

IX CONGRESSO DA FEPODI

HERMENÊUTICA JURÍDICA

A532

Anais do IX Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização
IX Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, Jaqueline de Paula Leite Zanetoni e Sinara
Lacerda Andrade Caloche – São Paulo, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-456-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br

Tema: Direito, Desenvolvimento e Cidadania

1. Pesquisa no Direito. 2. Universidade. 3. Pós-graduação. 4. Graduação. 5.
Universalização do Conhecimento. I. IX Congresso Nacional da FEPODI (1:2022 : São
Paulo, SP).

CDU: 34



IX CONGRESSO DA FEPODI

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 09 e 10 de dezembro de 2021, o IX Congresso Nacional da FEPODI, de maneira virtual, em que os eixos temáticos da edição foram “Direito”, “Desenvolvimento” e “Cidadania”.

O evento foi realizado em parceria com o Ecosistema Ânima Educação e, contou, no geral, com 20 apoiadores diretos, sendo eles: 1. Instituto Sul-mato-grossense de Direito – ISMD (MS); 2. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS (MS); 3. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMS – PPGD/UFMS (MS); 4. Centro Universitário UNIFAFIBE – (SP); 5. Instituto Brasil – Portugal de Direito – IBPD (SP); 6. Universidade CEUMA (MA); 7. Escola Superior da Advocacia de Mato Grosso do Sul – ESA (MS); 8. Universidade Mogi das Cruzes – UMC (SP); 9. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI (SC); 10. Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (PR); 11. Universidade Católica Dom Bosco (UCDB); 12. Universidade de Marília (SP); 13. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMAR – PPGD/UNIMAR (SP); 14. Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER (RS); 15. Instituto de Desenvolvimento Humano Global – IDHG (SP); 16. Liga Acadêmica de Direito Internacional da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – LADIN/UFMS (MS); 17. Liga Acadêmica de Direito Ecológico – LADE/UFMS (MS); 18. Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE); 19. Instituto Avançado de Ensino Superior e Desenvolvimento Humano – INSTED (MS) e; 20. Centro Acadêmico Luís Gama da UNIGRAN Capital – CALUG/UNIGRAN (MS).

No geral, foram realizados 5 (cinco) atos no decorrer do evento:

1. Mesa de abertura, composta por Orides Mezzaroba (Presidente do CONPEDI), Sinara Lacerda Andrade Caloche (Presidente da FEPODI), Vladimir Oliveira da Silveira (Coordenador do PPGD/UFMS) e Sandra Regina Martini (Coordenadora do PPGDH/UNIRITTER e representante do Ecosistema Ânima Educação). Na ocasião, ressaltou-se a importância da FEPODI para a qualificação da pesquisa em Direito no Brasil e reafirmou-se, também, o apoio institucional na organização dos próximos eventos.

2. Conferência de abertura “o Direito fraterno e a fraternidade do Direito”, ministrada pelo professor Eligio Resta, vinculado à Università degli Studi di Roma Ter. Como debatedoras, atuaram as professoras Sandra Regina Martini (UNIRITTER) e Janaína Machado Sturza

(UNIJUÍ). Destacou-se a importância da metateoria do Direito Fraternal na formação de um conceito biopolítico por excelência, que tem sido retomado atualmente com o significado de compartilhamento e de pacto entre iguais.

3. Painel sobre as “perspectivas e desafios do desenvolvimento sustentável e a proteção da natureza”, composto pelos professores Alberto Acosta (FLACSO), Mariana Ribeiro Santiago (UNIMAR) e Lívia Gaigher Bósio Campello (UFMS). Essa discussão, correlacionada aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, tem se tornado tradição no âmbito da FEPODI enquanto uma de nossas pautas de preocupação.

4. Painel sobre a “importância da pesquisa e publicações no mestrado acadêmico”, composto por Felipe Chiarello de Souza Pinto (MACKENZIE), Viviane Coêlo de Séllos Knoerr (UNICURITIBA), Jonathan Barros Vita (UNIMAR) e José Querino Tavares NETO (UFG). Cada painelistra trouxe uma contribuição essencial, que permeou debates desde as métricas relevantes a um programa de pós-graduação e sua avaliação, até práticas e iniciativas de sucesso que foram adotadas no decorrer da pandemia da Covid-19. Ao final, houve uma abordagem mais crítica no que diz respeito às técnicas avançadas de pesquisa em Direito e à ausência de preocupação com a legitimação do incentivo à ciência.

5. Mesa de encerramento do evento, composta por Sinara Lacerda Andrade Caloche (Presidente da FEPODI), Jonathan Barros Vita (UNIMAR), Elisaide Trevisam (UFMS), Sandra Regina Martini (UFMS-UNIRITTER representando o Ecossistema Ânima Educação), Abner da Silva Jaques (Tesoureiro da FEPODI) e Jaqueline de Paula Leite Zanetoni (2ª Diretoria de políticas institucionais da FEPODI). No decorrer, foram: (i) tecidos comentários sobre o evento e sobre a gestão em encerramento da FEPODI; (ii) apresentados dados e informações acerca da abrangência do evento; (iii) destinados agradecimentos aos docentes que participaram dos GT's e que auxiliaram na avaliação textual dos resumos expandidos, bem como aos acadêmicos e instituições que concederam apoio ao evento; (iv) lida a ATA de eleição da nova gestão da FEPODI, para o biênio de 2022-2023, entre outros.

No que tange à submissão de resumos expandidos e à realização dos GT's, destaca-se, mais uma vez, que a abrangência da FEPODI foi nacional, pois contemplou as cinco regiões do país, alcançando, no geral, 19 estados da Federação Brasileira. Isto, para nós, é muito significativo, na medida em que evidencia que a pesquisa científica não pertence a um estado ou uma região. É feita por todos, de todos e para todos.

Ao total, foram 113 trabalhos aprovados no evento, que envolveram 211 autores. Sendo eles, 42 doutores; 8 doutorandos; 22 mestres; 70 mestrandos; 3 especialistas; 4 especializandos; 5

graduados e 57 graduandos. Esses números mostram como é possível estabelecer uma relação de integração entre a graduação e a pós-graduação, para privilegiar a pesquisa sobre Direito no Brasil. Há, inclusive, uma valorização da produção ainda na graduação, que muito nos alegra justamente porque levamos essa como uma missão institucional.

Os trabalhos que compõem estes anais foram apresentados no decorrer dos dois dias, distribuídos em 13 GT's diferentes. Para tanto, foram fundamentais as contribuições oferecidas por todos os coordenadores, que sempre aceitam com disposição o convite da FEPODI para auxiliar os nossos acadêmicos na construção de seus trabalhos científicos. Foram concedidas dicas, menções e críticas construtivas que auxiliaram nos propósitos de formar pesquisadores e democratizar o conhecimento. São eles: 1. Vivian de Almeida Gregori Torres (UNIMEP); 2. Lucas Pires Maciel (UNITOLEDO); 3. Lívia Gaigher Bósio Campello (UFMS); 4. Joseliza Vanzela Turine (UFMS); 5. Jessé Cruciol Júnior (UFMS); 6. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr (UNICURITIBA); 7. Olavo de Oliveira Neto (UFMS); 8. Ynes da Silva Félix (UFMS); 9. Aurélio Tomaz da Silva Brittes (UFMS); 10. Yuri Nathan da Costa Lannes (MACKENZIE); 11. Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima (MACKENZIE); 12. Caio Augusto Souza Lara (DOM HELDER); 13. Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti (UFCG - FACISA); 14. Andrea Flores (UFMS); 15. Rejane Alves Arruda (UFMS); 16. Silmara Domingues Araújo Amarilla (ESMAGIS/MS); 17. Regina Vera Vilas Boas (PUC/SP); 18. Reginaldo de Souza Vieira (UNESC); 19. Maria Esther Martinez Quinteiro (UFMS); 20. Ana Paula Martins do Amaral (UFMS); 21. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (CEUMA); 22. Vladimir Oliveira da Silveira (UFMS – PUC/SP); 23. Daniel Barile da Silveira (UNIMAR); 24. Luciani Coimbra de Carvalho (UFMS); 25. Jonathan Barros Vita (UNIMAR); 26. Irene Patrícia Nohara (MACKENZIE); 27. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini (FMU - UNIVEM); 28. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer (UNIMAR); 29. Fernanda Mesquita Serva (UNIMAR); 30. Sandra Regina Martini (UFMS - UNIRITTER); 31. Ulisses Schwarz Viana (IDP); 32. Elisaide Trevisam (UFMS); 33. Elaine Dupas (UFMS) e; 34. Jackson Passos Santos (PUC/SP).

Nos GT's, exigiu-se, também, um elevado esforço de auxiliares na organização do evento: 1. Arthur Gabriel Marcon Vasques; 2. Bianca Silva Pitaluga; 3. Caroline Lopes Placca; 4. Cicília Araújo Nunes; 5. Diego Fortes; 6. Eric José Migani; 7. Elisangela Volpe; 8. Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves; 9. Henrique de Souza Wirz Leite; 10. Israel Aparecido Correa; 11. João Pedro Ignácio Marsillac; 12. João Pedro Rodrigues Nascimento; 13. Jônathas Willians; 14. Karla Aleksandra Falcão Vieira Celestino; 15. Larissa Saad; 16. Matheus Figueiredo Nunes de Souza; 17. Michel Ernesto Flumian; 18. Rafael Costa Cabral; 19.

Rafaela de Deus Lima; 20. Roseanny Expedito Leite Moura; 21. Suziane Cristina de Oliveira; 22. Thaís Fajardo; 23. Thális Alves Maciel; 24. Vanessa Siqueira Mello; 25. Vinícius Araújo Guedes e; 26. Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa.

O evento só foi possível graças à participação e ao apoio de todas essas pessoas, que confiaram no nosso trabalho.

Em mais uma edição, temos a satisfação em compartilhar com a comunidade acadêmica os anais de nosso evento. Embora seja apenas uma parcela do que representa a grandiosidade do IX Congresso Nacional da FEPODI, certamente os trabalhos ora divulgados transmitem elevado conhecimento e propiciam o incentivo à democratização da pesquisa e ao fortalecimento da ciência. Mais que isso, refletem a esperança na transformação social a partir da educação.

Que sigamos sempre caminhando e sonhando, cheios da esperança que haverá um momento em que a ciência será o centro das mais importantes decisões que são tomadas.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da FEPODI

Jaqueline de Paula Leite Zanetoni

Vice-presidente da FEPODI

Sinara Lacerda Andrade Caloche

Ex-presidente da FEPODI (2020-2021) e Coordenadora-Geral do IX Congresso Nacional da FEPODI

A VERDADE INVENTADA E CONTADA: ASPECTOS NARRATIVOS E DISCURSIVOS DA PROVA EM BERNARD S. JACKSON

THE TRUTH INVENTED AND TOLD: NARRATIVE AND DISCURSIVE ASPECTS OF THE TEST IN BERNARD S. JACKSON

Juan Pablo Ferreira Gomes

Resumo

O presente trabalho se propõe a investigar a prova a partir da perspectiva da teoria do direito, buscando comparar e articular os materiais teóricos-discursivos acerca da prova como mecanismo de obtenção-aproximação (im)possível da verdade. Para tanto, é realizada uma análise do arquétipo argumentativo de prova a partir da obra “Making Sense in Law” de Bernard S. Jackson, bem como seus demais estudos semiótico-jurídicos. No específico caso do direito, assume-se o sentido geral de story-telling, ou seja, as histórias contadas em processos judiciais podem ser tratadas como narrativas. As tramas narrativas do discurso jurídico envolvem perspectivas interligadas, uma semântica (semiótica) e outra pragmática (retórica). Assim, não se trata apenas da avaliação do conteúdo da história narrada (story in the trial / ênfase semântica), mas também como a história é contada no julgamento (story of the trial / ênfase pragmática).

Palavras-chave: Direito, Verdade, Prova

Abstract/Resumen/Résumé

The present work proposes to investigate evidence from the perspective of the theory of law, seeking to compare and articulate the theoretical-discursive materials about evidence as a mechanism for obtaining-approximation (im)possible to the truth. Therefore, an analysis of the argumentative archetype of proof is carried out based on the work “Making Sense in Law” by Bernard S. Jackson, as well as his other semiotic-juridical studies. In the specific case of law, the general sense of story-telling is assumed, that is, stories told in legal proceedings can be treated as narratives. The narrative plots of legal discourse involve interconnected perspectives, a semantic (semiotic) and a pragmatic (rhetoric) perspective. Thus, it is not just a question of evaluating the content of the narrated story (story in the trial / semantic emphasis), but also how the story is told in the judgment (story of the trial / pragmatic emphasis).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Truth, Power

1. A INVENÇÃO DA VERDADE: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

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.

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 história. O discurso é esse conjunto regular de fatos linguísticos em determinado nível, e polêmicos e estratégicos em outro. Essa análise do discurso como jogo estratégico e polêmico já considerado pelo teórico francês nos serve como espaço de aproximação ao trabalho de Bernard Jackson anos depois. 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 filosófica.

Da mesma forma, no século XIX também se inventaram, a partir de problemas jurídicos, judiciários, penais, formas de análise bem curiosas que chamaria de exame (examen) e não mais 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. O ARQUÉTIPO RETÓRICO-ARGUMENTATIVO DA PROVA E DA VERDADE EM BERNARD JACKSON

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 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 enunciação¹.

“Making Sense in Law” é precisamente sobre o sentido que atribuímos às situações juridicamente relevantes, como as retemos, como as recordamos, como as transmitimos, como os outros as vão compreender. Porque é que, em dadas situações, queremos significar uma coisa e o nosso interlocutor percebe outra diferente? Perceberá o julgador o que a testemunha lhe quer transmitir, da forma como pretendia ser entendida? Será que o que a testemunha transmite corresponde ao que percecionou? Se não existe essa correspondência, será apenas por dissipação ou desvanecimento da memória? Ou existirão também fenômenos de confusão

¹ 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.

cronológica de dados e turvos de distintas ordens? Na procura de respostas a estas e outras questões, o autor transporta-nos pelos mundos da linguística, da semiótica e da psicologia.

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 crítica².

O significado das palavras depende também das suas relações com as outras palavras dentro do sistema da língua. 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. 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.

Por exemplo, uma afirmação em tom irônico quererá significar o inverso do seu conteúdo semântico. Consequentemente, a compreensão depende também da análise do comportamento num dado contexto. Dependendo o significado de convenções interiorizadas, da relação entre as palavras dentro do sistema da língua e do contexto em que são ditas ou escritas, em que consiste, afinal, o "sentido literal"? Para Jackson the claim that there exists only one literal meaning is really a claim for the dominance of the language of one group over that of others³. O sentido depende sempre do contexto, o que serve de mote ao próximo desenvolvimento sobre o discurso enquanto forma de comportamento humano.

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"⁴. Nesta obra, o autor evidenciou que a linguagem não tem, ou pode não ter, uma função meramente assertiva,

² 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.

³ Obra citada, p. 45.

⁴ AUSTIN, John L. "How to do Things with Words". Cambridge: Harvard (1955) – Oxford: Clarendon Press (1962).

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)⁵. Em direito encontramos múltiplos exemplos de speech acts: - Todas as sentenças constituem speech acts, pelo menos na sua parte decisória (condena-se a pagar, condena-se em cinco anos de prisão, anula-se o contrato, condena-se a entregar, estabelece-se a filiação, decreta-se o divórcio); - Todas as leis constituem speech acts (autoriza-se o Governo a legislar, aprova-se o código x ou y, altera-se, adita-se ou revoga-se esta ou aquela lei); - Todos os contratos são formados por speech acts constituídos pelas declarações contratuais que produzem efeitos jurídicos, gerando direitos e obrigações para quem as emite e aceita.

Além dos speech acts acima exemplificados, os autores reconhecem uma outra categoria – a dos “indirect speech acts” – muito mais interessante para a análise das questões abordadas na obra de Jackson ora em apreço. No indirect speech act o que se pretende significar não corresponde ao sentido literal do que se diz, carecendo a sua interpretação da análise do comportamento num dado contexto. Segundo Searle, no indirect speech act, quem fala comunica a quem ouve mais do que aquilo que efetivamente diz, contando com o background de informação comum de que ambos dispõem, quer em termos de linguagem verbal, quer não verbal, e contando ainda com a capacidade de raciocínio e dedução de quem ouve.

Jackson dá o seguinte exemplo: ao lecionar uma aula num dia quente, o professor olha para um aluno sentado perto da janela e diz “Está muito abafado aqui!”. Se a sua observação tiver o esperado efeito de o aluno abrir a janela, estamos perante um indirect speech act. Speech act porque causou uma modificação (a abertura da janela).

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. Jackson critica particularmente a linguagem jurídica, defendendo a sua simplificação. Recordá-nos o uso excessivo de expressões em latim que já ninguém conhece, o uso de palavras comuns com significados pouco habituais, o estilo genérico e impessoal, enfim, características que dificultam a compreensão do discurso jurídico pelo público em geral.

⁵ SEARLE, John R. “Speech Act: An Essay in the Philosophy of Language”. Cambridge: Cambridge University Press (1969),

A primeira grande luta foi a de permitir que os textos legais fossem escritos em inglês, em vez de francês ou latim. Isto porque, quando Guilherme, Duque da Normandia, conquistou a Inglaterra, derrotando o anglo-saxão Rei Harold (Batalha de Hastings, 1066), os documentos jurídicos passaram a ser escritos em latim, e mais tarde em francês. Em Inglaterra, os súbditos, cuja língua materna era o inglês e que não aprendiam francês, eram julgados nesta última língua, na qual os documentos legais eram escritos. Só em 1362, o Statute of Pleading determinou que as queixas, petições, outros atos processuais e o próprio julgamento passassem a decorrer em língua inglesa. Jeremy Bentham, o jurista e filósofo utilitarista dos sécs. XVIII-XIX apelidava a linguagem jurídica de “excrementitious matter” e “literary garbage” e defendia a codificação com regras simples que as pessoas pudessem memorizar facilmente, escritas de forma suficientemente clara para os cidadãos saberem exatamente a vontade do legislador.

Alguns livros como *The Language of the Law*⁶, de David Mellinkoff, e *Plain English for Lawyers*, de Richard Wydick⁷, têm exposto os absurdos do “legalês” tradicional, advogando o uso de linguagem simples, clara e direta. As dificuldades sentidas pelo cidadão comum, a quem de resto as leis se dirigem e vinculam, são de tal ordem que já houve autores a proporem a duplicação dos textos legais, em linguagem jurídica e em linguagem comum. Paul H. Robinson, Peter D. Greene, e Natasha B. Goldstein, num artigo intitulado *Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and a Code of Adjudication (1996)*⁸, defenderam a existência de duas versões do código penal, uma das quais em linguagem comum, para as pessoas leigas em direito poderem ter conhecimento das condutas que lhes estão vedadas.

O movimento Plain English lutou pela simplicidade da linguagem e pela impressão das cláusulas gerais em forma e tamanho que permitam a sua fácil compreensão. O Movimento atraiu apoio institucional em vários países e os seus objetivos têm sido levados à prática em Inglaterra, na Austrália e nos Estados Unidos, sobretudo em documentos comerciais e administrativos, apólices de seguro, leasings, formulários da segurança social.

Ainda no capítulo dedicado à semiótica, Jackson dá-nos conta de uma versão psicológica da teoria narrativa aplicada a casos criminais por uma equipe de holandeses liderada por Wagenaar, em 1993. Tem como ponto de partida a pesquisa de Bennett e Feldman, e os seus autores acreditam que a coerência narrativa e os estereótipos (o que Jackson descreve como tipificações narrativas) podem produzir facilmente falsas convicções. Wagenaar propõe uma

⁶ MELLINKOFF, David. “The Language of the Law”. Boston: Little, Brown and Co. 1963.

⁷ WYDICK, Richard C. “Plain English for Lawyers”. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2005.

⁸ ROBINSON, Paul H. GREENE, Peter D. GOLDSTEIN, Natasha B.! Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and a Code of Adjudication! – The Journal of Criminal Law & Criminology - NorthWestern University School of Law (1996).

série de “regras universais” através das quais poderíamos assegurar de que as narrativas usadas na construção do facto podem ser ancoradas em segurança em terreno mais fiável do ponto de vista científico⁹.

A tese mais importante desta teoria resume-se no seguinte: os julgadores da matéria de facto (três juízes, nos casos de maior importância) alcançam as suas decisões com base em dois julgamentos; primeiro na avaliação da plausibilidade da acusação; depois, verificando se as provas permitem ancorar a narrativa nas regras de senso comum genericamente aceites como verdadeiras, na maioria das vezes. Isto representa uma tentativa de superar a distância que a teoria da narrativa deixa aberta entre plausibilidade ou coerência e verdade.

Em primeiro lugar, a história da acusação tem de passar o teste de “boa história” em termos de coerência narrativa. Não podem faltar elementos, todos têm de estar ligados à ação central, não pode haver elementos contraditórios, e têm de figurar todos os relevantes para preencher o tipo de crime. Em seguida, as provas têm de suportar a história de modo a que formem âncoras entre a história e as regras de senso comum geralmente aceites. Como é que sabemos se a prova está a funcionar como uma âncora fiável? Depende da inclinação do julgador para aceitar como regra de bom senso a inferência a que a prova conduz.

Bernard Jackson recorda-nos que os conhecimentos jurídicos são insuficientes para a compreensão dos factos relevantes e, nomeadamente, para a apreciação da matéria de facto em julgamento, pois os processos de construção do sentido não são do domínio do direito e são estudados por disciplinas extrajurídicas.

Toda a obra é vocacionada para a descoberta do facto, momento fundamental na administração da justiça. Sem uma decisão de facto que espelhe a realidade passada, a apreciação jurídica e a decisão ficam irremediavelmente comprometidas. Ao evidenciar a multiplicidade e a elevada complexidade dos fatores que intervêm na construção do sentido, “Making Sense in Law” consciencializa o leitor para a dificuldade de chegar à designada “verdade material”. O problema é profundo, situando-se logo na dificuldade de estabelecer uma ligação segura entre o que percebemos através dos sentidos (auditivo, visual, etc.) e os estímulos do mundo exterior, dificuldade que é agravada pela inconsciência dessa mesma dificuldade e pela adoção de uma perspectiva “naive” de determinação dos factos em juízo.

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,

⁹ WAGENAAR, W. A., VAN KOPPEN, P. J., & CROMBAG, H. F. M. (1993). *Anchored narratives: The psychology of criminal evidence*. Harvester Wheatsheaf; St Martin's Press.

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. Também neste segundo ciclo estão presentes os condicionamentos de construção do sentido extensamente analisados na obra. O ceticismo de Jackson em relação à possibilidade de descoberta do facto, sendo realista, não é derrotista.

Por um lado, o autor reconhece que o uso inconsciente e, como tal, acrítico dos conhecimentos sociais interiorizados (quer os designemos por estereótipos, molduras, preconceitos ou tipificações narrativas da ação) não é uma inevitabilidade. Esse uso é frequentemente, mas não necessariamente, inconsciente. Para Jackson, não é inevitável que as tipificações narrativas da ação operem como estruturas mecânicas, automaticamente impelidas por uma certa medida de semelhança com os dados do nível da manifestação, e gerando uma forçosa interpretação desses dados. Os estereótipos criam presunções e não conclusões mecânicas. Consequentemente, quanto mais consciente o julgador estiver dos mecanismos de construção do sentido, mais facilmente evitará indesejáveis aplicações acríticas de tipificações narrativas inadequadas aos concretos dados em análise.

3. CONCLUSÃO: BARGANHAS E ESTRATÉGIAS DE PODER-SABER NO CINTILAR DAS ESPADAS.

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.

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.

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. 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 batalha¹⁰.

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 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.

¹⁰ “Em outras palavras, é toda uma megamáquina de neutralização do acontecimento. O que está em jogo na ofensiva, aqui, não é ganhar algum enfrentamento, mas ao contrário, fazer com que o enfrentamento não aconteça, esconjurar o acontecimento em sua raiz, prevenir todo salto de intensidade no jogo das formas-de-vida, por meio do qual o político adviria. O fato de que nada aconteça já é para o Império uma vitória massiva. Frente ao inimigo qualquer’, frente ao Partido Imaginário, sua estratégia consiste em ‘substituir o acontecimento que se queria decisivo, mas que permanece sendo aleatório (a batalha), por uma série de ações menores, mas estatisticamente eficazes, que chamaremos, por oposição, a não batalha”. PELBART, PETER P. “Ensaio do Assombro. São Paulo: N-1 Edições, 2019.

5. 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.

_____ “Evidence (or Proof) as Law's Gaping Wound: A Persistent False Aporia”, 88 Bol. Fac. Direito U. Coimbra 65, 2012.

_____”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.

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

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.

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.

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

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

ROBINSON, Paul H. GREENE, Peter D. GOLDSTEIN, Natasha B. Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and a Code of Adjudication! – The Journal of Criminal Law & Criminology - NorthWestern University School of Law, 1996.

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

TWINING, William L. "Theories of Evidence: Bentham and Wigmore". London: Butler & Tunner Ltd., 1985.

VERHEIJ, Bart van. "Anchored narratives and dialectical argumentation. Department of Metajuridica, Universiteit Maastricht P.O. Box 616, 6200 MD Maastricht, The Netherlands". 2001.

WAGENAAR, W. A., VAN KOPPEN, P. J., & CROMBAG, H. F. M.. "Anchored narratives: The psychology of criminal evidence. Harvester Wheatsheaf; St Martin's Press". 1993.