressão), assim como a melhora pode ser merecida (recompensa) ou não (favorecimento).

Essa estrutura lógica é perfeitamente aplicável às narrativas judiciais: como regra, tem-se um agente (parte autora) que pretende, no mundo da vida, a modificação de uma situação indevidamente degradante ou a preservação de uma situação devida que esteja ameaçada e que por isso pede ao Poder Judiciário que aja nesse sentido conservador ou modificador; a parte contrária provavelmente responderá que a modificação não é merecida, e seria uma agressão ou um favorecimento indevidos, e requererá a conservação da situação como está, ou a sua modificação (por exemplo, numa reconvenção), cabendo ao juiz decidir qual a ação devida e, portanto, declarar em favor de quem procederá à modificação ou conservação meritória, que evidentemente pode ser descrita em sentido oposto (como modificação ou conservação imerecidas) no recurso interposto à instância superior, que por sua vez estruturará a narrativa das histórias do processo e do conflito nesses mesmos termos lógicos, embora, evidentemente, não os reconheça como modelos perfeitamente comparáveis aos da teoria narrativa.

Atentando para os ramos que melhor desenvolveram a teoria do fato jurídico, pode-se encontrar no Direito Civil as disposições referentes às pessoas, ao início e ao final da sua existência, os direitos de personalidade, e, em especial, às pessoas jurídicas, que constituem a ficção jurídica por excelência, segundo a teoria construída por Savigny e que teve ampla aceitação teórica na Europa no Século XIX, mas que, segundo Elvia Arcelia Quintana Adriano (2015, p. 379-380), confunde personalidade, que é um conceito jurídico tanto para as pessoas naturais como para as jurídicas, com a capacidade de ação, sob o ponto de vista ético e filosófico que, não existiria nos entes coletivos, os quais, por isso, demandam um representante para o exercício da sua personalidade enquanto capacidade de agir, que aí sim é atribuída ficticiamente pela lei às pessoas jurídicas.

Orlando Gomes (2009, p. 170-171) sintetiza a questão dizendo que, embora a necessidade de delimitação dos interesses próprios dos entes coletivos tenha respaldo na realidade social, o processo de atribuição de personalidade singular a um agrupamento de indivíduos é uma ficção, que seria a ficção da individualidade na coletividade, ou seja, a apresentação, como verdadeira, de uma situação imaginária, para atender a uma determinada necessidade da política jurídica.

Além disso, o Direito de Família situa a pessoa física nas suas relações interpessoais mais próximas, e o Direito Societário pormenoriza as condições de funcionamento da pessoa jurídica.

No Direito Penal, a análise da legislação a respeito das formas de autoria e de participação delitiva revela uma construção notavelmente similar às relações entre personagens encontradas na narrativa de ficção, já que, além da relação básica entre agente e paciente, há também a participação material e moral na conduta delitiva, o atingimento de mais de uma vítima, a legítima defesa de terceiro, todas essas figuras que demonstram as diversas formas de envolvimento na interação tida como criminosa (BITTENCOURT, 2015, p. 546-552; 560-566).

No entanto, o Direito Penal dá atenção muito maior aos agentes do que aos pacientes, sobretudo por conta do princípio da individualização da pena, que leva a um ambicioso projeto de fixação dos motivos e da personalidade do autor do crime, cuja interpretação na prática judiciária é alvo de diversas críticas pelos setores mais garantistas da doutrina.

Salo de Carvalho (2002, p. 53-61) resume a questão dizendo que a avaliação da personalidade do autor do crime é duplamente inaceitável: em primeiro lugar, porque os juristas em geral, e os juízes não são diferentes, não têm preparo técnico para a realização de uma avaliação psicologicamente consistente da personalidade de uma pessoa, e disso resultam conclusões estereotipadas, superficiais e difíceis de refutar; em segundo lugar, ainda que fosse tecnicamente possível a avaliação pelos juízes, ela não seria legítima, num estado democrático, porque seria uma interferência indevida na esfera moral dos cidadãos.

Para o presente trabalho, no entanto, interessa observar as consequências narrativas dessa exigência legal (avaliação da personalidade) a um profissional sem formação em psicologia. Salo de Carvalho (2002, p. 58) sustenta que os juízos de personalidade costumam reduzir-se à avaliação do temperamento e do caráter do acusado, tal como se manifestaram nos atos processuais, sem considerar a sua história pessoal ou familiar.

Essas previsões normativas dizem o que interessa ao juiz na busca da solução para o caso e, tal como qualquer outra prescrição jurídica, realizam uma considerável redução de complexidade da situação vivencial conformada num conflito jurídico. Entre elas, destaca-se a avaliação do caráter, que se baseia em material extremamente limitado, mas por outro lado terá grande influência na verificação da coerência interna com a conduta atribuída ao agente, como se discutirá mais à frente.

As regras sobre a capacidade ou a culpabilidade podem ser vistas como verdadeiras ficções, como, por exemplo, a abstração do homem médio, que, segundo Sebastian Borges de Albuquerque Mello (2010, p. 208-222; p. 409), não só nunca existiu de fato, como não tem nenhuma serventia que justifique o seu aproveitamento num contexto de

respeito à dignidade humana de um indivíduo concreto, e que por conta disso produzir injustiças, quando se discute o efetivo grau de autodeterminação de um agente com relação à sua conduta, mas a despeito disso continuam sendo usadas para garantir um mínimo de previsibilidade para os destinatários da norma.

Já quanto à história do processo, que é a que se apresenta em primeiro lugar na decisão definitiva, dentro da qual a história do conflito vai se revelando, as personagens da narrativa se identificam com os sujeitos processuais designados pelos Códigos de Processo.

Como já dito, em razão da concepção do direito processual como roteiro, ou como texto comparável às obras especificamente abertas da literatura contemporânea que exigem complemento produtivo, nem todas as personagens processuais figurarão numa determinada narrativa (peritos e terceiros interessados são figuras, por natureza, eventuais), mas sempre há uma relação básica entre o juiz, as partes e seus procuradores, que precisa ser especificada.

A relação básica da história do processo – entre o juiz e as partes – começa a ser definida pelos poderes e pelos papéis de cada um na reconstrução da história do conflito.

A centralidade do juiz na reconstrução da história do conflito, ou a sua subsidiariedade e passividade em face da atividade construtiva das partes, são os dois modelos processuais mencionados por Taruffo (2012, p. 196-212).

Exemplo da tese da centralidade do juiz, no processo penal, pode ser encontrado na descrição de José Frederico Marques (2009a, p. 4), para quem “não pode o juiz permanecer inerte durante o processo e limitar-se ao passivo papel de espectador de uma luta onde apenas intervém quando solicitado por algum dos contendores” e, em especial “quer nas causas cíveis como nas penais, interessa ao Estado que a aplicação do direito não seja conturbada pela habilidade das partes” (MARQUES, 2009a, p. 4), o que representaria o sistema inquisitorial.

Exemplo da tese da subsidiariedade do juiz, no processo penal, pode ser encontrado na descrição de Aury Lopes Jr. (2016, p. 44) do sistema acusatório, para quem o juiz se mantém como um terceiro imparcial, alheio ao labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo.

Lopes Jr. (2016, p. 47-48) prossegue afirmando que o sistema de persecução penal brasileiro, apesar do entendimento em contrário da doutrina, não é misto (inquisitorial na fase pré-processual e acusatório na processual), sendo, em verdade, um sistema inquisitório, justamente porque são conferidos ao juiz amplos poderes instrutórios.

Já no Processo Civil, a tendência da codificação foi de estabelecimento de um autêntico sistema adversarial, em que o protagonismo é das partes, com o reforço do princípio dispositivo e inclusive com a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais

(DIDIER JR., 2016, p. 380-399).

É notável o ceticismo de Taruffo (2012, p. 196-198) quanto à reconstrução dos fatos pelas partes, com a sustentação de que elas não têm interesse na revelação da verdade, mas na vitória na controvérsia, o que demonstra uma crença na separação radical entre verdade e interesse.

Quando muito, Taruffo (2012, p. 198) reconhece que pode ocorrer de uma parte ter interesse na determinação da verdade, quando ela levar à satisfação do seu interesse, mas que se pode “excluir a possibilidade de que as partes tenham interesse em comum que a verdade seja apurada”.

Para o autor, “na melhor das hipóteses, convidam-se ou se obrigam as partes a evitarem obstruções, visando a impedir o uso consciente de declarações ou de provas falsas” (TARUFFO, 2012, p. 199).

Apesar do ceticismo quanto às partes, Taruffo (2012, p. 203) esclarece que os poderes conferidos ao juiz configuram-se como acessórios ou integrativos em relação às iniciativas instrutórias das partes, e que “em nenhum caso prevê-se que o juiz se transforme em um inquisidor que reúna em si todos os poderes de perquirição e de descoberta da verdade, reduzindo-se ou até mesmo eliminando-se os poderes probatórios das partes”.

Ao refletir sobre a configuração narrativa do processo penal, num modelo claramente acusatório, Raquel Taranilla Garcia (2011, p. 502) enxerga na acusação a posição de protagonista, como o narrador principal da administração da justiça, e a defesa como antagonista, que tem o objetivo de rebater a hipótese narrativa acusatória sem ter a necessidade de formular uma narrativa própria.

Steven Cammiss (2006, p. 92-94) identificou, numa pesquisa empírica, como a predominância da narrativa da acusação, aliada à supressão do discurso das testemunhas e da defesa, contribuiu para um empobrecimento das versões e para a representação estereotípica das personagens.

José Calvo González (2015, p. 201) coloca a questão de forma muito clara, ao dizer que, se uma interpretação garantista do processo exige que se enxergue a narrativa da acusação como hipótese, quando se a observa em seu enfoque discursivo fica inegável o seu papel de tese, que pauta todo o desenvolvimento do processo, e deve ser confrontada pela defesa, como antítese.

González (2015, p. 205) esclarece que as três principais estratégias defensivas, combináveis entre si, são a refutação simples, direta e plena; a refutação por meio de uma história alternativa ou disjuntiva, ou a admissão do fato com a justaposição de uma diferente

qualificação jurídica.

As personagens dos profissionais que atuam no processo – juiz, ministério público, patronos das partes, peritos, auxiliares da justiça – são eminentemente impessoais, vazias de conteúdo afetivo, e, mais do que isso, como regra, imparciais, já que a própria legislação processual exige o afastamento, por impedimento ou suspeição, de pessoas que poderiam ter interesse na história do conflito, ou poderiam ser afetadas por ela.

A construção de personagens impessoais é mais um traço característico da ficcionalidade da narrativa jurídica: todos os profissionais que atuam no processo têm, no mundo da vida, seus afetos e desafetos, seus desejos e seus temores, mas estes, na narrativa, precisam ser deixados de lado, para a valoração da história do conflito, da qual não participaram, e a sua eventual presença seria uma contaminação inadmissível e passível de exclusão daquela figura, pelas regras processuais de impedimento e suspeição.

Frye (2000, p. 327-340), em seu estudo da retórica da prosa não-literária, identifica dois tipos ideais que se afastam da retórica literária em direções opostas: a retórica emocional, dos discursos e da publicidade, e a retórica conceitual, cujo extremo é o jargão oficial dos documentos governamentais.

Ao descrever a retórica do oficialato, Frye (2000, p. 331) sintetiza a questão de uma forma perfeitamente aplicável às narrativas judiciais, sobretudo dos narradores juristas e das suas respectivas personagens, ao dizer que o jargão oficial é movido por um desejo de ser o mais imparcial possível, como uma representação verbal da Instituição, como deidade cibernética anônima funcionando num estado de normalidade.

O extremo da caracterização imparcial se encontra na figura do juiz, que Jackson (1995, p. 424) define como “destinada a comunicar mensagens particulares e decisões, mas, acima de tudo, a significar a presença de um corpo judicial objetivo e neutro”,

Garcia (2011, p. 503) menciona que a narrativa dos fatos pelos patronos das partes é feita como se se tratasse de um fato alheio a eles e que se há imposto em juízo sem sua ingerência, e que essa ficção é um dos pilares principais da ideologia da administração da justiça.

Existem algumas exceções à regra da impessoalidade da personagem profissional, como o advogado em causa própria, mas a figura do advogado é, ela própria, uma exceção, pois é um dos poucos profissionais da iniciativa privada em atuação no processo, enquanto as personagens profissionais que compõem o serviço público – juiz, promotor, defensor público, procuradores, auxiliares da justiça, peritos – veem voltadas para si a exigência da impessoalidade, que não se confunde com a exigência de imparcialidade, que evidentemente

não se destina aos patronos das partes.

A esse respeito, Piero Calamandrei (1995, p. 123) sustenta que o advogado que pretendesse exercer seu ministério com imparcialidade não só constituiria uma “incômoda duplicata do juiz, mas seria deste o pior inimigo; porque, não preenchendo sua função de contrapor ao partidarismo do contraditor a reação equilibradora do partidarismo em sentido inverso, favoreceria, acreditando ajudar a justiça, o triunfo da injustiça adversária”.

No mesmo sentido, referindo-se ao Ministério Público como parte no processo penal, José Frederico Marques (2009a, p.32) sustenta que “não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque, então, não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, aí, um *bis in idem* de todo prescindível e inútil”.

Portanto, o que se menciona é que o discurso do jurista, tenha ele um dever de parcialidade ou de imparcialidade, é predominantemente impessoal, justamente para corresponder às expectativas de abstração e de universalidade depositadas no Direito.

Uma exceção importante diz respeito à atuação no tribunal do júri, identificada pelo próprio Frye (2000, p. 327) como a retórica do ataque e da invectiva, comparável à cruzada do pregador contra o pecado, em que as alegações finais do promotor no júri exigem o apelo emocional para a construção persuasiva da acusação a um inimigo social.

Direito e Política, curiosamente, são campos em que a retórica da prosa não literária é levada aos dois extremos: do candidato emocional ao burocrata conceitual, do tribuno emocional ao julgador conceitual.

O estatuto das partes e das testemunhas, como personagens tanto da história do processo como da história do conflito, merece atenção especial, sobretudo no que diz respeito ao interesse e o compromisso com a verdade.

Jackson (1988, p. 16), adotando o modelo actancial de Greimas, nota que, no modelo adversarial do *common law*, a relação entre patrono da parte e testemunha, que é parte da história do processo, pode ser ou de cooperação, no caso do exame direto (a testemunha da parte) ou de oposição, no do exame cruzado (a testemunha da parte adversa).

No processo penal, a parte que exerce a acusação, na ação penal pública (a sociedade, apresentada pelo Ministério Público) não integra a história do conflito, exceto de forma muito abstrata, pela ofensa que o crime representa. Aliás, a própria definição da sociedade como parte, e, principalmente, como vítima, em crimes de mera conduta, é um expediente de personificação de entes coletivos semelhante ao que Ricouer (2010a, p. 171) analisou ao estudar as três velocidades da história. Já na ação penal privada, promovida pela vítima (BITTENCOURT, 2015, p. 872-873), a parte está em dupla oposição com o autor do

delito: sendo protagonista na história do processo, e antagonista ou oponente na história do conflito.

José Calvo González (2015, p. 209-210) sustenta que, na maior parte dos casos, nem sequer se pode falar propriamente de um discurso narrativo das testemunhas, já que é rara a tomada de depoimento na forma da “recordação livre” (conte ao Tribunal aquilo de que você se lembra) e que se trata, na verdade, da produção de um efeito de superabundância ou minguagem na credibilidade das apostas narrativas preexistentes aos depoimentos, definidas pelas partes, com um modelo de perguntas definidas e respostas fechadas, para produzir uma validação ou desautorização homodiegética das narrativas até então heterodiegéticas.

Aqui cabe lembrar que a narrativa dos patronos das partes é heterodiegética com relação à história do conflito, mas homodiegética com relação à história do processo.

Existem, por fim, as personagens da história do conflito que não figuram na história do processo, seja por que não foram chamadas, seja porque não poderiam figurar nela, em razão da morte, da ausência, da não-localização, da evasão, entre outras circunstâncias.

Quanto à história do conflito, em especial no Direito Penal, existe mais espaço para a construção de personagens complexas, em razão do número de variáveis que a legislação indica para a individualização da pena, mas isso, por sua vez, leva a uma discussão sobre a pertinência delas para a decisão, e se ela não oferece o risco de uma condenação sem provas, ou de uma pena desnecessária, em razão de um Direito Penal de autor.

Salo de Carvalho (2002, p. 44-48) descreve a tensão entre culpabilidade de ato e culpabilidade de autor como o abandono do modelo garantista da reprovação do ato praticado por um indivíduo dotado de autodeterminação, em prol de um julgamento moral do autor, que leva à culpabilidade de caráter ligada à periculosidade do indivíduo.

Segundo Anatol Rosenfeld (2014, p. 34-35) uma decorrência do caráter fragmentário e limitado do mundo do texto é que “as personagens têm maior coerência do que as pessoas reais (e mesmo quando incoerentes mostram pelo menos nisso coerência)”. Este ponto é fundamental para a articulação da tese de que as personagens da narrativa judicial raramente vão além do esboço de meros tipos, sejam eles ideais (arquetipos) sejam eles excessivas simplificações empíricas (estereótipos).

Nelson Cerqueira (2003, p. 51) entende que “tipo é uma generalização artística em um nível diferente daquele do personagem” e que “no realismo, o tipo deve invariavelmente ser também personagem, mas nem todo personagem precisa possuir as propriedades de um tipo para ser realista” (CERQUEIRA, 2003, p. 51).

Constantin Stanislavski (2006, p. 49-65), referindo-se à ficção dramática, define três categorias de figuras de cena, que passam progressivamente da tipologia à individualização das personagens, mas as considera relacionadas à competência dos atores.

Segundo Stanislavski (2006, p. 56) partindo de “uma observação superficial de uma série de categorias em que as pessoas foram outrora divididas, não é difícil elaborar maneirismos remarcáveis e tipos de postura”, e essa seria a dimensão dos tipos, que são “tirados da vida real, existem de fato, mas não contêm a essência de uma personagem, não são individualizados” (STANISLAVSKI, 2006, p. 56).

O autor prossegue dizendo que existe uma segunda categoria de atores, capaz de identificar as subclasses entre os tipos (não só o militar em geral, mas o praça e o oficial, não só o comerciante em geral, mas o grande proprietário e o pequeno lojista), até que se chega a uma terceira categoria de autores, essa sim capaz de transcender o tipo e construir uma personagem propriamente dita, que ainda pertence a uma classe, mas, sobretudo, tem nome e feições que não se repetem em nenhuma outra (STANISLAVSKI, 2006, p. 56-57).

A referência ao teatro não é casual: sobretudo nos procedimentos marcados pela oralidade e pelo julgamento pelo júri, no *common law*, Jackson (1995, p. 394) identifica um verdadeiro “modelo dramatúrgico” que teria maior poder explicativo do que a ideia de combate simbólico das partes por meio de seus patronos, mencionado mais acima.

Jackson (1995, p. 394) entende que os patronos das partes exerceriam o duplo papel de ator-diretor, em face de um júri que pode ser compreendido como o público.

Ainda que seja possível adotar a lógica básica do modelo dramatúrgico de Jackson, é difícil aceitar que o papel duplo de ator-diretor seja dos patronos das partes, sendo que tal função recai mais facilmente sobre o juiz, que, no julgamento pelo júri, tem função aparentemente secundária, mas ao mesmo tempo inequivocamente dirigente do espetáculo.

Como o mundo do texto é uma versão simplificada do mundo da vida e o esforço requerido para a construção de uma personagem propriamente dita não é compatível com as categorias do sistema jurídico, exceto no caso do réu do Processo Penal, é possível afirmar com segurança que as figuras da narrativa judicial não passam de tipos.

Sobre o pensamento tipológico, Larenz (2009, p. 658) esclarece que se trata da abstração de propriedades comuns a um conjunto de fenômenos, não necessariamente presentes em sua integralidade em cada um deles, mas existentes, em maior ou menor intensidade, no grupo, a ponto de permitir a formulação de uma imagem geral.

Larenz (2009, p. 658) diferencia os tipos empíricos dos tipos ideais, segundo a tradição weberiana, que identifica ainda, entre os tipos ideais, os lógicos e os normativos, e,



entre os tipos empíricos, os de frequência, que dão a ideia de normalidade, e os de configuração ou totalidade (LARENZ, 2009, p. 657).

Para o desenvolvimento da presente tese, tem especial importância a menção de Larenz (2009, p. 661) à relação entre o tipo empírico médio e a prova *prima facie* das situações de fato, esclarecendo que, quando não há prova de que o curso causal dos acontecimentos se desenvolveu de maneira diversa, tem-se como estabelecido que ele se deu de acordo com o esperado a partir da sua ocorrência típica, de acordo com as máximas da experiência, o que, no fundo, é um recurso à coerência narrativa externa, ou seja, à ativação de um conhecimento narrativo prévio partilhado pelos intérpretes.

Em síntese, pode-se dizer que os tipos empíricos remetem à ideia de média, e os ideais à ideia de modelo. Tratando especificamente dos tipos ideais normativos, Larenz (2009, p. 659) os descreve como tipos ideais lógicos considerados preferíveis ao seu oposto, e, por isso, arquetípicos.

Entre os arquétipos, que remetem à tradição platônica, Larenz (2009, p. 659-660) apresenta como exemplos o do “‘verdadeiro’ homem de Estado, juiz, médico, cristão, etc. plenamente cumpridor da sua missão”, ideais a realizar, mas dificilmente observados em sua plenitude na realidade prática.

Adeodato (2009, p. 295) esclarece que os tipos ideais, mesmo não existindo na realidade, parecem inevitáveis ao pensamento humano, e considera que a perspicácia de Weber foi ter transformado em método a atitude humana de conhecer por meio de generalizações diante de realidades casuísticas.

Segundo Platão (s.d., p. 5-7) as coisas sensíveis, do mundo real, são cópias da Forma, da ideia imutável de que participam, e que existe fora do tempo e do espaço. As coisas sensíveis estão sujeitas à geração e ao perecimento; a Forma é eterna e perfeita. Tal teoria é aplicada não só aos objetos físicos (às mesas concretas corresponde a ideia de Mesidade) ou aos seres vivos (aos leões, a Leonidade; aos homens, a Humanidade (BORGES, 2001, p. 18), mas às virtudes (às coisas belas, a Beleza; às pessoas justas, a Justiça), às condutas e aos papéis sociais humanos (aos governantes, o Governo; aos senhores, o Senhorio; aos servos, a Servidão).

Não por acaso, “arquétipo” é um dos sinônimos para o conjunto de características que integram a Forma e devem ser encontradas em todas as coisas sensíveis que sejam merecedoras dessa classificação. Essa aproximação das coisas pelas semelhanças, pela comunidade de atributos, é um procedimento muito usado nas classificações científicas. O que não se pode esquecer é: qualquer coisa sensível, que se pode alcançar pela percepção, é

dotada de inúmeros atributos, mas nem todos compõem a Forma; é certo que, para se assemelharem à forma e merecerem seu Nome (e aí se encontra em Platão também uma teoria da ligação natural entre as palavras e as coisas), as coisas sensíveis precisam possuir todos os atributos da Forma, mas, além deles, elas carregam outros componentes, normalmente, para o filósofo, de degeneração ou deformação, que as afastam da perfeição; do contrário, se possuíssem todos e somente aqueles atributos da Forma, seriam a própria Forma, o próprio arquétipo.

É ainda útil recorrer ao significado que Frye (2000, p. 99) atribui aos arquétipos em sua teoria literária, tratando-os como imagens típicas e recorrentes e como símbolos que permitem a conexão entre uma obra de arte e outra, ajudando a unificar e integrar a experiência literária. Se em Frye o caráter ideal normativo não é tão claro quanto na origem platônica, ao menos permanece íntegro o seu caráter classificatório e garantidor de comunicação e de conhecimento do objeto.

Para Frye (2000, p. 139-140) existem três formas de organização arquetípica na literatura: 1) o mito não deslocado, nas histórias de deuses e demônios; 2) a presença de padrões míticos implícitos na narrativa romântica; 3) e a tendência ao “realismo”, que lança ênfase no conteúdo representativo, ao invés das formas arquetípicas.

Carl Jung, cuja apropriação psicanalítica do termo arquétipo foi amplamente reproduzida no século XX (SOURIS, 2011, p. 18-21), já reconhecida a origem platônica do conceito (JUNG, 1969, p. 75), deixando claro, no entanto, que a sua postulação não é filosófica, mas empírica, e que nela os arquétipos são padrões de funcionamento da mente humana, sob a forma de imagens primordiais, ligadas à natureza da espécie, que são estruturas pré-formadas preenchidas pela experiência e pela imaginação criativa (JUNG, 1969, p. 78-79).

Souris (2011, p. 20) esclarece que a distinção entre arquétipo e imagem arquetípica é exatamente aquela que define os arquétipos como potenciais universais para a criação de imagens de experiências emocionais, e que o inconsciente pessoal, que é informado pela cultura e por idiosincrasias pessoais, processa as imagens para que quando as imagens dos arquétipos atinjam a consciência eles sejam adaptados e conformados às sempre mutáveis condições socioculturais.

Quanto à sua presença no Direito, David Law (2016, p. 153-154) fez um extensivo estudo de direito comparado sobre os arquétipos constitucionais, identificando apenas três como inspiradores das Constituições de todo o mundo: 1) o arquétipo liberal, ligado à tradição do *Common Law*, e à representação do Estado como potencial fonte de

opressão, que necessita de regulação e controle; 2) o arquétipo estatista, ligado à tradição do *Civil Law* e à representação do Estado como personificação de uma comunidade e que enfatiza o seu papel ativo na busca do bem comum e na necessidade de cooperação dos cidadãos nessa empreitada; e 3) o arquétipo universalista, o mais recente dos três, consolidado após as duas guerras mundiais do Século XX, que reconhece a força normativa de uma ordem jurídica global e manifesta compromisso explícito com as instituições supranacionais dela decorrentes.

Law (2016, p. 159) prossegue dizendo que a razão para a existência de um número bastante limitado de arquétipos, apesar da heterogeneidade cultural, é a necessidade que uma narrativa constitucional, para ser efetiva, tem de satisfazer uma variedade de critérios funcionais e pragmáticos que deixam pouco espaço à inovação, e incluem a consistência com os objetivos do regime político, a compatibilidade com as instituições internas que ele precisa legitimar, e a aceitabilidade para diversos públicos, tanto domésticos como globais.

A dificuldade de atender a esses critérios e a ausência de alternativas claras levam os constituintes a se apegarem a alguns arquétipos, cuja representação tem sido duradoura (LAW, 2016, p. 160).

David Law (2016, p. 161) menciona ainda a contribuição de Jung ao tratar do arquétipo do herói, deixando claro como as Constituições que invocam heróis nacionais pelo nome, por mais diferentes que sejam as suas trajetórias – de Simon Bolívar, a Mao Tsé-Tung a Kim Il-Sung – dão fortes indicações do arquétipo predominante. Não por acaso, China e Coreia do Norte têm constituições predominantemente estatistas (LAW, 2016, p. 238-240) e a Venezuela uma constituição predominantemente universalista, dado o traço internacional da campanha de independência liderada por Bolívar no Século XIX (LAW, 2016, p. 243).

Os mesmos motivos expostos acima permitem concluir que os Códigos de Processo também recorrem a arquétipos (CARVALHO, C, 2014, p. 343), ou seja, às partes que litigam de boa-fé, às testemunhas comprometidas com a verdade e ao juiz respeitador das garantias, dos procedimentos, conhecedor do Direito, atento aos fatos, e capaz de um julgamento justo.

É evidente que esses mesmos códigos preveem a possibilidade de distanciamento desse tipo ideal, evidenciado na previsão das infrações aos deveres dos sujeitos, e das sanções correspondentes, ainda que, no caso do juiz, elas se restrinjam ao afastamento do magistrado em caso de impedimento ou suspeição, ou à anulação ou reforma da sentença por um órgão judicial superior.

Enquanto a presença mais frequente na narrativa da história do processo é a

conduta lícita (o cumprimento dos deveres e dos ônus processuais pelos sujeitos) de figuras mais arquetípicas do que personagens complexas, a presença mais frequente na narrativa da história do conflito é a conduta ilícita (o descumprimento de um dever ou a violação de um direito que motivaram a propositura da ação, e a resposta defensiva que, quase sempre, ou confessará o próprio ilícito, ou atribuirá uma inverdade à parte autora, ou alegará um ilícito anterior da parte autora que motivou seu comportamento) de figuras mais estereotipadas do que personagens complexas.

Os estereótipos, por outro lado, estão mais próximos do significado pejorativo (não gadameriano) de preconceito, ou seja, consistem numa generalização empobrecida, a partir de um tipo médio ou de frequência, mas que, não raro, é injusta e, portanto, atribui a todos os membros de um grupo uma determinada qualidade identificável em alguns deles, e que serve para a estigmatizar e reduzir a estima social do grupo (SANTORO, 2014, p. 16).

O mais significativo, em termos narrativos, é que, até este ponto, os elementos apontados acima podem reduzir-se ao interior do texto, portanto, ao mundo dos autos. No entanto, como se verá a seguir, há um procedimento muito comum, de preenchimento de vazios narrativos, pelo intérprete, a partir do seu recurso à tradição e ao senso comum, portanto, como medida de coerência externa.

As consequências desta postura – até certo ponto inevitável – para a avaliação da narrativa jurídica são evidentes: se o intérprete partilha de estereótipos como o preso mentiroso, o policial violento, o patrão explorador, o empregado preguiçoso, o proprietário avarento, o herdeiro ganancioso, o fornecedor desonesto, o consumidor oportunista, o eleitor interesseiro, o agente público improbo, será fortemente tentado a preencher os vazios de narrativas que lhe pareçam familiares, mesmo que o acervo probatório (o mundo dos autos) seja precário e, portanto, deduzirá, de uma coerência com o caráter, a conduta imputada a cada uma dessas figuras.

Taruffo (2012, p. 241-242), como se verá a seguir, menciona essas generalizações indevidas, com a aplicação equivocada das máximas da experiência, como sérios entraves à busca da verdade correspondência, que é, no seu entendimento, o objetivo do processo.

Uma das principais consequências da tese de que a história do processo é contada no modo mimético alto, durante a qual a história do conflito gradualmente se revela e é contada no modo mimético baixo ou no modo irônico, é que as oposições categoriais das personagens, na história do processo, são arquetípicas: o juiz imparcial e conhecedor do direito, os patronos das partes combativos, mas leais, e as testemunhas comprometidas com a verdade (os casos de litigância de má-fé, de cerceamento ou de precariedade de defesa e de

falso testemunho, expressamente suscitados em juízo, não desmentem a regra geral, na medida em que são denúncias da frustração da expectativa de um comportamento arquetípico).

Por outro lado, na história do conflito, como foi dito logo acima, as oposições categoriais tendem a ser estereotipadas (o preso mentiroso, o policial violento, o patrão explorador, o empregado preguiçoso, o proprietário avarento, o herdeiro ganancioso, o fornecedor desonesto, o consumidor oportunista), até porque normalmente se trata da apuração de um ato ilícito (contratual ou não, penal, civil, trabalhista, etc.) e dos seus responsáveis, ou seja, de um âmbito particular da vida social em que as expectativas são frustradas e a Justiça é convocada à sua reparação.

Jackson (1995, p. 379) refletiu sobre o efeito dos estereótipos raciais e fenotípicos em geral sobre os testemunhos e sobre os jurados no *common law*, e concluiu que, surpreendentemente, há uma discreta correlação entre os estereótipos físicos e os crimes esperados desses estereótipos, um pouco além da pura aleatoriedade, mas não ignora que esses pontos podem ser efeito das chamadas profecias que se autorrealizam, em que o sujeito internaliza as expectativas de comportamento a ele dirigidas.

Lenio Streck (2001, p. 135) analisou os estereótipos no Tribunal do Júri, sustentando que, por meio deles, “são montados um imaginário e uma lógica de identificação social, com a função precípua de escamotear/amalgamar os conflitos e camuflar a dominação. A generalização estereotipada – conceito elaborado no varejo – aparece, no atacado, como universal”.

Sobre os estereótipos raciais perante o júri estadunidense, Leonard Baynes (1997, p. 550) coloca a questão de forma bastante crua, entendendo que o fato de haver um tratamento mais severo dos negros pelo sistema judicial, quando comparado ao dispensado aos brancos, se deve à prevalência do estereótipo do “bruto selvagem”, relacionado ao homem afro-americano, que teria origem no medo dos brancos das revoltas de escravos e de sua culpa pela subjugação dos negros, que persistiu para além da era escravista, com a edição da legislação segregacionista que vigorou até a segunda metade do Século XX.

Mais uma vez, o modelo narrativo proposto no presente trabalho é corroborado pelas ciências criminais: a criminologia da reação social cunhou a teoria do etiquetamento (“*labelling approach*”), segundo a qual o comportamento desviante é o comportamento rotulado como tal (BARATTA, 2002, p. 89-93) e em face do qual há uma inegável dimensão de autorrealização da profecia a partir do momento em que o agente estereotipado se reconhece e é reconhecido como tal.

Vera Regina Pereira de Andrade nota que não só os réus são estereotipados no sistema de justiça criminal, mas também circulam no espaço público estereótipos referentes à vítima, e o caso da violência doméstica é emblemático, pois nele se contrapõem o “estereótipo do homem ativo no espaço público, correspondente exato do estereótipo do criminoso perigoso no sistema penal. Mas não qualquer homem, o homem ativo-improdutivo” (ANDRADE, 2004, p. 87) e “o estereótipo da mulher passiva (objeto-coisificada-reificada) na construção social do gênero, divisão que a mantém no espaço privado (doméstico), é o correspondente exato do estereótipo da vítima no sistema penal. Mas não, como veremos, qualquer mulher” (ANDRADE, 2004, p. 87).

Portanto, há um claro reconhecimento de que o sistema judicial opera com estereótipos, e do risco que eles oferecem de distorcer a percepção do conflito social a que o Direito pretende oferecer respostas.

Um bom exemplo é fornecido por Andrade (2004, p. 97), segundo a qual os estereótipos continuam agindo no sistema de justiça criminal, “condicionando tanto a seleção como a impunidade, pois embora domine a violência familiar e entre conhecidos, a seleção se dá fora dela: os etiquetados como estupradores, ao que tudo indica, são estranhos à vítima e, naturalmente, pertencentes aos mais baixos estratos sociais”.

Assim como, portanto, a representação arquetípica dos participantes da história do processo, a representação estereotipada dos participantes da história do conflito pode levar a uma distorção do real, afastando os juristas da pretensão de realizar a verdade-correspondência. O presente trabalho, por seu objetivo de construir um modelo descritivo, não apresenta propostas de reforma do sistema normativo ou da cultura jurídica que permitam a construção de um modelo narrativo alternativo.

Há uma categoria de personagens que merece especial exame, para pôr à prova a tese de que a narrativa judicial é de figuras arquetípicas, na história do processo, contando uma história do conflito povoada por figuras estereotipadas: as testemunhas.

As testemunhas figuram nas duas histórias, tendo um papel secundário na história do conflito, de observador distanciado ou de figura de participação menor, mas, por outro lado, exercem um papel central na história do processo, por mais que haja uma tradição na dogmática jurídica de desconfiar da sua credibilidade (LOPES JR, 2014, p. 474).

No processo penal, sobretudo com o testemunho policial, não se pode falar de um caráter secundário da testemunha na história do conflito. Em crimes permanentes e de mera conduta, em que não há vítima determinada, ou, segundo a dogmática penal, em que a vítima é o Estado ou a coletividade (MENDONÇA; CARVALHO, PR, 2012, p. 101), é o agente

público, normalmente policial, que toma conhecimento dos fatos e exerce um dos papéis básicos da história do conflito (de protagonista, ou antagonista, a depender da perspectiva).

Não por acaso, há uma grande discussão na doutrina penal a respeito da validade e da aceitação do testemunho policial (BRANCO, 1986, p. 99), e Jackson (1995, p. 372) menciona estudos de psicologia jurídica segundo os quais se concluiu que o testemunho policial está mais sujeito a erros justamente porque a sua prática profissional leva ao preenchimento de vazios da memória de uma situação específica com o seu vasto estoque de narrativas sobre a atuação policial devida e os estereótipos dos acusados (WAGENAAR, 1993, p. 147 *apud* JACKSON, 1995, p. 372).

Por fim, um excelente indicador da ficcionalidade das narrativas judiciais e da fronteira entre o mundo dos autos e o mundo da vida, relacionado às personagens, e não conectado expressamente a questão das oposições categoriais, diz respeito aos atos de comunicação processual.

José Frederico Marques (2009, p. 215) os define como “meios específicos de comunicação processual, que se fazem não pelo contato natural que resulta do desenvolvimento do processo, e sim através de formas processuais, dando causa a atos processuais independentes”.

A legislação exige que se cumpra um rito determinado para dar conhecimento às partes da necessidade de agir, de contestar, ou de comparecer, e em razão deles, são diversos os casos em que o conhecimento efetivo dos sujeitos processuais sobre a medida que devem adotar destoa do que é levado em consideração nos autos. José Frederico Marques (2009, p. 216) os denomina atos de intercâmbio processual, que, por excelência, são as notificações, as intimações e a citação.

Por um lado, pode não haver conhecimento efetivo pelo sujeito processual do ato de comunicação nem do dever ou ônus processual correspondente, mas tal conhecimento pode ser tido como válido no mundo dos autos, por exemplo, no caso das intimações e citações fictas (por hora certa ou por edital) (LOPES JR., 2016, p. 564-567); por outro, pode haver conhecimento efetivo do ato e do dever correspondente pelo sujeito processual, no mundo da vida, mas o não-cumprimento do procedimento adequado impede que tal elemento seja considerado como integrante do mundo dos autos, como nos casos em que a intimação pessoal é obrigatória (MARQUES, 2009, p. 224).

Com o avanço da tecnologia e dos meios de comunicação, as possibilidades de conhecimento efetivo do ato processual, no mundo da vida, antes do seu conhecimento formal, que será levado em consideração no mundo dos autos, cresceram exponencialmente.

Por outro lado, há também o risco do conhecimento ficto, no mundo dos autos, sem correspondência com o conhecimento no mundo da vida, no caso do processo eletrônico, com as intimações fictas pelo escoamento do prazo de leitura da intimação feita no portal disponível no sistema para os patronos das partes (REINALDO FILHO, 2007, p. 8).

Quanto aos atos de comunicação, pode-se dizer, portanto, que a ficcionalidade da narrativa jurídica foi acentuada, e tende a crescer ainda mais. Qual a justificativa, afinal, para a ficcionalidade do resultado dos atos de comunicação?

No que diz respeito ao conhecimento ficto, prevalecendo sobre o não-conhecimento efetivo, a justificativa se dá pelo interesse na efetividade do processo: o processo não pode ser interrompido indefinidamente pela atitude da parte que busca evitar a citação (MARQUES, 2009a, p. 181).

É notável, no entanto, que o Código de Processo Penal foi alterado em 1996, em nome do exercício da ampla defesa, para que a citação por edital não seja seguida pela tramitação do feito sem o conhecimento efetivo do réu, mas, em compensação, suspende-se não só o processo, mas também o prazo prescricional, justamente pelo mesmo interesse prático na obtenção de um resultado útil para o processo (MARQUES, 2009a, p. 181-182).

Já no que diz respeito ao não-conhecimento ficto, prevalecendo sobre o conhecimento efetivo, a justificativa se dá pelo interesse na correção do processo: é uma exigência das garantias do devido processo legal e da ampla defesa que as pessoas sejam formal e inteiramente cientificadas dos atos do processo, das suas consequências, bem como dos seus deveres e ônus processuais subsequentes.

Por fim, o que se pode dizer, em geral, quanto à contribuição da construção das personagens para a avaliação da coerência narrativa, é que a relação entre caráter e conduta da personagem é a questão fundamental.

Segundo Todorov (2006, p. 120), o extremo dessa conexão é a narrativa psicológica, que “considera cada ação como uma via que abre acesso à personalidade daquele que age, como uma expressão senão como um sintoma”.

O autor prossegue afirmando que “um traço de caráter não é simplesmente a causa de uma ação nem simplesmente o seu efeito: é as duas coisas ao mesmo tempo. X mata sua mulher porque é cruel, mas é cruel porque mata sua mulher” (TODOROV, 2006, p. 122).

Mais uma vez a circularidade que tantas vezes se apresenta na narrativa judicial demonstra que a coerência, por mais reconfortante que pareça, e por mais inevitável que seja a sua adoção como critério de verdade, não deve ser acolhida passivamente.



#### 4.1.4 Cenário

Na história do processo, o cenário por excelência é o tribunal. Garcia (2011, p. 505), tratando do processo penal, menciona como cenário da história do processo a sala de audiência, ou outro cenário institucional.

Os elementos simbólicos de sua construção variam consideravelmente de acordo com o rito processual, mas pode-se dizer em geral que a sua representação não é clara nas narrativas judiciais, e quando o é, a sua referência é sucinta, na abertura das atas de audiência e de outros atos judiciais orais, como sessões de julgamento, em que a menção sumária ao dia, ao horário e ao local do evento registram a sua formalidade e o seu desenvolvimento, são recursos típicos do processo de redução a termo, que, a um só tempo, situam o leitor, mas eliminam boa parte da riqueza narrativa do ato, característica da oralidade e da interação no ambiente (PRADO, 2010, p. 50).

Trata-se, evidentemente, de uma descrição de cenário que enfatiza os aspectos da narrativa escrita encerrada nos autos do processo, que são o objeto do presente trabalho, mas é preciso, por exemplo, mencionar a investigação de Lenio Streck (2001, p. 107-109) da distribuição do espaço físico na sala do Tribunal do Júri, que pode ser caracterizada como “geopolítica” (STRECK, 2001, p. 107), por reproduzir as contradições sociais, em especial a desigualdade econômica e social, em que há não só uma divisão do espaço segundo os diversos níveis de participação – espectadores comuns, espectadores qualificados pela função (estudantes, advogados, jornalistas) e personagens secundárias e protagonistas – mas também dentro de cada nível, em especial o dos protagonistas, reforçada pelos elementos de identificação e distinção, como “bandeiras, crucifixos e tablados, em que se elevam mesas e cadeiras” (STRECK, 2001, p. 108).

Tal relação, em especial a proximidade entre membro do Ministério Público e magistrado, contrastada com o distanciamento do defensor, que se senta no mesmo plano dos jurados e mais próximo ao réu, é uma clara relação vertical que, no âmbito da discussão, torna-se horizontal, tentando transmitir uma ilusão de igualdade, mas que não consegue superar as suas condições desiguais de produção (STRECK, 2001, p. 108).

Streck (2001, p. 107-108) lembra que essa segregação de posições ocorre em qualquer tribunal, mas é mais pronunciada no júri, e tomada pelas pessoas como parte do espetáculo.

Quanto à história do conflito, o cenário é por natureza indeterminado, impossível de categorizar em termos gerais, já que abrange todo o mundo da vida, embora seja possível

vislumbrar cenários típicos de cada uma das histórias mais típicas: a boca de fumo, a rua escura, o balcão de atendimento, o ambiente doméstico, o hospital, a escola, o presídio.

Uma relação muito particular com a coerência interna decorre da articulação entre sucessão no tempo e mudança de cenário, sobretudo nos casos de julgamento pelo júri que, no *Common Law*, exigem uma considerável produção de conhecimento sobre a montagem de linhas do tempo (*timelines*) críveis para cada caso, o que aparentemente é uma questão apenas temporal, que será desdobrada a seguir, mas que tem, antes de tudo, uma conotação espacial (a credibilidade da linha do tempo decorre em parte da aceitabilidade da circulação das personagens entre os cenários da narrativa) já que, desde a antiga formulação de Aristóteles, o tempo pode ser visto como “o número do movimento” (RICOUER, 2010c, p. 23-26).

#### 4.1.5 Tempo

Genette (1980, p. 35-36) esclarece que as relações entre o tempo da história narrada (conteúdo narrativo) e o (pseudo) tempo do discurso narrativo têm três modalidades fundamentais: 1) conexões entre a ordem temporal de sucessão dos eventos da história narrada e do discurso narrativo; 2) conexões entre a duração dos eventos da história narrada e a pseudo-duração de sua narrativa (em verdade, a extensão do texto); e 3) conexões de frequência, ou seja, relações entre as capacidades repetitivas da história narrada e as do discurso narrativo.

A desconexão entre as ordens temporais da história e do discurso é definida por Genette (1980, p. 37) como anacronia narrativa, e que pressupõe um grau zero, mais hipotético que real, de perfeita correspondência entre as duas ordens, e de estrito seguimento cronológico da história narrada. As principais formas de anacronia são as retrospectivas, ou analepses, e as antecipações, ou prolepses (GENETTE, 1980, p. 40)

Nas narrativas judiciais, as anacronias mais evidentes são as analepses (retrospectivas), sobretudo na relação entre os dois níveis narrativos, entre a história do processo, que é predominantemente cronológica, em razão das próprias determinações da legislação, da estrutura dos autos e da autoconsciência dos papéis narrativos, e a história do conflito, que segue surgindo, ressurgindo e sendo recordada no âmbito da história do processo pelos narradores-personagens.

Há algum espaço para as prolepses (antecipações) na narrativa judicial, nos atos de comunicação (não por comunicarem um evento processual passado, mas por convocarem à prática do ato processual subsequente) e nas decisões ou providências que têm em vista o

resultado final do processo, mas é possível afirmar, sem dificuldade, que a narrativa judicial é a reconstrução retrospectiva (com analepses) da história do conflito no âmbito de uma história do processo que é predominantemente cronológica.

No que diz respeito à voz, Genette (1980, p. 217) classifica as narrativas como 1) subsequentes (a forma clássica e mais frequente da narração no passado, com relação ao tempo do ato narrativo); 2) prévias (como as previsões, premonições e profecias); 3) simultâneas (em que o ato narrativo é contemporâneo à ação narrada); e 4) interpolada (atos narrativos inseridos entre momentos da ação narrada).

Nesse aspecto, o tempo verbal das narrativas judiciais é o passado, e portanto o seu modo é de narrativa subsequente, seguramente no que diz respeito à história do conflito e, até mesmo no que diz respeito à história do processo, cada elemento com traços narrativos é a reprodução do ato processual que acabara de se encerrar, e mesmo os casos raros de prolepse, mencionados mais acima, não funcionam rigorosamente como uma narração preditiva, mas, quando muito, na antevisão de uma possibilidade, a ser realizada ou não.

Talvez as questões especificamente temporais mais importantes digam respeito às conexões de frequência. Genette (1980, p. 114-116) sintetiza a questão esclarecendo que uma narrativa pode: 1) contar uma vez algo que ocorreu uma vez (narrativa singulativa); 2) contar n vezes algo que ocorreu n vezes (narrativa singulativa); 3) n vezes algo que ocorreu uma vez, seja com variações estilísticas ou de pontos de vista (narrativa repetitiva); 4) e uma vez algo que ocorreu n vezes (narrativa iterativa).

Nas narrativas judiciais, a ressurgência repetitiva das mesmas ordens temporais dos eventos da história do conflito, a partir de diferentes pontos de vista, no âmbito da história do processo, é um forte indício da sua credibilidade e, portanto, da coerência interna da narrativa.

Em pesquisa empírica qualitativa sobre a estrutura e o discurso narrativo dos autos de prisão em flagrante, o autor desta tese (PRADO, 2010, p. 117-118) identificou que, nos depoimentos policiais, há uma narrativa repetitiva em que os pontos de vista seriam aparentemente distintos, em razão da pluralidade de narradores, mas que, efetivamente, são narradores que compartilham do mesmo ponto de vista, tratando-se, portanto, de mera repetição.

Por fim, a relação entre o presente da história do processo, e a busca das reminiscências, neste presente, do passado da história do conflito, é o que marca a experiência temporal fictícia da narrativa jurídica, justamente por se tratar de ficção baseada em fatos reais.

Nesse sentido, Ricouer (2010c, p. 197-213) dirige a atenção aos sinais do passado no presente, sintetizados na categorização dos arquivos, documentos, monumentos e vestígios. Em comum, todos guardam o traço de um mundo que não existe mais, de que eles são a lembrança e a permanência. É evidente que há uma diferença considerável entre os documentos organizados em arquivo, portanto, de caráter institucional, e destinados a preservação de uma memória e que, por isso mesmo, são claramente seletivos, dos vestígios cuja permanência exige, ela própria, uma investigação das relações causais que possibilitaram o seu permanecer.

Ricouer (2010c, p. 199) aponta para o valor de apoio e de garantia que os documentos representam para as narrativas históricas, com pretensão de veracidade, o que vale também para as fictícias, mas com alguma pretensão de correspondência, narrativas judiciais. O estudo completo das variações imaginativas do tempo na ficção literária, que motiva boa parte do trabalho de Ricouer (2010c) extrapola o objeto da presente investigação, na medida em que as marcas temporais das narrativas judiciais podem ser identificadas sem esse recurso.

A respeito da ideia de “passiedade”, Khaled Jr (2015, p. 183), sustenta que a compreensão de que o evento sobre o qual o juiz deve decidir pertence a um tempo que já passou, e que não se reproduz de forma alguma, é o que permite a conclusão de que a ambição da verdade correspondência deve ser abandonada em função de uma verdade analogicamente construída a partir do contraditório e que expresse a função de lugar-tenência com relação ao passado.

Em termos gerais, pode-se dizer que a história do processo aparece, no mundo dos autos, contada no tempo cronológico, ao menos para o ponto de vista narrativo de cada personagem focal, dentro da qual a história do conflito é apresentada com o tempo psicológico da memória e da recordação.

É certo que, na narrativa final, da autoridade judicial responsável pela decisão definitiva, parte da própria história do processo é também narrada no tempo psicológico da recordação do que está nos autos, mas o relatório da sentença (SCHMITT, 2016, p. 27), no *Civil Law*, é um exemplo típico de sucessão cronológica de acontecimentos processuais, enquanto a fundamentação representa típico ir-e-vir do tempo psicológico.

#### 4.2 CRITÉRIOS DE VERDADE DA NARRATIVA JUDICIAL

O reconhecimento de que cada processo judicial é um pequeno universo ficcional leva à substituição do ideal de correspondência pelo de coerência como critério de verdade, e leva à reflexão sobre a tese, desenvolvida por teóricos do sistema anglo-americano, em que a decisão é baseada em precedentes e o Tribunal do Júri ocupa posição central, segundo a qual o processo judicial é uma competição entre narrativas conflitantes, cujo sucesso na persuasão dos julgadores depende de sua plausibilidade (GRIFFIN, 2013, p. 285).

Brian Foley (2008, p. 39), por exemplo, entende que o papel do jurado é escolher diante de uma competição de fatos opostos e também de uma competição de inferências, algumas explícitas, outras não, a versão que lhe parecer correta.

Embora seja preciso ter cautela ao aplicar a mesma ideia aos sistemas de *Civil Law* e às decisões de juízes togados, o problema central é fundamentalmente o mesmo, e embora não se possa falar de competição, por exemplo, nos casos de confissão e de revelia, o julgador frequentemente se defronta com versões opostas da mesma situação de fato posta à sua apreciação, ambas respaldadas pelas provas dos autos, e a forma de articulação de cada uma delas em narrativas coerentes é um dos mais importantes traços distintivos entre as versões concorrentes.

Essa ideia, no entanto, é veementemente criticada por Taruffo (2011, p. 149), um dos principais processualistas da contemporaneidade, para quem é preciso “lidar com algumas distinções que dizem respeito às narrativas dos factos da causa: a distinção entre narrativas verdadeiras e falsas e a distinção entre narrativas boas e más”.

Taruffo (2011, p. 49) prossegue dizendo que as distinções não são equivalentes, e que “podem entrecruzar-se, obtendo-se um conjunto de quatro situações diferentes”, ou seja, narrativas boas e verdadeiras, boas e falsas, más e verdadeiras, más e falsas. Não haveria qualquer dificuldade em reconhecer a veracidade da narrativa que, além de correspondente aos fatos, é boa (coerente), nem a falsidade daquelas que, além de não corresponderem, não têm coerência. Para desenvolver o raciocínio do autor, é preciso identificar como problemáticas as narrativas boas, porém falsas, e as más, porém verdadeiras.

Em síntese, Taruffo (2011, p. 153) sustenta que “se se aceita a premissa de que existe diferença entre um processo e um prêmio literário, a inclinação poderá ser no sentido de apenas narrativas verdadeiras poderem resultar em reconstruções fiáveis dos factos”.

Jeanne Kaiser (2010, p. 173) adota posição semelhante, entendendo que o jurista deve apresentar a história em toda a sua complexidade ao invés de escolher o enredo e as personagens para servir às necessidades de uma narrativa pré-determinada.

A autora, no entanto, reconhece que existem dificuldades específicas, como o fato de a história contada pelo agente ser basicamente verdadeira, apesar de alguns incidentes inconvenientes que complicam a narrativa (KAISER, 2015, p. 174), o que mostra que a pretensão de plena correspondência é um ideal inalcançável e, paradoxalmente, mesmo se alcançado, pode dificultar a compreensão.

Kaiser (2015, p. 177) entende que deve haver um meio termo, entre o abandono dos princípios da narrativa pela secura dos fatos provados e pela lógica, e o esforço para encaixar as histórias de vida reais dos clientes em narrativas arquetípicas, míticas ou heroicas.

Embora não trabalhe explicitamente com a classificação dos modos ficcionais em Frye, a referência de Kaiser aos modos mítico e mimético alto (da narrativa heroica) demonstra uma consciência da autora de que a narrativa judicial não se atém pura e simplesmente às convenções realistas identificadas ao modo mimético baixo, e que, portanto, o recurso às figuras arquetípicas pode ter um especial efeito persuasivo, ainda que a tese sustentada na presente investigação não concorde que isso ocorra na prática com a história do conflito, e de que as figuras arquetípicas, na narrativa judicial, são reservadas aos atores da história do processo, que falam do alto sobre as figuras estereotipadas da história do conflito.

Quanto aos riscos oferecidos pela narrativa, Griffin (2013, p. 285) sustenta que ela pode produzir, na busca da verdade pelos tribunais, uma indiferença quanto aos fatos objetivos, e um convite aos leitores para a construção de partes da história de acordo com as expectativas de concatenação, significação e coerência que ela desperta.

A autora esclarece ainda que, ao emitir o veredicto, os jurados consideram o peso relativo de cada narrativa rival e estão atentos não apenas a como cada uma delas se encaixa a histórias familiares, mas também à plausibilidade teórica de cada relato e a atratividade normativa do curso de ação resultante deste veredicto (GRIFFIN, 2013, p. 298).

Como já se discutiu no item 3.2.3, o papel criativo do leitor é parte constitutiva de qualquer atividade hermenêutica, independentemente da natureza factual ou ficcional da narrativa em questão, mas a preocupação central dos autores é o risco de que uma história coerentemente construída escamoteie a verdade enquanto correspondência com os fatos, afinal a realidade pode ser incoerente e inverossímil.

Posições como a de Taruffo, Kaiser e Griffin são, ainda, portadoras de um típico otimismo epistemológico, tal como o descrito por Popper (2006, p. 6-8), atitude intelectual dominante na modernidade ocidental, segundo é possível chegar à verdade por meio da razão.

Há de se reconhecer, contudo, que Griffin (2013, p. 304-305) admite que o processo judicial tolera sistematicamente uma discordância entre a verdade factual e o

veredicto, exatamente em razão das regras de admissibilidade das provas, e que, portanto, “ser culpado” e “ser julgado culpado” não são expressões sinônimas, mas, apesar disso, o sistema de justiça busca a maior aproximação possível com os fatos, até porque tem a função de anunciar publicamente o que ocorreu na situação trazida à sua apreciação.

É preciso observar que o pensamento de Taruffo é um esforço respeitável de sustentação da racionalidade moderna, que assume a investigação científica como modelo ideal de busca da verdade, e rejeita ainda o que considera terem sido excessos do giro linguístico, razão pela qual as críticas de autores que partem do giro linguístico como premissa podem ser pertinentes, mas, no fundo, são críticas externas, ou seja, que põem em questão toda a sua cosmovisão.

Exemplo dessa crítica externa é a posição de Lênio Streck (2016, p. 123), para quem Taruffo “confunde o *linguistic turn* com o nominalismo ou um pragmaticismo linguístico. A interpretação que Taruffo dá ao *linguistic turn* é contrária a tudo que já se escreveu sobre esse giro paradigmático”.

Streck (2016, p. 127) entende que a oposição hermenêutica a Taruffo pode se concentrar nos seguintes pontos: “não se justifica a disjunção epistemológica entre fato e direito; a pesquisa científica não é o ‘procedimento epistêmico ideal’ para o processo judicial; a correta aplicação das normas não está condicionada à isomorfia entre mudo fático e tipo legal”.

Acrescente-se ainda a posição de Khaled Jr. (2011, p. 13), para quem “tanto Ferrajoli quanto Taruffo assumem o modelo de verdade como correspondência, ainda que aproximada e relativa; não rompem com a racionalidade de uma violenta ambição de verdade, apenas a matizam”.

Mais reveladora, no entanto, é uma crítica interna ao pensamento de Taruffo, ou seja, uma discussão que parta, tanto quanto possível, de referências teóricas mais próximos da filosofia analítica pela qual o autor demonstra indisfarçável admiração.

Nesse sentido, discutir-se-á o pensamento de Taruffo a partir da epistemologia de Popper. Além do otimismo epistemológico mencionado mais acima, talvez o mais grave equívoco de Taruffo seja a pouca importância dada ao debate público e à crítica como formas de fazer avançar o conhecimento científico, sintetizada na seguinte passagem: “o litígio entre dois cientistas ou entre dois historiadores pode ser um modo interessante para estabelecer quem dos dois é mais hábil dialeticamente, mas não parece uma técnica idônea para assegurar a apuração da verdade científica ou histórica” (TARUFFO, 2012, p. 134).

Com base nisso, Taruffo (2012, p. 134) conclui que “em muitos contextos uma busca neutra e imparcial pode surgir como método preferível em larga escala”, esperando-se que “seus protagonistas, mais do que defensores que zelam por um interesse de parte, sejam atores desinteressados” (TARUFFO, 2012, p. 134-135).

Em sentido totalmente contrário, Popper (2004, p. 23) afirma que “a objetividade da ciência não é uma matéria dos cientistas individuais, porém, mais propriamente, o resultado social de sua crítica recíproca, da divisão hostil-amistosa de trabalho entre cientistas, ou sua cooperação e também sua competição”.

Ou seja, como nem mesmo no campo científico, considerado como modelo ideal para Taruffo, é possível uma investigação desinteressada e neutra, Popper desloca do cientista individual a sustentação da objetividade da ciência, e a transfere exatamente para o âmbito público: é com a crítica recíproca entre os cientistas que, com o passar do tempo, o conhecimento vai sendo consolidado de forma objetiva.

Um outro ponto de destaque é que Taruffo manifesta clara desconfiança quanto ao modelo estadunidense de democracia liberal e capitalismo de mercado, que estaria refletido no sistema processual adversarial, que confere protagonismo às partes na busca dos seus próprios interesses, de que, por outro lado, Popper é um dos grandes defensores, não só no campo epistemológico, mas, também, da filosofia política.

Quanto à relação entre conhecimento e interesse, Taruffo (2012, p. 145) aponta que “o juiz é verdadeiramente imparcial quando busca de modo objetivo a verdade dos fatos, fazendo dela o verdadeiro e exclusivo fundamento racional da decisão” e, ao contrário, referindo-se às partes, sustenta que “as iniciativas e as atividades das partes não são direcionadas no sentido da busca e da descoberta da verdade” (TARUFFO, 2012, p. 197).

A discussão do autor é bem mais complexa e ocupa boa parte do seu trabalho, mas as transcrições acima são representativas da seguinte questão: Taruffo enxerga as partes como direcionadas exclusivamente à satisfação dos próprios interesses, a todo custo, em cuja atividade a revelação da verdade pode ser, quando muito, circunstancial, enquanto os juízes teriam única e exclusivamente o objetivo de buscar a verdade no processo.

Tal concepção envolve uma dupla simplificação: em primeiro lugar, não se pode excluir a possibilidade de as partes terem, como objetivo, a revelação da verdade que favorece o seu interesse, e, além disso, claro, que ambas as partes julguem sinceramente estar defendendo a verdade, verdade essa que coincide com o seu próprio interesse. Em segundo lugar, não se pode ignorar que os próprios juízes têm interesses, muitos deles legítimos (pacificação dos conflitos, boa administração da justiça, ascensão funcional) e que isso, a



partir de uma concepção absolutamente pejorativa do interesse (que não se confunde somente com a concepção processual de interesse na causa), turvaria a busca da verdade pelo próprio juiz.

Em termos habermasianos, é como se Taruffo definisse as partes como agentes puramente estratégicos, que só perseguem o próprio interesse, e os juízes como agentes puramente éticos ou normativos, que só se preocupam com o cumprimento adequado do seu papel social. Na melhor das hipóteses, pode-se dizer que Taruffo faz uma reflexão de natureza descritiva sobre as partes e prescritiva sobre os juízes, sobre como os magistrados devem se comportar diante do comportamento que as partes normalmente apresentam.

Nesses termos, Ferrajoli (2014, p. 56) critica o modelo iluminista da investigação imparcial como um realismo ingênuo, mas reconhece a necessidade de mantê-lo não como um enunciado descritivo da conduta dos juízes, mas como uma fórmula prescritiva, e com a ciência de que o papel não será cumprido plenamente. Falta a Taruffo a colocação da questão com a mesma clareza.

Disso resulta, nas palavras de Streck (2016, p. 120), a seguinte concepção de processo:

ampla admissibilidade de provas atípicas; críticas à imposição de um dever de veracidade pelos advogados, remissível ao seu suposto perfil (contra)epistêmico; enquadramento dos sigilos como questões de política legislativa (ponderando-se o direito em questão com a restrição à função epistêmica do processo); negação da formação de fatos incontroversos e relativização das preclusões; negação de efeitos à distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis, para determinar o protagonismo judicial na apuração das provas (para ele, sempre devido); confiança no juiz da causa para acreditar testemunhas suspeitas e impedidas; defesa da inquirição pelas partes, seguida pelo juiz (mas contra a “cross-examination” pura); e, ao final, a defesa de Taruffo do livre convencimento na sua versão motivada

O que torna o trabalho de Taruffo profundamente fecundo é que, ao mesmo tempo, ele reconhece diversas limitações desse próprio método e entende que a verdade obtida é, no máximo, por aproximação, e que os graus de confirmação variam.

No limite, quando a confirmação não é suficiente, Taruffo (2012, p. 258-270) reconhece que a decisão deve se dar em função da distribuição dos ônus probatórios, e, não por acaso, embora ele não considere que os poderes instrutórios do juiz retirariam a sua imparcialidade, apresenta postura diversa quanto à distribuição dos ônus probatórios pelo juiz, às partes, fora das determinações legais, pois isso significaria “atribuir ao juiz um poder equitativo (ou justicialista) bastante amplo, que se concilia mal com a necessária imparcialidade do juiz em relação às partes” (TARUFFO, 2012, p. 266-267).

Por fim, e no que interessa ao presente trabalho, apesar de toda a dura crítica feita por Taruffo à coerência narrativa, o autor, ao final, se rende a ela, como forma de decisão entre dois enunciados que estejam igualmente corroborados pelas provas:

Se o conjunto de todos os enunciados, cada qual confirmado pelas provas, puder dar lugar a narrativas diferentes (assim como as peças de um mosaico podem ser, por vezes, ordenadas formando-se desenhos diferentes) a escolha deverá ser no sentido de favorecer a versão dos fatos que parecer narrativamente mais coerente (TARUFFO, 2012, p. 258).

Nem as críticas externas e internas ao realismo filosófico do autor, nem a sua custosa e residual rendição à coerência narrativa, no final do trabalho, devem impedir que se perceba a sua mais importante contribuição, que é demonstrar que a coerência pode ser enganosa, portanto, pode haver uma narrativa boa, porém falsa.

Ainda tentando compreender adequadamente as possibilidades de afirmação da verdade judicial sem fazer uso da coerência, cabe analisar a posição de Ferrajoli diante do mesmo problema da multiplicidade de versões sobre um mesmo fato que estejam corroboradas pelas provas. Segundo Ferrajoli (2014, p. 56), a solução é popperiana, ou seja, a adoção da hipótese mais simples e com maior poder explicativo. A um só tempo, a solução de Ferrajoli é menos ingênua, mas mais cientificista que a de Taruffo.

Para compreendê-la melhor, é preciso retomar a ideia de Popper acerca da precisão de conteúdo e da relevância das hipóteses científicas. Para Popper (2006, p. 314-315), quanto mais simples é a hipótese, maior o seu conteúdo empírico, ou seja, maior a quantidade de fatos hipotéticos capazes de desmentir-la, se verificados durante a pesquisa, mas, por isso mesmo, mais poderosa é a hipótese enquanto ela não for desmentida pela ocorrência de algum desses fatos.

Quando o desmentido ocorre, e o contraexemplo fático da teoria se revela, o pesquisador tem duas possibilidades: ou abandona a teoria em busca de outra hipótese igualmente simples, ou formula exceções *ad hoc* à sua tese, que a imunizam contra esse exemplo contrafático, mas aumentam a sua complexidade e, portanto, reduzem o seu conteúdo empírico.

Quando uma teoria é cercada por tantas exceções à *ad hoc* que, assim, fica imunizada contra qualquer crítica e, portanto, impossível de ser desmentida a partir dos fatos, ela deixa de ser científica (POPPER, 2006, p. 48).

Embora a questão seja controversa, far-se-á referência a ela em razão do seu grande poder ilustrativo: Popper sustenta que a psicanálise de Freud não tem natureza

científica exatamente em razão da construção de uma teoria que progressivamente se torna imunizada da crítica, até excluir por completo a possibilidade de refutação.

Em **A interpretação dos sonhos**, Sigmund Freud (2001, p. 136-145) apresenta como hipótese básica, e por isso, simples e com alto poder explicativo, a de que os sonhos são representações subscientes de um desejo. Diante do grande contraexemplo do pesadelo, e de outros sonhos dolorosos, Freud (2001, p. 146-171) introduz o conceito de distorção onírica, ou seja, de que as representações de desejos podem vir disfarçadas de situações desagradáveis, decorrente da ação de uma força psíquica oposta ao desejo, que é a censura (FREUD, 2001, p. 155), ou seja, aumentou a complexidade da sua hipótese, imunizou-se contra parte da crítica, reduziu o seu poder explicativo, mas ainda não perdeu o caráter científico, porque continuaria sendo possível demonstrar, com contraexemplos, sonhos que não representassem, nem mesmo sob disfarce, nenhum desejo do sujeito.

Ao se deparar com alguns sonhos de seus pacientes que eram claramente desafiadores e desmentiam o seu modelo do desejo e da distorção onírica, Freud (2001, p. 162-168) concluiu que eles eram a representação do desejo de frustrar o seu analista, e, por isso, se construía de forma tão esdrúxula.

Ao fazê-lo, Freud imunizou a sua teoria contra toda e qualquer crítica, já que, no fim das contas, um sonho inexplicável de um paciente sob acompanhamento profissional representa o desejo de frustrar o profissional que o acompanha e, por isso, sua teoria psicanalítica perdeu o caráter científico.

Com isso, Popper não quer dizer que a psicanálise de Freud ou o materialismo histórico de Marx (a outra grande teoria que ele não considera científica por se imunizar contra a crítica) sejam representações falsas da realidade, apenas que não possuem caráter científico.

Embora não se trate de uma investigação científica, mas, pelo menos, de uma reconstrução racional dos fatos, uma narrativa jurídica que se imunize contra todas as críticas perderia o seu caráter racional.

Por isso, parece atraente a aplicação de Ferrajoli da solução popperiana às narrativas jurídicas, para dar maior valor a narrativas cuja simplicidade seria desmentida por um maior número de contraexemplos fáticos.

Ocorre que, ainda que o modelo popperiano de debate racional, no âmbito da ciência, tenha grande similaridade com a ideia de contraditório no âmbito do processo, as duas concepções se afastam por um dado fundamental da experiência jurídica, que é a

necessidade de dar respostas definitivas, apesar da incerteza, e num prazo razoável. Ao contrário da verdade científica, a verdade jurídica transita em julgado.

O próprio Ferrajoli (2014, p. 56) está atento ao problema da coisa julgada, e de que nela reside a diferença entre a reconstrução dos fatos na história e no processo judicial, mas não extrai dela consequências tão radicais quanto às propostas no presente trabalho, a saber, de que esse ponto, aliado a outros, é capaz de atestar a ficcionalidade da narrativa judicial.

O que se pode extrair da posição popperiana de Ferrajoli a respeito da preferência pela narrativa mais simples é que uma narrativa muito complexa e imunizada da crítica a partir dos fatos não pode ser submetida ao controle do contraditório e, portanto, não deve ser levada em consideração num processo judicial racional. No fim do percurso teórico, Ferrajoli (2014, p. 69) admite a coerência e a aceitabilidade justificada como critérios de verdade da narrativa, desde que referidos em primeiro lugar à coerência.

O julgamento de O. J. Simpson é mais uma vez um exemplo paradigmático: a hipótese da culpa de O. J. pelo duplo homicídio de Nicole Brown e Ron Goldman é muito mais simples e corroborada pelas provas periciais e documentais: pelo sangue das vítimas encontrado em seu automóvel, em sua residência e na luva que seria de sua propriedade, e ainda, no seu histórico de ciúmes e de violência doméstica.

Por outro lado, a tese da sua inocência é tremendamente mais complexa, e exige a desmentida de todas essas provas materiais a partir da afirmação da falta de credibilidade e que tem, como pano de fundo, a afirmativa de que O. J. fora vítima de uma conspiração racista da Polícia de Los Angeles, em especial da testemunha-chave do caso, que era notoriamente racista (BAYNES, 1997).

O fato de a versão mais complexa ter prevalecido nesse caso pode ter duas explicações: uma, a da inadequação do júri como instituição de busca da verdade, que é a posição de Taruffo (2012, p. 220), ou outra, a de que, tanto quanto a coerência, a própria simplicidade pode, também, ser enganosa.

Seja para aceitar a coerência como critério central da verdade na narrativa jurídica, como querem as correntes narrativistas, seja para adotá-la como critério residual quando a correspondência não é suficiente, como querem os cognitivistas, é preciso refletir mais profundamente a esse respeito, adotando a distinção de Rideout (2013, p. 71) entre a coerência externa e a coerência interna.

Segundo o autor, ambas as formas de coerência narrativa são uma questão de unidade e conexão, uma questão de criação do sentido de que a narrativa apresenta uma ação

que seja completa tanto em seu significado mais amplo, como em suas partes (RIDEOUT, 2013, p. 71), posição que é claramente análoga ao conceito aristotélico de unidade da ação.

A coerência externa diz respeito à conexão da história, não com uma realidade social exterior ou um teste de correspondência, e sim uma conexão estrutural com outras histórias culturalmente estabelecidas das quais fazemos uso para compreendermos a realidade social.

Já a coerência interna se refere às partes da narrativa e ao sentimento de que elas se encaixam umas às outras, de que são consistentes e de que formam um arranjo sequencial completo (RIDEOUT, 2013, p. 71), o que também remete à poética aristotélica e à noção de verossimilhança como sucessão segundo o necessário ou o provável (ARISTÓTELES, 1995, p. 28).

Jackson (1988, p. 58-59) coloca a questão em termos muito semelhantes, ao dizer que a coerência interna deve ser apreciada em termos quase-lógicos, ou seja, se as várias partes da história são consistentes umas com as outras, enquanto a coerência externa envolve a comparação do conteúdo da história com o de outras histórias que formam o estoque de conhecimento narrativo do júri, e que esta coerência externa está no centro da oposição entre coerência narrativa e correspondência factual.

A concepção de Betti (2007, p. 322-33) é de que a coerência interna é uma questão de compatibilidade inerente ao próprio texto da sentença, em especial de não contradição entre fundamentação e dispositivo, enquanto a coerência externa diz respeito à correlação com a demanda judicial, com a discussão processual, com o procedimento e com a lei a ser aplicada.

Apesar da incerteza quanto à fronteira que as distingue, que será enfrentada em momento próprio, é preciso se ater a essa dupla concepção da coerência – externa e interna – porque os enganos decorrentes de cada uma são diferentes e porque a correção dos enganos decorrentes de uma concepção pode ser feita com o recurso à outra.

#### **4.2.1 Coerência externa e tradição**

Segundo Rideout (2013, p. 72), a coerência externa é mensurada a partir do enquadramento das narrativas ao conhecimento social compartilhado e às pressuposições culturais que atribuem sentido à narrativa de acordo com a concepção daquilo que tipicamente ocorre na vida.

Em sentido semelhante, Carlos María Cárcova (2008, p. 18) enfatiza que, além da coerência interna, é preciso que haja coerência com outros relatos (representações, ideologias, valorações, precedentes) que circulam no espaço público de comunicação.

Esta concepção remete tanto à ideia de David Hume (2004, p. 139) acerca da concepção de causalidade do homem comum, como à ideia de preconceito ou pré-compreensão, que é um problema clássico da epistemologia desde o início da racionalidade ocidental.

O conhecimento prévio acumulado pelos sujeitos do conhecimento foi visto pelos filósofos do racionalismo e do empirismo modernos, Descartes (2005, p. 31-32) e Bacon (1997, p. 77-83) como obstáculos ao alcance da verdade, que precisariam ser afastados para que a razão exercesse a sua livre busca, seja por meio da dedução pura, com a decomposição dos problemas até os seus elementos mais básicos e autoevidentes, ou pela observação pura, com a catalogação de todos os fenômenos concebíveis e a progressiva generalização das suas similaridades até a construção de um sistema de conhecimento.

Tal crença levou ao estabelecimento da conotação pejorativa que o termo preconceito carrega até a atualidade, mas que foi substancialmente transformada pela fenomenologia, e pela descrição do círculo hermenêutico por Martin Heidegger (1962, p. 191-195), e pela subsequente Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer (2007, p. 368-384).

Segundo Heidegger, (1962, p. 191) toda interpretação parte de algo que o intérprete já tem consigo, ou seja, é uma antecipação de sentido a partir do repertório disponível ao intérprete.

Heidegger (1962, p. 195) esclarece que é impossível sair desse círculo, e por isso é preciso ingressar nele corretamente, para que não seja um círculo vicioso, porque nele reside a condição de possibilidade do conhecimento mais primordial.

Por isso, a tarefa fundamental da interpretação é evitar que a pré-compreensão seja tomada por fantasias ou por concepções populares, fazendo um esforço de ajuste da pré-compreensão às coisas enquanto tais (HEIDDEGER, 1962, p. 195).

A concepção atual da tradição merece uma reflexão não só a partir de Gadamer, referência da filosofia hermenêutica, mas também de Popper (2006, p. 161-182), mais próximo da filosofia analítica.

Para Gadamer (2007, p. 372), tradição é aquilo que tem validade sem precisar de fundamentação, e essa frase, que inicialmente causaria perplexidade ao jurista prático, para quem a fundamentação é uma categoria central e cuja ausência é uma prova cabal de

irracionalidade, só pode ser entendida a partir do contexto de reabilitação da autoridade e dos preconceitos que está na base da filosofia hermenêutica.

A reabilitação da autoridade como fonte de conhecimento, para além da razão pura, a aceitação da legitimidade de alguns preconceitos, mas, sobretudo, a percepção de que os preconceitos, legítimos ou não, estão na base de qualquer ato compreensivo, são três decorrências da adoção do modelo do círculo hermenêutico por Heidegger (1962, p. 191-195).

O que interessa ao presente trabalho, no entanto, é como chegamos à tradição como fonte das narrativas a partir das quais se busca a coerência externa de uma história contada. A autoridade, segundo Gadamer (2007, p. 371), não se impõe arbitrariamente nem significa um ato de sujeição ou de abdicação da razão por aqueles que a respeitam. Ao contrário, a verdadeira autoridade nasce do reconhecimento de que o juízo alheio tem precedência sobre o nosso, ou seja, nasce de um ato da própria razão que, “consciente dos seus próprios limites, atribui ao outro uma visão mais acertada” (GADAMER, 2007, p. 371).

Gadamer (2007, p. 372) fecha o ciclo afirmando que o que é consagrado pela tradição “possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento”.

Gadamer (2007, p. 373) prossegue afirmando que não há oposição incondicional entre razão e tradição (o que não coincide, por exemplo, com o pensamento de Weber (1978, p. 24-25), que define a ação racional exatamente em oposição às ações emocionais e tradicionais) ao dizer que “a tradição é essencialmente conservação e como tal está sempre atuante nas mudanças históricas, mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si” (GADAMER, 2007, p. 374), e representa uma conduta tão livre quanto a destruição e a inovação.

Por outro lado, Popper (2006, p. 161-162) entende que a atitude antirracionalista nas ciências sociais consiste na definição da tradição como algo dado, que precisa ser recebido, não pode ser racionalizado, cumpre um papel importante na sociedade, e que é possível apenas entender seu significado e aceitá-la.

O autor também rejeita a postura do racionalismo moderno, que deseja libertar-se inteiramente da tradição, porque isso não é possível, postura que pode ser vista, quando muito, como a passagem de uma tradição para outra (o cientificismo), e propõe ao invés disso uma postura crítica em face da tradição, em que é preciso conhecê-la antes de criticá-la e, aí sim, aceitá-la ou rejeitá-la racionalmente (POPPER, 2006, p. 164).

Popper (2006, p. 166-168) entende que uma teoria racional da tradição deve ser uma teoria sociológica, e que a tarefa das teorias sociais em geral é estudar as consequências involuntárias das ações humanas voluntárias. Com base nisso, o problema é identificar como as tradições surgem e persistem como possíveis consequências indesejadas das ações humanas.

Neste ponto, encontra-se a primeira discordância substancial entre as concepções de Gadamer e de Popper acerca da tradição. Para ambos, as tradições são legadas ao agente racional. Para ambos, não é possível desgarrar-se delas. Para ambos, isso não significa uma cegueira da razão, havendo, ao invés disso, uma possibilidade de acesso racional à tradição. Para ambos, o ato de conservação da tradição é racional. No entanto, para Gadamer a conservação da tradição é um efeito desejado deste ato, e a conservação é tão livre quanto a destruição ou inovação e, para Popper, a persistência da tradição pode ser um efeito involuntário da ação racional.

Popper (2006, p. 173), no entanto, ao associar seu conceito de tradição à sua concepção de ciência como resultado da acumulação do saber a partir da crítica recíproca entre os cientistas e da testagem de hipóteses, sustenta que a tradição científica é a busca do progresso que, enquanto tal, depende da continuidade da sua própria tradição.

A diferença entre a tradição científica e as demais, segundo Popper, é a atitude crítica em face da própria tradição, que leva à sua adaptação, evolução e sobrevivência. Como conciliar essa posição com a ideia de que a persistência de uma tradição é efeito involuntário da ação racional? Somente se se assumir que o objetivo do cientista não é dar continuidade à sua tradição, mas resolver um dado problema científico da contemporaneidade, e, para tanto, precisa recorrer à tradição científica e, ao observá-la com espírito crítico, até porque ela não apresenta uma resposta adequada, com isso a preserva, embora sem essa intenção.

É notável que Popper (2006, p. 169) se refere continuamente à tradição como criação de mitos, e que a tradição científica não difere da religiosa nesse aspecto, distinguindo-se apenas pela não-dogmatização do mito científico. Ao final, Popper (2006, p. 178-179) definirá a tradição como uniformidade de atitudes, comportamentos, objetivos, valores ou gostos numa comunidade, cuja existência é indispensável para que se garanta um mínimo de previsibilidade às ações racionais em sociedade, mesmo para aqueles que desejam reformar uma tradição.

A ideia de tradição como fonte e criação de mitos é a que conduz de volta à questão da narrativa. São os mitos que habitam a tradição de uma comunidade que servirão para o exame da coerência externa. Se um acontecimento, ainda que real, não encontrar



respaldo na tradição, ele habitará o campo do estranho a que Todorov (2014, p. 47-63) se refere. Se, por outro lado, um conjunto de acontecimentos, ainda que frequente, tem uma explicação tradicional (e mitológica) que é insatisfatória para um grupo ou que pode distorcer a busca da verdade na narrativa jurídica, é natural que o grupo interessado deseje trazer para a esfera pública a sua própria narrativa.

Robert Cover (1983) descreve dois tipos de grupos cuja narrativa destoa da narrativa social predominante, que são os grupos dissidentes e os grupos redentores. Para os dissidentes, representados nos Estados Unidos da América pela comunidade Amish, a sua narrativa de resistência à opressão social é associada a uma ação concreta, ligada ao isolacionismo do seu mundo normativo (*nomos*), a saber, a venda de propriedades e a mudança para outra jurisdição, ou até para o exterior, na esperança de lá poder viver pacificamente de acordo com sua interpretação peculiar da palavra de Deus (COVER, 1983, p. 30).

Já os grupos redentores, que têm como exemplo mais evidente os movimentos marxistas-leninistas, buscam a transformação do seu ambiente social, para que a narrativa social predominante passe a coincidir com a sua, já que o seu projeto não pode ser satisfeito dentro da própria insularidade comunitária (COVER, 1983, p. 34). A sua ação concreta é a transformação social revolucionária.

Cover (1983, p. 37) sustenta que, se o Direito reflete uma tensão entre ser e dever-ser, ele só pode ser mantido enquanto os dois âmbitos estiverem suficientemente próximos para revelar um curso de ação humana de temporalidade factível ou de reconciliação parcial, e que todos os movimentos utópicos ou escatológicos que não optam pelo isolamento correm o risco de transformar a visão em realidade e, com isso, quebrar a tensão.

Para Popper (2006, p. 168) é muito raro que alguém deseje conscientemente criar uma tradição e, mesmo quando for o caso, é improvável que tenha sucesso. Há que se interpretar a questão a partir da discussão sociológica sobre a luta social pelo reconhecimento, afinal, para o próprio Gadamer, toda conservação da tradição é reconhecimento de sua validade.

O ponto de divergência entre Gadamer e Popper é justamente o que é deixado mais em aberto e mais ambíguo pelo último, que, por um lado, assume uma postura de reformista social, e, portanto, desejoso de uma adaptação racional da tradição em busca de uma sociedade mais livre e tolerante e, por outro, reconhece que a chance de sucesso desse tipo de iniciativa é muito duvidosa.

Segundo Amaya (2013, p. 16) a coerência externa (que ela denomina coerência com o conhecimento prévio) serve para que o juiz reduza a lista de narrativas plausíveis, com base em sua compatibilidade com as crenças compartilhadas a respeito das motivações humanas e dos princípios causais.

Rideout (2013, p. 73) esclarece ainda que a coerência externa depende da existência de modelos narrativos disponíveis na cultura e que inclusive podem permitir o preenchimento de vazios da narrativa das partes e das provas.

Cammiss (2006, p. 85) esclarece que esses esquemas ou modelos narrativos contribuem para o preenchimento dos vazios narrativos, para o desdobramento de enredos em curso e para a compreensão das personagens a partir de papéis já existentes, tanto para os autores da narrativa, como para a sua compreensão pelo público.

É esse preenchimento dos vazios narrativos, essa inferência a partir de elementos não constantes dos autos, mas que gravitam na cultura e podem, quando muito, ser comparados à categoria dogmática das “regras gerais da experiência”.

A esse respeito, nem mesmo Taruffo (2012, p. 234) nega a importância das “noções fornecidas pela experiência e pelo senso comum” e, embora ele não use a mesma terminologia quanto às coerências (externa e interna), a sua discussão sobre o ponto é bastante elucidativa para demonstrar as prováveis fontes de enganos da coerência externa.

Ao falar do assunto, Taruffo (2012, p. 241-242) trata essas noções como “generalizações” de quatro naturezas: 1) generalizações universais, por corresponderem a leis científicas, de que são a vulgarização, refletindo o modelo nomológico a que já se fez referência em outra passagem deste trabalho; 2) generalizações quase-universais, por se caracterizarem por um alto nível de probabilidade, confirmado por um alto grau de frequência estatística, refletindo um modelo quase nomológico; 3) generalizações normais, a partir do que se considera ser a normalidade de determinados acontecimentos, o que já daria uma larga margem de incerteza e abertura a juízos de valor; 4) generalizações espúrias, ou seja, pseudoregras sem correspondência com a realidade empírica e que exprimem preconceitos de gênero, de raça, de religião ou de qualquer outro tipo, difundidas em certo ambiente social em dado momento histórico.

Na concepção do autor, portanto, as fontes de enganos seriam as generalizações normais e espúrias, e o grande problema estaria em saber se o juiz está preparado para perceber diante de que tipo de generalização ele está presente quando recorre a uma máxima da experiência.

A esse respeito, Taruffo reconhece que os juízes são treinados profissionalmente para a interpretação jurídica, para a compreensão do sistema, mas não dispõem de “uma preparação profissional específica no que concerne à decisão sobre os fatos. Sua formação concerne essencialmente ao conhecimento do direito, e ele não é nem um historiador nem um cientista” (TARUFFO, 2012, p. 210).

Para um autor tão apegado ao método científico como modelo epistêmico ideal, esse é um notável reconhecimento e deveria ser encarado como problema, mas Taruffo (2012, p. 211) surpreende com a seguinte afirmação:

É, pois, a experiência que se forma na prática judiciária que pode tornar o juiz hábil na busca e na apuração da verdade: o contato cotidiano, que dura no tempo, com as provas e com os problemas relativos aos fatos pode fornecer ao juiz os conhecimentos e as capacidades necessárias para desempenhar adequadamente a função epistêmica (TARUFFO, 2012, p. 211)

Diante disso, ele conclui que “pelo menos em linha de princípio, por conseguinte, pode-se sustentar que o juiz de *civil law* está bem equipado para desempenhar corretamente a função epistêmica consistente na busca da verdade” (TARUFFO, 2012, p. 211).

Há uma grande incoerência entre a aceitação da formação prática, profissional, não-científica do conhecimento acerca dos fatos, e exaltação da investigação científica, mas não se quer aqui invalidar o considerável conhecimento adquirido pelos juízes na sua atuação cotidiana.

Garcia (2011, p. 506) menciona que a narrativa judicial penal se caracteriza por relatar eventos não habituais, que seriam formulados em termos de surpresa na conversação coloquial, mas que são textualizados voluntariamente de forma anticlimática.

A grande questão é que esse tipo de formação pode levar a uma compreensão enviesada da vida social, já que o juiz, em seu ofício, toma conhecimento dos conflitos e das transgressões, não tendo acesso, nessa mesma prática, com a mesma frequência, aos cumprimentos voluntários da norma e às situações sociais não conflitivas: são os crimes, os ilícitos administrativos, os descumprimentos de obrigação contratual, os divórcios, as disputas pela guarda de filhos menores, as falências, as sucessões hereditárias, entre outras situações, que compõem o seu mais farto material de análise.

Quanto menos representativos daquele campo da vida social forem esses conflitos, mais enviesada a visão do juiz se tornará, se ele se deixar aprender com a prática a “normalidade” dos fatos.

Um exemplo paradigmático diz respeito ao uso de drogas ilícitas. A formação prática a partir do conflito pode levar o juiz à generalização, que ele sinceramente crê quase-universal, segundo a qual todos os usuários de maconha ou cocaína tendem ao abuso e à dependência, já que os fatos processuais que ele conhece contam incontáveis histórias de abuso e dependência, sendo que os principais estudos científicos sobre a matéria demonstram que a maior parte dos usuários de qualquer droga, mesmo as mais lesivas, conseguem manter um consumo controlado (HART, 2014, p. 23), e que os usuários de drogas ilícitas que conseguem manter esse controle não se expõem exatamente em razão da ilicitude, e só são percebidos pela sociedade por meio dos sistemas penal e de saúde.

A esse respeito, é preciso observar a explicação de Todorov (2014, p. 47-63) acerca do estranho como gênero da ficção realista, em que fenômenos à primeira vista sobrenaturais ao final serão explicados pelas leis naturais, que encontra diversos exemplos na literatura policial.

Todorov (2014, p. 55), ao referir-se à busca da verdade no romance policial de mistério, resume a questão: “há por um lado muitas soluções fáceis, à primeira vista tentadoras, mas que se revelam falsas uma após a outra; por outro lado, há uma solução inteiramente inverossímil, à qual só se chegará no fim, e que se revelará a única verdadeira”.

No que diz respeito à coerência externa, a estranheza, que corresponde à inverossimilhança, decorre da falta de familiaridade com aquela explicação particular, por não encontrar eco na tradição, nas narrativas compartilhadas por aquela comunidade. Quando se demonstra, por fim, que há coerência interna, que será descrita logo a seguir, ou seja, a sucessão não só cronológica, mas também causal, entre os acontecimentos cuja associação parecia inusitada, eles passarão a compor, dali por diante, a tradição.

Aliás, até mesmo Aristóteles (1995, p. 50) advertia que “as absurdidades devem reportar-se à tradição; assim, também se dirá, por vezes, que não se trata de um absurdo, pois é verossímil que algo aconteça contra a verossimilhança”.

Como já dito, Jackson (1988, p. 110-111) dá um excelente exemplo de como a coerência externa influi na verificação da própria coerência interna: o estoque de conhecimento narrativo carrega consigo diversas relações típicas e oposições categoriais esperadas e, quando o primeiro desses elementos aparece numa narrativa, o surgimento do outro é logo esperado, e a sua presença é uma confirmação que torna a narrativa intuitivamente clara, mas quando a sequência narrativa frustra as expectativas e apresenta uma outra relação, isso pode produzir confusão e dificuldade.

Reconhecida a tradição como indispensável para a compreensão, mas, ao mesmo tempo, como possível fonte de enganos e como algo que precisa ser enfrentado com uma atitude crítica, surgem duas questões: Como alterar racionalmente as tradições, no âmbito da esfera pública? Como adotar criticamente as tradições na construção do universo ficcional da narrativa judicial?

A primeira questão é fundamental, mas extrapola em grande medida o objeto deste trabalho. Para a segunda questão, será preciso retornar ao tratar da coerência interna, e de cada um dos elementos que compõem o mundo dos autos.

#### **4.2.2 Coerência interna e coesão**

Para discutir a coerência interna, é preciso tratar, portanto, da definição da fronteira. O que separa a narrativa do mundo exterior? Se se trata de uma narrativa comum, pode-se dizer que a fronteira é o texto, como totalidade, seja ele fixado na forma escrita, seja na forma oral. Essa é, por exemplo, a concepção de Betti (2007, p. 322), que enxerga o limite no texto da sentença e vê a correlação com os demais elementos do processo como uma questão de coerência externa.

A narrativa judicial, no entanto, é composta por uma pluralidade de textos (o que não é incomum na narrativa de ficção, em que sequências e universos ficcionais transmidiáticos (JENKINS, 2009) apresentam compleição semelhante) e que dialogam com diversos elementos não narrativos que ajudam a sustentá-la.

Por isso, em sentido contrário ao de Betti, adotar-se-á a concepção de que a fronteira da narrativa judicial, que justifica a oposição entre coerência externa e coerência interna, é dada pela formação dos autos do processo. Essa questão está longe de ser simples, já que o processo não se confunde com os autos, e esses autos quase sempre constituem uma versão empobrecida, reduzida, dos atos processuais, sobretudo aqueles que privilegiam o princípio da oralidade, tendo como exemplo máximo da discrepância entre os atos (inclusive os de fala) e os autos a sessão de julgamento do tribunal do júri, quando comparada à ata que a resume e a sentença que dela decorre e sintetiza o veredicto.

Esse empobrecimento cognitivo merece uma análise apartada, mas, por ora, é preciso tratar a questão da fronteira nos termos da oposição proposta por Ricouer (2010c, p. 267-309) entre o mundo do texto e o mundo do leitor.

Para adotá-la, mais uma vez recorrer-se-á à oposição entre ficção e narrativa histórica, lembrando que se deve resistir à tentação de definir a narrativa jurídica como

histórica, o que à primeira vista seria evidente, para, em lugar, explicitar a sua ficcionalidade, ainda que muitas vezes dissimulada.

Ricouer (2010c, p. 276) dirá exatamente que, enquanto o historiador oferece provas, as interpreta e articula, o ficcionista depende de um pacto implícito de confiança com o leitor, que faz o leitor acreditar no mundo fictício do texto.

O mundo da narrativa judicial é um mundo em que as diferentes vozes narrativas apresentam provas, as interpretam e articulam (e, muito especialmente, as contraditam) como se elas esgotassem toda a complexidade do mundo e o seu resultado final fosse digno de confiança.

Essa simulação não-enganosa de uma investigação histórica é o fio condutor da narrativa judicial. Do lado de fora deste mundo, podem estar outras provas, e necessariamente estarão outros elementos relevantes para a compreensão do fato, que deixaram de ser trazidos, consciente ou inconscientemente, ao seu interior.

Diz-se com segurança que se trata de uma ficção do esgotamento da investigação histórica, exatamente porque a exigência de segurança jurídica e a pretensão de definitividade da narrativa judicial impõem um ponto final à construção do mundo, que não se dá na narrativa histórica, e fazem a narrativa judicial coincidir com o mundo fechado da narrativa de ficção.

O acesso ao mundo dos autos é formalizado pelas regras do Direito Processual acerca da distribuição do ônus da prova, mas também dos papéis e prazos próprios para a ação de cada sujeito processual. O resultado deste acesso regulado é o mundo dos autos. Nesse aspecto, vale observar como os Códigos de Processo regulam a coerência entre fato e prova e a recepção das tradições.

O Código de Processo Civil admite como independentes de prova os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados por outra, os admitidos no processo como incontroversos, e aqueles em cujo favor militam presunções legais de existência ou de validade, e determina que o juiz aplicará as regras de experiência comum e as regras de experiência técnica (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, R, 2016.p. 59-67).

Por outro lado, o Código de Processo Penal determina que a confissão deve ser confrontada com as demais provas do processo, para que se verifique a sua compatibilidade e concordância (MARQUES, 2009a, p. 328-329).

As diversas regras de composição do mundo dos autos nos diferentes Códigos de Processo não só oferecem uma prova adicional do caráter ficcional da narrativa judicial, como

também reforçam a afirmação comum da doutrina de que o processo judicial visa a tutelar outros valores além da verdade.

Para Amaya (2013, p. 17), vencida a etapa da coerência externa, a partir da qual se definem as hipóteses plausíveis, é preciso compor um campo de contraste integrado por versões alternativas cuja coerência será comparada com as demais.

Segundo Rideout (2013, p. 74), para afirmar a coerência interna, as ações de uma narrativa devem encaixar-se num arranjo sequencial em conformidade com o nosso senso de causalidade e que seja internamente consistente, o que remete tanto à concepção de Hume (2004, p. 139) acerca da causalidade, quanto à concepção de Aristóteles sobre a verossimilhança.

É interessante notar que Amaya (2013, p. 17) propõe que o processo de maximização da coerência começa com a definição das hipóteses plausíveis e das provas relevantes a partir dos quais o cálculo da coerência será realizado, fazendo uso de três principais estratégias: a adição, a subtração e a reinterpretação dos elementos disponíveis.

Na investigação criminal, um peculiar teste de coerência interna das versões das personagens da história do conflito é a reconstituição ou reprodução simulada dos fatos, que o autor desta tese considerou, em outra ocasião, o ato policial mais próximo de um espetáculo teatral (PRADO, 2010, p. 56). Nesse caso, tem-se a ficção a serviço da busca da correspondência, em que a fórmula da sucessão segundo o necessário ou o provável mais uma vez serve de guia para a verificação da situação vivencial.

Aury Lopes Jr (2016, p. 150) considera que a reconstituição oferece uma contribuição valorosa para o esclarecimento dos fatos, mas a discussão que ele promove sobre os limites jurídicos à reprodução simulada, dados pelo Código de Processo Penal (“não contrariar a moralidade e a ordem pública”) e pela Constituição (direito ao silêncio) traz mais um exemplo de que, mesmo diante de instrumentos especificamente destinados ao teste de coerência interna das narrativas, o sistema jurídico pode renunciar à busca da verdade em função da preservação de outros interesses.

Assim, na reconstituição de um homicídio em que existam versões conflitantes (uma sustentando um ato de legítima defesa, outra sustentando uma execução extrajudicial, por exemplo), os investigadores atuarão posicionando-se na cena do crime e empunhando as armas para verificar se a trajetória do projétil no corpo da vítima, aferida pelo laudo pericial, é compatível (internamente coerente) com cada uma das narrativas, mas evidentemente não poderão disparar em direção aos outros investigadores para verificar a efetiva trajetória desses projéteis.

Já a consistência deve abranger elementos como o enredo, as personagens, o cenário e o ponto de vista narrativo (RIDEOUT, 2013, p. 76). Tal questão, segundo Peter Brooks (2005, p. 2) demonstra a grande utilidade, para a ciência jurídica, da leitura da narratologia desenvolvida no Século XX no âmbito da teoria da literatura, em especial os formalistas russos e os estruturalistas franceses.

A utilidade do estruturalismo literário para a compreensão das narrativas jurídicas já foi discutida em outra ocasião pelo autor desta tese (PRADO, 2010), na análise da estrutura narrativa dos autos de prisão em flagrante, com grande semelhança com a estrutura da literatura policial descrita por Todorov (2006, p. 96-97).

Como dito anteriormente, o próprio Todorov (2014, p. 55) deixa claro que, em face do real inverossímil, a atitude comum é buscar primeiro as explicações mais verossímeis, cuja falsidade, uma vez provada, dá ensejo a uma busca mais criativa por outras explicações.

É evidente que o estranho, enquanto real inverossímil, precisa continuar sendo logicamente possível e, além disso, minimamente apropriado às condições das personagens, dos agentes e pacientes da situação de fato.

Uma questão fundamental quando se trata da coerência interna reside na relação entre a conduta e o caráter da personagem. Na ficção, esse ponto ajuda não só a definir gradualmente o caráter da personagem ao longo da trama, mas também à criação de uma expectativa quanto à própria conduta da personagem nos momentos subsequentes, e a confirmação ou frustração da expectativa do leitor, a partir de então, têm relação tanto com o gênero da obra como com a competência da sua realização.

Aliás, a relação entre conduta e caráter é discutida por Aristóteles tanto na *Ética* como na *Poética*, e o caráter é visto exatamente como resultado da conduta. Na *Poética*, Aristóteles (1995, p. 25) sustenta que “segundo o caráter, as pessoas são tais ou tais, mas é segundo as ações que são felizes ou o contrário. Portanto, as personagens não agem para imitar os caracteres, mas adquirem os caracteres graças às ações”. Já na *Ética*, Aristóteles (1991, p. 30) sustenta algo muito semelhante, que “devemos examinar a natureza dos atos, isto é, como devemos praticá-los; pois que, como dissemos, eles determinam a natureza dos estados de caráter que daí surgem”.

Na narrativa jurídica, o grande problema está no espaço destinado à construção da personagem, em especial das personagens da história do conflito, como se discutiu mais acima. Com isso, o que ocorre é uma construção superficial da personagem e o conseqüente recurso, ainda que não declarado, à coerência entre a conduta e o tipo de personagem em que



aquela figura da narrativa se enquadra, transferindo a questão da coerência interna para a coerência externa.

Na dogmática penal, em especial, discute-se a relação entre conduta e caráter, com a oscilação entre um Direito Penal do fato, defendido pelos garantistas, e um Direito Penal do autor, cuja versão extrema é a figura do Direito Penal do inimigo (ZAFFARONI, 2011).

Um dos problemas clássicos diz respeito à valoração dos antecedentes criminais, seja para determinar a aplicação de medidas cautelares, seja para a dosimetria da pena, em caso de condenação. O não-dito, no entanto, é o efeito que a relação entre conduta e caráter pode ter na formação do próprio veredicto. A esse respeito, Leonard Baynes (1997, p. 551-552) estuda a influência sobre o júri da referência, pela acusação, a indícios prévios de comportamento violento que apontariam a propensão do acusado ao seu engajamento na violência, e essa referência, associada a estereótipos raciais que associam certos grupos (no caso, os homens negros) a ações violentas, como foi discutido mais acima, pode, além de preencher vazios narrativos, chegar ao extremo de fazer um júri predominantemente branco ignorar provas em sentido contrário e decidir pela condenação.

Baynes (1997, p. 553) prossegue, tomando como base o julgamento ficcional de Carl Lee Hailey no romance **Tempo de Matar**, de John Grisham, e nos julgamentos (criminal e civil) reais de O. J. Simpson, que tiveram grande influência na cultura popular estadunidense nos anos 1990, para sustentar uma controversa mas convincente tese: perante um júri predominantemente branco, a única estratégia defensiva de sucesso, para um réu negro, associado ao estereótipo do “bruto selvagem”, será a sua apresentação sob a luz estereotípica de um homem branco, como, por exemplo, a de alguém que busca a vingança por um mal injusto, como uma forma de luta pela justiça ou pela verdade; já perante um júri predominantemente negro, o estereótipo do “bruto selvagem” perde força e, em seu lugar, ganham força retórica as alegações de racismo e de corrupção policial.

Quanto à relação conflituosa entre os estereótipos e as provas, Baynes (1997, p. 563) reconhece que, no julgamento criminal de O. J. Simpson, perante um júri predominantemente negro, eles também prevaleceram no caso da revelação de um histórico racista da principal testemunha da acusação, que foi suficiente para esvaziar a credibilidade do seu depoimento inclusive quanto às provas materiais que ele coletou na cena do crime. Ou seja, a relação entre caráter e conduta das personagens de qualquer das histórias (do processo ou do conflito) é poderosa, não apenas para preencher vazios narrativos, mas também para a reavaliação ou desconsideração de elementos dos autos aparentemente mais seguros que os próprios depoimentos.

Já no julgamento civil de O. J. Simpson, perante um júri predominantemente branco, Baynes (1997, p. 564) esclarece que os advogados das famílias das vítimas aprimoraram a estratégia do emprego do estereótipo do bruto selvagem, tendo aprendido com os erros da acusação no julgamento criminal, e, trabalhando com as contradições e inverdades do depoimento de O. J. Simpson ao júri, conseguiram atribuir-lhe também a imagem de mentiroso e, nesse caso específico, o réu foi condenado a indenizar a família das vítimas.

Os julgamentos de O. J. Simpson permitem um estudo de caso incomparavelmente rico da operação de estereótipos raciais em processos civis e criminais no *Common Law*, mas não devem ser tomados como modelos da narrativa judicial, servindo, no entanto, como advertência dos efeitos que eles podem ter na decisão em face de versões marcadamente divergentes das partes.

O mais importante, no entanto, é que as decisões aparentemente contraditórias no caso de O. J. Simpson (absolvição criminal e condenação civil em ação indenizatória) são o exemplo mais célebre da desconexão entre a verdade oficial do veredicto e a pretensão à correspondência entre os enunciados e os fatos.

Embora seja um objetivo declarado do sistema jurídico a evitação de decisões contraditórias, a que estão relacionados institutos processuais como a litispendência e a coisa julgada, por outro lado a distinção entre as instâncias civil e penal (LOPES JR., 2016, p. 245) pode provocar esse tipo de situação.

É impossível, sob o olhar estrito das pretensões de correspondência discutidas ao longo deste trabalho, que as duas decisões referidas à situação de O. J. Simpson se sustentem ao mesmo tempo, já que ou ele matou ou ele não matou Nicole Brown e Ron Goldman (ou matou um dos dois e não o outro, mas não pode ter simultaneamente matado e não matado a mesma pessoa).

A abertura às decisões contraditórias reside exatamente nos casos em que a instância penal renunciou à pretensão de correspondência, com a absolvição por falta de provas, que, na opinião de Aury Lopes Jr (2016, p. 250) é decorrente do “maior nível de exigência probatória do processo penal em relação ao processo civil”.

No entanto, renunciando ou não à correspondência no primeiro caso, quando o próprio sistema judicial admite a possibilidade de declaração de uma inocência, no âmbito penal, e de declaração uma culpa, no âmbito civil, com relação à mesma situação vivencial, isso faz perceber, para além de qualquer dúvida, o caráter ficcional da narrativa judicial.

Em sentido oposto, mas igualmente relevante como potencial fonte de enganos, é a concordância entre as partes. A esse respeito, não se quer relegar à irrelevância o consenso

como forma de alcance da verdade, mas advertir que as condições de seu alcance, na prática, frequentemente estarão distantes do ideal.

O principal exemplo de engano decorrente da concordância, nesse caso do falso consenso, é o da lide simulada no Processo do Trabalho. Rodolfo Pamplona Filho e Tércio Souza (2013, p. 338) esclarecem que existem duas principais categorias de lide simulada: na primeira delas, usa-se o processo judicial como meio homologatório para uma relação trabalhista finda, sem que haja verdadeiro conflito a justificar a intervenção do Poder Judiciário, e, na segunda, quando o processo judicial é utilizado para forjar uma relação jurídica inexistente, em prejuízo de terceiros.

Pamplona Filho e Souza (2013, p. 338-339) prosseguem dizendo que, por um lado, existem casos evidentes de fraude, com lesão ao interesse dos trabalhadores, que podem inclusive configurar crime contra a organização do trabalho, mas, por outro, não negam que há uma insegurança do empresariado quanto à efetiva validade das homologações realizadas pelos órgãos competentes, Ministério do Trabalho e entidades sindicais, resultante da conduta de alguns magistrados que fazem *tabula rasa* de tais instrumentos, quando apreciam reclamações trabalhistas.

Os autores concluem que “a insegurança na estabilização das relações trabalhistas é a causa cujo efeito são as denominadas lides simuladas” (PAMPLONA FILHO; SOUZA, 2013, p. 339). Sob o ponto de vista especificamente narrativo, o recurso à coerência externa, portanto, à identificação de situações típicas de lide simulada, é crucial para a identificação, na própria configuração da narrativa, dos traços do falso consenso.

Não menos relevantes são as falsas confissões no processo civil e no processo penal. Jackson (1995, p. 382) divide as falsas confissões entre aquelas prestadas com a consciência de que são falsas, e aquelas que são oferecidas com a crença genuína em sua veracidade. Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 178-179) deixam claro que, no Processo Civil, só são inválidas as segundas, ou seja, com crença genuína na veracidade, por decorrerem de erro de fato, enquanto as primeiras, prestadas com consciência da falsidade, só são invalidadas quando prestadas sob coação, ou seja, quando prestadas sem vontade livre.

Para uma concepção da ação eminentemente racional teleológica, é fácil identificar uma confissão falsa, sempre que o cálculo racional indicar, de alguma forma, o interesse nessa confissão. Pode-se tratar, em última análise, de uma investigação mais cuidadosa das possibilidades alternativas à confissão, a partir do recurso à coerência externa, para saber a que interesses essa confissão, verdadeira ou não, pode satisfazer.

É mais difícil enxergar, com esse mesmo olhar, as confissões falsas, a partir da noção de correspondência, mas verdadeiras sob o ponto de vista da verdade-sinceridade. Tratar-se-ia então de substituir a figura do agente racional pela do agente com algum tipo de transtorno mental, ainda que transitório, e que por isso seria capaz de uma autoacusação inconscientemente falsa, ou de um agente racional que foi incapaz de perceber ou representar adequadamente a situação de fato.

### **4.2.3 Coerência enganosa e contraditório**

Reconhecida, por um lado, a natureza ficcional da narrativa jurídica e, portanto, a importância da coerência para a afirmação da sua pretensão de veracidade, mas, por outro lado, que nem por isso ela abandona toda a pretensão representativa e que a coerência, como bem advertiu Taruffo (2011, p. 150-151), pode ser enganosa, resta refletir sobre como é possível identificar os casos de equivocidade da coerência, e quais são as soluções para o seu enfrentamento.

Nos casos em que a coerência pode ser enganosa, é possível identificar uma solução a partir do conflito entre as duas espécies de coerência: uma narrativa pode ser internamente coerente, mas externamente incoerente, ou vice-versa.

O primeiro exemplo é o de uma narrativa familiar (externamente coerente), ainda que falsa, quando a alternativa é uma narrativa estranha (externamente incoerente), que ao final poderá se provar verdadeira.

É evidente que as próprias noções de familiaridade ou de estranheza são produtos da tradição, e, portanto, mutáveis com o tempo. Como os juristas práticos não têm – como ninguém tem – controle sobre a evolução da tradição, participando dela enquanto emissores e intérpretes, mas sem nenhum caráter autoritativo, talvez nem mesmo no caso dos ministros das supremas cortes, há que se buscar, no âmbito do próprio processo, um instrumento de correção ou ao menos de atenuação dos enganos que a própria coerência pode provocar.

Amaya (2013, p. 18) reconhece que até a narrativa mais coerente pode ser intuitivamente injustificada, o que levanta dúvidas sobre a pertinência da adoção da coerência como critério de justificação.

A autora, no entanto, propõe que as fontes de equívoco acerca da coerência podem decorrer tanto da insuficiência do conhecimento prévio como da deficiência do cálculo da coerência (AMAYA, 2013, p. 18-19).

Os problemas relacionados ao conhecimento prévio podem decorrer inclusive da própria rotina profissional dos julgadores, que os leva a ignorar alternativas relevantes em razão da sua própria crença na tipicidade dos acontecimentos (AMAYA, 2013, p. 19), como já se mencionou neste trabalho, por ocasião do recurso dos juízes às máximas da experiência, como a prática judiciária pode contribuir para uma representação enviesada da vida social.

Ao discutir sobre o problema do conflito entre a busca da verdade, entendida como correspondência, e a preservação de outros valores, como a privacidade, Amaya (2013, p. 39) entende que a coerência não só é um bom critério de justificação da decisão correspondente aos fatos, mas também da conciliação entre os demais valores em conflito.

Ao fazê-lo, a autora parece remeter à ideia de coerência não mais como critério de verdade da narrativa, mas como dogma do próprio Direito enquanto sistema de regulação social, a respeito do qual Norberto Bobbio (1999, p. 71) diz que o Direito, enquanto sistema, é uma totalidade ordenada, cujos elementos não têm apenas um relacionamento com o todo, mas uma relação de coerência entre si, o que é o equivalente da concepção de coerência interna como não contradição entre as partes de um todo.

Por fim, Amaya (2013, p. 38) entende que, embora qualquer tipo de raciocínio possa levar à aceitação de uma teoria que, ao final, se demonstre falsa, ao menos existem várias formas de evitar que o recurso à coerência leve a um engano sistemático.

Para enfrentá-los, o princípio do contraditório, que, segundo Fredie Didier Jr. (2016, p. 81) é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo, e decompõe-se nas garantias da participação (audiência, comunicação, ciência) e da possibilidade de influência na decisão, cuja consequência é a instauração da multiplicidade de pontos de vista narrativos, é fundamental, já que ele representa o fomento consciente ao aumento da incoerência de algumas versões, para que, delas, o juiz possa extrair a explicação mais plausível.

Alexandre Morais da Rosa (2006, p. 222) enfatiza que o caráter democrático do processo compreendido como procedimento em contraditório, exige que se vá além da mera oitiva das partes, garantindo sua efetiva participação, com paridade de armas e sem privilégios.

Didier Jr. (2016, p. 84) prossegue dizendo que, apesar dos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, mencionados ao longo desta tese como leis de regência do mundo dos autos, o princípio do contraditório exige que o órgão jurisdicional, antes de exercer esses poderes, deve submeter a nova abordagem ou qualificação jurídica dos fatos à

discussão das partes, discussão que, como dito mais acima, extrapola o objeto do presente trabalho.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2016, p. 46) ressalta que o contraditório, além de princípio garantidor da participação igualitária no processo, pode ser visto como método de conhecimento do caso penal, de estrutura dialética, que proporciona uma “maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis ou desfavoráveis a uma ou outra pretensão”.

Fundamental aqui, nos termos propostos por Pacelli de Oliveira, é reconhecer como o princípio do contraditório é uma exigência do próprio sistema judicial para a instauração da pluralidade de pontos de vista narrativos que, por um lado, na literatura, é usado como indutor da incerteza, mas, no Direito, é precisamente o procedimento escolhido para, da aparente incerteza da oposição entre as partes, chegar à certeza que se exige das decisões judiciais.

A aparente incoerência entre o contraditório como princípio jurídico destinado à formação de uma decisão judicial justa e democrática e as consequências estéticas da pluralidade de pontos de vista narrativos só se resolve com o reconhecimento de que a verdade, qualquer que seja a sua concepção, e muito especialmente a verdade-correspondência, é inacessível em sua plenitude ou, no mínimo, de problemático e custoso alcance, razão pela qual a consciência da incerteza gerada pela pluralidade de perspectivas é preferível à ilusão da certeza de uma perspectiva única.

O segundo exemplo, no entanto, não pode se socorrer nem mesmo do princípio do contraditório, já que trata justamente dos casos de falso consenso, como as lides simuladas e as falsas confissões. Para corrigi-los, o único recurso possível é, paradoxalmente, o da coerência externa. É só pela ativação do conhecimento acerca do que ocorre além do mundo dos autos que o juiz pode, dentro deles, buscar os sinais de simulação que passariam despercebidos para uma leitura ingênua.

Tais problemas deixam claro que o respeito efetivo ao princípio do contraditório reduz a probabilidade de que a coerência seja enganosa, exatamente pelo fomento à multiplicidade de pontos de vista que aumenta a contradição, promove incerteza para, a partir da consciência da pluralidade, chegar à certeza desejada na decisão.

No entanto, mesmo com todas essas cautelas, ainda é possível que o mundo dos autos, sempre menos complexo e mais inteligível que o mundo da vida, leve, por essa inteligibilidade, ao engano, mas essa é uma característica inevitável da sua própria configuração narrativa, o que significa que os recursos teóricos empregados ao longo deste

trabalho não têm como resolver esse problema específico, embora sejam extremamente úteis para reconhecê-lo, reduzi-lo e circunscrevê-lo a um nível tolerável de incerteza.

## 5. CONCLUSÃO

Realidade e mundo são conceitos especialmente caros ao conceito de verdade, visto que a sua construção na filosofia ocidental é eminentemente relacional, e o ponto de referência seguro, para além de qualquer discussão, deveria ser o mundo objetivo ou, a depender da denominação, a realidade. É só quando os próprios conceitos de realidade e de mundo se tornaram problemáticos que a significação da verdade aprofundou o seu caráter aporético.

A consciência da vastidão do universo, não alcançada por nenhum observador, e de uma igual vastidão do tempo, que nenhuma consciência testemunhou, é que garante, para os propósitos do presente trabalho, que os conceitos de mundo e realidade objetiva devem ser usados nos seguintes termos: saber da sua existência não significa que a razão humana tenha capacidade para desvendá-los.

Feitas as ressalvas acima, iniciou-se a discussão sobre o fato jurídico com a lembrança de que a Teoria do Direito tem relegado o seu estudo à teoria da norma, tratando-o como premissa menor do juízo de subsunção. No entanto, há o reconhecimento de que, em termos puramente lógicos, não se subsume um fato a um conceito, mas um conceito do fato aos conceitos normativos.

Se, de um lado, essa postura teórica parece afastar ainda mais o jurista dos fatos e empurrá-lo para uma autorreferência inaceitável, a observação adequada da questão permite que se verifique o “conceito do fato” não como um enunciado normativo dentro de um sistema de enunciados normativos, mas sim como um enunciado narrativo que dialoga com o sistema de enunciados normativos que busca valorá-lo.

Em lugar do “fato normativamente enunciado”, que oferece o risco de conduzir o jurista a um formalismo, o “fato narrativamente enunciado” reinsere na teoria as questões mais importantes da vida social como realidade histórica.

A verificação do fato pelo aplicador do Direito exige a formulação de diversos tipos de juízo, bem como a observação do procedimento de produção de prova e de distribuição deste ônus.

É certo que não há uma situação de fato bruta independente da sua valoração pelos diversos sistemas normativos. Fatos brutos são aqueles dos mundos alheios à presença dos sujeitos de conhecimento, bem como os fatos da história natural, e mesmo esses só são acessíveis ao conhecimento humano quando mediados pela linguagem e, portanto, já simbolizados e valorados.



A diferença entre os fatos brutos da vida natural e os fatos da vida social é que estes, desde a sua origem, já envolvem agentes e pacientes inseridos em diversos e complexos sistemas de simbolização e valoração da interação humana, e que, portanto, já os levam em consideração quando agem ou padecem.

Quanto ao fato histórico, adotou-se na tese a perspectiva que o apresenta como um “fragmento da história do mundo”. A noção de fragmento também é utilizada na teoria jurídica, que fixa o fato como “parcela da natureza”, o que também sugere que é preciso cindir artificialmente o fluxo contínuo da história para chegar ao conceito de fato como episódio ou como evento.

De uma forma ou de outra, percebeu-se que a delimitação de um fato como evento histórico e, também, como fato jurídico, é uma decisão consciente de retirá-lo de seu contexto no fluxo contínuo da história, e de sua rede infinita de relações presentes no sentido social, para destacá-lo e atribuir-lhe consequências, numa operação que, segundo a teoria dos sistemas, consiste numa redução de complexidades.

Reduzir complexidade para facilitar a compreensão é também um expediente comum no conhecimento científico, mas o interesse da presente investigação restringiu-se à forma especificamente narrativa de operação desse procedimento de fragmentação da vastidão da vida real e da infinitude do fluxo histórico.

Passando à teoria da ação, as três concepções de base teleológica, escolhidas neste trabalho pela relevância e pela influência dos seus autores, demonstram que a relação fundamental concernente à ação – a relação entre meios e fins – carrega uma tensão que repercutirá, na teoria narrativa, quando for preciso verificar a coerência de uma trama.

Quando se está diante de uma relação entre fins valiosos e meios desvaliosos, ou entre fins desvaliosos e meios valiosos, isso revela não só um conflito interno ao agente, mas um conflito entre indivíduo, que persegue os seus interesses, e sociedade, que aprova ou reprova os seus comportamentos.

O sujeito que persegue os próprios interesses é considerado racional, e aquele que escolhe os meios adequados é considerado justo ou correto. A conduta racional e justa é sem dúvida o modelo ideal, e a conduta irracional e injusta a de mais difícil compreensão, e costuma associada à paixão ou à loucura, justamente pela inexistência de uma explicação racional ou ética.

Quando a conduta é racional e injusta, ela é compreensível, mas reprovada, e quando é irracional, mas justa, como no sacrifício heroico, é aprovada, às vezes enfaticamente, mas nem sempre compreendida. Essas quatro grandes categorias se referem ao

comportamento individual, mas a influência da organização social sobre cada uma delas é decisiva.

A complexidade da relação entre meios e fins, que já é considerável quando focado apenas o comportamento individual, aprofunda-se quando o próprio meio social exerce influências contraditórias sobre ele. Se a teoria narrativa costuma adotar a coerência como um dos seus critérios de verdade, ela não pode ignorar as diversas incoerências, tanto em sua estrutura interna como em sua relação com a estrutura social, que as próprias ações representadas na narrativa podem carregar.

Antes de adentrar os pormenores da definição do fato jurídico em cada ramo da Dogmática, foi preciso dizer que o fato de origem não-humana pode ser juridicamente relevante desde que referido a um sujeito de direito, seja ele como paciente (morte que abre a sucessão hereditária e extingue a punibilidade do ilícito penal), seja como sujeito legalmente obrigado a intervir para impedir um processo causal ou para reparar os danos dele resultantes (o garantidor do Direito Penal e o segurador do Direito Civil).

Quando se trata propriamente da conduta humana, ativa ou omissiva, notou-se que a dogmática jurídica ainda está vinculada a uma concepção teleológica de ação, herança da tradição aristotélica, já descrita acima, segundo a qual o agir humano é um fazer final, uma exteriorização de vontade destinada ao alcance de uma finalidade.

Assim como se demonstrou que a verdade (vista como relação entre o conhecimento e o mundo) sempre esteve relacionada com a ação, inspirando-a e orientando-a, as teorias dos atos de fala afirmam o discurso como um certo tipo de ação, inclusive com capacidade de transformação do mundo, além das suas capacidades representativas. Foi preciso analisar, diante disso, que tipo de ato de fala é exercido nas narrativas jurídicas, e quais as suas capacidades transformativas.

O presente trabalho não teve o propósito de discorrer pormenorizadamente sobre nenhuma das classificações dos atos de fala, e sim de utilizá-las para compreender a natureza dos atos de fala que enunciam as narrativas jurídicas.

A esse respeito, ficou muito claro que a decisão judicial, como veículo da narrativa jurídica com pretensão de definitividade e autoridade, é o típico ato veridictivo, ou a figura híbrida da declaração assertiva, a depender da classificação adotada.

Pode-se dizer ainda que os demais atos dos juristas (petições e pareceres) que veiculam narrativas, expressam a mesma pretensão veridictiva, mas se afastam do ato do juiz com relação à força de apresentação do propósito ilocucionário (que pode, curiosamente, ser até mais veemente no ato dos patronos das partes), à posição do emissor (que não é de

subordinação, mas de angularidade com o juiz e de oposição à outra parte) e à relação entre elocução e interesse (que, na dogmática processual, será definida pelos conceitos opostos de parcialidade e imparcialidade). As demais narrativas processuais, construídas pelas partes e testemunhas, têm natureza tipicamente expositiva, ou assertiva, a depender da classificação.

Feita a necessária passagem do estudo da ação ao da narração por meio da teoria dos atos de fala, foi preciso desvincular provisoriamente o conteúdo propositivo dos atos ilocucionários de suas condições de elocução e, para isso, retomou-se a definição do acontecimento como um fragmento, como um excerto da experiência contínua e multifacetada que é a vida humana em sociedade, para tratar da distinção fundamental entre ficção e narrativa histórica.

Se o conceito de ficção evoluiu de uma despreocupação com o acontecimento real, mas preservando a preocupação com a verossimilhança, para a ideia contemporânea de ficção como irrealdade ou fantasia, existe uma forte tentação de associá-lo também à ideia de falsidade. Como se viu, no entanto, a ficção só mereceria essa identidade com o falso se o único conceito admissível de verdade fosse o de correspondência, o que não ocorre.

A narrativa de ficção é, portanto, a pseudoperformance não enganosa de um ato ilocucionário assertivo, ou, dizendo-o de uma forma desvinculada do emissor, uma história de ficção é a representação simulada de um estado de coisas.

É a substancial identidade de conteúdo propositivo entre as narrativas ficcionais e não-ficcionais que permite a aplicação das mesmas categorias da teoria da arte às demais espécies de narrativa, inclusive a jurídica.

Além dessa identificação no conteúdo propositivo, um outro fato contribui para dificultar a distinção, que é a presença de elementos não-ficcionais em muitas histórias de ficção, como o desenvolvimento de histórias em tempos e lugares reais ou históricos, ou o desenvolvimento de intrigas ficcionais a partir de personagens reais.

No outro extremo, existem as ficções baseadas em fatos reais, que abundam na teledramaturgia contemporânea, e que por isso frequentemente têm a autenticidade criticada pelas pessoas cuja vida foi ficcionalizada sem o mesmo compromisso de um documentário.

Em síntese, a narrativa histórica distingue-se da ficcional por sua pretensão de veracidade, por seu recurso às reminiscências do passado no presente, na forma dos vestígios, dos documentos e dos monumentos, que precisam ser rearticulados num todo consistente.

É evidente que, de acordo com a duração da história a que se refira o pesquisador – a factual, a de longa duração ou a quase cosmológica – a articulação causal entre os elementos de prova disponíveis será muito diferente e, como dito, na medida em que a

história tem por objeto principal as ações humanas – ainda que indiferenciadas nas grandes transformações econômicas, sociais e culturais da longa duração – não é possível ater-se a um modelo causal nomotético como o das ciências naturais, e sim à probabilística da imputação causal singular.

Por isso, à primeira vista, parece claro que as narrativas judiciais pertencem à grande família das narrativas históricas, em especial as de curta duração, de acontecimentos e com personagens individuais, e nem mesmo o recurso frequente da dogmática e dos operadores do direito às ficções jurídicas modifica o fato de que, na prática jurídica, as histórias são contadas com a pretensão de refletir o que efetivamente ocorreu no mundo real e de, a partir da afirmação de uma certa história, conferir-lhe certas consequências jurídicas, inclusive para modificar situações de fato socialmente indesejadas, ou para preservar ou restaurar situações de fato socialmente desejadas.

No entanto, a ambiguidade, presente na teoria jurídica, entre a busca da verdade e a preservação de interesses que lhe são superiores, que ora a limita (com a proscricção de certas provas) ora a expande (com a aceitação da prova ilícita *pro libertatis*), como se viu, põe em xeque a tese de que a verdade perseguida pela prática jurídica é somente a verdade-correspondência.

Além disso, a ideia de que exista um interesse mais importante do que a revelação da verdade submete o jurista ao seguinte dilema: é possível alcançar a justiça renunciando conscientemente à busca da verdade? É só quando o referencial de verdade, que é a realidade, se torna problemático, com a inserção dos problemas da multiplicidade de pontos de vista e das limitações das capacidades perceptivas, que passa a ser menos penosa a resignação: se nem sempre é possível alcançar a verdade, por mais intensos que sejam os esforços, então é mais fácil traçar um limite além do qual é possível declarar o esforço infrutífero ou demasiadamente custoso.

Nesse aspecto, inserem-se questões tão diferentes como a da prescrição e a da absolvição por falta de provas: em ambos os casos, trata-se de renunciar à busca da verdade em nome da segurança, mas não se tem ainda a substituição da verdade perdida por uma outra verdade, mas uma resignação com a ignorância.

Ao contrário, a presunção de veracidade instaurada pela revelia, no Processo Civil, é a tomada da versão de uma das partes como verdadeira porque a outra fracassou em oferecer uma versão alternativa. Com a revelia, admite-se que a verdade dos fatos (correspondência) seja substituída pela verdade do discurso de uma parte diante de outra, que

negligenciou a própria defesa. Não por acaso, no Processo Penal a revelia não tem a mesma consequência do Processo Civil.

Toda essa discussão levou à seguinte meditação: a tese da verdade como correspondência é insatisfatória para a narrativa judicial, podendo-se identificar nela mais de uma pretensão de verdade, veiculada simultaneamente.

Por exemplo, nas narrativas dos juristas, além da verdade-correspondência (isto de fato ocorreu) há também a verdade-correção (isto se deu em conformidade ou desconformidade com o Direito). Quando submetidas as diferentes pretensões de verdade ao contraditório, pode haver concordância quanto à correspondência (houve, de fato, a subtração de dois pães franceses de um supermercado), mas grande discordância quanto à correção (verdade nº 1 - não há crime, pois o princípio da insignificância afasta a tipicidade; verdade nº 2 - não há crime, pois, embora típica, a conduta é justificada pelo estado de necessidade; verdade nº 3 - há crime, pois a conduta é típica, não há causa de justificação e o agente é culpável).

Tais contribuições conduziram o presente trabalho à sua primeira tese substantiva: embora sigam as convenções do chamado realismo literário, as narrativas judiciais não são redutíveis às narrativas históricas, no que diz respeito à sua pretensão de veracidade, exatamente porque o próprio sistema jurídico impõe limitações formais e materiais às histórias contadas e às suas provas nos processos judiciais.

Por isso, concluiu-se que cada processo judicial é um pequeno universo ficcional, cujo mundo corresponde a uma versão substancialmente simplificada do mundo da vida, e, portanto, que as narrativas que se articulam dentro desse universo, e serão afirmadas no veredicto, não passam de ficções baseadas nos fatos reais que motivaram a propositura da ação.

Para compreender os momentos de produção de sentido na narrativa jurídica, propôs-se o recurso à teoria da tripla *mimesis* (pré-figuração, configuração, refiguração), segundo a qual o dado prefigura, o texto configura, e o leitor refigura os conteúdos expressivos, e, no que interessa ao presente trabalho, os fatos da vida social.

Os três elementos fundamentais da pré-figuração são, primeiro, a distinção entre o domínio da ação e o do movimento físico; segundo, a articulação simbólica das ações no mundo da vida, que se dão na cultura mediadas por signos e normas que não são meramente quadros interpretativos da ação, mas constitutivos da sua própria significação; terceiro, a dimensão temporal da narrativa, em que o tempo cosmológico dividido em passado, presente e futuro é ressignificado na dimensão humana pela teoria agostiniana do triplo presente, em

que o passado se realiza como memória e o futuro como expectativa, que é exatamente o espaço de efetuação da ação como fazer final baseado num saber causal.

Superada a simbolização do real – que serve como material, ainda que de forma muito diversa, inclusive para o ficcionista – foi preciso entrar no domínio propriamente dito do texto, no campo da configuração.

Uma história é a construção de uma totalidade unitária a partir de uma série de acontecimentos individuais, e a grande utilidade do estudo das narrativas sob a perspectiva estrutural é que, com a identificação desses elementos, que dão sustentação ao conjunto, é possível entender como as narrativas adquirem coerência e familiaridade, convidando o leitor a preencher os seus vazios e a antecipar seu percurso e seu desfecho.

Embora à primeira vista pareça evidente que a narrativa judicial se atém às convenções da ficção realista, esta não é uma invariante histórica; este fato é, ao contrário, um pouco anterior à emergência do racionalismo ocidental, sendo que, pelo menos até a Baixa Idade Média, havia um emprego de recursos evidentemente sobrenaturais para a verificação da verdade no processo.

Na atualidade, no entanto, pode-se dizer que a narrativa judicial se identifica com os modos miméticos mencionados por Frye, mas pode também dialogar com o modo irônico.

Uma história do processo, apresentada sob a forma do modo mimético alto, que consiste na busca gradual e formalizada da verdade de uma história do conflito, apresentada sob a forma do modo mimético baixo, ou do modo irônico, em que ambas têm um desfecho conjunto com a produção dos efeitos da decisão judicial definitiva, é o formato típico da narrativa judicial.

Tal modelo toma de empréstimo, essencialmente, a estrutura binária da literatura policial da classificação de Todorov, os modos ficcionais da classificação de Frye, e o modo de encadeamento das sequências na classificação de Propp.

Um modelo alternativo, que reconhecesse as inevitáveis limitações cognitivas e pragmáticas dos juristas na reconstrução dos fatos em juízo e na aplicação de consequências a eles, que vislumbrasse a pluralidade de soluções possíveis, e em que as partes demonstrassem compaixão com a parte contrária, certamente pareceria mais atraente ao leitor inclinado à democracia social, mas exigiria juristas tão autoconscientes e partes tão éticas que, se efetivamente fossem a regra geral de comportamento no mundo da vida, o âmbito do contencioso e da narrativa judicial seriam sensivelmente reduzidos.

As leis mais importantes dos universos das narrativas judiciais são os brocardos latinos 1) *quod non est in actis, non est in mundo*, ou seja, “o que não está nos autos, não está

no mundo”; 2) *da mihi factum dabo tibi ius*, ou seja, “dá-me os fatos que te dou o direito”; e 3) *iura novit curia*, ou seja, “a Corte conhece o Direito”.

Portanto, as leis de constituição do mundo dos autos, referentes ao juiz, estabelecem, por um lado, a ficção da ignorância quanto aos fatos, a ser superada apenas pela instrução processual, e, por outro, a ficção da onisciência quanto ao direito, que será levada até as últimas consequências na resolução do conflito.

Tal como nas obras explicitamente abertas da arte contemporânea, que requerem um complemento produtivo do espectador, os Códigos de Processo indicam instrumentos que podem ou não ser usados pelo sujeito: recursos que podem ser manejados ou não, desistências, renúncias, acordos e silêncios que, de acordo com sua prática, modificarão a trajetória, revelando também a sua natureza de jogo.

Portanto, o método possível para a construção de uma teoria da narrativa judicial, nos termos do presente trabalho, é a leitura retrospectiva da história do processo. Trata-se, portanto, de analisar processos transitados em julgado, e a última narrativa do último aplicador do direito chamado a decidir a controvérsia e, a partir dela, reconstruir as histórias (do processo e do conflito) que são contadas nos autos.

Curiosamente, o mesmo método (a multiplicidade de pontos de vista narrativos), que, na literatura, é gerador de incerteza por excelência, é usado no sistema jurídico para a reconstrução dos fatos que ao final serão declarados com a dignidade de uma verdade oficial que produzirá efeitos sob a vida dos envolvidos.

Portanto, o que se tem é um narrador-personagem da história do processo que pode ou não ter pretensão de onisciência sobre a história do conflito, da qual é observador (o juiz); outros narradores na história do processo que podem ou não manifestar pretensão de onisciência sobre a história do conflito, de que são observadores, mas cujas falas não têm o mesmo poder de alçar os fatos reconstruídos à condição de verdade oficial (os patronos das partes) e outros narradores na história do processo que não manifestam pretensão de onisciência sobre a história do conflito, de que são personagens secundárias, mas têm compromisso jurídico com a verdade-sinceridade (as testemunhas), podendo ocasionalmente não tê-lo (os informantes do processo penal); e outros narradores na história do processo que não manifestam pretensão de onisciência sobre a história do conflito, de que são personagens principais, e podem ou não ter compromisso jurídico com a verdade-sinceridade (as partes).

Pode-se dizer, em geral, quanto à contribuição da construção das personagens para a avaliação da coerência narrativa, que a relação entre caráter e conduta da personagem é a questão fundamental, o que levou à indagação se a narrativa jurídica constrói personagens

complexas, próximas de uma figura humana real, ou não chega a tanto e, pela exigência de redução da complexidade do sistema, apenas esboça tipos, que são generalizações a partir da observação de frequências ou da especulação de um modelo.

O mais significativo, em termos narrativos, é que, até este ponto, os elementos apontados acima podem reduzir-se ao interior do texto, portanto, ao mundo dos autos. No entanto, há um procedimento muito comum, de preenchimento de vazios narrativos, pelo intérprete, a partir do seu recurso à tradição e ao senso comum, portanto, como medida de coerência externa.

As consequências desta postura – até certo ponto inevitável – para a avaliação da narrativa jurídica são evidentes: se o intérprete partilha de estereótipos como o preso mentiroso, o policial violento, o patrão explorador, o empregado preguiçoso, o proprietário avarento, o herdeiro ganancioso, o fornecedor desonesto, o consumidor oportunista, o eleitor interesseiro, o agente público improbo, será fortemente tentado a preencher os vazios de narrativas que lhe pareçam familiares, mesmo que o acervo probatório (o mundo dos autos) seja precário e, portanto, deduzirá, de uma coerência com o caráter, a conduta imputada a cada uma dessas figuras.

Uma das principais consequências da tese de que a história do processo é contada no modo mimético alto, durante a qual a história do conflito gradualmente se revela e é contada no modo mimético baixo ou no modo irônico, é que as oposições categoriais das personagens, na história do processo, são arquetípicas: o juiz imparcial e conhecedor do direito, os patronos das partes combativos, mas leais, e as testemunhas comprometidas com a verdade (os casos de litigância de má-fé, de cerceamento ou de precariedade de defesa e de falso testemunho, expressamente suscitados em juízo, não desmentem a regra geral, na medida em que são denúncias da frustração da expectativa de um comportamento arquetípico).

Se o Juiz Hércules de Dworkin é um claro ideal regulativo, portanto, um modelo e uma orientação para a ação de juízes reais que nunca o realizam em sua perfeição, nem por isso se pode ignorar que, graças às regras constitutivas do mundo dos autos, em especial a *jura novit cúria*, os discursos dos juízes reais em suas decisões tendem a representar a si próprios como Hércules.

Portanto, o que é normativo na teoria de Dworkin pode valer como descritivo para o discurso dos juízes (e também dos demais juristas) na história do processo, quando se referem aos seus próprios papéis, exatamente porque as regras do Direito Processual contribuem para esse modelo e porque esse tom é decisivo para conferir legitimidade ao ato



judicial.

Por outro lado, na história do conflito, como foi dito logo acima, as oposições categoriais tendem a ser estereotipadas (o preso mentiroso, o policial violento, o patrão explorador, o empregado preguiçoso, o proprietário avarento, o herdeiro ganancioso, o fornecedor desonesto, o consumidor oportunista, o eleitor interesseiro, o agente público improbo), até porque normalmente se trata da apuração de um ato ilícito (contratual ou não, penal, civil, trabalhista, etc.) e dos seus responsáveis, ou seja, de um âmbito particular da vida social em que as expectativas são frustradas e a Justiça é convocada à sua reparação.

Assim como a representação arquetípica dos participantes da história do processo, a representação estereotipada dos participantes da história do conflito pode levar a uma distorção do real, afastando os juristas da pretensão de realizar a verdade-correspondência. O presente trabalho, em sua pretensão descritiva, não apresenta propostas de reforma do sistema normativo ou da cultura jurídica que permitam a construção de um modelo narrativo alternativo.

Quanto à relação entre as personagens da narrativa judicial, interpretadas a partir da lógica narrativa de Claude Bremond, tem-se, como regra, um agente (parte autora) que pretende, no mundo da vida, a modificação de uma situação indevidamente degradante ou a preservação de uma situação devida que esteja ameaçada e que por isso pede ao Poder Judiciário que aja nesse sentido conservador ou modificador; a parte contrária provavelmente responderá que a modificação não é merecida, e seria uma agressão ou um favorecimento indevidos, e requererá a conservação da situação como está, ou a sua modificação (por exemplo, numa reconvenção), cabendo ao juiz decidir qual a ação devida e, portanto, declarar em favor de quem procederá à modificação ou conservação meritória, que evidentemente pode ser descrita em sentido oposto (como modificação ou conservação imerecidas) no recurso interposto à instância superior, que por sua vez estruturará a narrativa das histórias do processo e do conflito nesses mesmos termos lógicos.

Quanto ao cenário da narrativa judicial, notou-se que ela se passa num espaço determinado na história do processo (tribunal) e indeterminado na história do conflito (o mundo da vida), em que a divisão espacial do cenário da primeira indica as oposições categoriais das personagens (juiz, patronos, partes) e as relações de poder subjacentes a essa divisão (pela proximidade e alheamento, pelos locais de expressão e de silêncio).

Quanto às relações temporais, é possível afirmar que a narrativa judicial é a reconstrução retrospectiva (com analepses) da história do conflito, no âmbito de uma história do processo que é predominantemente cronológica, com antecipações (prolepses) pontuais,

consistentes nos atos que antevêm o potencial resultado útil do processo.

No que diz respeito às conexões de frequência, a ressurgência repetitiva das mesmas ordens temporais dos eventos da história do conflito, a partir de diferentes pontos de vista, no âmbito da história do processo, é um forte indício da sua credibilidade e, portanto, da coerência interna da narrativa.

O reconhecimento de que cada processo judicial é um pequeno universo ficcional leva à substituição do ideal de correspondência pelo de coerência como critério de verdade, e leva à reflexão sobre a tese, desenvolvida por teóricos do sistema anglo-americano, em que a decisão é baseada em precedentes e o Tribunal do Júri ocupa posição central, segundo a qual o processo judicial é uma competição entre narrativas conflitantes, cujo sucesso na persuasão dos julgadores depende de sua plausibilidade.

Mesmo reconhecendo que a coerência pode ser enganosa, e que, portanto, pode haver uma narrativa boa, porém falsa, a sua utilização como critério de verdade das narrativas em geral, e das jurídicas em particular, é inevitável, e ela pode se verificar em duas acepções: a coerência externa e a coerência interna.

Apesar da incerteza quanto à fronteira que as distingue, é preciso se ater a essa dupla concepção da coerência – externa e interna – porque os enganos decorrentes de cada uma são diferentes e porque a correção dos enganos decorrentes de uma concepção pode ser feita com o recurso à outra.

A coerência externa diz respeito à conexão da história, não com uma realidade social exterior ou um teste de correspondência, e sim uma conexão estrutural e temática com outras histórias culturalmente estabelecidas das quais fazemos uso para compreender a realidade social, que levam conjuntamente o nome de tradição.

A respeito da tradição, vale a pena comparar as concepções de Gadamer e Popper. Para ambos, as tradições são legadas ao agente racional. Para ambos, não é possível desgarrar-se delas. Para ambos, isso não significa uma cegueira da razão, havendo, ao invés disso, uma possibilidade de acesso racional à tradição. Para ambos, o ato de conservação da tradição é racional. No entanto, para Gadamer a conservação da tradição é um efeito desejado deste ato, e a conservação é tão livre quanto a destruição ou inovação e, para Popper, a persistência da tradição pode ser um efeito involuntário da ação racional.

No que diz respeito à coerência externa, a estranheza, que corresponde à inverossimilhança, decorre da falta de familiaridade com uma dada explicação particular, por não encontrar eco na tradição, nas narrativas compartilhadas por aquela comunidade. Quando se demonstra, por fim, que há coerência interna, ou seja, uma sucessão não só cronológica,

mas também causal, entre os acontecimentos cuja associação parecia inusitada, eles passarão a compor, dali por diante, a tradição.

Há um excelente exemplo de como a coerência externa influi na verificação da própria coerência interna: o estoque de conhecimento narrativo carrega consigo diversas relações típicas e oposições categoriais esperadas e, quando o primeiro desses elementos aparece numa narrativa, o surgimento do outro é logo esperado, e a sua presença é uma confirmação que torna a narrativa intuitivamente clara, mas quando a sequência narrativa frustra as expectativas e apresenta uma outra relação, isso pode produzir confusão e dificuldade.

Reconhecida a tradição como indispensável para a compreensão, mas, ao menos tempo, como possível fonte de enganos e como algo que precisa ser enfrentado com uma atitude crítica, surgiram duas questões: Como alterar racionalmente as tradições, no âmbito da esfera pública? Como adotar criticamente as tradições na construção do universo ficcional da narrativa judicial?

A primeira questão é fundamental, mas extrapola em grande medida o objeto deste trabalho. Para a segunda questão, foi preciso passar ao tratamento da coerência interna, e de cada um dos elementos que compõem o mundo dos autos.

Se a coerência interna se refere às partes da narrativa e ao sentimento de que elas se encaixam umas às outras, de que são consistentes e de que formam um arranjo sequencial completo, pôde-se definir o mundo da narrativa judicial como um mundo em que as diferentes vozes narrativas apresentam provas, as interpretam e articulam (e, muito especialmente, as contraditam) como se elas esgotassem toda a complexidade do mundo e o seu resultado final fosse digno de confiança.

Essa simulação não enganosa de uma investigação histórica é o fio condutor da narrativa judicial. Do lado de fora deste mundo, podem estar outras provas, e necessariamente estarão outros elementos relevantes para a compreensão do fato, que deixaram de ser trazidos, consciente ou inconscientemente, ao seu interior.

Uma questão fundamental quando se trata da coerência interna reside na relação entre a conduta e o caráter da personagem. Na ficção, esse ponto ajuda não só a definir gradualmente o caráter da personagem ao longo da trama, mas também à criação de uma expectativa quanto à própria conduta da personagem nos momentos subsequentes, e a confirmação ou frustração da expectativa do leitor, a partir de então, têm relação tanto com o gênero da obra como com a competência da sua realização.

Aliás, a relação entre conduta e caráter é discutida por Aristóteles tanto na *Ética* como na *Poética*, e o caráter é visto exatamente como resultado da conduta. Na narrativa jurídica, o grande problema está no espaço destinado à construção da personagem, em especial das personagens da história do conflito. Com isso, o que ocorre é uma construção superficial da personagem e o conseqüente recurso, ainda que não declarado, à coerência entre a conduta e o tipo de personagem em que aquela figura da narrativa se enquadra, transferindo a questão da coerência interna para a coerência externa.

A relação entre caráter e conduta das personagens de qualquer das histórias (do processo ou do conflito) é poderosa, não apenas para preencher vazios narrativos, mas também para a reavaliação ou desconsideração de elementos dos autos aparentemente mais seguros que os próprios depoimentos.

Nos casos em que a coerência pode ser enganosa, é possível identificar uma solução a partir do conflito entre as duas espécies de coerência: uma narrativa pode ser internamente coerente, mas externamente incoerente, ou vice-versa.

O primeiro exemplo é o de uma narrativa familiar (externamente coerente), ainda que falsa, quando a alternativa é uma narrativa estranha (externamente incoerente), que ao final poderá se provar verdadeira.

É evidente que as próprias noções de familiaridade ou de estranheza são produtos da tradição, e, portanto, mutáveis com o tempo. Como os juristas práticos não têm – e ninguém tem – controle sobre a própria evolução da tradição, participando dela enquanto emissores e intérpretes, mas sem nenhum caráter autoritativo, talvez nem mesmo no caso dos ministros das supremas cortes, é preciso buscar, no âmbito do próprio processo, um instrumento de correção ou ao menos de atenuação dos enganos que a própria coerência pode provocar.

Para enfrentá-los, o princípio do contraditório, cuja consequência é a instauração da multiplicidade de pontos de vista narrativos, é fundamental, já que ele representa o fomento consciente ao aumento da incoerência de algumas versões, para que, delas, o juiz possa extrair a explicação mais plausível.

A aparente incoerência entre o contraditório como princípio jurídico destinado à formação de uma decisão judicial justa e democrática e as consequências estéticas da pluralidade de pontos de vista narrativos só se resolve com o reconhecimento de que a verdade, qualquer que seja a sua concepção, e muito especialmente a verdade-correspondência, é inacessível em sua plenitude ou, no mínimo, de problemático e custoso

alcance, , razão pela qual a consciência da incerteza gerada pela pluralidade de perspectivas é preferível à ilusão da certeza de uma perspectiva única.

O segundo exemplo, no entanto, não pode se socorrer nem mesmo do princípio do contraditório, já que trata justamente dos casos de falso consenso, como as lides simuladas e as falsas confissões. Para corrigi-los, o único recurso possível é, paradoxalmente, o da coerência externa. É só pela ativação do conhecimento acerca do que ocorre além do mundo dos autos que o juiz pode, dentro deles, buscar os sinais de simulação que passariam despercebidos para uma leitura ingênua.

Tais problemas deixam claro que o respeito efetivo ao princípio do contraditório reduz a probabilidade de que a coerência seja enganosa, exatamente pelo fomento à multiplicidade de pontos de vista que aumenta a contradição, promove incerteza para, a partir da consciência da pluralidade, chegar à certeza desejada na decisão.

O mundo da narrativa judicial é um mundo em que as diferentes vozes narrativas apresentam provas, as interpretam e articulam (e, muito especialmente, as contraditam) como se elas esgotassem toda a complexidade do mundo e o seu resultado final fosse digno de confiança.

Essa simulação não-enganosa de uma investigação histórica é o fio condutor da narrativa judicial. Do lado de fora deste mundo, podem estar outras provas, e necessariamente estarão outros elementos relevantes para a compreensão do fato, que deixaram de ser trazidos, consciente ou inconscientemente, ao seu interior.

No entanto, mesmo com todas essas cautelas, ainda é possível que o mundo dos autos, sempre menos complexo e mais inteligível que o mundo da vida, leve, por essa inteligibilidade, ao engano, mas essa é uma característica inevitável da sua própria configuração narrativa, o que significa que os recursos teóricos empregados ao longo deste trabalho não têm como resolver esse problema específico, embora sejam extremamente úteis para reconhecê-lo, reduzi-lo e circunscrevê-lo a um nível tolerável de incerteza.

Como dito ao longo do trabalho, a presente tese teve a pretensão de construir um modelo descritivo da narrativa judicial, passível de se submeter à prova empírica, mas não teve como objetivo a valoração dos problemas decorrentes do modelo, embora tenha ocasionalmente apontado para as conclusões da dogmática de que uma dada característica deste modelo pode representar um problema prático.

Evidentemente, os juristas teóricos e práticos que estejam insatisfeitos com a forma atual do modelo da narrativa judicial, e que tenham pretensão de reformá-lo, podem se

servir da presente tese para a avaliação dos seus contornos, das razões da sua existência, e dos limites e possibilidades impostos a quem busca a sua transformação.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. Retórica realista e decisão judicial. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 18, n. 1, p. 15-40, Vitória, jan./abr. 2017 Disponível em: <[sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/download/928/322](http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/download/928/322)> Acesso em: 30 out. 2017.
- ADRIANO, Elvia Arcelia Quintana. The natural person, legal entity or judicial person and juridical personality. **Penn State Journal of Law & International Affairs**. v. 4. n. 1. State College, Pennsylvania, Dez. 2015. Disponível em: <<http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1117&context=jlia>> Acesso em: 05 set. 2017.
- AMAYA, Amalia. Coherence, evidence and legal proof. **Legal Theory**. v. 19, n. 1. Cambridge, Mar. 2013. p. 1-43. Disponível em: <<http://www.filosoficas.unam.mx/~amaya/publicaciones/Coherence-Evidence-and-Legal-Proof.pdf>> Acesso em: 20 mai. 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência contra a mulher. **Revista Sequência**. v. 50. Brasília: jul. 2005. p. 71-102. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf>> Acesso em: 06 jul. 2017.
- ARISTÓTELES. Arte Poética. Tradução de Jaime Bruna; In: ARISTÓTELES; HORÁCIO; LONGINO. **A Poética Clássica**. São Paulo: Cultrix, 1995. p. 19-54.
- \_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco**. tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- AUSTIN, John L. **How to do things with words: the William James Lectures delivered at Harvard University in 1955**. Oxford: Clarendon Press, 1962.
- AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. London: John Murray Albemarle Street, 1832. Disponível em: <[https://play.google.com/books/reader?id=yjXxxaeudhoC&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PA43](https://play.google.com/books/reader?id=yjXxxaeudhoC&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PA43)>. Acesso em: 27 mai. 2017.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza / Nova Atlântida**. São Paulo: Nova Cultural, 1997
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

- BARTHES, Roland *et alli*. **Análise estrutural da narrativa**. Tradução de Maria Zélia Barbosa Pinto. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- BAYNES, Leonard M. A Time to Kill, the O. J. Simpson Trials, and Storytelling to Juries. **Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review**. v. 17. n. 3. 1997. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1342&context=elr>> Acesso em: 13 jul. 2017.
- BECKER, Howard S. A epistemologia da pesquisa qualitativa. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. v.1. n. 2. São Paulo, jul. 2014. p. 184-198. Disponível em: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/18>> Acesso em: 28 mar. 2017.
- BENTHAM, Jeremy. **The elements of the art of packing, as applied to special juries, particularly in cases of libel law**. London: Effingham Wilson, Royal Exchange, 1821. Disponível em: <<http://www.constitution.org/jb/packing.htm>> Acesso em: 27 fev. 2017.
- BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. 21. ed. rev, atual e ampl, São Paulo: Saraiva, 2015.
- BLACKMUR, Richard. Introduction. In: JAMES, Henry. **The art of the novel**. New York: Charles Scribner's Sons, 1937
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.
- BORGES, Jorge Luis. A arte narrativa e a magia. Tradução de Josely Vianna Baptista In: \_\_\_\_\_. **Obras Completas**. v. 1. São Paulo: Globo, 1998.
- \_\_\_\_\_. História da Eternidade. In: \_\_\_\_\_. **História da Eternidade**. Tradução de Carmen Cirne Lima. 2. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.
- BOYTE, Alina Ng. The conceits of our legal imagination: legal fictions and the concept of deemed authorship. **Legislation and Public Policy**. v. 17, New York, 2010. p. 707-762. Disponível em: <<http://www.nyujlpp.org/wp-content/uploads/2014/11/Ng-Boyte-The-Conceits-of-Our-Legal-Imagination-17nyujlpp707.pdf>> Acesso em: 27 fev. 2017.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Ilícito civil, esse desconhecido... In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR, Marcos. **Revisitando a Teoria do Fato Jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175-213.
- BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante**: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1986
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2017.



- \_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 16 ago. 2017.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2014**. Brasília: 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 22 dez. 2015.
- BREMOND, Claude. A lógica dos possíveis narrativos. In: BARTHES, Roland *et alli*. **Análise estrutural da narrativa**. Tradução de Maria Zélia Barbosa Pinto. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 114-141.
- BRITO, Simone Magalhães; MORAIS, Jorge Ventura de; BARRETO, Túlio Velho. Regras de jogo *versus* regras morais: para uma teoria sociológica do *fair play*. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 26. n. 75. São Paulo. fev. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n75/08.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2017.
- BROOKS, Peter. **Narrative Transactions**: does law need a Narratology? University of Virginia Workshops. 2005. Disponível em: <<https://www.law.virginia.edu/pdf/workshops/0405/pbrooks.pdf>> Acesso em: 21 fev. 2017.
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes**: vistos por um advogado. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Verdad y Certeza en el Derecho y en la Literatura. In: FRANÇA FILHO, Marcílio; LEITE, Geilson Salomão; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Antimanual de Direito e Arte**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 333-351.
- CAMMISS, Steven. “He goes off and I think he took the child”: Narrative (Re)production in the Courtroom. **Kings College Law Journal** v. 17, 2006, p. 71-95
- CANARIS, Claus-Wilhem Canaris. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.
- CANDIDO, Antônio. A personagem do romance. In: CANDIDO, Antonio *et alli*. **A personagem de ficção**. 13. Ed. São Paulo: Perspectiva, 2014. p. 53-80.
- CÁRCOVA, Carlos María. Derecho y Narración. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (org.). **Direito & Literatura**: ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-19.
- CARVALHO, Carliane de Oliveira. O processo enquanto procedimento em contraditório: Élio Fazzalari e a anarquia metodológica. In: LAMY, Eduardo de Avelar; MARIN, Jeferson Dytz; VILLATORE, Marco Antônio César (coord.). **Processo e Jurisdição II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. P. 331-350. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=db4195f88b8dae85>> Acesso: em 06

jul. 2017

CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária**. São Paulo: USP, 1996.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Aplicação da pena no Estado Democrático de Direito e Garantismo: considerações a partir do princípio da secularização. In: CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed, ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. Metáforas na teoria do fato jurídico. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR, Marcos. **Revisitando a Teoria do Fato Jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 635-653.

CERQUEIRA, Nelson. **Hermenêutica e Literatura**: um estudo de *As I Lay Dying*, de William Faulkner, e *Vidas Secas*, de Graciliano Ramos. Tradução de Yvenio Azevedo. Salvador: Cara, 2003.

COSSIO, Carlos. Las Lagunas del Derecho. In: \_\_\_\_\_. **El derecho en el derecho judicial**; Las lagunas del derecho; La valoración judicial. .Buenos Aires: Librería El Foro, 2002. P. 221-289.

\_\_\_\_\_. **La Teoría Ecológica del Derecho**: y el concepto jurídico de libertad. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**. v. 97. N. 4. Cambridge, Massachusetts, 1983-1984. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3690&context=fsf\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3690&context=fsf_papers)> Acesso em: 16 mar. 2017.

DELMANTO, Celso *et alli*. **Código Penal Comentado**. 9. ed. ver, atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DESCARTES, René. **O Discurso do Método / Regras para a Direção do Espírito**. Martin Claret: São Paulo, 2005

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. t. 1. 18. ed, rev, ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no Processo Civil. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. v. 25. Salvador. 2013. p. 190-229. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/12366>> Acesso em: 26 jul. 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. t. 2. 18. ed, rev, ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Paulo Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed., rev, ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ECO, Umberto. **A definição da arte**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Recordo, 2016.

\_\_\_\_\_. James Bond: uma combinatória narrativa. In: BARTHES, Roland *et alli*. **Análise estrutural da narrativa**. Tradução de Maria Zélia Barbosa Pinto. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 142-169.

\_\_\_\_\_. **Os limites da interpretação**. Tradução de Pérola de Carvalho. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hasan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. Ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, João Henrique. **Indícios, presunções e ficções no Direito Penal: aspectos principais**. 2006 (Dissertação). Mestrado em Direito Penal. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <  
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009410.pdf>> Acesso em 01 mar. 2017.

FISH, Stanley. **Is there a text in this class?** The authority of interpretive communities. Cambridge, Massachussets; London: Harvard University Press, 1980.

FOLEY, Brain. Applied Legal Storytelling, Politics and Factual Realism. **Journal of the Legal Writing Institute**. v. 14. Seattle, WA, 2008. Disponível em: <  
[http://www.law2.byu.edu/Law\\_Library/jlwi/archives/2008/LWI-14Foley.pdf](http://www.law2.byu.edu/Law_Library/jlwi/archives/2008/LWI-14Foley.pdf)> Acesso em: 21 fev. 2017. P. 17-52.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FREUD, Sigmund. **A interpretação dos sonhos**. Tradução de Walderedo Ismael de Oliveira.

Rio de Janeiro: Imago, 2001

FRYE, Northop. **Anatomy of criticism: four essays**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 8.ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2007.

GALUPPO, Marcelo. **Mimesis, Imagination and Law**. Social Science Research Network. 27 fev. 2015. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2571426](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2571426)> Acesso em: 21 fev. 2017.

GARCÉS, Juan Pablo Posada. Derecho y Narración: el carácter triplamente mimético de la juridicidad. **Co-herencia**, v. 7, n. 12, Medellín, 2010. Disponível em: <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/co-herencia/article/view/22>> Acesso em 01 mar. 2017.

GARCIA, Raquel Taranilla. **La configuración narrativa en el proceso penal: un análisis discursivo basado en corpus**. 2011. Tese. Doutorado em Língua Espanhola. Departamento de Filologia Hispânica. Faculdade de Filologia. Universitat de Barcelona. Barcelona.

GAUDREAU, André; JOST, François. **A Narrativa Cinematográfica**. Trad. Adalberto Muller, Ciro Inácio Marcones e Rita Jover Faleiros. Brasília: Editora UnB, 2009.

GAZONI, Fernando Maciel. **A Poética de Aristóteles: tradução e comentários**. 2006. Dissertação. Mestrado em Filosofia. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo

GENETTE, Gerard. **Narrative Discourse: an essay in method**. Translated by Jane E. Lewin, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1980. Disponível em: <[https://archive.org/stream/NarrativeDiscourseAnEssayInMethod/NarrativeDiscourse-AnEssayInMethod\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/NarrativeDiscourseAnEssayInMethod/NarrativeDiscourse-AnEssayInMethod_djvu.txt)> Acesso em: 06 mar. 2017

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura: ensaio de síntese teórica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONZÁLEZ, José Calvo. Consistencia narrativa y relato procesal: (estándares de discursividad en las narraciones judiciales). **De fato e de Direito**. v. 6. n. 11. Palhoça/SC, 2015. P. 195-219. Disponível em: <[http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U\\_Fato\\_Direito/article/view/3176/2204](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/3176/2204)> Acesso em: 11 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio. In:

ROJAS, Carlos del Valle. **Contrapuntos y entrelíneas sobre cultura, comunicación y discurso**. Temuco, Chile: Universidad de la Frontera, 2008. p. 333-343. Disponível em: <<http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/modelonarrativa.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2017.

GOULART, Audemaro Taranto. Fingimento, metapoeticidade e estética no “Autopsicografia”. **Revista FronteiraZ**. v. 5. n. 5. São Paulo, ago-2010. Disponível em: <[http://www4.pucsp.br/revistafronteiraz/numeros\\_antteriores/n5/download/pdf/fingimento.pdf](http://www4.pucsp.br/revistafronteiraz/numeros_antteriores/n5/download/pdf/fingimento.pdf)> Acesso em: 16 mar. 2017.

GRIFFIN, Lisa Kern. Narrative, Truth and Trial. **The Georgetown Law Journal**. v. 101. /Washington, D.C., 2013, p. 281-335. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5450&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5450&context=faculty_scholarship)> Acesso em: 27 fev. 2017.

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito e/é Ficção. **Revista Mestrado em Direito**. Ano 5. V. 5. Osasco, 2005. P. 53-60. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/Revistamestradoemdireito/2005/vol5/no5/4.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Por um conhecimento imaginário do direito. In: FRANÇA FILHO, Marcílio; LEITE, Geilson Salomão; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Antimanual de Direito e Arte**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 477-508.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. **Teoria Poética do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012

HART, Carl. **Um preço muito alto: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HEIDEGGER, Martin. **Being and Time**. Translated by John Macquarrie & Edward Robinson. Oxford: Blackwell, 1962.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial**. Tradução de Margarida Lima Rego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

HORÁCIO. Poética. Tradução de Jaime Bruna; In: ARISTÓTELES; HORÁCIO; LONGINO. **A Poética Clássica**. São Paulo: Cultrix, 1995. p. 55-69.

HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: UNESP, 2004.

JACKSON, Bernard. **Making Sense in Law: Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives**. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1995.

\_\_\_\_\_. **Law, fact and narrative coherence**. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1988.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAMES, Henry. **The art of the novel**. New York: Charles Scribner's Sons, 1937

JENKINS, Henry. **The revenge of the origami unicorn**. 2009. Disponível em: <[http://henryjenkins.org/blog/2009/12/the\\_revenge\\_of\\_the\\_origami\\_uni.html](http://henryjenkins.org/blog/2009/12/the_revenge_of_the_origami_uni.html)> Acesso em: 20 ago. 2017.

JUNG, Carl. **Archetypes and the Collective Unconscious**. Tradução de R.F.C. Hull. Princeton: Princeton University Press, 1969.

KAISER, Jeanne. **Where Truth and the Story Collide: What Legal Writers Can Learn from the Experience of Non-Fiction Writers about the Limits of Storytelling**. In: the monograph series of the legal writing institute: advanced legal writing: courses & themes (Elizabeth Fajans ed., 2015), Disponível em: <<http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=facschol>> Acesso em: 23 fev. 2017.

KANT, Immanuel. **Critique of Judgment**. Translated by Werner S. Pluhar. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1987.

KARDEC, Allan. **O livro dos espíritos**. Tradução de Salvador Gentile. 177. ed. Araras, SP: IDE, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>> Acesso em: 20 ago. 2017.

KLEIS, Ricardo. **O uso da carta psicografada como prova no Processo Penal**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Cento de Ciências Sociais e Jurídicas. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Ricardo%20Kleis.pdf>> Acesso em: 26 jul. 2017.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009.

- LAW, David S. Constitutional Archetypes. **Texas Law Review**. v. 95, Austin, TX, 2016. p. 153-243 Disponível em: <<http://www.texaslrev.com/wp-content/uploads/2017/01/Law.pdf>> Acesso em 10 set. 2017
- LEWIS, David. Truth in fiction. **American Philosophical Quarterly**. v. 15. n. 1. Champaign, IL, 1978. p. 37-46. Disponível em: <[http://www.andrewmbailey.com/dkl/Truth\\_in\\_Fiction.pdf](http://www.andrewmbailey.com/dkl/Truth_in_Fiction.pdf)> Acesso em: 27 fev. 2017.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LUDMER, Josefina. **O corpo do delito: um manual**. Tradução de Maria Antonieta Pereira. Belo Horizonte: UFMG, 2002
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México, MX: Herder; Universidad Iberoamericana, 2006.
- MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación Ecológica de la Teoría General del Derecho**. Buenos Aires: EUDEBA, 1974
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. atualizado por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem v. II. Campinas, SP: Millenium, 2009a.
- \_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Processual Penal**. atualizado por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem v. IV. Campinas, SP: Millenium, 2009b.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imputação da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade humana**. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MENDONÇA, Andrey Borges de Mendonça; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11. 343, de 23 de agosto de 2006, comentada artigo por artigo**. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: GEN/Método, 2012.
- MERTON, Robert. K. Social Structure and Anomie. **American Sociological Review**. v. 3. N. 5. Washington D.C., Oct. 1938. P. 672-682. Disponível em: <<http://www.d.umn.edu/cla/faculty/jhamlin/4111/Readings/MertonAnomie.pdf>> Acesso em: 10 set. 2016.
- MINER, Earl. **Poética Comparada: um ensaio intercultural sobre as teorias da literatura**. Trad. Ângela Gasperin. Brasília: Editora UnB, 1996.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**. ano 59. n. 416. São Paulo, jun. 1970. p. 9-17. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2955551/mod\\_resource/content/1/ainda%20e](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2955551/mod_resource/content/1/ainda%20e)>

%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf>  
Acesso em: 30 out. 2017.

MUIR, Edwin. **The structure of the novel**. 3. ed. London: The Hogarth Press, 1938.

NEVES, Antônio Castanheira - **Questão-de-facto - questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Iura Novit Curia* e o Contraditório. **Gen Jurídico**. 30. Jan. 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/01/30/iura-novit-curia-e-o-contraditorio/>> Acesso em: 03 set. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 21 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier; MARTINEZ, Renato de Oliveira. Direito, Literatura e Cinema: o movimento *Direito e Literatura* como modelo teórico para os estudos *Direito e Cinema*. **Anais... II Colóquio Internacional Direito e Literatura (CIDIL)**. v.2. n.1 Passo Fundo, RS, 2014. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anacidil/article/viewFile/177/27>> Acesso em: 01 maio 2017.

OLSON, Greta. Narrative and Narration in Legal Discourse. In: GRUYTER, Walter de. **The living handbook of narratology**. Hamburg: Hamburg University Press, 2014. Disponível em: <<http://www.lhn.uni-hamburg.de/article/narration-and-narrative-legal-discourse>> Acesso em: 28 abr. 2017.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. Tradução de Paulo Neves. 1. Reimp. Porto Alegre: UNISINOS, 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. (Org.) **Temas Avançados de Direito e Arte**. São Paulo/Porto Alegre: Lex Magister, 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tércio. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

PERELMAN, Chaim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

PESSOA, Fernando. Autopsicografia. In: \_\_\_\_\_. **Cancioneiro**. Ciberfil Literatura Digital. 2002. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ph000003.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2017. p. 23.

PIGLIA, Ricardo. **Formas Breves**. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004



- PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PLATÃO. **Parmênides (o uno e o múltiplo, as formas inteligíveis)**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. S.d. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000055.pdf>> Acesso em: 24 jun. 2008
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t.2. Bens. Fatos Jurídicos. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.
- POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Conjectures and refutations: the growth of scientific knowledge**. 8. Reimp. London; New York: Routledge, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Lógica das Ciências Sociais**. tradução Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva, 3.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- POSNER, Richard. Law and Literature: a relation reargued. **Virginia Law Review**. N. 72, v. 8. Charlottesville, nov 1986. Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2882&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2882&context=journal_articles)> Acesso em: 10 set. 2017. P 1351-1392
- \_\_\_\_\_. Legal Narratology. **The University of Chicago Law Review**. v. 64. n. 2. Chicago, 1997. p 737-747. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4961&context=uclev>> Acesso em: 09 set. 2017.
- PRADO, Daniel Nicory do. **Autos da barca do inferno: o discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.
- PRICE, Jorge Douglas. **La complejidad de la verdad: algunas observaciones sobre *Simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos* (Taruffo, 2010) de Michele Taruffo**. 2015. Disponível em: <<http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/09/Douglas-Price-La-complejidad-de-la-verdad.pdf>> Acesso em: 23 fev. 2017.
- PROPP, Vladimir. **Morfologia do Conto Maravilhoso**. Tradução de Janah Paravich Sarhan. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 12. ed, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REINALDO FILHO, Demócrito. Comunicação eletrônica dos atos processuais na Lei 11.419/2006. **Migalhas**. 26. abr. 2007. Disponível em: <

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI38335,101048-Comunicacao+eletronica+de+atos+processuais+na+lei+1141906>> Acesso em: 14 jul. 2017.

RESTA, Eligio. Códigos Narrativos. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (org.). **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 39-59.

REUTER, Yves. **A Análise da Narrativa: O texto, a ficção e a narração**. Tradução de Mario Pontes. 2. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007.

RICOUER, Paul. **Tempo e Narrativa 1: a intriga e a narrativa histórica**. v.1. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Tempo e Narrativa 2: a configuração do tempo na narrativa de ficção**. v.2. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

\_\_\_\_\_. **Tempo e Narrativa 3: o tempo narrado**. v. 3. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2010c.

RIDEOUT, J. Christopher. A Twice-Told Tale: Plausibility and Narrative Coherence in Judicial Storytelling. **Legal Communication and Rhetoric: JALWD**. v. 10. 2013. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=faculty>> Acesso em: 22 fev. 2017.

ROBLES, Gregório. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 11 n. 2. Itajaí, SC. jul-dez 2006. p. 219-233. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/434/376>> Acesso em: 30 out. 2017.

ROSENFELD, Anatol. Literatura e personagem. In: CANDIDO, Antonio *et alli*. **A personagem de ficção**. 13. Ed. São Paulo: Perspectiva, 2014. p. 9-49.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTORO, Emilio. Estereótipos, preconceitos e políticas migratórias. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 6. São Leopoldo/RS, jan-jun. 2014. p. 15-30.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4.<sup>a</sup> ed, São Paulo: Cortez, 2006.

SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 10 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

SEARLE, John. **Expression and meaning: studies in the theory of speech acts.** Cambridge; London; New York; New Rochelle; Melbourne; Sydney: Cambridge University Press, 1979.

SILVA, Joana Aguiar e. **A prática judiciária entre Direito e Literatura.** Coimbra: Almedina, 2011.

SOURIS, Ioannis. **The Myth of Helen of Troy: Reinterpreting the Archetypes of the Myth in Solo and Collaborative Forms of Playwriting.** v. 1. 2011. Tese (Doutorado em Filosofia). University of Exeter, Exeter. Disponível em: <<https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10036/3527/SourisI.pdf?sequence=2>> Acesso em: 11 set. 2017.

STANISLAVSKI, Constantin. **A construção da personagem.** Tradução de Pontes de Paula Lima. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à teoria da verdade em Michele Taruffo. **Sequência.** n. 74, Florianópolis, 2016. P. 115-135. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p115>> Acesso em: 04 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais.** 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARUFFO, Michele. Narrativas Processuais. **Julgar.** v. 13, Coimbra, 2011. p. 112-153. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/111-153-Narrativas-processuais.pdf>> Acesso em: 22 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

\_\_\_\_\_. Verdade negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual.** v. 13. n. 13. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928>> Acesso em: 01 mar. 2017

TODOROV, Tzvetan. As categorias da narrativa literária. In: BARTHES, Roland *et alli*. **Análise estrutural da narrativa.** Tradução de Maria Zélia Barbosa Pinto. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 218-264.

\_\_\_\_\_. **As estruturas narrativas.** Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Perspectiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Introdução à literatura fantástica.** Tradução de Maria Clara Correa Castello. 4. ed. 2. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2014.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. v.1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraDownload.do?select\\_action=&co\\_obra=61683&co\\_midia=2](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraDownload.do?select_action=&co_obra=61683&co_midia=2)> Acesso em: 25 jul 2016.

WEBER, Max. **Economy and Society**: outline of interpretative sociology. Translated by Ephraim Fischhoff, Hans Gerth, A. M. Henderson, Ferdinand Kogler, C. Wright Mills, Talcot Parsons, Max Rheinstein, Guenter Roth, Edward Shils, Edward Shils, Claus Wittich. Berkeley: University of California, 1978.

WELLEK, René; WARREN, Austin. **Teoria da literatura e metodologia dos estudos literários**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

YOUNG, Samantha. Based on a true story: contemporary historical fiction and historiographical theory. **Otherness**: essays and studies v. 2.n. 1. Aarhus, ago 2011. Disponível em: <[http://www.otherness.dk/fileadmin/www.othernessandthearts.org/Publications/Journal\\_Otherness/Otherness\\_\\_Essays\\_and\\_Studies\\_2.1/1.\\_Samantha\\_Young.pdf](http://www.otherness.dk/fileadmin/www.othernessandthearts.org/Publications/Journal_Otherness/Otherness__Essays_and_Studies_2.1/1._Samantha_Young.pdf)> Acesso em: 09 set. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.