

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

JEAN CARLOS DIAS

RUBENS BEÇAK

LEONEL SEVERO ROCHA

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

Diretoria - CONPEDI

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-398-6

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

A realização do “IV Encontro Virtual do CONPEDI” nesse momento ainda de restrições aos eventos presenciais decorrentes da necessidade do isolamento social imposto pela pandemia da COVID 19 obriga ainda a uma reflexão sobre o acerto da decisão na realização do Encontro nessa condição de adversidade.

A virtualística tem funcionado como forma possível a assegurar o evento, em evidente privilégio dos esforços daqueles que realizaram o seu denodo de pesquisa, como forma de viabilizar suas apresentações para a comunidade científica. É claro que o formato já vem demonstrando certo cansaço na sua utilização constante, mormente aqui analisada de perspectiva acadêmica, mas, entre as perspectivas da não realização e sua realização virtual, por óbvio, o segundo desvã se impôs.

O Grupo de Trabalho “FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT I”, reunião saudável de tradicionais GTs, contou com excelentes trabalhos e profícuas discussões sobre eles, em debate instigante que possibilitou o enfoque de múltiplas abordagens, dentro da melhor experiência dos encontros anteriores do CONPEDI. Assim, tivemos a apresentação de 27 trabalhos, listados no índice, com investigações muito bem elaboradas, em amostra significativa do que de melhor se produz no nosso país, nos campos objeto das temáticas do GT.

Num primeiro bloco ordenado das exposições, tivemos as apresentações dos trabalhos de Eric Araujo Andrade Oliveira e Jadson Correia de Oliveira, com interessante discussão sobre a possibilidade de integração da Análise Econômica do Direito ao âmbito da Epistemologia Jurídica; o de Antônio Lúcio Túlio de Oliveira Barbosa, acerca da história da Hermenêutica e o denominado ‘giro linguístico’; o de Raphael de Abreu Senna Caronti, abordando a Teoria de Alexy eventualmente ser aplicada sobre a ótica dos princípios do Direito Ambiental Brasileiro; o de Lucas Augusto Gaioski Pagani, Bruno Smolarek Dias e Victor Augusto Gaioski Pagani, abordando os limites definidores do que é aplicação do direito e o que é interpretação, com a questão do Ativismo Judicial; o de Victor Augusto de Oliveira e Victor Sales Pinheiro, trazendo diferenças conceituais entre Finnis e Posner na questão da razoabilidade prática e pragmatismo; o de Lilian Mara Pinhon e Fernanda Resende Severino, na temática da presunção da inocência e o papel de uma “(des)necessidade de uma única

interpretação”; o de Fabricio Carlos Zanin e Sergio Weyl Albuquerque Costa, trazendo a questão da crítica hermenêutica do Direito e os limites do positivismo jurídico (“Da discricionariedade à Teoria da Decisão”) e afinal; o de Juan Pablo Ferreira Gomes, sobre aspectos narrativos e discursivos da prova em Foucault (“A invenção da verdade”).

Em um segundo bloco, seguiram-se as seguintes apresentações HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO PROPULSORA DA EFICIÊNCIA JUDICIAL .Denilson Moura Da Silva. Objetiva-se estudar aqui a hermenêutica jurídica, aqui entendida como a interpretação realizada pelos órgãos judiciais. Abordar-se-á as hipóteses possíveis de emprego da técnica hermenêutica como propulsora da celeridade processual, contribuindo para a eficiência do Poder Judiciário.

O ESTADO DEMOCRÁTICO E O DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSEGURAR UMA SOCIEDADE FRATERNA: RESPONSABILIDADES E CONSEQUÊNCIAS Ana Gabriela Dalboni Rocha , Carlos Augusto Alcântara Machado.

Trata da previsão constitucional de uma sociedade fraterna impõe aos indivíduos e ao Estado o dever de observância ao Princípio da Fraternidade, que se constitui em fundamento de validade de atos e normas jurídicas

PARADOXO DA (IN) TOLERÂNCIA EM KARL POPPER E OS LIMITES-FRONTEIRAS DO DISCURSO DE ÓDIO

Juan Pablo Ferreira Gomes

O trabalho parte do “paradoxo da tolerância” de Karl Popper para investigar as fronteiras e os limites jurídicos ao que se concebe como (in) tolerante, no que passou a ser definido enquanto discurso de ódio na atualidade.

O PARADOXO DE SEGUIR REGRAS: DUAS CRÍTICAS AS LEITURAS COMUNS DE WITTGENSTEIN

Liziane Parreira

Wittgenstein é um importante filósofo da linguagem, sua filosofia pode ser dividida em duas fases. Na primeira fase tem-se um autor de formação positivista-lógica do "Tractatus Logico-Philosophicus" e na segunda fase um hermeneuta preocupado com o significado da linguagem em "Investigações Filosóficas".

O PLURAL NO CICLO DE LUTAS: CULTURA POLÍTICA NA AMÉRICA LATINA DURANTE A REVOLUÇÃO MUNDIAL DE 1968 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA TEORIA SOCIAL DO DIREITO

Jorge Alberto de Macedo Acosta Junior , Antonio Carlos Wolkmer

A presente investigação apresenta uma reflexão acerca do surgimento do plural nas lutas sócio-políticas que se projetaram a partir do giro descolonizador realizado pela esquerda latino-americana. O objetivo geral consiste em identificar a mudança na cultura política ocorrida durante o primeiro ciclo de lutas na América Latina e suas consequências na teoria social do direito.

O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO: O STF E CONTRIBUIÇÕES PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Guilherme Nunes de Paiva , Renata Albuquerque Lima

A interpretação conforme à Constituição surgiu como uma técnica de controle de constitucionalidade, ou de interpretação, no escopo de conceder à uma norma infraconstitucional com multissignificados, um sentido que se coadune à Constituição.

O RESGATE DAS VIRTUDES PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM ECONÔMICA

Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski , Valéria Silva Galdino Cardin

O artigo realiza uma abordagem acerca da necessidade do resgate das virtudes na sociedade contemporânea, sobretudo na ordem econômica pátria para a efetivação da dignidade da pessoa humana

OS LIMITES ENTRE A APLICAÇÃO E A CRIAÇÃO DO DIREITO: INTERPRETAÇÃO OU ATIVISMO JUDICIAL?

Lucas Augusto Gaioski Pagani , Bruno Smolarek Dias , Vitor Augusto Gaioski Pagani

O presente artigo visa discutir a possibilidade da criação do Direito através do Ativismo judicial ou a aplicação do direito através do papel interpretativo do magistrado, trazendo as diferenciações entre a aplicação do

Direito e a Criação de um novo Direito, não previsto anteriormente por nenhuma regra jurídica.

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO TECNOLÓGICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Leila Diniz , Luciano Jose Machado Do Amorim , João Victor Vieira de Sant'anna

O presente artigo tem por objetivo explorar a evolução desde a supremacia constitucional, consubstanciada no positivismo jurídico, passando pela implementação e acentuado uso dos precedentes judiciais em nossos tribunais, com sopesamento dos princípios colocados em conflito, até chegar na lacuna existente no ordenamento, dentre várias, também para os confrontos atuais, surgidos a partir do avanço digital, em que princípios constitucionais de primeira ordem colidem com atuais princípios tecnológicos

PONDERAÇÕES SOBRE A DOGMÁTICA JURÍDICA E A ZETÉTICA JURÍDICA PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL: A NECESSÁRIA REVISÃO, ATUALIZAÇÃO E RECONTEXTUALIZAÇÃO

Bruna Medeiros Bolzani , Elenise Felzke Schonardie

O artigo tem como objetivo analisar a dogmática jurídica e a zetética jurídica no que concerne ao direito ambiental com o intuito de demonstrar a necessária abertura da dogmática jurídica à zetética jurídica, diante do contexto contemporâneo de emergência climática.

POR UMA ABORDAGEM EXPERIENCIALISTA DO DIREITO: A METAFORICIDADE DA COGNIÇÃO E AS REALIDADES JURÍDICAS

Monica Fontenelle Carneiro , Rodrigo Dutra da Silva

O presente estudo objetiva apresentar o direito e a prática jurídica como categorias cognitivas e linguísticas expressas metaforicamente, bem como a importância da metáfora para a capacidade humana de pensar e construir sentidos

RAZOABILIDADE PRÁTICA E PRAGMATISMO: DIFERENÇAS CONCEITUAIS ENTRE FINNIS E POSNER NA ANÁLISE JURÍDICA DO CASAMENTO

Victor Augusto de Oliveira Meira , Victor Sales Pinheiro

O artigo objetiva diferenciar duas modernas teorias do direito a partir do instituto jurídico do casamento: a análise econômica do direito e o direito natural analítico, utilizando como referência a obra de Richard Posner e John Finnis.

REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADI N. 6341/DF: UM ESTUDO HERMENÊUTICO DA DECISÃO DO STF E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

Thiago Braga Parente , Renata Albuquerque Lima

Este artigo tem como objetivo estudar o julgamento de uma medida cautelar na ADI n. 6341 /DF, abordando a decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos direitos fundamentais e examinando a colisão entre direitos fundamentais diante da prevalência do direito à saúde.

UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A ORIGEM DA HERMENÊUTICA NA TERCEIRA CRÍTICA

Jaci Rene Costa Garcia

Tendo como objetivo geral investigar o papel da estética kantiana para a hermenêutica, a delimitação do estudo envolve: [i] uma abordagem filosófica unificada pelo sistema crítico kantiano capaz de identificar os pressupostos que permita a realização dos julgamentos, [ii] o lugar do humano na comunidade e [iii]

VALORAÇÃO DA NATUREZA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ANÁLISE AXIOLÓGICA E ECOLÓGICA

Aline Cirilo Caldas , Bárbara Vier , Miguel Etinger de Araujo Junior

A sociedade está em constante modificação, em razão de vários fatores, desses destacam-se os embates sociais emergentes, os quais refletem no modo de conceber as questões humanas e solucionar problemas.

Por tudo que se observa, trata-se de uma importante reunião de pesquisas que merecem serem consultadas como fontes do imaginário jurídico em 2021.

19. O artigo apresentado por Ana Flávia Costa Eccard analisa, adotando o pensamento de Zygmunt Bauman, a transformação, na contemporaneidade, das relações sociais. Essas

passam a ser, cada vez mais, líquidas e marcadas por uma imediatidade. Esse cenário, por sua vez, altera as concepções e estruturas básicas, com impactos de várias ordens, inclusive no cenário normativo em que o Direito está inserido.

20. Liziane Parreira apresentou trabalho que investiga criticamente as concepções mais comuns do pensamento de Wittgenstein. O trabalho sugere que as abordagens usuais deixam de lado aspectos relevantes das obras do autor e propõe, em alguns aspectos, uma atualização dessas percepções.

21. Renan Aguiar examina em trabalho a possibilidade de sustentar uma leitura pragmática, fundada, essencialmente, numa conexão entre a linguagem e as relações intersubjetivas. O marco teórico essencial Richard Rorty é examinado a partir desse contexto.

22. Rodrigo Dutra socializou suas conclusões a respeito do artigo submetido, propondo uma nova abordagem do Direito. O centro da proposta envolve uma perspectiva experiencial em que a cognição pode ser tomada como uma metáfora constitutiva de diversos contextos jurídicos.

23. Aline Cirilo Caldas e Barbara Vier apresentaram artigo que propõe uma leitura valorativa e ecológica do ordenamento jurídico brasileiro. Essa abordagem propõe uma valorização da natureza como um parâmetro na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

24. Carlos Roberto Oliveira apresentou estudo a respeito do caso fortuito e força maior como fatores jurídicos relevantes na compreensão de obrigações contratuais. Em especial foi adotado como pano de fundo os contratos de fornecimento de vacinas e as implicações sobre a sua operacionalidade jurídica efetiva.

25. Rogério Aparecido Fernandes de Carvalho apresentou artigo relacionado à investigação hermenêutica da extrapolação, feita pelo Supremo Tribunal Federal, da imunidade constitucional dos livros impressos para os livros eletrônicos. O texto examina os fundamentos desse contexto interpretativo refletindo quanto ao seu efetivo cabimento.

26. No texto socializado Ulisses Arjan Cruz dos Santos, Laura Maria Santiago Lucas e Valmir Cesar Pozzetti examinam o pensamento de Thomas Hobbes. No estudo chamam a atenção de que o autor pensa a fraternidade como instrumento de concretização da paz social. Nesse contexto propõem uma ampliação da leitura política do autor.

27. O texto apresentado por Jorge Alberto Macedo Acosta Junior, examina os impactos na cultura política na América Latina dos movimentos intelectuais europeus ocorridos no ano de 1968. Especialmente são examinadas as influências no campo da teoria do Direito.

Jean Carlos Dias

Rubens Beçak

Leonel Severo Rocha

A INVENÇÃO DA VERDADE: ASPECTOS NARRATIVOS E DISCURSIVOS DA PROVA EM MICHEL FOUCAULT

THE INVENTION OF THE TRUTH: NARRATIVE AND DISCURSIVE ASPECTS OF THE EVIDENCE IN MICHEL FOUCAULT

Juan Pablo Ferreira Gomes ¹

Resumo

O trabalho investiga a prova a partir da teoria do direito, aproximando a arqueologia discursiva do inquérito, ou “política da verdade”, proposta por Michel Foucault em uma concepção retórico-argumentativa buscando articular os materiais teóricos-discursivos acerca da prova como mecanismo de obtenção-aproximação (im)possível da verdade. O que se tem em jogo é identificar as estratégias de barganha da verdade no palco jurídico-processual, quais as relações de poder-dominação que ela forja, dissimula, qual o papel e a relevância da noção de prova hoje.

Palavras-chave: Verdade, Prova, Inquérito, História, Discurso

Abstract/Resumen/Résumé

The paper proposes to investigate the evidence from the Law Theory, approaching the inquiry’s discursive archaeology, or “politics of truth”, proposed by Michel Foucault and the rhetorical-argumentative conception of, searching to articulate the theoretical and discursive aspects about the evidence as a (im)possible mechanism of obtainment-approximation of the truth. What it’s at stake is to identify the truth bargain strategies in the legal process stage. Which power-domination relations it forges and dissimulates, which is the role and (ir)relevance of the notion of evidence in contemporaneity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Truth, Evidence, Inquiry, History, Speech

¹ Advogado. Bacharel e Mestre em Direito pela UEA. Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra.

1. A INVENÇÃO DA VERDADE: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A ousadia-arbitrariedade do título introdutório se dá pela ambição de em cada passo proposto desta investigação não se escapar do norte perspectivo de uma desconstrução conceitual, da recusa assumida de qualquer viés dogmático ou preconcebido dos institutos abordados. O que se tem em jogo é suspender a concepção de “prova”, colocando-a entre parênteses, suspendendo o juízo¹, epokhé, lançando-a num horizonte mais amplo: o surgimento-fabricação da verdade no pensamento Ocidental e na relação sujeito-objeto.

Ora, para além do truísmo terminológico que se tem da concepção de prova enquanto veículo condutor de um juízo processual analítico, a prova testemunha uma pretensão, uma crença pressuposta: a verdade (seja de qual ordem for) é tangível, apreensível, alcançável dentro de um sistema-método, processo, desde que cumpridos determinados ritos-requisitos, atendida determinada forma, observada certa liturgia. É inevitável deduzir que tal pressuposição, ou juízo apriorístico tomado arbitrariamente conforta o julgador, jurista, exegeta do desconforto em lidar com a inquietude de se conceber que quase nada do que lhe é dado enquanto material teórico-jurídico seja capaz de lhe afiançar a garantia de afugentar o elemento da indeterminação (radical ou não) existente em todo processo decisório que se pretende fundar em premissas que se julgam verdadeiras.

O que se esconjura em si é o “sofrimento da desconstrução” como salientaria Derrida, o questionamento se, a “vontade de verdade” como Michel Foucault irá empregar a partir dos anos 70 do século passado, dentro de uma “política da verdade”, não traduziria melhor a genealogia da prova do que qualquer historiografia sistematizante do direito que busca inserir a história da prova e do processo como o consequente resultado de um longo e evolutivo processo racional.

Para além dos cuidados ou reservas que se tenham quanto ao peso que o próprio Foucault deu ao resultado de seu ciclo de palestras realizadas no Brasil, entre 21 e 25 de maio de 1973, conhecido como “As Verdades e as Formas Jurídicas”², neste trabalho que encontramos a imediata relação entre a análise do discurso que o pensador estava a se deter e o tema que nos é caro: a genealogia da prova e do processo. Em tais conferências, Foucault antecipa questões que mais tarde seriam desenvolvidas em *Vigiar e Punir* (1975), além de propor uma leitura epistemológica de Nietzsche, a revelação da existência de uma tensão entre

¹ DERRIDA, Jacques. “Força de Lei: o fundamento jurídico da alteridade”. Tradução Leyla Perrone Moisés. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes; 2ª edição, 2010.

² FOUCAULT, Michel. “A Verdade e as Formas Jurídicas”. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

prova e inquérito na antiguidade greco-romana através de uma fascinante análise do Édipo de Sófocles e a hipótese de um processo ternário, articulando as formas de produção da verdade no Ocidente. O que se tem expresso é a demonstração do vínculo entre os sistemas de verdade e as práticas sociais e políticas, de onde provêm e onde se investem, na esteira das articulações propostas por Foucault desde o dealbar de seus cursos ministrados a partir de 1970, no Collège de France, incluindo sua aula inaugural “A Ordem do Discurso” (1970), “Aulas sobre a vontade de saber” (1970-1971), “Teorias e Instituições Penais” (1971-1972), “A Sociedade Punitiva” (1972-1973). Temos então nosso ponto de partida: o sujeito humano, o sujeito de conhecimento, as próprias formas do conhecimento são de certo modo dados prévia e definitivamente, as condições econômicas, sociais e políticas da existência não fazem mais do que depositar-se ou imprimir-se neste sujeito definitivamente dado. As práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. A própria verdade tem uma história³.

O segundo eixo de pesquisa é um eixo metodológico, que poderíamos chamar de análise dos discursos, como salienta Foucault. O discurso é esse conjunto regular de fatos linguísticos em determinado nível, e polêmicos e estratégicos em outro. Para Michel Foucault as práticas sociais em que a análise histórica permite localizar a emergência de novas formas de subjetividade, as práticas jurídicas, ou mais precisamente, as práticas judiciais, estão entre as mais importantes. O que se tem em perspectiva são as formas e materiais jurídicos e, por conseguinte, sua trajetória como lugar de origem de um determinado número de formas de verdade. O que denominamos de inquérito (enquête), investigação tal como é e como foi praticado pelos filósofos de século XV ao século XVIII, e também por cientistas, fossem eles geógrafos, botânicos, zoólogos, economistas - é uma forma bem característica da verdade em nossas sociedades. Ora, onde encontramos a origem do inquérito? Nós a encontramos em uma prática política, administrativa e também judiciária. E foi no meio da Idade Média que o inquérito apareceu como forma de pesquisa da verdade no interior da ordem jurídica. Foi para saber exatamente quem fez o quê, em que condições e em que momento, que o Ocidente elaborou as complexas técnicas do inquérito que puderam, em seguida, ser utilizadas na ordem científica e na ordem da reflexão filosófica⁴.

Da mesma forma, no século XIX também se inventaram, a partir de problemas jurídicos, judiciais, penais, formas de análise bem curiosas que chamaria de exame (examen) e não mais

³ Obra citada, p. 8.

⁴ Obra citada, p. 12.

de inquérito. Sob a perspectiva de Michel Foucault tais formas de análise deram origem à Sociologia, Psicologia, Psicopatologia, Criminologia, Psicanálise, em ligação direta com a formação de um certo número de controles políticos e sociais no momento da formação da sociedade capitalista, no final do século XIX. Na esteira do legado estruturalista, a semiótica abriu novas sendas de investigação quanto as práticas discursivas, inclusive as que se desdobram-extrapolam no terreno da juridicidade. Um novo léxico passa a ser incorporado dotado de referências administrativas, práticas de gestão, intermediação, mecanismos pré-processuais ou paraestatais concorrem como alternativas na resolução de controvérsias: justiça restaurativa, compliance, arbitragem, transação, mediação. Busca-se ênfase na eficácia resolutiva, abdicando-se da procura de uma verdade oculta a ser desvelada pelo julgador.

2. MECANISMOS DE OBTENÇÃO DA VERDADE EM MICHEL FOUCAULT: ÉDIPO-REI E A VERDADE ALCANÇÁVEL NA NARRATIVA PROCESSUAL

A publicação dos cursos e conferências ministrados por Michel Foucault, além de permitir novas perspectivas sobre um multifacetado trabalho espraído em diversos fronts, trouxeram relevante material para os pesquisadores interessados nos temas do direito e da justiça. O direito não foi objeto próprio das reflexões de Foucault, mas um foco de análise, dado que “não há discurso judicial em que a verdade não ronde”⁵. A justiça seria um teatro da verdade e, como tal, espaço privilegiado para analisar as articulações entre discurso e poder.

As aulas sobre a vontade de saber trazem os passos intermediários desse contraste: a forma de resolução dos conflitos de classe levou à institucionalização de uma medida comum para as relações econômicas, políticas e sociais na cidade. Nas novas formas jurídicas está presente o sujeito do discurso apofântico: o juiz e a testemunha, que se colocam como terceiros perante o litígio, tendo por único interesse fazer emergir a verdade.

Nas conferências publicadas sob o título “A verdade e as formas jurídicas”, Foucault contrasta a *Ilíada* e tragédia *Édipo-Rei*, mostrando que as diferenças nas formas jurídicas para o regramento de um conflito revelam distintas formas de organizar o poder político e as relações com a verdade e com o perigo.

A tragédia de *Édipo* é fundamentalmente o primeiro testemunho que temos das práticas judiciárias gregas.

Como todo mundo sabe, trata-se de uma história em que pessoas um soberano, um povo - ignorando uma

⁵ La volonté de savoir, in _____, Œuvres, Paris, Gallimard, vol. 2, pp. 617-736 (col. Pléiade) ([1976] 2015), p.76.

certa verdade, conseguem, por uma série de técnicas de que falaremos, descobrir uma verdade que coloca em questão a própria soberania do soberano. A tragédia de Édipo é, portando, a história de uma pesquisa da verdade; é um procedimento de pesquisa da verdade que obedece exatamente às práticas judiciais gregas dessa época. Por esta razão o primeiro problema que se coloca é o de saber o que era na Grécia arcaica a pesquisa judiciária da verdade. O primeiro testemunho que temos da pesquisa da verdade no procedimento judiciário grego remonta à *Ilíada*. Trata-se da história da contestação entre Antíloco e Menelau durante os jogos que se realizaram na ocasião da morte de Pátroclo⁶.

Na *Ilíada* há a descrição de uma corrida de carros, que, como de costume, se desenrolava em um circuito com ida e volta, passando por um marco no qual era preciso que o concorrente o contornasse o mais próximo possível. Os organizadores dos jogos colocaram neste lugar alguém que deveria ser o responsável pela regularidade da corrida que, Homero, sem o nomear pessoalmente, diz ser uma testemunha, aquele que está lá para ver⁷.

A corrida se desenrola e os dois primeiros que estão na frente no momento da curva são Antíloco e Menelau. Ocorre uma irregularidade e quando Antíloco chega primeiro, Menelau introduz uma contestação e diz ao juiz ou júri que deve dar o prêmio, que Antíloco cometeu uma irregularidade.

“Contestação, litígio, como estabelecer a verdade? Curiosamente, nesse texto de Homero, não se faz apelo àquele que viu, à famosa testemunha que estava junto ao marco e que deveria atestar o que aconteceu. Não se convoca o seu testemunho e nenhuma pergunta lhe é feita. Há somente contestação entre os adversários Menelau e Antíloco. Esta se desenvolve da seguinte maneira: depois da acusação de Menelau – ‘tu cometeste uma irregularidade’ e da defesa de Antíloco – ‘eu não cometi irregularidade’ Menelau lança um desafio: ‘Põe tua mão direita na testa do teu cavalo; segura com a mão esquerda teu chicote e jura diante de Zeus que não cometeste irregularidade’. Nesse momento, Antíloco, diante deste desafio que é uma prova (*épreuve*), renuncia à prova, renuncia a jurar e reconhece assim que cometeu irregularidade. Eis uma maneira singular de produzir a verdade, de estabelecer a verdade jurídica: não se passa pela testemunha, mas por uma espécie de jogo, de prova, de desafio lançado por um adversário ao outro. Um lança um desafio, o outro deve aceitar o risco ou a ele renunciar⁸.

Eis a velha e arcaica prática da prova da verdade em que esta é estabelecida judiciariamente não por uma constatação, uma testemunha, um inquérito ou uma inquisição, mas por um jogo de prova. A prova é característica da sociedade grega arcaica. Vamos também reencontrá-la na Alta Idade Média. Quando Édipo e Tebas procuram a verdade, não é este modelo que utilizam. Os séculos passaram⁹.

⁶ Obra citada, nota 3, p. 31.

⁷ Para fins de consulta e análise foi utilizada a versão em português da *Ilíada* e *Odisseia* traduzidas por Carlos Alberto Nunes, São Paulo: Nova Fronteira; 1ª edição (1 maio 2015).

⁸ Obra citada, nota 3, p. 32.

⁹ Para fins de consulta e análise utilizou-se a seguinte edição em português da Trilogia Tebana de Sófocles: SÓFOCLES. A trilogia tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona. Volume I. Tradução Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.

Para Foucault toda a tragédia de Édipo se fundamenta em um mecanismo inteiramente diferente. Uma lei, uma espécie de pura forma, que o autor denominará lei das metades. É por metades que se ajustam e se encaixam que a descoberta da verdade procede em Édipo. Édipo manda consultar o deus de Delfos, o rei Apolo. A resposta de Apolo, quando a examinamos em detalhe, é dada em duas partes. Apolo começa por dizer: "O país está atingido por uma conspiração". Para esta primeira resposta falta, de certa forma, uma metade: há uma conspiração, mas quem conspirou, ou o que conspirou? Portanto, há necessidade de se fazer uma segunda pergunta e Édipo força Creonte a dar a segunda resposta, perguntando ao que é devida a conspiração. A segunda metade aparece: o que causou a conspiração foi um assassinato. Mas quem diz assassinato diz duas coisas. Diz quem foi assassinado e o assassino. Pergunta-se a Apolo: "quem foi assassinado?" A resposta é: Laio, o antigo rei. Pergunta-se: "quem assassinou?" Para saber o nome do assassino, vai ser preciso apelar para alguma coisa, para alguém, já que não se pode forçar a vontade dos deuses¹⁰.

Esta forma, no Édipo de Sófocles, não apenas seria uma forma retórica. Ela é ao mesmo tempo religiosa e política, um instrumento de poder, de exercício de poder que permite a alguém que detém um segredo ou um poder quebrar em duas partes um objeto qualquer, de cerâmica, guardar uma das partes e confiar a outra parte a alguém que deve levar a mensagem ou atestar sua autenticidade. É pelo ajustamento destas duas metades que se poderá reconhecer a autenticidade da mensagem, isto é, a continuidade do poder que se exerce¹¹.

O poder se manifesta, completa seu ciclo, mantém sua unidade graças a este jogo de pequenos fragmentos, separados uns dos outros, de um mesmo conjunto, de um único objeto, cuja configuração geral é a forma manifesta do poder. A história de Édipo é a fragmentação desta peça de que a posse integral, reunificada, autentifica a detenção do poder e as ordens dadas por ele. As mensagens, os mensageiros que ele envia e que devem retomar autenticarão sua ligação ao poder pelo fato de cada um deles deter um fragmento da peça e poder ajustá-lo aos outros fragmentos. É esta espécie de olhar mágico-religioso que faz brilhar no começo da peça uma verdade que Édipo se recusa a acreditar. Édipo-Rei não se defende de maneira alguma ao nível de sua inocência. Seu problema é apenas o poder. Poderá guardar o poder? É este poder que está em jogo do começo ao fim da peça. Na primeira cena, é na condição de soberano que os habitantes de Tebas recorrem a Édipo contra a peste. "Tu tens o poder, deves curar-nos da

¹⁰ Obra citada, nota 3, p. 33-34.

¹¹ Obra citada, nota 3, p. 38.

peste". E ele responde dizendo: "Tenho grande interesse em curá-los da peste, porque esta peste que vos atinge, me atinge também em minha soberania e minha realeza"¹².

É interessado em manter a própria realeza que Édipo quer buscar a solução do problema. E quando começa a se sentir ameaçado pelas respostas que surgem em sua volta, quando o oráculo o designa e o adivinho diz de maneira mais clara ainda que é ele o culpado, sem responder em termos de inocência, Édipo diz a Tirésias: "Tu queres meu poder; tu armaste um complô contra mim, para me privar de meu poder". Ele não se assusta com a ideia de que poderia ter matado o pai ou o rei. O que o assusta é perder o próprio poder.

A última palavra dirigida a Édipo antes que o levem para o interior do palácio é pronunciada pelo novo rei Creonte: "Não procures mais ser o senhor". O que quer dizer que Édipo não deve mais comandar. E Creonte acrescenta: "tu que subiste até o cume e que agora não tens mais o poder"¹³. Do mesmo modo, Édipo é aquele que não dá importância às leis e que as substitui por suas vontades e suas ordens. Ele o diz claramente. Quando Creonte o reprovava por querer exilá-lo dizendo que sua decisão não era justa, Édipo responde: "Pouco me importa que seja justo ou não; é preciso obedecer assim mesmo". Sua vontade será a lei da cidade. É por isto que no momento em que se inicia sua queda o coro do povo reprovará Édipo por ter desprezado a justiça. É preciso, portanto, reconhecer em Édipo um personagem historicamente bem definido, assinalado, catalogado, caracterizado pelo pensamento grego do século V: o tirano. Este personagem do tirano não é só caracterizado pelo poder como também por um certo tipo de saber. O tirano grego não era simplesmente o que tomava o poder. Era aquele que tomava o poder porque detinha ou fazia valer o fato de deter um certo saber superior em eficácia ao dos outros. Este é precisamente o caso de Édipo. Édipo é aquele que conseguiu resolver por seu pensamento, por seu saber, o famoso enigma da esfinge. E assim, como Sólon pode dar, efetivamente, para Atenas leis justas, assim como Sólon pode reerguer a cidade porque era, sábio, assim também Édipo pode resolver o enigma da esfinge¹⁴.

Eis que Foucault introduz um elemento fundamental na relação entre verdade e poder, elemento importante e que vai ser fundamentalmente desvalorizado, desqualificado, tanto na tragédia de Sófocles quanto na República de Platão: é o tema, ou melhor, o personagem, a forma de um saber político ao mesmo tempo privilegiado e exclusivo. Não podia haver saber sem poder. E não podia haver poder político sem a detenção de um certo saber especial. É esta forma

¹² Obra citada, nota 12, p. 30.

¹³ Obra citada, nota 3, p. 43.

¹⁴ Obra citada, nota 3, p. 46.

de poder-saber, que Dumézil, em seus estudos sobre as três funções, isolou, ao mostrar que a primeira função, a do poder político, era a de um poder político mágico¹⁵.

O que teria acontecido na origem da sociedade grega, a partir do século V, foi o desmantelamento desta grande unidade de um poder político que seria ao mesmo tempo um saber. Foi o desmantelamento desta unidade de um poder mágico-religioso que existia nos grandes impérios assírios, que os tiranos gregos, impregnados de civilização oriental, tentaram reabilitar em seu proveito e que os sofistas dos séculos V e VI ainda utilizaram como podiam, em forma de lições retribuídas em dinheiro. 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 possui¹⁶.

Com Platão, se inicia um grande mito ocidental: o de que há antinomia entre saber e poder. Se há o saber, é preciso que ele renuncie ao poder. Onde se encontra saber e ciência em sua verdade pura, não pode mais haver poder político. Esse grande mito precisa ser liquidado.

Muitas peças de Sófocles, como Antígona e Electra, são uma espécie de ritualização teatral da história do direito. Esta dramatização da história do direito grego nos apresenta um resumo de uma das grandes conquistas da democracia ateniense: a história do processo através do qual o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam¹⁷.

Tem-se aqui o problema da retórica grega, há o desenvolvimento de um novo tipo de conhecimento: conhecimento por testemunho, por lembrança, por inquérito. Muito curiosamente, a história do nascimento do inquérito, permaneceu esquecida e se perdeu, tendo sido retomada, sob outras formas, vários séculos mais tarde, na Idade Média. Para Foucault, os Direitos Romano e Germânico rivalizaram hegemonia ao lado dos séculos subsequentes. Entre os séculos V e X de nossa era, houve uma série de penetrações, peripécias e conflitos entre esses dois sistemas de direito. Cada vez que, sobre as ruínas do Império Romano, um Estado começa a se esboçar, cada vez que uma estrutura estatal começa a nascer, então o Direito Romano, velho direito de estado, se revitaliza. É assim que, nos reinos merovíngios, sobretudo na época do Império Carolíngio, o Direito Romano sobrepujou, de certa forma, o Direito Germânico.

Por outro lado, cada vez que há dissolução desses embriões, desses lineamentos de estados, o velho Direito Germânico triunfa e o Direito Romano cai por vários séculos no esquecimento, só reaparecendo lentamente no fim do século XII e no curso do século XIII.

¹⁵ Obra citada, nota 3, p. 49.

¹⁶ Obra citada, nota 3, p. 50.

¹⁷ Obra citada, nota 3, p. 54.

Assim, o direito feudal é essencialmente de tipo germânico. Ele não apresenta nenhum dos elementos dos procedimentos de inquérito, de estabelecimento da verdade das sociedades gregas ou do Império Romano. No direito feudal o litígio entre dois indivíduos era regulamentado pelo sistema da prova (épreuve). Quando um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando um outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma série de provas aceitas por ambos e a que os dois eram submetidos. Esse sistema era uma maneira de provar não a verdade; mas a força, o peso, a importância de quem dizia¹⁸.

No sistema da prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária. O indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, se não quer tentar a prova, perde o processo de antemão. Havendo a prova, vence ou fracassa. Não há outra possibilidade. A forma binária é a primeira característica da prova. A segunda característica é que a prova termina por uma vitória ou por um fracasso. Há sempre alguém que ganha e alguém que perde; o mais forte e o mais fraco; um desfecho favorável ou desfavorável.

Em nenhum momento aparece algo como a sentença tal como acontecerá a partir do fim do século XII e início do século XIII. A sentença consiste na enunciação, por um terceiro, do seguinte: certa pessoa tendo dito a verdade tem razão, uma outra tendo dito uma mentira não tem razão. A sentença, portanto, não existe; a separação da verdade e do erro entre os indivíduos não desempenha nenhum papel; existe simplesmente vitória ou fracasso. A terceira característica é que esta prova é de certa maneira automática. Não é necessário haver a presença de um terceiro personagem para distinguir os dois adversários. É o equilíbrio das forças, o jogo, a sorte, o vigor, a resistência física, a agilidade intelectual, que vão distinguir os indivíduos segundo um mecanismo que se desenvolve automaticamente¹⁹.

A autoridade só intervém como testemunha da regularidade do procedimento. No momento em que essas provas judiciárias se desenvolvem, está presente alguém que tem o nome de juízo soberano político ou alguém designado com o consentimento mútuo dos dois adversários - simplesmente para constatar que a luta se desenvolveu regularmente. O juiz não testemunha sobre a verdade, mas sobre a regularidade do procedimento.

Esse sistema de práticas judiciárias desaparece no fim do século XII e no curso do século XIII. Toda a segunda metade da Idade Média vai assistir à transformação dessas velhas práticas e à invenção de novas formas de justiça, de novas formas de práticas e procedimentos judiciários. Formas que são absolutamente capitais para a história da Europa e para a história

¹⁸ Obra citada, nota 3, p. 58.

¹⁹ Obra citada, nota 3, p. 61.

do mundo inteiro, na medida em que a Europa impôs violentamente o seu jugo a toda a superfície da terra. O que foi inventado nessa reelaboração do Direito é algo que, no fundo, concerne não tanto aos conteúdos, mas às formas e condições de possibilidade do saber.

Nesse momento aparecem aspectos totalmente novos em relação à sociedade feudal, ao Império Carolíngio e às velhas regras do Direito Romano: 1) Uma justiça que não é mais contestação entre indivíduos e livre aceitação por esses indivíduos de um certo número de regras de liquidação, mas que, ao contrário, vai-se impor, do alto, aos indivíduos 2) Surge um personagem totalmente novo, sem precedente no Direito Romano: o procurador. 3) Uma noção absolutamente nova aparece: a infração. Enquanto o drama judiciário se desenrolava entre dois indivíduos, vítima e acusado, tratava-se apenas de dano que um indivíduo causava a outro. A partir do momento em que o soberano ou seu representante, o procurador, dizem "também fui lesado pelo dano", isto significa que o dano não é somente uma ofensa de um indivíduo a outro, mas também uma ofensa de um indivíduo ao Estado, ao soberano como representante do Estado. Assim, na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano. A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval. Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação interindividual dos litígios da Alta Idade Média.

Segundo Foucault ao longo do tempo um método de gestão administrativa que os funcionários do Império Carolíngio praticavam regularmente passou a ser resgatado dando origem ao que chamamos de inquérito. Ele foi ainda empregado, por Guilherme o Conquistador, na Inglaterra. Havia, com efeito, uma prática de inquérito na Igreja da Alta Idade Média, na Igreja Merovíngia e Carolíngia. Esse método se chamava “*visitatio*” e consistia na visita que o bispo devia estatutariamente fazer, percorrendo sua diocese, e que foi retomado, em seguida, pelas grandes ordens monásticas. Ao chegar em um determinado lugar o bispo instituía, em primeiro lugar, a *inquisitio generalis* - inquisição geral perguntando a todos os que deviam saber (os notáveis, os mais idosos, os mais sábios, os mais virtuosos) o que tinha acontecido na sua ausência, sobretudo se tinha havido falta, crime etc. Se esse inquérito chegasse a uma resposta positiva, o bispo passava ao segundo estágio, à *inquisitio specialis* - inquisição especial que consistia em apurar quem tinha feito o que, em determinar em verdade quem era o autor e qual a natureza do ato. O procurador do Rei vai fazer o mesmo que os visitantes eclesiásticos faziam nas paróquias, dioceses e comunidades. Vai procurar estabelecer por *inquisitio*, por inquérito, se houve crime, qual foi ele e quem o cometeu. O inquérito teve uma dupla origem. Origem

administrativa ligada ao surgimento do Estado na época carolíngia; origem religiosa, eclesiástica, mais constantemente presente durante a Idade Média.

Todo o grande movimento cultural que, depois do século XII, começa a preparar o Renascimento, pode ser definido em grande parte como o desenvolvimento, o florescimento do inquérito como forma geral de saber. Enquanto o inquérito se desenvolve como forma geral de saber no interior do qual o Renascimento eclodirá, a prova tende a desaparecer. Dela só encontraremos os elementos, os restos, na forma da famosa tortura, mas já mesclada com a preocupação de obter uma confissão, prova de verificação. Pode-se fazer toda uma história da tortura, situando-a entre os procedimentos da prova e do inquérito. A prova tende a desaparecer na prática judiciária; ela desaparece também nos domínios do saber. Agora, em fins do século XVIII e início do século XIX, ela é retomada no momento em que se constitui a denominada "sociedade disciplinar": a sociedade contemporânea.²⁰

A infração não deve ter mais nenhuma relação com a falta moral ou religiosa. A falta é uma infração à lei natural, à lei religiosa, à lei moral. O crime ou a infração penal é a ruptura com a lei, lei civil explicitamente estabelecida no interior de uma sociedade pelo lado legislativo do poder político. Para que haja infração é preciso haver um poder político, uma lei e que essa lei tenha sido efetivamente formulada. Antes da lei existir, não pode haver infração. Uma lei penal deve simplesmente representar o que é útil para a sociedade. A lei define como repreensível o que é nocivo à sociedade, definindo assim negativamente o que é útil²¹.

Com efeito, a legislação penal, desde o início do século XIX e de forma cada vez mais rápida e acelerada durante todo o século, vai se desviar do que podemos chamar a utilidade social; ela não procurará mais visar ao que é socialmente útil, mas, pelo contrário, procurará ajustar-se ao indivíduo. Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle, não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei, mas ao nível do que podem fazer, do que são capazes de fazer, do que estão sujeitos a fazer, do que estão na iminência de fazer²².

Esse controle penal punitivo dos indivíduos ao nível de suas virtualidades não poderia ser efetuado pela própria justiça, mas por uma série de outros poderes laterais, à margem da justiça, como a polícia e toda uma rede de instituições de vigilância e de correção - a polícia para a vigilância, as instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas, pedagógicas para a correção. É assim que, no século XIX, desenvolve-se, em torno da

²⁰ Obra citada, nota 3, p. 79.

²¹ Obra citada, nota 3, p. 81.

²² Obra citada, nota 3, p. 84-85.

instituição judiciária e para lhe permitir assumir a função de controle dos indivíduos ao nível de sua periculosidade, uma gigantesca série de instituições que vão enquadrar os indivíduos ao longo de sua existência; instituições pedagógicas como a escola, psicológicas ou psiquiátricas como o hospital, o asilo, a polícia etc. Toda essa rede de um poder, que não é judiciário, deve desempenhar uma das funções que a justiça se atribui neste momento: função não mais de punir as infrações dos indivíduos, mas de corrigir suas virtualidades, emergindo o panoptismo²³.

Existe, portanto, em oposição ao grande saber de inquérito, organizado no meio da Idade Média através da confiscação estatal da justiça, que consistia em obter os instrumentos de reatualização de fatos através do testemunho, um novo saber, de tipo totalmente diferente, um saber de vigilância, de exame, organizado em torno da norma pelo controle dos indivíduos ao longo de sua existência. Esta é a base do poder, a forma de saber-poder que vai dar lugar não às grandes ciências de observação como no caso do inquérito, mas ao que chamamos ciências humanas: Psiquiatria, Psicologia, Sociologia etc²⁴.

Assim, sob a forma destas instituições aparentemente de proteção e de segurança se estabelece um mecanismo pelo qual o tempo inteiro da existência humana é posto à disposição de um mercado de trabalho e das exigências do trabalho. A extração da totalidade do tempo é a primeira função destas instituições de sequestro. Seria possível mostrar, igualmente, como nos países desenvolvidos este controle geral do tempo é exercido pelo mecanismo do consumo e da publicidade²⁵. Contudo, a obra de Michel Foucault passa a se espalhar na horizontalidade de tais aspectos sob a perspectiva das instituições, as estruturas correcionais, a ocupação dos espaços e menos no caráter subjetivo ou discursivo-epistemológico que mais nos interessa no âmbito da prova.

3. O ARQUÉTIPO RETÓRICO-ARGUMENTATIVO DA PROVA, ESTRATÉGIAS E BARGANHAS DA VERDADE E O CINTILAR DAS ESPADAS

Partindo do veio sangrado pelo estruturalismo, a semiótica aparece enquanto método e saber próprio da análise do discurso afetando, por conseguinte, a intitulada ciência do direito. Nos anos 90 do século passado, a publicação de “Making sense in law (1995) e “making sense of jurisprudence” (1996), pelo jurista Bernard S. Jackson, redefinem a perspectiva da concepção da prova inserida no discurso técnico-jurídico, especificamente os processos de construção do

²³ Obra citada, nota 3, p. 86.

²⁴ Obra citada, nota 3, p. 88.

²⁵ Obra citada, nota 3, p. 118.

sentido em situações juridicamente relevantes, máxime naquelas que vão culminar no julgamento da matéria de facto, tomando por fio condutor as aporias inerentes ao processo de interpretação do mundo exterior no momento da percepção – tendo presentes as condicionantes relativas à compreensão da linguagem e dos contextos, às características momentâneas de quem recebe os estímulos, às suas expectativas do momento, ao background de experiências e conhecimentos de que dispõe –, e pelos condicionamentos inerentes à retenção, à ulterior recordação e à enunciação²⁶.

Abraçada a semiótica, publicando-se, em 1985, “Semiotics and Legal Theory” e, em 1988, “Law, Fact and Narrative Coherence”, “Making Sense in Law” é sobre a forma como os processos de construção do sentido contribuem para a determinação dos factos, examinando designadamente as teorias jusnaturalistas, as primeiras teorias positivistas de Austin e Bentham, as da escola histórica de Savigny, a teoria marxista, o normativismo de Kelsen, o realismo escandinavo, o americano, o softpositivismo de Hart, a crítica de Dworkin, bem como algumas formas radicais de jurisprudência crítica²⁷. Sendo o significado uma construção humana que depende (entre outros fatores) das relações entre as palavras dentro do sistema da língua, impõe-se perguntar qual a relação entre “sentido” (“sense”) e “referência” (“reference”). “Sentido” como o valor linguístico do termo; e “referência” como o objeto do mundo extralinguístico para cuja descrição é usada a linguagem.

Há duas formas de ver o problema. A referência pode ser entendida como parte integrante do sentido; os significados das palavras correspondem aos objetos a que elas se referem. A linguagem é, então, tida como capaz de se referir diretamente às situações do mundo e pode ser usada para descrever o que é apreendido pelos sentidos. Já a semântica de Saussure sugere uma visão diferente: os valores linguísticos são função das relações (de oposição, hponímia ou outras) dentro do sistema abstrato da língua. O sentido da linguagem é construído dentro do sistema da língua, não é qualquer imagem-espelho de um “referente” (aquilo a que no mundo não linguístico se pretende referir), não obstante usarmos a linguagem para nos

²⁶ Vide AROSO LINHARES, Jose Manuel. “Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova com um exercício de ‘passagem’ nos limites da juridicidade. Imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso”. Coimbra : Coimbra Editora, 2001/ O Binómio Casos Fáceis/Casos Difíceis e a Categoria de Inteligibilidade Sistema Jurídico. Um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo”. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

²⁷ JACKSON, B. S. Making Sense in Law. Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1995.

_____ Making Sense in Jurisprudence, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1996.

referirmos a mundos que lhe são externos. O sentido da linguagem não provém apenas do conteúdo do que é dito (semântica), nem das relações das palavras umas com as outras dentro do sistema da língua, mas também da forma como se diz.

Nos anos 50, do século passado, John L. Austin escreveu uma obra, postumamente publicada em 1962, com o sugestivo título “How to do Things with Words”²⁸. Nesta obra, o autor evidenciou que a linguagem não tem, ou pode não ter, uma função meramente assertiva, mas tem, ou pode ter, também uma função performativa, capaz de produzir efeitos ou de introduzir modificações na ordem social. Este uso da linguagem tornou-se conhecido como “speech act” e esteve na origem da “speech act theory”, desenvolvida por John R. Searle no seu “Speech Act: An Essay in the Philosophy of Language” (1969)²⁹. Para que a comunicação seja bem sucedida, é necessário que as pessoas envolvidas falem e compreendam a mesma linguagem e tenham os conhecimentos sociais (incluindo de cariz profissional) comuns que lhes permitem interpretar o comportamento alheio.

As dificuldades de interpretação do mundo exterior no momento da percepção, tendo presentes todas as condicionantes relativas à compreensão da linguagem e dos contextos, às características momentâneas da pessoa (“estado de espírito”), às suas expectativas do momento, ao background de experiências e conhecimentos (tipificações narrativas) são muitas e complexas. Acrescem todos os condicionalismos inerentes à retenção, à ulterior recordação e à enunciação. Depois deste ciclo para a pessoa que ulteriormente prestará depoimento em audiência (testemunha, arguido, outro interveniente), relativo aos acontecimentos da vida que um dia serão objeto de julgamento, iniciar-se-á um segundo ciclo, o do processo em tribunal.

Para o julgador, o depoimento da testemunha torna-se um evento a ser interpretado, armazenado na memória, ulteriormente recordado e por fim representado em linguagem na decisão da matéria de facto. O processo de racionalização da prova encontra seu cume sob a perspectiva formal enquanto instrumento de efetivação da justiça dentro do direito. Toda uma rede conceitual passa a ser desenvolvida na modernidade sob aspectos processuais de reflexo material em uma matriz principiológica: princípio do devido processo legal, verdade real, garantia da motivação da decisão judicial, garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição, entre outros.

²⁸ AUSTIN, John L. “How to do Things with Words”. Cambridge: Harvard (1955) – Oxford: Clarendon Press (1962).

²⁹ SEARLE, John R. “Speech Act: An Essay in the Philosophy of Language”. Cambridge: Cambridge University Press (1969),

A obediência-observância do rito pretende garantir ao jurisdicionado a segurança de não estar sendo vítima de uma arbitrariedade. A complexa estrutura dialética processual e recursal oferece aos litigantes a idoneidade de uma decisão ainda que lhe seja desfavorável. Não enveredando por agora em uma questão fundamental da teoria do direito: o fundamento último da norma, seja um pressuposto metafísico, uma abstração ou ficção jurídica tal qual uma norma hipotética fundamental, o que se tem em jogo é a gestão de tal processo, do acesso ao desfecho. Segundo Cappelletti e Garth, a expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos, seja lá o que se entende por justo³⁰.

Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente direito ‘formal’ do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção³¹. Como afirma Kazuo Watanabe³², uma das maiores preocupações dos processualistas modernos repousa na efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos, ante o fenômeno da litigiosidade contida, ou seja, os conflitos que ficam completamente sem solução, não raro pela renúncia total do direito pelo prejudicado e que são considerados extremamente perigosos para estabilidade social, considerando a incapacidade do sistema de Justiça em proporcionar à parte aquilo a que faz “jus”. Exige-se que a pretensão deduzida em juízo seja satisfeita de forma plena, dentro de lapso compatível com a natureza do litígio, propiciando a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”, articula-se o princípio da “duração razoável do processo”.

³⁰CAPPELLETTI, Mauro; GRATH, Bryant. “Acesso à Justiça”. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

³¹ Obra citada, p. 9.

³² WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine (Coords). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 28.

Há um deslocamento valorativo: jurisdição sumária sempre foi reconhecida como jurisdição autoritária-arbitrária. O cumprimento do rito, mais do que performativo, observa os ditames de uma justiça que não deixa de reconhecer seu caráter de indeterminação, mas precisa lidar com um exponencial crescimento de demandas dantes reprimidas e as consequências de seu papel autodeclarado de pacificador social. Uma nova semântica é desenvolvida, novos conceitos e uma nova linguagem passam a ser articulados muito próximos de uma terminologia administrativa. Não basta “dizer o direito”, é preciso gerir as demandas, formular alternativas, propor mecanismos não de extração da verdade, mas de prática resolução de conflitos, dissuasão pelo consenso. Juizados especializados, justiça restaurativa, mediação, arbitragem, transação, compliance, delação premiada, empréstimos e intercâmbios de provas. O que tantos institutos peculiares possuem em comum? Todos se desenvolvem sob o ânimo ou de afastar o monopólio estatal na resolução de controvérsias, fugir da ineficiência dos aparelhos do Judiciário, fazendo com que este reconheça e busque aderir ao novo paradigma valorativo.

Nietzsche afirma que, em um determinado ponto do tempo e em um determinado lugar do universo, animais inteligentes inventaram o conhecimento. a palavra que emprega é “invenção” (Erfindung), frequentemente retomada em seus textos, e sempre com sentido e intenção polêmicos. Quando fala de invenção, Nietzsche tem sempre em mente uma palavra que opõe a invenção, a palavra origem (Ursprung). Quando diz invenção é para não dizer origem; quando diz “Erfindung” é para não dizer “Ursprung”³³. Existe a famosa passagem no final do primeiro discurso de “A Genealogia da Moral”³⁴ em que Nietzsche se refere a essa espécie de grande fábrica, de grande usina, em que se produz o ideal. O ideal não tem origem. Ele também foi inventado, fabricado, produzido por uma série de mecanismos, de pequenos mecanismos. A invenção (Erfindung) para Nietzsche é, por um lado, uma ruptura, por outro, algo que possui um pequeno começo, baixo, mesquinho, inconfessável.

Existe um texto da Gaia Ciência (parágrafo 333) que podemos considerar como uma das análises mais estritas que Nietzsche fez dessa fabricação, dessa invenção do conhecimento. Nesse longo texto intitulado - “Que significa conhecer?” - Nietzsche retoma um texto de Spinoza, onde este opunha “intelligere”, compreender, a “ridere”, “lugere”, “detestari”. Spinoza dizia que, se quisermos compreender as coisas, se quisermos efetivamente compreendê-las em sua natureza, em sua essência e, portanto, em sua verdade, é necessário que nos abstenhamos

³³ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. “A Gaia Ciência”. Tradução Paulo César de Souza. — 1a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

³⁴ _____. “Genealogia da Moral: uma Polêmica”. Tradução Paulo César de Souza. — 1a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

de rir delas, de deplorá-las ou de detestá-las. Somente quando estas paixões se apaziguam podemos enfim compreender.

Nietzsche diz que isto não somente não é verdade, mas é exatamente o contrário que acontece. “Intelligere”, compreender, não é nada mais que um certo jogo, ou melhor, o resultado de um certo jogo, de uma certa composição ou compensação entre “ridere”, rir, “lugere”, deplorar, e “detestari”, detestar. Nietzsche diz que só compreendemos porque há por trás de tudo isso o jogo e a luta desses três instintos, desses três mecanismos, ou dessas três paixões que são o rir, o deplorar e o detestar (o ódio).

Rir, detestar e deplorar - têm em comum o fato de serem uma maneira não de se aproximar do objeto, de se identificar com ele, mas, ao contrário, de conservar o objeto à distância, de se diferenciar dele ou de se colocar em ruptura com ele, de se proteger dele pelo riso, desvalorizá-lo pela deploração, afastá-lo e eventualmente destruí-lo pelo ódio. Eis a maldade radical do conhecimento. Chegamos assim a uma segunda ideia importante. A de que esses impulsos - rir, deplorar, detestar - são todos da ordem das más relações. Atrás do conhecimento, na raiz do conhecimento, Nietzsche não coloca uma espécie de afeição, de impulso ou de paixão que nos faria gostar do objeto a conhecer, mas, ao contrário, impulsos que nos colocam em posição de ódio, desprezo, ou temor diante de coisas que são ameaçadoras e presunçosas. Se esses três impulsos - rir, deplorar e odiar - chegam a produzir o conhecimento não é, segundo Nietzsche, porque se apaziguaram, como em Spinoza, ou se reconciliaram, ou chegaram a uma unidade. É, ao contrário, porque lutaram entre si, porque se confrontaram. É porque esses impulsos se combateram, porque tentaram, como diz Nietzsche, prejudicar uns aos outros, é porque estão em estado de guerra, em uma estabilização momentânea desse estado de guerra, que eles chegam a uma espécie de estado, de corte onde finalmente o conhecimento vai aparecer como "a centelha entre duas espadas".

Não há, portanto, no conhecimento uma adequação ao objeto, uma relação de assimilação, mas, ao contrário, uma relação de distância e dominação; não há no conhecimento algo como felicidade e amor, mas ódio e hostilidade; não há unificação, mas sistema precário de poder. Os grandes temas tradicionalmente apresentados na filosofia ocidental foram inteiramente questionados no texto citado de Nietzsche. A filosofia ocidental - e, desta vez, não é preciso referir-nos a Descartes, podemos remontar a Platão - sempre caracterizou o conhecimento pelo logocentrismo, pela semelhança, pela adequação, pela beatitude, pela unidade. Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos, mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder.

Existe em Nietzsche um certo número de elementos que põem à nossa disposição um modelo para uma análise histórica denominada por Foucault de política da verdade. O conhecimento é, cada vez, o resultado histórico e pontual de condições que não são da ordem do conhecimento. O conhecimento é um efeito ou um acontecimento que pode ser colocado sob o signo do conhecer.

Pode-se falar do caráter perspectivo do conhecimento porque há batalha e porque o conhecimento é o efeito dessa batalha, com o direito não poderia ser diferente. É por isso que encontramos em Nietzsche a ideia, que volta constantemente, de que o conhecimento é ao mesmo tempo o que há de mais generalizante e de mais particular. O conhecimento esquematiza, ignora as diferenças, assimila as coisas entre si, e isto sem nenhum fundamento em verdade.

Acontece que parecemos experimentar a recusa da batalha pela ineficiência. A indeterminação radical do direito e a inoperância da máquina estatal nos leva ao poder de barganha, a resolução rápida e descomprometida com a verdade, que não implica, que fique claro, a recusa da força ou o fim das relações de poder-dominação, que passam a ser reagrupadas ou rearticuladas sob um novo horizonte conceitual, uma nova rede-estrutura que se fia sob outra moral: a da eficiência e da melhor gestão, valores típicos da sociedade contemporânea e das relações vigentes.

Se o direito passa a se restringir ao jogo retórico, um exercício hermenêutico em que um lance de dados não seja capaz de abolir sua indeterminação e ou imprevisibilidade, se é instado a fazer uso dos mecanismos de consenso e conciliação que lhe são postos à disposição visando atingir o melhor resultado possível sem que se passe pelo risco inerente ao campo de batalha da prova e da verdade. Alguns autores, como Peter Pál Pelbart, sinalizam o desdobramento de megamáquinas de neutralização do acontecimento, não enfrentamento, recusa e evacuação da batalha³⁵. Não se vislumbra uma ontologia ou hermenêutica jurídica sem que se perpassasse uma nova epistemologia do saber jurídico, que abra novas sendas, clarões, que não se recuse ao confronto nem se dissolva ou dilua no dogmatismo idealista ou pragmático, mascarando relações de dominação e suas novas estruturas de poder-dominação que não costumam considerar quaisquer fronteiras de juridicidade que se pretendam impor.

Por trás de toda estrutura existe um discurso, por trás de todo discurso há uma valoração, um reforço ou um desprendimento de algo que seja caro ou interessante para quem o articula. “Verdade” e “prova” são historiografáveis por agenciarem em torno de si uma vastidão de

³⁵ PELBART, PETER P. “Ensaio do Assombro. São Paulo: N-1 Edições, 2019.

narrativas que possuem em comum a possibilidade de observação da trajetória do poder, a quem ele se impõe, a quem ele se entrega, se concede, se exerce.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AROSO LINHARES, Jose Manuel. “Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova com um exercício de ‘passagem’ nos limites da juridicidade. Imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso”. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 940 p.

AUSTIN, John L. “How to do Things with Words”. Cambridge: Harvard (1955) – Oxford: Clarendon Press, 1962.

CAPPELLETTI, Mauro; GRATH, Bryant. “Acesso à Justiça”. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DEFERT, D. “Situação do Curso”, in M. Foucault., Aulas sobre a Vontade de Saber, WMF Martins Fontes, pp. 241-62. _____. (2015), “Notice: L’ordre du discours”, in M. Foucault, Œuvres, Paris, Gallimard, vol. 2, pp. 1452-1458 (col. Pléiade), 2014.

DERRIDA, Jacques. “Força de Lei: o fundamento jurídico da alteridade”. Tradução Leyla Perrone Moisés. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes; 2ª edição, 2010.

FOUCAULT, Michel. Œuvres. Paris, Gallimard, 2 vols. (vol. 1: LVII + 1640 pp.; vol. 2: XXXIX + 1740 pp.) (Col. Pléiade), 2015.

FOUCAULT, Michel. Aulas sobre a vontade de saber: curso no Collège de France (1970-71). Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014.

FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

HOMERO. Ilíada e Odisseia. Tradução Carlos Alberto Nunes. São Paulo: Nova Fronteira; 1ª edição, 2015.

JACKSON, B.S., “Law. Semiotics and Legal Theory”. London, Routledge & Kegan Paul, 1985; paperback ed. 1987, reprinted Deborah Charles Publications, 1997.

_____. Law, Fact and Narrative Coherence, Merseyside, Deborah Charles Publications, 1988; paperback ed. 1990.

_____. Making Sense in Law. Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1995.

_____. Making Sense in Jurisprudence, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1996.

LEVINAS, Emmanuel. “Totalidade e Infinito”. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70; 1ª edição, 2008.

MELLINKOFF, David. "The Language of the Law". Boston: Little, Brown and Co. 1963.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. "A Gaia Ciência". Tradução Paulo César de Souza. — 1a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

PELBART, PETER P. "Ensaio do Assombro". São Paulo: N-1 Edições, 2019.

_____. "Genealogia da Moral: uma Polêmica". Tradução Paulo César de Souza. — 1a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SEARLE, John R. "Speech Act: An Essay in the Philosophy of Language". Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SÓFOCLES. A trilogia tebana: "Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona". Volume I. Tradução Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine (Coords). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.