

## A PERPLEXIDADE DOS JUÍZES TORNA-SE A OPORTUNIDADE DO ACADÊMICO

Jeanne Gaakeer<sup>1</sup>

UNIVERSIDADE ERASMUS

### Resumo

Benjamin Cardozo, um grande defensor do conceito da unidade de forma e conteúdo no direito e na literatura, uma vez escreveu que "[a] perplexidade dos juízes se torna a oportunidade do acadêmico". A observação de Cardozo endossa minha contribuição sobre as narrativas no direito nesta edição especial sobre pluralidades no direito, em decorrência da inter-relação entre o direito na teoria e o direito na prática. Minha experiência como juíza e como acadêmica em ambos os campos do direito e literatura, e do direito e humanidades, permite-me fornecer um ponto de vista único. Este artigo argumenta o seguinte: primeiro, "narrar já é explicar" como escreveu Paul Ricoeur; a maneira pela qual os fatos de um caso são narrados, em grande parte, determina o resultado desse caso, portanto, os juristas precisam desenvolver e valorizar o conhecimento narrativo. Em segundo lugar, os juristas devem ser imaginativos sobre o direito e as pessoas cujos destinos eles determinam quando usam a linguagem para traduzir fatos brutos para a realidade da narrativa jurídica. Em terceiro lugar, este artigo investiga e responde criticamente aos vários pontos de vista de teóricos literários sobre narrativa e narratologia, explicando quais elementos podem ser frutiferamente incorporados a uma narratologia do direito. Defendo que os juristas, ao mesmo tempo que atuam como autores e leitores de narrativas jurídicas, muitas vezes ignoram o que a teoria literária e as humanidades geralmente têm a oferecer à prática jurídica, que é destacar pontos de desentendimentos interdisciplinares nas discussões literário-jurídicas. Aqui, também, as oportunidades acadêmicas permanecem para serem apreendidas possibilitando mais esclarecimentos e elaboração teórica do vínculo do direito e da narrativa.

"A perplexidade dos juízes torna-se a oportunidade do scholar<sup>2</sup>."

"*Si bene facta notes, consultus, jura sequentur. Factum praecedens ordine jus sequitur*<sup>3</sup>".

"Mas o que você acha de apoiar uma causa que você sabe ser ruim? Senhor, você não sabe se será boa ou ruim até que o juiz assim determine<sup>4</sup>".

---

<sup>1</sup> Juíza do Tribunal de Apelação de Haia, professora efetiva de Teoria do Direito e professora associada de Jurisprudência na Faculdade de Direito *Erasmus*, na Universidade *Erasmus* em Roterdã, na Holanda.

<sup>2</sup> Benjamin Nathan Cardozo, *The Growth of the Law*, p. 5-6 (1924).

<sup>3</sup> Justinus Gobler, In *Legem Respiciendam Explanatio* (1543). "Wenn du, Jurist, die Tatbestände gut feststellst, dann wird Recht folgen. Der Sachverhalt geht in der Reihe vor, die rechtliche Beurteilung folgt nach." Gustav Radbruch, *Kleines Rechts-Brevier*, p. 58 (1954).

<sup>4</sup> James Boswell, *The life of Samuel Johnson LL.D.*, p. 168 (1830) (*asking Johnson's view*).

## A. OS FATOS DO MEU CASO

O sucinto lembrete de Benjamin Cardozo — que a teoria e a prática estão entrelaçadas no direito — endossa este artigo. Acadêmicos recebem oportunidades de pesquisar novos tópicos quando se torna evidente que os juízes precisam de orientação em uma área específica do direito, particularmente onde os juízes se aprofundam em uma infinidade de precedentes. Visto de forma diferente, dado que o processo de adjudicação em si — pelo menos em jurisdições de *civil law* — é a característica mais proeminente deste entrelaçamento, é importante que os profissionais do direito forneçam aos teóricos temas que possam ir além do foco tradicional do campo do saber jurídico e acadêmico. Aqui está uma oportunidade para a cooperação interdisciplinar como um aspecto das pluralidades do direito — sem cadeias doutrinárias anexadas. É aquele que pode iluminar a sua base no quadro cultural mais amplo do qual o direito é apenas uma parte.

Ao seguir meu ponto de vista e acrescentar uma advertência, como juíza num cenário de *civil law* europeu continental, as minhas raízes práticas estão, em primeiro lugar, na ideia da textualidade do direito; como consequência, acredito que os juízes como leitores e escritores são hermeneuticamente bem informados, compreendendo a hermenêutica enquanto metodologia interpretativa, bem como método filosófico de investigação de textos e da ação humana. Neste contexto, os juízes sempre tentam "descobrir" a variedade de significados das narrativas diante deles e lidam com elas em termos de suas consequências pretendidas<sup>5</sup>. Em segundo lugar, o que os juízes fazem encontra a sua fundação na metodologia do movimento dialético entre fatos, regras e normas, ou como a máxima romana segue, *Da mihi facta, dabo tibi ius* — que significa "Dê-me os fatos e eu lhe darei o direito" — e sua elaboração *Ex facta ius oritur* — que significa "o direito surge dos fatos"<sup>6</sup>. Os fatos são equivocadamente considerados objetivos; no entanto, os fatos também precisam de um hermeneuta, e não de um *iudex deductor*, responsável por subsumir os fatos às regras como se os significados de ambos fossem dados *a priori*<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Este é o tema principal de Jeanne Gaakeer, *Configuring Justice*, p. 9 *No Foundations*, p. 20 (2012).

<sup>6</sup> No tópico em que Karl Larenz, seguindo Karl Engisch, em seu *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* chamou "das Hin-und-Herwandern des Blickes" (*the wandering back and forth the gaze*). Karl Larenz, *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft*, p. 204 (1991). Veja também Jeanne Gaakeer, *European Law and Literature*, In *Dialogues on Justice* 44, 15 (Helle Porsdam & Thomas Elholm eds., 2012); Jeanne Gaakeer, *On the Study Methods of Our Time*, In *Intersections of Law and Culture*, 131 (Priska Gisler et al. eds., 2012). A máxima *ex facta ius oritur* foi cunhada pelos juristas italianos Bartolus e Baldus no século XIII. Bartolus De Saxoferrato & Baldus De Ubaldis, *Digests D. 9.2.52.2*.

<sup>7</sup> A ideia do *iudex deductor* está intimamente ligada à tese da separação positivista de fato e norma que é guiada pela visão de que julgar é a aplicação não mediada de normas legais objetivas (objetivamente existentes) para os fatos (chamados incontestáveis).

Tomadas juntas, a observação de Cardozo e as minhas próprias reflexões como juíza em uma jurisdição de *civil law* me levam ao tema da análise narrativa e da narratologia como métodos de obtenção de acesso cultural ao direito<sup>8</sup>. Estes são métodos que a teoria jurídico-literária pode compartilhar para incorporar em uma metodologia jurídica. Devo imediatamente acrescentar mais uma advertência: recebi meu primeiro treinamento em teoria literária, incluída a narratologia, no final da década de 1970: Teoria da Literatura, o trabalho seminal de Welles e Warren (1949), ainda era *de rigueur*; Todorov desenvolveu sua teoria a partir da definição aristotélica de elementos de uma história como um começo, meio e fim, e introduziu o termo "narratologia"<sup>9</sup>; e Greimas e Courtès delineararam o conceito de narratividade como o princípio organizador de qualquer discurso; Não incidentalmente, Greimas foi um dos primeiros acadêmicos a aplicar apreensões semióticas ao discurso jurídico, alegando que o direito enquanto código é onipresente<sup>10</sup>. Todos esses teóricos prestavam homenagem ao trabalho seminal de Vladimir Propp sobre a morfologia dos contos de fadas, *Morphology of the Tale*<sup>11</sup>. Foi só quando me tornei juíza que comecei a entender muito do que tinha — até então — permanecido puramente teórico, mesmo na minha própria pesquisa sobre direito e literatura. A teoria tornou-se prática quando eu tinha que compreender e avaliar as narrativas de autores e/ou personagens que estavam diante de mim como réus em casos concretos.

No que se segue, dois pontos de vista da perspectiva literário-jurídica endossam o meu argumento. Primeiro, a visão ontológica de que como seres humanos, uma de nossas características fundamentais é narrar histórias. Em segundo lugar, a visão epistemológica de que os seres humanos usam narrativa para impor uma organização à experiência humana<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Veja Mieke Bal, *Narratology* 227 (2009) (argumentando que "a narrativa é uma atitude cultural e, portanto, a narratologia é uma perspectiva sobre a cultura."). Uma das teses de Bal diz respeito ao uso da narratologia para a análise cultural; ela defende a diferenciação em relação ao lugar da narrativa nas diferentes áreas de estudo.

<sup>9</sup> Aristóteles, *Poetics* § 1450b (1999) (explicando que uma ação do evento deve ser completa, por exemplo, "[um] todo/inteiro é o que tem um início, meio e fim"). Narratologia é a tradução de *narratologie*, termo francês introduzido por Tzvetan Todorov. Veja Tzvetan Todorov, *Grammaire Du Decameron* (1969).

<sup>10</sup> Algirdas Julien Greimas & Joseph Short, *Semiotique, Dictionnaire Raisonne de la Theorie Du Langage* 249 (1979). Greimas e Eric Landowski aplicaram uma análise semiótica ao direito comercial francês de *trusts* e corporações. Algirdas Julien Greimas & Eric Landowski, *Analyse Semiotique D'Um Discours Juridique, Semiotique et Sciences Sociales* 79 (1976).

<sup>11</sup> Veja Vladimir Propp, *Morphology of the Folktale* (Laurence Scott trans., 1958).

<sup>12</sup> Veja James Boyd White, *Heraclides' Bow* 169 (1985): "Uma característica fundamental da vida humana é que todos nós contamos histórias o Time todo, seja sobre nós mesmos e sobre os outros, seja no direito ou fora do direito. A necessidade de contar a história de alguém, para que faça sentido para si próprio e para outros é de fato a necessidade mais profunda daquela parte de nossa natureza que nos marca como seres humanos, como o tipo de animal que procura sentido/significado.". Jerome Bruner, *The Reality of Fiction*, 40 McGill J. Legal Educ. 55, 58 (2005): "Narrativa é também o nosso modo mais simples de impor uma estrutura moral sobre a experiência" e "uma função principal da narrativa é explorar versões alternativas da condição humana", explorar 'mundos possíveis' como eles eram."

Na perspectiva da teoria jurídica, quero enfatizar a necessidade de clareza conceitual quando se trata do projeto de desenvolvimento de uma narratologia do direito, ou mais modestamente, talvez, de desenvolver percepções narratológicas que estejam voltadas para aplicação na investigação e prática jurídicas. A clareza do direito é essencial, dadas as diferenças entre os sistemas jurídicos e as especificidades dos seus procedimentos, cujas distinções decorrem dos subcampos do Direito Penal, do Direito Comercial ou do Direito Administrativo, por exemplo.

Da perspectiva da narratologia, também, muito pode ser acrescentado a partir da compreensão do que o termo "narrativa" significa em um contexto específico. As definições de "narrativa" e "narratologia" são vastas<sup>13</sup>, mas quando se trata de tópicos para investigações posteriores, muitos estudos narratológicos excluem o direito como um campo possível de exploração ao lidarem com a visão epistemológica da narrativa. A título de exemplo, as definições seguem do abstrato — como na afirmação de Jan Christoph Meister de que "a narratologia é uma disciplina de Humanidades dedicada ao estudo da lógica, dos princípios e das práticas da representação narrativa" ou da descrição sucinta feita por Wilhelm Schernus de que a "narratologia é uma teoria da narrativa" — às distinções aplicáveis a situações mais concretas. Estas distinções incluem a divisão de Christy DeSanctis de três tendências inter-relacionadas neste campo de estudo: (1) a "narrativa" ou "história" (termos usados alternadamente por DeSanctis) enquanto definição contra a lógica dura; (2) a prática real de narrar histórias distinta da teoria narrativa como o estudo da natureza e do processo de narrar histórias, e; (3) a combinação dessas duas tendências, por exemplo, na equação da narrativa e narração de histórias com ênfase no recebimento dessas narrativas pelo público (idealmente com uma reação empática)<sup>14</sup>. No entanto, quando Stefan Iversen discute as narrativas no discurso retórico, que em minha opinião também é um assunto profundamente jurídico, ele não menciona o direito como um tema para uma investigação mais aprofundada, embora ele coloque a questão epistemológica sobre o alcance dos efeitos narrativos dentro do discurso

---

<sup>13</sup> Veja Greta Olson, *Futures of Law and Literature*, In *Recht Und Literatur Im Zwischenraum/Law and Literature Inbetween* 37, 43 (Christian Hiebaum et al. eds., 2015) ("O termo 'narrativa' é frequentemente usado de maneira indiferenciada nos textos que tratam sobre as propriedades narrativas do direito para incluir uma série de fenômenos. "). Veja também Wilhelm Schernus, *Narratology in the Mirror of Codifying Texts*, in *Current Trends in Narratology* 277, 290 (Greta Olson ed., 2011) ("O status da narrativa enquanto disciplina da narratologia aparece obscuro ou pelo menos um tanto incerto.").

<sup>14</sup> Veja Jan Christoph Meister, *Narratology*, *The Living Handbook Of Narratology* (26 de agosto de 2011) <http://www.lhn.uni-hamburg.de/article/narratology>; Schernus, Nota 13 supra, p. 281; Christy H. DeSanctis, *Narrative Reasoning and Analogy: The Untold Story*, 9 *Legal Comm. & Rhetoric*: JALWD 149 (2012). Veja também Derek H. Kiernan-Johnson, *A Shift To Narrativity*, 9 *Legal Comm. & Rhetoric*: JALWD 81, 81 – 82 (2012) (distinguindo entre história, narrativa e contação de história: História e contação de história são limitadas para eventos e pessoas; narrativa é o termo mais amplo também usado no raciocínio jurídico, e narratividade é a última flor a florescer/desabrochar na árvore terminológica).

retórico<sup>15</sup>. Além disso, quando os estudos narratológicos mencionam o direito, eles são orientados geralmente às particularidades do sistema de *common law*; obviamente, os achados narratológicos que são aplicáveis em contextos de *common law* não podem ser imediatamente traduzidos para o contexto do *civil law*.

Eu busco oferecer uma modesta investigação preliminar da narrativa a partir de uma perspectiva do operador do direito com a finalidade de começar a responder à pergunta colocada por Peter Brooks sobre a necessidade de narratologia no direito<sup>16</sup>. Trata-se de perguntar se é importante desenvolver um narratologia jurídica que tenha status de metodologia jurídica, em vez de fazê-lo com elementos específicos derivados da narratologia literária *per se*. Além disso, eu pergunto que forma uma narratologia jurídica deve possuir, se é que deve possuí-la. Eu faço estas perguntas porque tanto a prática do direito quanto a teoria jurídica estão – por razões óbvias – ligadas ao conceito de Estado de Direito (*Rule of Law*), ao invés do governo dos homens (*rule of men*). A própria ideia do papel da narrativa no julgamento quando visto de uma perspectiva positivista tradicional, doutrinária e legalista pode abrir a porta a elementos subjetivos que supostamente ameaçam o raciocínio logocêntrico e a racionalidade e os princípios aclamados do direito como a imparcialidade judicial, a objetividade e a igualdade perante a lei<sup>17</sup>. Este também é um ponto de vista específico no que diz respeito ao "whatness" da lei. Minha voz é a de uma operadora do direito no campo da jurisdição penal e civil cujas experiências imediatas com as narrativas são de falhas e de acertos em vários níveis. Essa perspectiva prática e orientada pode ajudar a inspirar os narratologistas a recorrer ao direito — outro objetivo deste artigo.

## B. DIREITO E NARRATIVA

### I. Leitura para o enredo

Estudar o campo da narrativa a partir da perspectiva de uma juíza muitas vezes me fez sentir como Monsieur Jourdan na peça de Molière *Le Bourgeois Gentilhomme*. Como juíza, tenho direcionado minha leitura para o enredo durante toda a minha vida judicial. No

---

<sup>15</sup> Stefan Iversen, *Narratives in Rhetorical Discourse*, In *The Living Handbook Of Narratology*, (31 de janeiro de 2014) <http://www.lhn.uni-hamburg.de/article/narratives-rhetorical-discourse>.

<sup>16</sup> Peter Brooks, *Narrative Transactions – Does the Law Need a Narratology?*, 18 *Yale J.L. & Human.* 1 (2006).

<sup>17</sup> Veja Peter Brooks, *The Law as Narrative and Rhetoric*, In *Law's Stories: Narrative And Rhetoric in the Law* 14, 16 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996) (advertindo que "contação de história é um camaleão moral, capaz de promover tanto a pior quanto a melhor causa em toda parte, assim como ocorre com sofismas jurídicos (*sophistry*).").

entanto, fico muitas vezes perplexa e procuro mais orientação. Ao mesmo tempo, sugiro que a virada narrativa no direito tenha mais congruência e articulação no que diz respeito ao seu enfoque, embora as obras pioneiras da década de 1970 tenham sido complementadas atualmente por visões sofisticadas sobre como o discurso jurídico é narrativamente organizado em diferentes níveis. "O fato flagrantemente óbvio" de que a teoria jurídica e a prática dependem de ferramentas de análise retórica e linguística, ainda não foi totalmente internalizado<sup>18</sup>, nem mesmo nos vários subcampos interdisciplinares do direito e da literatura. Ainda mais importante, a narrativa não é a panaceia de todos os nossos problemas jurídicos. Como Ruthann Robson e James Elkins observaram, a narrativa com citações pode tanto restringir o inquérito, bem como ampliá-lo, porque as narrativas – semelhante às regras jurídicas – não vêm com explicações já construídas: "em vez disso, [Eu acho que] as narrativas são explorações particularizadas de pessoas particulares (ou formas não humanas de existência) em situações particulares, e no seu melhor, iluminam as ambiguidades, as contradições e a não-teorização da vida<sup>19</sup>".

Este é um ponto importante dado que muitas noções intuitivas da narrativa fazem parte do direito em decorrência das conexões históricas entre o direito e a narrativa. Por exemplo, pense no significado etimológico dos termos antigos para denotar a função de defensor, no inglês médio, ou seja, "narrador" (*narrator*) e "contador" (*counter*), derivado do *conter* francês – que significa contar uma história e pleitear em um Tribunal de Justiça<sup>20</sup>. Tendo em vista que os juristas têm contado histórias desde os tempos imemoriais, pode-se argumentar contra o incômodo advindo dos meandros da narrativa. Visto de um ângulo diferente, considere o argumento de Cornelia Vismann sobre a responsabilidade tradicional do juiz alemão para converter o *Ding* disputado, ou seja, a matéria disputada, em alguma "coisa" que poderia ser discutida. Ela alega que este desenvolvimento ganhou impulso com a propagação do Direito Romano na Europa no século XII e o subsequente desenvolvimento teórico de enfatizar a punição ao invés de prejuízos no direito penal<sup>21</sup>. Em outras palavras, a questão em disputa evolui em uma questão de fato a ser adjudicado por meio de narração judicial.

---

<sup>18</sup> Veja Peter Goodrich, *Legal Discourse* 1 (1987).

<sup>19</sup> Ruthann Robson & James R. Elkins, *A Conversation*, 29 *Legal Stud. F.* 145, 172 (2005).

<sup>20</sup> Veja prefácio para Anton-Hermann Chroust, *The Rise of Legal Profession in America* (1965); Roscoe Pound, *The lawyer from Antiquity to Modern Times* 78 (1953).

<sup>21</sup> Cornelia Vismann, *Die unhintergehbare theatrale Dimension des Gerichts*, in *Medien Der Rechtsprechung* 19, 20 (Vismann ed., 2011) ("Sie konvertieren das strittige Ding in eine aussprechbare Sache."). Compare a expressão islandesa *Althing* e a expressão alemã *Thingstätten* enquanto local onde as pessoas se reuniam para receber justiça.

Este fato histórico também fornece uma boa razão para se concentrar na função judicial como fonte importante para a pesquisa voltada para o desenvolvimento de uma narratologia do direito. Na perspectiva de que julgar é escolher (e isso inclui a seleção do que, no final do dia, serão chamados de fatos do caso), a virada literária, ou mais especificamente, a virada narrativa<sup>22</sup> no campo do direito e da literatura tem redirecionado a atenção dentro do discurso jurídico para uma crença na força da característica essencialmente humana que é a necessidade de narrar histórias; também sintetizou a ligação entre os seres humanos e os seus produtos no direito e na literatura como artefatos culturais. É importante ressaltar que esta virada para a narrativa do direito ou, mais amplamente, a virada para a interpretação nas ciências sociais e no direito, funcionou por um longo tempo como um antídoto para o foco unilateral sobre tecnicidades no formalismo jurídico e positivismo: indicando uma perda de fé na ciência. Esta primeira reavaliação da narrativa dentro da jurisprudência, contudo, não encontrou o seu caminho para o tribunal, permanecendo inteiramente acadêmica.

Na narratologia, pode-se ver um desenvolvimento comparável no fato de que os primeiros narratologistas "privilegiavam a narrativa geral sobre a narrativa individual"<sup>23</sup>. Assim, não surpreende que os narratologistas até recentemente não tenham tratado os temas jurídicos como temas importantes na narratologia. Ou, como David Herman colocou, "em essência, os narratologistas olharam para a teoria da linguagem com o propósito de construção de modelo."<sup>24</sup> Herman oferece uma lista de tópicos, derivados de Wellek e Warren, que pode já ter incluído o direito como um campo-alvo na década de 1970. Por exemplo, Wellek e Warren postulam que a ficção narrativa é apenas um subtipo de discurso narrativamente organizado, "fusão narrativa de seqüência e consequência"; do ponto de vista jurídico, esse *insight* pode ser imediatamente conectado ao problema da temporalidade nas configurações probatórias; Além disso, "a noção de que a 'verdade' da ficção narrativa surge da forma como seus componentes se unem para formar um *Kosmos* suficiente para si mesmo, enquanto a verdade de um relato histórico depende da medida em que ela coincide, em certo sentido, com a forma como o mundo é"<sup>25</sup>, podem ser traduzidos em questões de veracidade e verossimilhança em contextos jurídicos.

Outra razão para focar no trabalho do juiz relaciona-se com o tema da temporalidade mencionada acima: o juiz não estava presente quando os acontecimentos, que mais tarde serão os fatos do caso, ocorreram. Assim, "este mundo de ação", como Paul Ricoeur o

---

<sup>22</sup> Veja Olson, nota 13 supra (para uma visão geral da "virada narrativa").

<sup>23</sup> David Herman, *Histories of Narrative Theory* (I), In *A Companion to Narrative Theory* 19, (James Phelan e Peter J. Rabinowitz eds., 2005).

<sup>24</sup> Id. p. 31.

<sup>25</sup> Id. p. 21.

chama<sup>26</sup>, em outras palavras, as ações que ocasionam a ação judicial, só podem ser proclamadas perante o juiz por meio de uma variedade de narrativas que podem diferir quanto ao tempo da história e quanto ao tempo do discurso<sup>27</sup>. Isso exige um entendimento por parte do juiz da ordem temporal de uma ação que é informada por outras narrativas culturais e profissionais, incluindo a pré-compreensão que temos da ordem de uma ação que é baseada na “qualidade pré-narrativa da experiência humana”<sup>28</sup>. É importante ressaltar que esse entendimento da re-publicação narrativa implica em uma saída da correspondente teoria da linguagem como um veículo objetivo para comunicar informações, incluindo, para o direito, a teoria mimética — a teoria de que os fatos são entidades que podem ser transmitidos por meio de palavras como as percepções codificadas desses mesmos fatos. Em outras palavras, os fatos são também em grande parte produtos de nossos pontos de vista. É justamente em decorrência dessa consciência da influência de nossos quadros conceituais sobre nossa valoração do mundo que se torna necessário trabalhar o conceito de narrativa no ambiente jurídico<sup>29</sup>.

## II. O paradigma narrativo: Probabilidade e Fidelidade

Recentemente, ponderei que o conceito do paradigma narrativo de Walter Fisher, desenvolvido no início da década de 1980, havia sido, desmerecidamente, subavaliado na pesquisa contemporânea<sup>30</sup>. O paradigma narrativo de Fisher fornece um bom ponto de

<sup>26</sup> Paul Ricoeur, *1 Time and Narrative xi* (Kathleen McLaughlin & David Pellauer trans., 1984).

<sup>27</sup> O tempo da história (*story-time*) é definido como o tempo narrado dentro da história ou "a sequência de eventos e a duração do tempo que acontecem na história", e o tempo do discurso (*discourse-time*) é definido como "a duração do tempo que é utilizado para dizer (ou ler) a história." Veja *Anglistik der Universität Freiburg, Time Analysis*, Universität Freiburg, <http://www2.anglistik.unifreiburg.de/intranet/englishbasics/Time02.htm> (26 de março de 2015).

<sup>28</sup> Paul Ricoeur, *Life*, In *Facts and Values* 121, 129 (Marinus C. Doeser & J.N. Kraay eds., J. N. Kraay & A.J. Scholten trans., 1987).

<sup>29</sup> A afirmação de Riffaterre permanece comovente: "a narrativa não precisa ser julgada como verdadeira porque ela corresponde a uma imagem externa do mundo, mas por ser coerente com os usos linguísticos atuais em um determinado contexto social, em um dado momento no tempo." Michael Riffaterre, *Fictional Truth* vii – viii (1990).

<sup>30</sup> Veja Jeanne Gaakeer, *Futures of Law and Literature: A Jurist's Perspective*, In *Recht Und Literatur Im Zwischenraum/ Law and Literature In-Between* 71 (Christian Hiebaum et al. eds., 2015); Walter R. Fisher, *Narration as a Human Communication Paradigm*, 51 *Comm. Monographs* 1,2 (1984) (denotando o paradigma narrativo como "uma síntese dialética de duas vertentes tradicionais na história da retórica: o tema argumentativo, persuasivo, e o tema literário, estético. "). Compare a ênfase de James Boyd White, no início de *Law and Literature*, que os juristas devem ser capazes de estruturar a diferença, neles próprios e quando reconhecida em outros, entre a narrativa e a analítica, ou a literária e a conceitual. White chama isso de a diferença entre "a mente que conta uma história, e a mente que dá razão," porque "uma pessoa encontra o significado em representações de acontecimentos/eventos enquanto eles ocorrem no tempo, na experiência imaginada; outras pessoas encontram o significado em explicações sistemáticas ou teóricas, na exposição de ordem conceitual ou estrutural. " James Boyd White, *The Legal Imagination* 859 (1973).

partida para discussões interdisciplinares porque ele pode ser empregado na interpretação e avaliação de um texto em que há reivindicações de conhecimento, verdade ou realidade. Este objetivo está intimamente ligado à busca do direito e de outros campos do saber para determinar "se se deve ou não aderir às histórias que se é encorajado a endossar ou aceitar como base para as decisões e ações"<sup>31</sup>. O trabalho de Fisher se enlaça com a hermenêutica filosófica Europeia continental, na medida em que examina o que ocorre no momento que algo é dito ou escrito. Destaca-se, assim, a questão da relação entre a ação humana e a experiência comunicativa, a natureza da racionalidade dessa experiência e o conteúdo de seus valores<sup>32</sup>.

Para Fisher, "as pessoas são animais valorizados e racionais"<sup>33</sup>. Para demonstrar isso, seu projeto se baseia no conceito de metáfora de Aristóteles como desenvolvida na Poética e nos aspectos cognitivos da retórica em relação à realidade. A representação da realidade em obras literárias representa "não exatamente o nosso próprio mundo"<sup>34</sup>, mas, tem uma relação com ele no momento em que afirmamos reconhecer e compreender a realidade literária, porque ao fazê-lo, fazemos uso, conscientemente ou inconscientemente, do conceito de mimesis como a representação. O paradigma narrativo tem como objetivo alcançar uma síntese de raciocínios argumentativos e sua contraparte estético-literária. Ele faz isso em contraste com o paradigma do mundo racional das ciências naturais, na medida em que prospera em "ações-palavras simbólicas e/ou atos – que têm seqüência para aqueles que as vivem, criam ou as interpretam"<sup>35</sup>. Como um modo paradigmático de tomada de decisão humana, ele é fundado em "boas razões"<sup>36</sup> que são medianas e dependentes do contexto. O paradigma adota um conceito de histórias como as interpretações simbólicas de aspectos do mundo moldadas pela história, pela cultura e pelo caráter, no sentido de qualidades pessoais.

Assim a racionalidade narrativa "é determinada pela natureza das pessoas como seres narrativos — sua consciência inerente da probabilidade narrativa, o que constitui uma história coerente, e seu hábito constante de testar a fidelidade narrativa, se as histórias que eles experienciam são fidedignas e verdadeiras com as histórias que eles sabem que são verdadeiras em suas vidas (probabilidade narrativa e fidelidade narrativa são análogas aos

---

<sup>31</sup> Walter R. Fisher, *The Narrative Paradigm*, 52 Comm. Monographs 347, 348 (1985).

<sup>32</sup> Id. p. 355 (expressando sua dívida a Ricoeur, cujos "escritos recentes informam e reforçam o paradigma narrativo").

<sup>33</sup> Walter R. Fisher & Richard A. Filloy, *Arguments in Drama and Literature*, In *Advances in Argumentation Theory and Research* 343 (J. Robert Cox & Charles Arthur Willard eds., 1982).

<sup>34</sup> Id. p. 347.

<sup>35</sup> Fisher, nota 30 supra, p. 2.

<sup>36</sup> Fisher, nota 30 supra, p. 7.

conceitos de probabilidade dramática e verissimilitude<sup>37</sup>. Para Fisher, "a probabilidade narrativa refere-se a características formais de uma história concebida como uma seqüência discreta de pensamento e/ou ação na vida ou na literatura (qualquer forma gravada de discurso); por exemplo, diz respeito à questão de saber se uma história está ou não em sintonia ou 'se se mantém unida', se a história está ou não livre de contradições " e "a fidelidade narrativa diz respeito às "qualidades verdadeiras" de uma história, o grau em que ela concorda com a lógica das boas razões: a solidez de seu raciocínio e o valor de seus valores"<sup>38</sup>. Seu argumento filosófico é epistemológico, como pode ser visto a partir da frase "eles sabem em suas vidas". Além disso, a racionalidade narrativa, assim concebida, coloca o conceito de narrativa como um discurso meta ou mestre<sup>39</sup> independente que pode ser usado fora de seu entorno retórico original.

O argumento sobre a racionalidade narrativa como "relato, entendimento, de qualquer instância de escolha e ação humanas" nos alerta para a questão da reapresentação mimética das ações humanas<sup>40</sup>. A importância do tema da mimese em sua conexão com a natureza da ficção no sentido de referencialidade dentro e fora da literatura não pode ser suficientemente enfatizada para o direito. O exemplo a seguir representa esse significado de mimese.

Estrangeiros que buscam a cidadania britânica devem fazer um teste que envolve uma variedade de perguntas, inclusive "Onde Papai Noel vive?"<sup>41</sup>. Obviamente, apenas uma resposta é possível para aquele que segue uma tendência positivista, ou seja, que o Papai Noel não existe. Para outros, no entanto, a questão alerta-nos para o problema de que o valor da literatura para o direito é frequentemente bastante diminuído em decorrência da falta de uma personagem referencial na literatura. Isto quer dizer que, embora a comparação da literatura com a ficção não possa ser uma noção revolucionária nas humanidades, na comunidade jurídica e no próprio direito, essa sabedoria ainda não foi entregue. O que a pergunta da cidadania britânica questiona é que "os seres humanos não trabalham em um ambiente cru, inerte, mas em um ambiente previamente 'textualizado', rastreado com significado"<sup>42</sup>. Ou

<sup>37</sup> Fisher, nota 30 supra, p. 8.

<sup>38</sup> Veja Fisher, nota 30 supra, p. 349. Veja James Phelan & Peter J. Rabinowitz, *Introduction to Narrative Theory* 3, 7 (David Herman et al. eds., 2012) ("O público desenvolve interesses e respostas de três tipos amplos, cada um relacionado a um componente específico da narrativa: mimético, temático e sintético. "). Isto quer dizer que, quando o mimético estiver em foco, as perguntas serão: Este mundo é possível? Estas pessoas são possíveis, hipoteticamente e conceitualmente?

<sup>39</sup> Veja Werner Wolf, *Narratology and Media(lity)*, In *Current Trends In Narratology* 145, 156 (Greta Olson ed., 2011).

<sup>40</sup> Fisher, nota 30 supra, p. 29.

<sup>41</sup> Terry Eagleton, *The Event of Literature* 207 (2012).

<sup>42</sup> Id. p. 171.

melhor, entendemos o aspecto fictício de Papai Noel (tanto quanto o de unicórnios, sereias ou pessoas jurídicas artificiais, como corporações, para esse assunto), mas, no entanto, aceitamos a verdade-valor do Papai Noel como um fato dentro do contexto da narrativa.

Algo que já foi devidamente documentado na pesquisa narratológica no que diz respeito ao leitor, geralmente, por exemplo, como a pessoa que toma decisões, uma juíza de uma narrativa literária, é que seu próprio background necessita de atenção crítica. Esta introspecção deve ser aplicada à juíza ou à justiça. É a juíza que, após ler e definir o significado do que ela leu, constituirá um novo estado de casos como "realidade" com pelo menos uma presunção mínima da re-apresentação de *wie es eigentlich gewesen ist* –como ela realmente era, no momento em que a juíza escreve sua decisão<sup>43</sup>. Como observa Fisher, nós, portanto, exigimos tanto o conhecimento de agentes para encontrar o que é confiável ou passível de confiança, quanto o conhecimento de objetos a fim de descobrir o que tem a qualidade de veracidade<sup>44</sup>. Esta observação pode ser transposta para o estudo da narrativa no e para o direito.

### ***C. DICHTUNG ODER WAHRHEIT? FICÇÃO OU VERISIMILITUDE?***

#### *I. Phronèsis e Bom Julgamento*

Precisamos determinar precisamente como o paradigma narrativo pode ser empregado nos textos com alegações de verdade, os textos de direito no ambiente jurídico tornando-se proeminentes entre os demais textos. Antes de abordar esta questão da perspectiva do direito penal na prática, quero destacar alguns exemplos dos campos do saber hermenêutico e narratológico que ajudam a orientar o projeto previsto de criação de uma narratologia do *Civil Law* Europeu.

A tese de Fisher sobre a determinação, por meio do paradigma narrativo, de se aderir ou não às histórias que se é encorajado a aceitar como base para a tomada de decisão e a ação, combinada com uma base em boa razão, está enraizada na tradição Aristotélica de enfatizar a qualidade da *phronèsis* ou a razão prática como indispensável ao bom julgamento<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Veja Richard J. Gerrig, *Conscious and Unconscious Processes in Reader's Narrative Experiences*, In *Current Trends in Narratology* 37, 39 (Greta Olson ed., 2011) ("O conhecimento geral/genérico dos leitores é crítico para o processamento narrativo.").

<sup>44</sup> Fisher, nota 30 supra, p. 18.

<sup>45</sup> Fisher, nota 31 supra, p. 354 (observando que a racionalidade narrativa se assemelha, "a visão de Aristóteles da phronesis, que reconhece um mundo contingente, as particularidades da existência prática e a possibilidade de sabedoria — uma virtude que envolve um interesse em questões que transcendem as

Os *phronimos*, ou o homem prudente, é "capaz de deliberar bem sobre o que é bom e vantajoso... como um meio para a boa vida em geral"<sup>46</sup>. " *Phronèsis* não é apenas a virtude de conhecer os confins da vida humana; abrange também o conhecimento de como assegurá-los"<sup>47</sup>. Por conseguinte, inclui a aplicação de um bom julgamento à conduta humana e, como tal, constitui uma forma de "saber como" — uma práxis ligada ao domínio daquilo que chamamos agora de prática profissional. Ao contrário da *épistèmè* ou do conhecimento teórico, que é conceitual e proposicional na natureza e direcionado a "saber que", *phronèsis* se refere ao provável no sentido de verdades provisórias. Aqui, encontramos a conexão com a probabilidade e fidelidade narrativa de Fisher.

Perceptiva e dispositiva na natureza, a *phronèsis* é a capacidade de ver e agir em consonância com o que a situação demanda.<sup>48</sup> Se conectamos isso às narrativas como "o produto da ação" no sentido de que "elas são os meios pelos quais alguém comunica uma história para outra pessoa"<sup>49</sup>, então o argumento segue que as narrativas podem ser melhor testadas exercitando a habilidade da *phronèsis* cujo objetivo é determinar o grau de racionalidade narrativa, porque *phronèsis* tem uma "qualidade racional e verdadeira"<sup>50</sup> como base. A qualidade racional está ligada ao aspecto cognitivo-epistemológico da narrativa — isto é, como uma forma de conhecimento, que difere da *logos* favorecida pelas ciências naturais.

## II. Paul Ricoeur: As conexões entre *Phronèsis* e Narrativa

Para justificar este argumento, eu encontro a inspiração e a justificação na perspectiva de narrativa de Paul Ricoeur. Em suma, seus pontos de vista sobre a narrativa são os seguintes. Para Ricoeur, a primeira conexão entre a *phronèsis* e a narrativa pode ser encontrada na habilidade de compreender e apreciar a metáfora, que é definida como a habilidade de apreciar semelhanças; a capacidade de usar eficazmente metáforas constitui o bom

---

circunstâncias imediatas. "). Veja Gaakeer, nota 5 supra, p. 24 – 27, para uma extensa discussão sobre a *phronesis*.

<sup>46</sup> Aristóteles, *The Nicomachean Ethics*, V. v. 1, 1140a24 – 29 (2003).

<sup>47</sup> Id. p. VI.v.3-4, 1140a32–1140b7.

<sup>48</sup> Id. p. VI.viii.9, 1152a26–28.

<sup>49</sup> Gregory Currie, *Narratives and Narrators*1 (2010).

<sup>50</sup> Aristóteles, nota 46 supra, p. VI. v. 3-4, 1140a32 – 1140b7: "A [*phronesis*] não é Ciência, porque as questões de conduta admitem variação; e não é Arte, porque *agir* e *fazer* são genericamente diferentes, uma vez que o fazer visa um fim distinto do próprio ato de *fazer*, enquanto que na ação o fim não pode ser outro senão o próprio ato: fazer bem é em si mesmo o fim. Permanece, portanto, que a *phronesis* é uma qualidade racional, verdadeiramente obtida, preocupada com a ação em relação às coisas que são boas e ruins para os seres humanos".

*phronimos*<sup>51</sup>. Uma contemplação de semelhanças idealmente leva a uma visão do que é considerado uma semelhança, e por que razão essa semelhança é percebida<sup>52</sup>. Requer imaginação como "a capacidade de produzir novos tipos por assimilação e para produzi-los não acima das diferenças... mas, apesar de e através das diferenças"<sup>53</sup>. Ricoeur afirma que a metáfora "implica uma percepção intuitiva da semelhança em dissimilares"<sup>54</sup>. Obviamente, essa percepção imaginativa requer testes. No entanto, ao meu ver, o próprio conceito desta qualidade de percepção está ligado à imaginação como é concebido na tradição hermenêutica da Europa continental, no sentido que lhe é atribuído por Immanuel Kant na sua obra *Crítica do Julgamento* (1790), por exemplo, como *Einbildungskraft* ou *imaginatio*. E por que é esse o caso? Porque a imaginação Kantiana é ligada com a idéia de metáfora como a conexão ou o eixo entre dois campos do sentido/significado<sup>55</sup>. Através da imaginação do indivíduo, os textos lidos são reconhecidos em suas similaridades, e estas similaridades são subsequentemente traduzidas em imagens específicas, imagens mentais, e, finalmente, em um julgamento reflexivo.

Transportada para um contexto jurídico, a contemplação metafórica de (des)semelhanças acrescenta algo novo ao reservatório de significados aceitos e pode ajudar a fornecer *insights* sobre o desenvolvimento jurisprudencial do direito, bem como ao papel do direito, tanto nas jurisdições de *common law* como nas de *civil law*. Eu sustento esse ponto porque Ricoeur sugere que "entender uma história é entender tanto a linguagem de 'fazer algo' quanto a tradição cultural a partir da qual procede a tipologia de enredos"<sup>56</sup>. Para mim, essa ideia da tradição cultural sugere que, se traduzirmos o trabalho de Ricoeur para uma tipologia e um cenário jurídicos, o conceito de compreender a história incluiria seus aspectos processuais, bem como as configurações probatórias em jurisdições específicas.

### 1. Metáfora em ação

Compreender a forma como as categorias e conceitos jurídicos são cunhados e desenvolvidos por meio de tais comparações é apenas um exemplo de uma situação em que

---

<sup>51</sup> Paul Ricoeur, *The Rule of Metaphor* 23 (1986).

<sup>52</sup> Paul Ricoeur, *The Metaphorical Process as Cognition, Imagination and Feeling*, 5 *Critical Inquiry* 143, 146 (1978).

<sup>53</sup> Id. p. 148.

<sup>54</sup> Ricoeur, nota 51 supra.

<sup>55</sup> Examine a *imaginatio* Kantiana como a faculdade que possibilita uma síntese entre a postura intelectual, a intuição e a deliberação e, portanto, possibilita uma ligação entre os requisitos essenciais para os advogados, por exemplo, compreensão empática e o deslocamento necessário, como estabelecido em Anthony Kronman, *Practical Wisdom and Professional Character*, 4 *Social Phil. & Pol'y* 203 (1986).

<sup>56</sup> Ricoeur, nota 26 supra, p. 157.

uma atitude perceptiva é crucial. Dada a relação recíproca entre teoria e prática em direito, acredito que se justifique sugerir que a compreensão das maneiras como a metáfora funciona é importante para a formação de conceitos jurídicos, para o desenvolvimento da doutrina jurídica, e para o sucesso na prática jurídica. Assim, devemos considerar cuidadosamente a maneira pela qual a regra da metáfora funciona por meio de raciocínio analógico<sup>57</sup>, porque a introdução de uma metáfora nova em um campo específico, por exemplo, quando “a nau estatal” é introduzido no direito público, implica a geração de novos significados; como um efeito colateral, o significado original pode ser suprimido, ainda que somente durante um certo tempo, dado que o significado no direito é dinâmico, nunca estático.

Permitam-me que forneça apenas um exemplo do direito penal holandês sobre o desenvolvimento do conceito de roubo. No artigo 310 do Código Penal Holandês se lê,

Uma pessoa que remove qualquer propriedade que pertence, no todo ou em parte, a outra, com o objetivo de ilegalmente apropriar-se dela, é culpado de roubo e estará sujeito a prisão por período não superior a quatro anos ou uma multa da quarta categoria<sup>58</sup>.

Originalmente, o conceito de propriedade era entendido se referindo apenas a objetos tangíveis. Mas em 1921, a Suprema Corte Holandesa determinou que a eletricidade, intangível como ela é, também pudesse ser vista como propriedade porque possuía valor econômico. Em 2012, a Suprema Corte Holandesa enfrentou a questão de verificar se um amuleto digital e uma máscara no jogo online *Runescape* de computador também eram objetos que podiam ser ilegalmente apropriados a partir da disposição do artigo 310<sup>59</sup>. Os fatos do caso eram simples: um menino que era muito rico em termos de parafernália *Runescape* foi ameaçado por outro menino para que desse os dados de sua conta *Runescape*, permitindo que o menino que atuou com coerção transferisse o amuleto digital e máscara para sua própria conta. A Suprema Corte decidiu que a característica virtual desses objetos considerados tinha valor real para os jogadores desse jogo e que esses objetos eram frutos de um investimento de tempo prolongado no jogo. Assim, os objetos digitais foram incluídos no conceito de propriedade. Diante dessas mini-narrativas metaforicamente baseadas em relação ao status

<sup>57</sup> Veja Linda H. Edwards, *The Convergence of Analogical and Dialectic Imaginations Legal Discourse*, 20 *Legal Stud.* F. 7, 8 – 9 (1996).

<sup>58</sup> *The Dutch Penal Code* (Louise Rayar & Stafford Wadsworth trans., 1997).

<sup>59</sup> Hoge Raad (Suprema Corte Holandesa), 31 de janeiro de 2012, ECLI: NL: HR: 2012: BQ9251. Veja DeSanctis, nota 14 supra, p. 161 (o caso *United States v. Martinez-Jimenez*, 864 F.2d 664 (9º Cir. 1989), fornece um exemplo de uma “história da evolução do direito”, visto que se discutia se uma arma de brinquedo, em decorrência de sua relevância, se enquadraria no estatuto, por exemplo, no desenvolvimento doutrinário do estatuto federal de assalto a banco à mão armada com uso de “uma arma branca ou dispositivo perigoso”, porque isso conta como uma circunstância agravante que leva a um aumento de pena. Outra área que a introspecção metafórica é de grande importância é nos direitos de propriedade intelectual).

dos objetos digitais, torna-se óbvio que os juízes devem ter uma pré-compreensão da ordem em que se realiza uma ação, que se baseia na "qualidade pré-narrativa da experiência humana" descrita acima. Esta pré-compreensão judicial é, por si só, informada por outras narrativas culturais, bem como profissionais, sobre o que pode ser uma boa razão para decisões específicas.

## 2. *Mimesis*

Para compreender a ordem temporal da ação humana, Ricoeur oferece um modelo tríplice de mimese. No entanto, este artigo apenas resume os seus elementos principais. O que me interessa aqui é mostrar que tanto o direito quanto a narratologia poderiam se beneficiar de uma valorização ampliada do momento icônico que a hermenêutica filosófica fornece quando ilumina semelhanças em ambos os campos<sup>60</sup>. Ricoeur distingue primeiro a fase de prefiguração que ele chama de *mimesis1*. *Mimesis* denota a temporalidade do mundo da ação, ou como os juristas chamariam, os fatos brutos que precisam ser nomeados, compreendidos e pesados com base em pré-entendimentos das narrativas das ações humanas. Esta trajetória hermenêutica representa um círculo vicioso, como admite Ricoeur, porque se e quando a vida e as ações humanas são pensadas em termos de histórias, como “uma atividade e um desejo em busca de uma narrativa”, então a experiência humana é sempre inescapavelmente “já mediada por todos os tipos de histórias que ouvimos”<sup>61</sup>. A circularidade envolvida aqui deve nos alertar para a tarefa de reconhecer a proclividade humana de se ater a uma história, uma vez que tenha sido satisfatoriamente situada ou quando tenha sido contada por nós mesmos no direito e em outros lugares; conseqüentemente, também para os profissionais em particular, há um risco de agir de acordo com certas inclinações.

A etapa seguinte é *mimesis2*, ou configuração como o enredamento narrativo de eventos<sup>62</sup>. Como uma forma de composição, ou *poiësis*, ela está ligada à *phronësis*: Porque a atividade dos juristas é *poiësis*, eles devem valorizar o desafio imaginativo que se desenrola no enredo e perguntar o que eles próprios como profissionais trazem para o enredo. O enredamento é fundado em *mimēsis1*, e exige o conhecimento das “estruturas significativas, recursos simbólicos, e caráter temporal deste mundo de ação”<sup>63</sup>. Em suma, enredamento é a

<sup>60</sup> Veja Gaakeer, notas 5 e 30 supra, para uma elaboração deste argumento. Para uma introdução geral às perspectivas narrativas de Ricoeur, veja William C. Dowling, *Ricoeur on Time and Narrative* (2011).

<sup>61</sup> Ricoeur, nota 28 supra, p. 129.

<sup>62</sup> RICOEUR, nota 26 supra, p. xi.

<sup>63</sup> Id. p. 54.

operação que desenha uma configuração além de uma simples sucessão e cria uma história a partir de uma série de eventos<sup>64</sup>. No direito, a ideia de pré-compreensão é constituída igualmente pelas características institucionais do direito e pelos princípios fundamentais influenciados pelo aspecto cultural do que James Boyd White chamou de discurso invisível do direito<sup>65</sup>. Assim, precisamos nos forçar a permanecer críticos ao considerarmos os possíveis efeitos desse discurso em nossa visão sobre, por exemplo, probabilidade narrativa, no caso de aceitarmos incondicionalmente a base da pré-compreensão.

Refiguração, ou *mimesis3*, se refere ao momento em que o leitor se apropria do texto para seu próprio mundo. Traduzido para o direito, o único objetivo de se colocar o enredo na prática jurídica é para se chegar a uma decisão<sup>66</sup>. O ato judicial de configuração constitui a (re)estruturação da realidade<sup>67</sup> por meio de uma decisão que é então acompanhada por uma sentença escrita; após a decisão ter sido escrita, o mundo das partes envolvidas muda, assim como o mundo do direito em termos do que a decisão acrescenta à doutrina, ainda que apenas para confirmá-la. Em casos difíceis, essa reestruturação da realidade pode assumir a forma de uma inesperada mudança de paradigma jurisprudencial. Assim, quando *mimesis1* e *mimesis2* interagem, o estágio de aplicação foi atingido; como resultado, nosso pré-entendimento anterior também terá sido alterado pelo ato de configuração. É por isso que Ricoeur afirma que "contar e seguir uma história já é refletir sobre os acontecimentos, a fim de compreendê-los em sucessivos inteiros/sucessivas unidades", e "narrar já é explicar"<sup>68</sup>. Ao reunir fatos heterogêneos e circunstâncias que são tecidos em narrativas conflitantes de

<sup>64</sup> Id. p. 54, 65.

<sup>65</sup> No *Heracles' Bow*, White distingue vocabulário jurídico e "sintaxe cultural" do direito ou o "discurso invisível": "que atrás das palavras existem expectativas sobre as maneiras em que elas serão utilizadas, expectativas que não encontram expressão explícita em nenhum lugar, mas que fazem parte da cultura jurídica que a linguagem superficial simplesmente pressupõe." James Boyd White, *The Invisible Discourse of Law*, In *Heracles' Bow* 169 (1985).

<sup>66</sup> Veja Brett G. Scharffs, *The Character of Legal Reasoning*, 61 Wash. & Lee L. Rev. 733, 745 (2004) ("a decisão judicial ou a detenção corresponde à ação exigida da sabedoria prática.").

<sup>67</sup> Veja Karin Kukkonen, *Plot*, In *The Living Handbook of Narratology* (25 de janeiro de 2014) <http://www.lhn.uni-hamburg.de/article/plot> (examinando *mimēsis3* como "uma apreensão refinada do mundo real"); Michael Scheffel, Antonius Wexler & Lukas Werner, *Time*, In *The Living Handbook of Narratology* (20 de novembro de 2013) <http://www.lhn.uni-hamburg.de/article/Time> (examinando *mimēsis3* como "a ativação do destinatário das ações narradas e a realização da 'síntese do heterogêneo' manifestada em *mimēsis2*. Posteriormente, essa ativação pode influenciar e alterar as ações do leitor, incluindo os modelos que determinam a imagem de si mesmo e do mundo em que as pessoas atuam, e pode se tornar objeto de outra narração, outra "síntese do heterogêneo.""). Veja também Michael Scheffel, *Narrative Constitution*, In *The Living Handbook of Narratology* (16 de Maio de 20110) <http://www.lhn.uni-hamburg.de/article/narrative-constitution> [explicando que "*mimēsis3* (refiguração) diz respeito à realização do destinatário de *mise en intrigue* manifestado em *mimēsis2*." Essa percepção influencia "sua imagem de si mesmo e do mundo em que as pessoas atuam."].

<sup>68</sup> Paul Ricoeur, *Narrative Time*, 7 *Critical Inquiry* 169, 178 (1980); Paul Ricoeur, *The Human Experience Of Time And Narrative*, 9 *Res. In Phenomenology* 17, 24 (1979). Veja também Eagleton, nota 41 supra, (sugerindo que isso é feito em "um sempre-já ' textualizado ' ambiente.").

partes opostas, o juiz baseia-se nas fontes escritas e não escritas do direito que fazem parte da fase do *mimesis*<sup>1</sup>, tanto quanto eles são o resultado de uma aplicação anterior, *mimesis*<sup>3</sup>, se vistos como parte do processo dinâmico de desenvolvimento do direito. A conexão entre narrar bem e *phronêsis* como bom julgamento é imperativa para a conclusão da narrativa do juiz na forma da decisão a ser considerada aceitável.

Na teoria literária, Ansgar Nünning e Michael Basseler assumiram o desafio fornecido pelo modelo de *mimesis* de Ricoeur, e procuraram as maneiras através das quais as obras literárias desenham o conhecimento prefigurado do repertório textual — por exemplo, o estágio de *mimēsis*<sup>1</sup> — com a perspectiva de que há uma relação recíproca entre *mimēsis*<sup>1</sup> e *mimēsis*<sup>3</sup>, porque “por um lado, o conhecimento da vida literária está diretamente ligado e moldado por formas extra-literárias de vida e meios de vida”, enquanto “por outro lado, a própria vida é moldada por representações literárias”<sup>69</sup>. Este é um argumento no plano do conhecimento narrativo com o qual eu sinceramente concordo. Simultaneamente, defendo que ampliar o escopo de aplicação do modelo de Ricoeur é necessário se quisermos assumir a tarefa interdisciplinar de pensar através das implicações do desenvolvimento de uma narratologia jurídica. No direito, tanto quanto na literatura, a construção de narrativas se baseia na ideia de que elas são representações aceitáveis ou pelo menos viáveis do que aconteceu, ao menos no momento em que são transmitidas no julgamento e em outros lugares. Por conseguinte, a fase de configuração do *mimēsis*<sup>2</sup> que Nünning e Basseler conceberam como a apresentação de formas alternativas de conhecimento e de vida na obra literária, e como um caso-teste na forma de um mundo fictício alternativo que reflete a mesma quantidade de desafios do mundo real, agora encontra a sua contraparte legal. Refiguração ou *mimēsis*<sup>3</sup> abre novos horizontes de expectativas no direito sobre o que será, para voltar ao meu exemplo acima, categorizado sob o conceito de roubo. Refiguração altera a interpretação de uma cadeia de precedentes quando os argumentos rejeitados anteriormente são subitamente considerados viáveis. Tanto no *common law* quanto no *civil law*, uma fase de julgamento determinante segue o esforço reflexivo de buscar a norma jurídica pertinente para se aplicar precisamente ao caso em questão. Essa fase de julgamento encerra o processo de argumentação dialética das partes. O juízo reflexivo como tal não é, além disso, limitado ao fim de um julgamento. No sentido de que uma decisão se torna um precedente autoritário, o ato de julgar em um caso específico não esgota o significado do ato

---

<sup>69</sup> Ansgar Nünning & Michael Basseler, *Literary Studies as a Form of “Life Science,” New Theories, Models and Methods in Literary and Cultural Studies* 189, 197 (Greta Olson e Ansgar Nünning eds., 2013).

propriamente dito<sup>70</sup>. Em suma, qualquer texto de lei pode potencialmente ser descontextualizado e recontextualizado. Este processo exige então a atenção ao que as circunstâncias exigem, e para que este ato seja executado satisfatoriamente, a imaginação e o *phronèsis* são ambos exigidos.

### 3. Consequências para o Direito e as Humanidades: Dois exemplos

#### 3.1 Peter Brooks

Estudos de direito e Humanidades têm apresentado um ponto importante: os juristas devem ser imaginativos sobre o direito e sobre as pessoas cujos destinos eles determinam quando usam a linguagem para traduzir fatos reais para a realidade de uma narrativa jurídica. Se a maneira como os juristas narram os fatos de um caso, e mais especificamente, a ordem em que os juristas narram, determina em grande medida o resultado de um caso, então os juristas precisam desenvolver e valorizar o conhecimento narrativo, não sem razão, porque os acontecimentos que não se tornaram “os fatos” podem ser de igual importância<sup>71</sup>. Este também tem sido o argumento consistente de Peter Brooks. Ele defende a visão epistemológica da narrativa quando afirma que “a narrativa parece ser uma de nossas grandes e abrangentes formas de organizar e falar o mundo — a forma como construímos sentido de significados que se desdobram dentro e através do tempo”<sup>72</sup>. Ele também é, no entanto, crítico deste processo, uma vez que se desdobra na prática jurídica porque — o direito sempre se preocupa com histórias concorrentes/conflitantes — histórias concorrentes podem deliberadamente enganar<sup>73</sup>. Além disso, Brooks nos alerta a não esquecer que o direito “é uma prática social que adjudica as narrativas da realidade e envia as pessoas para a

<sup>70</sup> Paul Ricoeur, *The Just* 130 (2000) (observando especialmente o capítulo 8, *The Act of Judging*, na página 127).

<sup>71</sup> O honorável Justice I.D.F. Callinan, AC, *Symposium: The Power of Stories: Intersections of Law, Literature, and Culture: Stories in Advocacy and in Decisions: The Narrative Compels the Result*, 12 Tex. Wesleyan L. Rev. 319, 323 (2005) (“...Não é só a maneira como os fatos reais são narrados que determina o caso, mas também a ordem em que são narrados e os fatos que são omitidos.”).

<sup>72</sup> Brooks, nota 16 supra, p. 14. Ver Anthony G. Amsterdam & Jerome S. Bruner, *Minding the Law*, 110, 115, 117 (2000) (diferenciando-se entre “teorias endógenas da narrativa” [a reivindicação central de que “a narrativa é inerente, quer na natureza da mente humana, na natureza da linguagem, ou naqueles supostos programas alegados para executar nossos sistemas nervosos”] e “um segundo tipo de teoria”, que argumenta “que as narrativas e gêneros de narrativas servem para modelar os males característicos da cultura de partilha de grupos humanos”, sendo este último a forma em que a narrativa jurídica tende a se conformar).

<sup>73</sup> Brooks, nota 16 supra, p. 3–4 (discutindo a visão de Robert Burns de que “o alicerce de eventos humanos não é uma mera sequência sobre a qual a narrativa é imposta, mas uma sequência configurada que tem um caráter narrativo por todo o caminho.” (citando Robert Burns, *A Theory of the Trial* 222 (1999))).

prisão, até mesmo para a execução, por causa da força e da boa estrutura da história vencedora<sup>74</sup>. O lamento dele é que, "se a maneira como as histórias são contadas e são julgadas para serem contadas, fazem a diferença no direito, por que o direito não presta mais atenção nas narrativas, na análise narrativa e até mesmo na teoria narrativa?"<sup>75</sup> Essas considerações levam a uma busca direcionada pela pergunta: "Pode-se dizer que o direito precisa de uma narratologia? Quais seriam seus elementos?"<sup>76</sup>

A ênfase da metodologia de Brooks assemelha-se à de Ricoeur. Isto pode ser constatado na observação de Brooks que: "os enredos narrativos parecem ser uma organização formal e certa da temporalidade, e precisam ser compreendidos em seu papel de estruturação cognitiva: uma maneira/um caminho de produzir/construir o sentido da experiência conectada ao tempo"<sup>77</sup>. Sua definição de "cola narrativa" como "a forma como os incidentes e eventos são feitos para combinar em uma história significativa", bem como em seu argumento de que "a substância desta cola narrativa depende em grande parte da visão dos juízes do comportamento humano padrão, quais palavras e gestos são para provocar o medo, por exemplo"<sup>78</sup>, se conecta com o que Ricoeur afirma sobre a mediação da experiência humana através de narrativas prévias. Nesta visão, a *doxa*, ou seja, a crença comum, que Brooks encontra na definição de Roland Barthes – indiscutivelmente, no entanto, que Aristóteles já havia descoberto muito antes dele – como "esse conjunto de crenças culturais não examinadas que estruturam a nossa compreensão dos acontecimentos do dia-a-dia"<sup>79</sup> tem de ser incorporada nesta "cola narrativa". Em outras palavras, "os 'fatos' assumem o seu significado apenas dentro e através de uma narrativa completamente perspectiva"<sup>80</sup>. Tal narrativa perspectiva deve depender de contexto processual específico — por exemplo, dentro de uma moldura acusatória (contraditório) ou inquisitorial, bem como dentro de um conjunto de expectativas constituídas pela cultura profissional de um juiz.

Com base nessas considerações teóricas, Brooks analisa o voto do juiz Benjamin Cardozo em *Palsgraf v. Long Island Railway Company*, e critica a afirmação de Cardozo sobre os fatos relacionados aos ferimentos de Helen Palsgraf: "Cardozo, como muitos juízes, só parece contar a história do evento na decisão. Ele reformula os acontecimentos da história

<sup>74</sup> Peter Brooks, *Narrative in and of the Law*, In *A Companion to Narrative Theory* 415 (James Phelan e Peter J. Rabinowitz eds., 2007).

<sup>75</sup> Brooks, nota 16 supra, p. 3.

<sup>76</sup> Id. p. 24.

<sup>77</sup> Id. p. 24.

<sup>78</sup> Brooks, nota 74 supra, p. 417.

<sup>79</sup> Id. p. 418.

<sup>80</sup> Brooks, nota 16 supra, p. 10. Veja Amsterdam e Bruner, nota 72 supra, p. 110 – 11, para a visão comparativa de que a direito vive na narrativa para que "a administração do direito e sua conceituação se baseiam em 'receber os fatos.'"

para que eles tenham uma perspectiva jurídica, tornando-se uma narrativa reconhecível em termos de princípio jurídico”<sup>81</sup>. Em outras palavras, Brooks culpa Cardozo por iniciar seu voto com a doutrina de danos previsíveis e, em seguida, em um exercício Proustiano, contar a história para se enquadrar à doutrina, introduzindo assim a coerência narrativa *ex post facto*. O argumento apresentado aqui sobre a construção de uma história é proeminente quando se trata de desenvolver uma teoria geral da narratologia jurídica e/ou narratologia judicial. No entanto, Ayelet Ben-Yishai muito justamente sugere que:

O que Brooks acha problemático — "só parece contar a história" — considero instrutivo. A análise narrativa é de fato tão importante como uma ferramenta analítica para estudos jurídicos como Brooks alega que é. No entanto, argumento que sua importância não reside em revelar como as histórias jurídicas deveriam ser escritas, mas sim em revelar os interesses judiciais, históricos, políticos e sociais de terem [sido] escritas da maneira como foram.<sup>82</sup>

Esta importante observação conduz à direção que a pesquisa narratológica interdisciplinar deve seguir. Mais especificamente, isso sugere que uma análise diacrônica da história do direito dentro de jurisdições nacionais específicas precisa ser desenvolvida e, em seguida, usada para fins comparativos. Ao meu ver, esta pesquisa ainda não foi realizada.

### 3.2 *Monika Fludernik*

As contribuições de Brooks, no entanto, já haviam sido consideradas em estudos narratológicos de uma forma diferente. Monika Fludernik aponta que o efeito da virada narrativa na teoria literária, desde Roland Barthes, tem sido que “a teoria narrativa precisa chegar a um acordo com a implementação de seus conceitos em contextos não narratológicos”<sup>83</sup>. Tal extensão contemporânea do termo “narrativa” é encontrada em estudos jurídicos nos quais a “narratologia é agora responsabilizada por explicar a narrativa

---

<sup>81</sup> Brooks, nota 74 supra, p. 419; Brooks, nota 16 supra, p. 14. Gostaria também de apontar para a opinião do Justice Rehnquist em *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* [DSS], 489 E.U. 189 (1989), sobre a questão de saber se o DSS, que tinha conhecimento de que o menino de quatro anos de idade, Joshua DeShaney, era repetidamente espancado por seu pai, também seria responsável por seu dano cerebral final, já que não conseguiram intervir: "os fatos deste caso são inegavelmente trágicos", uma declaração de abertura seguida por uma enumeração fria de razões pelas quais DSS não era responsável, uma das quais o Justice Brennan em sua dissidência se refere como "o Tribunal deve procurar ser o oráculo imparcial do direito, impassível por "simpatia natural." ... Mas, nesta pretensão, o próprio Tribunal se retifica em um formalismo estéril que o impede de reconhecer sejam os fatos do caso apresentados sejam as normas jurídicas que devem aplicar-se a tais fatos ", como, por exemplo, a narrativa de Rehnquist é impulsionada pela doutrina.

<sup>82</sup> Ayelet Ben-Yishai, *Common Precedents* 22, 39 (2013) (ênfase no original).

<sup>83</sup> Monika Fludernik, *Histories of Narrative Theory*(II), In *A Companion to Narrative Theory*, nota 23 supra, p. 46.

em geral – e isso inclui... representações narrativas em... contextos jurídicos...”<sup>84</sup> Fludernik se compromete com a análise de Brooks de *Palsgraf* em termos semelhantes a Ben-Yishai<sup>85</sup>. Junto com a sua observação de que “Brooks destaca os problemas com o raciocínio narrativo. A narrativa presume uma lógica de acontecimentos que podem não acontecer na vida real. Nós... podemos basear nossos julgamentos em ficções que não têm nenhuma relação sobre o que realmente era o caso”<sup>86</sup>, a análise de Fludernik sublinha um ponto proeminente para o desenvolvimento de uma narratologia jurídica: ou seja, a aculturação cultural pode tornar os juristas alheios às suas escolhas em relação aos fatos; no entanto, ela também nos alerta para outro problema, ou seja, o que realmente é o significado de "vida real" ou "sobre o que realmente era o caso?". Não somente a compreensão dos fatos e do caso podem diferir dependendo da formação e do contexto de vida de uma pessoa, mas também as diferenças no direito substantivo e processual assim como as teorias da admissibilidade da prova são igualmente constitutivas.

A discussão de Fludernik do direito como código deixa claro este ponto. Como ela afirma acertadamente, o código é “uma área muito mais difícil do direito, cuja narratividade tem sido tradicionalmente considerada como inexistente”<sup>87</sup>. Em sua análise da seção 10 do Direito Penal de Nova York — que define violações, crimes e delitos de maior ou menor potencial ofensivo — por exemplo, ela escreve: "Perceba que a definição da transgressão não está relacionada a um ato particular, mas à punição imposta". Para um jurista isto não é de todo notável, porque o destinatário de uma disposição estatutária em um código criminal não é o cidadão individual, mas o juiz, pelo menos em jurisdições de *civil law*. No entanto, isso provavelmente não é diferente em jurisdições de *common law* em que a sentença é prerrogativa do juiz após a decisão do júri quanto à condenação do réu. Fludernik conclui que: “[Em outras palavras,] a transgressão do direito não é definida como uma questão de moralidade, mas como uma questão de burocracia e de imposição de regras que precisam ser obedecidas”<sup>88</sup>. Do ponto de vista da teoria do direito, esta observação sobre a transgressão não ser definida porque uma questão moral parece referir-se a uma perspectiva, inspirada por uma concepção de direito natural, da inter-relação entre direito e moralidade, enquanto

---

<sup>84</sup> Id. p. 50.

<sup>85</sup> "Uma das principais características de tais narrativas não é (apenas) preconceitos culturais sobre os alcances da causalidade, mas as seleções de circunstâncias deliberadas de vários narradores (ou talvez, por vezes, involuntariamente), ou seja, a negligência ou repressão de outras provas importantes," Fludernik, *A Narratology of Law?*, 1 *Critical Analysis of L.*, 87, 88 (2014).

<sup>86</sup> Id. p. 89. Veja Edwards, nota 57 supra, para um relato precoce do conceito de raciocínio narrativo.

<sup>87</sup> Id. p. 92. Veja Olson, *Narration and Narrative in Legal Discourse*, In *The Living Handbook of Narratology*, nota 14 supra (última visita em 15 de dezembro de 2014), argumentando que "o código jurídico representa uma forma de narração envolvendo o enredo".

<sup>88</sup> Fludernik, nota 85 supra, p. 102; Fludernik faz referência ao Direito Penal de N.Y. § 10.00 e segs. (2009).

que, paradoxalmente, em sua referência a burocracia, parece implicar uma visão de julgar como uma aplicação automática de um dado conjunto de regras, cujo resultado é conhecido antecipadamente. Além disso, não leva em consideração a diferença existente no direito e na teoria do direito entre normas e regras. A norma é “não roubarás”, a regra codificada nos diz “mas, se você o fizer, isso é o que vai acontecer com você, se e quando o seu ato for descoberto e existirem provas suficientes para condená-lo”.

Enquanto eu concordo plenamente com Fludernik quando esta diz que “o crime é necessariamente uma questão de ação e, portanto, pode ser concebido como uma narrativa”<sup>89</sup>, eu também permaneço intrigada e confusa com a afirmação dela de que “os códigos de direito mais contemporâneos são deliberadamente não-narrativos; eles suprimem as narrativas que abundam no tribunal e fora dele e tentam transformar o réu, até mesmo antes da condenação, no representante anônimo de uma categoria”<sup>90</sup>. Como Aristóteles observou inicialmente, e a hermenêutica do século XX de Heidegger a Gadamer, e Ricoeur mais tarde endossaram, a regra estatutária é, necessariamente, sempre geral, porque o legislador não consegue pensar em todas as situações possíveis as quais esta regra poderia ser aplicada. Assim, a regra jurídica encontra seu significado apenas na sua aplicação no caso individual. Além disso, o fato de que o destinatário da regra é o juiz o qual deve determinar a sua aplicação não significa que “as histórias que foram contadas no tribunal” são “despidas de narrativas... uma vez que o projeto de sentenciamento ocorre”<sup>91</sup>. Em vez disso, uma divisão geral de tarefas ocorre no processo legal. Para ser claro: isto não é para tergiversar ou para testar algum colega estimado, mas para oferecer um lembrete cauteloso de que se precisa prestar atenção para a questão do *quidditas*, que é o “*whatness*” do direito ou de qualquer outra disciplina. A cooperação interdisciplinar é urgentemente necessária para emprendermos esta tarefa, ou corremos o risco de renunciar à oportunidade de implementar observações altamente relevantes no projeto de delimitação de uma narratologia judicial ou jurídica. Em outras palavras, as jurisdições Europeias merecem a análise cuidadosa e meticulosa da narratologia que Fludernik executou nos Estatutos Americanos.

## D. AS PATOLOGIAS DA NARRATOLOGIA JURÍDICA

### I. *A influência da narrativa mestra*

---

<sup>89</sup> Fludernik, nota 85 supra, p. 108.

<sup>90</sup> Id. p. 109.

<sup>91</sup> Id.

Com base no referencial conceitual fornecido por Fisher, Ricoeur e Brooks, podemos engajar-nos de forma frutífera em pesquisas interdisciplinares do direito e da narratologia sobre o plano teórico a respeito dos tópicos acima mencionados, como a racionalidade narrativa, enredamento e cola narrativa. Este é especialmente o caso quando conectamos esses tópicos à exigência de que os juízes possuam inteligência narrativa e *phronèsis* judicial deliberativa — o conhecimento situacional que Ricoeur sugeriu. Por quê? De um ponto de vista metodológico, estes são os elementos que informam o movimento hermenêutico dos fatos à regra jurídica e do conceito jurídico à decisão judicial, sempre um ir e vir (para trás e para frente). Eles orientam a forma como a juíza desenvolve sua própria “narrativa em perspectiva”<sup>92</sup> que, por sua vez, permite a ela se envolver no processo de tomada de decisão. Colocado de forma diferente, o enredamento e aplicação judicial, quando tomados literalmente como *ad plicare* – a junção do fato e da regra jurídica para que um novo significado surja – exige uma narratologia. Em primeiro lugar, este processo é guiado por um quadro interpretativo de uma pessoa. Em segundo lugar, por causa da semelhança entre a narrativa e a interpretação jurídica, elas não constituem a aplicação da regra abstrata à história do caso, mas envolvem uma decisão sobre probabilidade, verossimilhança e verdade com base em todo o conhecimento do mundo<sup>93</sup> de alguém. Em terceiro lugar, durante todo o processo, os juízes atuam como aqueles que trazem uma mudança na sorte, uma *peripeteia* para os outros, e eles podem ficar aquém da qualidade necessária de reconhecimento, o *anagnorisis*, o que é realmente a verdade em um caso específico. Isto é especialmente verdadeiro porque a “compreensão narrativa judicial é retrospectiva”<sup>94</sup>. Nada pode ser feito se as partes em um caso não conseguirem incorporar elementos relevantes em suas narrativas. Como a descoberta do fato pelo juiz é sempre realizada *ex post facto*, os juízes precisam ser plenamente informados sobre as funções e os efeitos da narrativa, na maior medida possível.

Para a pesquisa narratológica realmente impactar o direito, algumas armadilhas precisam ser evitadas. Do ponto de vista do jurista, a primeira delas é a falsa dicotomia

<sup>92</sup> Brooks, nota 16 supra, p. 10.

<sup>93</sup> Na *Poética*, Aristóteles alega que os enredos estão sujeitos às leis de probabilidade e necessidade; Veja também a obra de Halliwell *Introduction to Poetics*, nota 9 supra, p. 12. Na situação de um julgamento criminal, Ricoeur escreve que “[a] aplicação consiste tanto em adaptar a regra ao caso, por meio de qualificar o ato como um crime, quanto em ligar o caso à regra, através de uma descrição narrativa considerada verdadeira”, Ricoeur, *Reflections of the Just* 55 – 56 (2007). Veja Francis J. Mootz III referindo-se a experiência humana de Gadamer como interpretativa, “dentro da prática jurídica, podemos entender uma norma vinculativa apenas dentro de um contexto prático: compreensão e aplicação são um pacto unificado”, ver prefácio do *Symposium on Philosophical Hermeneutics and Critical Legal Theory*, 76 Chi-Kent. L. Rev. 719, 721 (2000). Veja também Jerome Bruner, *The Narrative Construction of Reality*, 18 Critical Inquiry 1 (1991); Jerome Bruner, *Making Stories, Law, Literature, Life* (2002).

<sup>94</sup> Brooks, nota 74 supra, p. 425.

frequentemente existente entre o raciocínio da *civil law* e da *common law*. É certamente o caso de que o raciocínio da *common law* tem uma afinidade para o conceito de narratividade já que é normativamente baseado no precedente das histórias ouvidas antes de se ter acesso ao caso<sup>95</sup>. No entanto, muitas vezes, ignora-se que o raciocínio da *civil law* também inclui precedentes como fonte de direito; Precedente esse, entretanto, que possui peso menor que no contexto do *common law*. Aqui, encontramos uma situação que se assemelha. Este ponto é enfatizado por razões interdisciplinares: nas discussões com acadêmicos de outras disciplinas de Ciências Humanas, muitas vezes mantêm-se o equívoco de que o raciocínio da *civil law* é mera aplicação dedutiva de regra silogística na natureza; que supostamente se move de normas jurídicas abstratas codificadas para uma decisão sobre um caso específico<sup>96</sup>. Ao contrário do raciocínio da *common law*, o raciocínio da *civil law* supostamente defenderia a ideia do direito como um mero conjunto de proposições codificadas<sup>97</sup>. Porém, como demonstrado no presente artigo, do ponto de vista hermenêutico, isso dificilmente é verdade.

Ao mesmo tempo, uma segunda armadilha pode impor o risco de se negligenciar as diferenças processuais existentes entre os sistemas da *common law* e da *civil law* como frequentemente ocorre quando os acadêmicos usam a palavra "law" indistintamente. Por exemplo, ao discutir o ato de contar/narrar histórias no nível de apelação em casos civis em tribunais dos EUA, um contraste precisa ser feito em relação à maioria dos sistemas de *civil law*, bem como aos Tribunais de Apelação do Reino Unido, onde ocorre uma reanálise das questões de direito e de fato; Isso inclui ouvir os réus, (novas) testemunhas e decidir. Em contrapartida, no sistema dos EUA, os fatos podem ser considerados apenas no sentido de que já foram mencionados no resumo de apelação. O juiz de apelação analisa o contexto fático e probatório do veredicto contra o qual um recurso é apresentado. O mesmo risco pode ser encontrado no nível substantivo do direito, no que diz respeito às diferenças nas

---

<sup>95</sup> Veja Norbert Meuter, *Narration in Various Disciplines*, In *The Living Handbook of Narratology*, nota 14 supra.

<sup>96</sup> Veja François Ost, *Towards a Critique of Narrative Reason*, In *Living in a Law Transformed: Encounters with the works of James Boyd White* 37, 38 (Julen Etxabe e Gary Watt eds., 2014), sobre uma das desqualificações da narrativa para o direito: "uma forma moderna, que renorna ao filósofo David Hume. Decorre da grande divisão entre fatos e normas, entre descrever e prescrever, entre o que "é" e o que "deve", e da proibição que decorre dessa divisão — isto é, que é proibido passar de um para o outro. Neste caso, a desqualificação da narrativa é dupla: tanto quanto negar qualquer papel, seja postulando um fato ou prescrevendo uma norma, em consequência da primeira repressão, tanto quanto negar qualquer papel como mediador entre estes dois reinos ontológicos, uma vez que qualquer possibilidade de uma passagem lógica de um para o outro é proibida."

<sup>97</sup> Veja Greta Olson, *De-Americanizing Law-and-Literature Narratives: Opening Up the Story*, 22 *Law and Literature* 338, 352 (2010), "o raciocínio jurídico prossegue através de um processo de dedução das normas abstratas do direito codificado ao caso particular em análise." Veja também Olson, Nota 13 supra. Veja Helle Porsdam, *From Civil to Human Rights, Dialogues on Law and Humanities in the United States and Europe* 174 (2009), "Civil law começa com certas regras abstratas que os juízes devem então aplicar em casos concretos."

imagens mentais dos juristas entre a *civil law* e a *common law* envolvidas ao lidarmos com conceitos jurídicos acabam por fazer-nos agir como navios que passam durante a noite. Para dar um exemplo, na *common law* inglesa do século XIX, quando, para iniciar um processo judicial, o sistema de escritura evoluiu para um sistema de “causa de ação”<sup>98</sup>, classificações antigas, como *trespass*, evoluíram para *torts*. *Torts* são ações *ex delicto*, enquanto o *writ of assumpsit* (danos) foi trazido sob o enunciado de contrato, ou seja, uma ação *ex contractu*. Em contrapartida, um jurista da *civil law* pensa mais em termos de direitos, e no sistema Holandês, os danos civis a serem pagos em caso de um *onrechtmatige daad*, uma figura que é muitas vezes (tudo muito frouxamente, que é precisamente o ponto) traduzida como *torts*, não são pensados como decorrentes de um contrato<sup>99</sup>. Assim, Stephen Paskey está correto quando ele sugere que a dicotomia entre o raciocínio baseado em regras e o raciocínio narrativo é falsa — a regra legal também pode ser lida como uma história e, mais especificamente, como uma história de ações. É claro que as histórias de ações diferem dependendo da regra específica e do sistema jurídico<sup>100</sup>.

Uma terceira armadilha é que, no contexto penal, a maioria dos países de *civil law* tem uma abordagem inquisitorial que favorece um processo de verificação de provas, com provas escritas colhidas na fase pré-processual. Nesta fase, o princípio da falsificação é mais violado do que observado/aplicado, mesmo que o objetivo seja alcançar a verdade substantiva. Isso é marcadamente diferente de uma abordagem acusatória já que padrões de prova e processos são distintos. Ainda, ao contrário dos juízes profissionalmente nomeados (concurados) que têm de legitimar as suas decisões, apresentando fundamentos jurídicos, bem como os fundamentos para a condenação<sup>101</sup>, o júri da *common law* representa uma caixa preta: não

<sup>98</sup> “[Uma] causa da ação” é uma situação factual que uma pessoa declarou a fim de obter uma medida legal contra outra pessoa.

<sup>99</sup> Para estes exemplos veja Geoffrey Samuel, *A Short Introduction to the Common Law* 55 – 56 (2013).

<sup>100</sup> Stephen Paskey, *The Law is Made of Stories: Erasing the False Dichotomy Between Stories and Legal Rules*, 11 *Legal Comm. & Rhetoric: JALWD* 51 (2014). Veja sobre conteúdo da história, Fotis Jannidis, *Character*, In *The Living Handbook of Narratology*, Nota 14 supra [recuperado em 16 de fevereiro de 2015] sobre esqueletos de histórias, por exemplo, a história de traição em histórias de divórcio.

<sup>101</sup> O maior teórico jurídico holandês do século XX, Paul Scholten, observou: “O juiz faz outras coisas além de observar em favor de quem as balanças pendem, ele decide. Essa decisão é um ato, está enraizada na consciência de quem realiza o ato. O que se espera de um juiz é uma escritura. Não é sem sentido que em nossos decretos judiciais, depois de muito pensar e pesar, por vezes de infinitas “repesagem” do que são considerados prós e contras, as palavras “passo a decidir” são inseridos antes do *dictum*. Após a longa ruminação das deliberações, há esta palavra, que exige atenção para a decisão e, assim, define a sua natureza-[e], em seguida, a decisão em si: curta e decidida. É tarefa do juiz decidir. Penso que há mais do que meramente observação e argumento lógico em todos os julgamentos científicos, mas, em qualquer caso, o juízo judicial é mais do que isso — ele nunca pode ser reduzido a esses dois. Não é uma proposição científica, mas uma declaração de vontade: é assim que deve ser. No final, é um salto, assim como em qualquer ação e em qualquer julgamento moral.”.

Paul Scholten, *General Method of Private Law* (originalmente 1931), Digital Paul Scholten Project, Universidade de Amsterdã (2014).

fornece razões/fundamentos para a sua decisão<sup>102</sup>. Além disso, num sistema em que a busca da verdade é colocada mais proeminentemente nas mãos das partes envolvidas e dos leigos — ou seja, num sistema que inclui *cross-examination* (interrogatório) e o júri — o papel do juiz é mais passivo. *Plea-bargaining* também reforça a ideia de uma verdade parcial. Nesta perspectiva, podemos seguramente afirmar que as estratégias retóricas e discursivas que contribuem para as narrativas em juízo podem diferir dependendo do sistema jurídico em que ocorrem. Eu especificamente uso a palavra "estratégias" aqui. Quando se trata de determinar quais fatos são legalmente relevantes, as narrativas opostas podem, por razões óbvias, focar mais na explicação de evidências contraditórias, e isso pode levar a ignorar outros fatos, iguais ou ainda mais relevantes<sup>103</sup>. Em situações em que as evidências forenses, como amostras de sangue, testes de DNA e assim por diante não estão disponíveis, este padrão demonstra ser ainda mais problemático, por exemplo, quando a própria base para julgar já é estreita de imediato.

Greta Olson aborda o tema *quidditas* e observa que as noções dos juristas sobre a narrativa “são insuficientemente críticas e falta acuidade teórica”<sup>104</sup>. Não há dúvida que essa afirmativa corrobora com meu próprio argumento. A autora nos exorta a não usar o termo "narrativa" para todos os tipos de fenômenos, que devem ser adequadamente diferenciados caso o projeto narratológico para o direito seja bem-sucedido. Repetindo uma lista de definições fornecidas por Olson, que ela, no entanto, também considera contestada nos estudos da narratologia: "Narração" é o termo usado para descrever o ato de relacionar<sup>105</sup>; "história", quando usada em um ambiente jurídico, denota os fatos e/ou o seqüência de eventos<sup>106</sup>, enquanto o termo "discurso" deve ser usado para se referir à forma de dizer/contar<sup>107</sup>. "Narratividade", então, "denota o grau em que um texto ou objeto possui

<sup>102</sup> Veja Richard Lempert, *Telling Tales in Court*, 13 Cardozo L. Rev. 559 (1991), para um estudo sobre a diferença na taxa veredictos de condenação levando em consideração se os jurados tomaram conhecimento de informações de ordem de história ou de ordem da testemunhal: 78% de vereditos condenatórios foram feitos com base na ordem da história.

<sup>103</sup> Veja Clive Baldwin, *Who Needs Facts, When You've Got Narrative?* 18 Int ' L J. For Semiotics 217 (2005); Richard Sherwin, *Law Frames: Historical Truths and Narrative Necessity in a Criminal Case*, 47 Stan. L. Rev. 39 (1994).

<sup>104</sup> Olson, nota 13 supra, p. 37.

<sup>105</sup> Veja Olson, nota 87 supra, que "narração desempenha um papel central no discurso jurídico... e que a narração jurídica no sentido estreito como o ato de contar uma história é uma contestação de narrativas assim como declarações de testemunha, da defesa e da acusação. " Observe que, novamente, as configurações da Common-Law anglo-americanas são o padrão.

<sup>106</sup> Veja Floris Bex, *Arguments, Stories, and Criminal Evidence: A Formal Hybrid Theory* 12 (2011), "[os] fatos do caso denotam frequentemente os eventos ou o estado de casos que supostamente, pelo menos para o momento, aconteceram ou existiram."

<sup>107</sup> Olson, Nota 13 supra, p. 44, o discurso inclui "[a] perspectiva a partir da qual a história é contada, por exemplo, a ordem muitas vezes não-cronológica em que os eventos são informados, e como direta ou indiretamente está relacionado. Discurso, ou a forma de dizer/contar, é tipicamente usado em contradição com a "história" (o que aconteceu). " Veja Currie, nota 49 supra, p. vi, para a distinção entre "a história

qualidades que suscitam estruturas de pensamento que ajudam a explicá-lo como uma narrativa<sup>108</sup>", enquanto "narrativização" refere-se ao "procedimento em que um texto é processado na mente de alguém em resposta à sua narratividade, ou histórias como qualidades"<sup>109</sup>. Estas são distinções muito úteis, e precisamos focar mais nas formas específicas das estruturas narrativas nos textos e procedimentos do direito.

Para amarrar os argumentos acima e iluminar as considerações teóricas, focar no direito penal ajuda a elaborar a exigência interdisciplinar que diz que mais trabalho deve ser feito em um plano teórico da narratologia jurídica. Isso deve servir, então, como base para a pesquisa sobre a prática jurídica que também incluiria a pesquisa empírica.

## II. *Patologias da Narrativa em Direito Penal*

### 1. *Escolhas*

"Julgar" é "escolher": entre eventos e atos humanos considerados fatos juridicamente relevantes ou não (em sistemas de *civil law*, sem júris, é o juiz que decide quais são os fatos e as circunstâncias relevantes); entre as histórias plausíveis em um contexto jurídico e aquelas que não são<sup>110</sup>; entre narrativas a que um valor legal possa ser anexado, ou não, e por qual motivo, porque no final do dia o juiz como narrador é quem diz ao mundo como ele interpreta e avalia o que os outros lhe disseram<sup>111</sup>, e entre as conseqüências de diferentes escolhas. Que peso deve ser conferido a fatos específicos? Que elementos de prova devem ser avaliados como prova suficiente? O sucesso desse processo avaliativo e interpretativo depende da qualidade do discernimento phronético do juiz<sup>112</sup>. Se seguirmos Kant em sua

---

contada," por exemplo, eventos e personagens, e o veículo de contar, por exemplo, narrativa, de modo que "narrativas transmitem histórias."

<sup>108</sup> Olson, Nota 13 supra, p. 44. Veja Fludernik e Olson, *Introduction*, In *Current Trends in Narratology*, Nota 13 supra, p. 15, com referência a Marie-Laure Ryan que diferencia "entre texto originalmente formado como uma narrativa e um texto que tem qualidades que permitem que seu destinatário o leia como um narrativa, ' por exemplo, a diferença entre um texto ' ser uma narrativa ' e sua ' narratividade intrínseca ' .

<sup>109</sup> Olson, nota 13 supra, p. 44.

<sup>110</sup> Veja W. Lance Bennett e Martha Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom* (1981) na "gramática da história" em um contexto jurídico; Bernard Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence* (1988) e *Making Sense in Law* (1995); Willem A. Wagenaar, Peter J. Van Koppen e Hans F. M. Crombag, *Anchored Narratives: The Psychology of Criminal Evidence* (1993), a premissa da teoria das narrativas ancoradas é que uma "boa história" no direito penal não é apenas compatível com a prova, mas é também "ancorada: em nosso conhecimento geral do mundo ao nosso redor".

<sup>111</sup> Veja Uri Margolin, *Narrator*, In *The Living Handbook of Narratology*, nota 14 supra [recuperado em 10 de fevereiro de 2015].

<sup>112</sup> Veja Fludernik e Olson, nota 108 supra, p. 5, sobre o tema da narratologia cognitiva que aborda "como as narrativas revelam a fenomenologia da percepção... como elas controlam os processos decisórios pelos quais intuimos como as histórias são mais prováveis de acontecerem. "

obra *Crítica da capacidade de julgar*, a primeira etapa de qualquer julgamento é a imaginativa, que inclui refletir sobre o que “não está lá”<sup>113</sup>. Isto é, para reconhecer o que pode não ter sido descoberto entre os materiais disponíveis e os argumentos, tanto quanto para reconhecer o que pode ter sido simplesmente negligenciado ou perdido já que os juízes são influenciados por sua diferente formação cultural, pessoal e profissional<sup>114</sup>. A última (formação profissional) é importante dado o peso da narrativa judicial e pesquisa em narratologia cognitiva. Este é ainda mais o caso quando se amplia o escopo para incluir a visualidade e a medida do direito, porque focar no que Kenneth Chestek chama de "ponto certo judicial" por meio da narrativa, pode ser facilmente traduzido para a persuasão por meio de imagens, a fim de ativar a empatia da narrativa judicial<sup>115</sup>. Tendências psicológicas a que estamos todos propensos, como dissonância cognitiva<sup>116</sup>, perseverança de crença, e viés de confirmação<sup>117</sup>, podem facilmente levar a sérios erros de julgamento e uma aplicação equivocada de justiça quando um juiz explica como incorreto qualquer coisa incompatível com a história. Em retrospectiva, isso confabula e cria a ilusão de que havia todos os tipos de boas e conscientes razões para decidir da maneira como foi decidido. Afinal, partes de evidência/provas sempre divergem, e o ambiente é sempre dialético. Obviamente, a experiência passada de um juiz com pessoas e situações específicas o leva a construir traços de padrões em relação a

---

<sup>113</sup> Veja Linda H. Edwards, *Once Upon a Time in Law: Myth, Metaphor, and Authority*, 77 Tenn. L. Rev. 883, 913 (2010) ("As histórias são verdadeiras ou falsas, mas não em decorrência do que elas dizem, mas do que elas omitem e implicam."). Veja Philip N. Meyer, *The Darkness Visible: Litigation Stories and Lawrence Joseph's Lawyerland*, 23 Syracuse L. Rev. 1311, 1314 – 15 (2003) (no "subtexto de um caso," as histórias das partes que importam para elas, mas que são filtradas no curso do processo legal. Deve-se notar que na *Crítica* de Kant, a segunda etapa é a reflexão sobre o *sensus communis* que deve ser levado em consideração no julgamento. Por mais importante que seja para a tomada de decisão legal, ele não foi considerado no escopo deste artigo).

<sup>114</sup> Veja Kim Lane Scheppele, *Telling Stories*, 87 Mich. L. Rev. 2073 (1989) (que tudo o que os tribunais têm são histórias; Na obra de Cícero *De Inventione* já se lida com o tema da plausibilidade da narrativa; o tema de como influenciar a mente e a decisão do juiz tem estado conosco desde Aristóteles.).

<sup>115</sup> Veja David Herman, *Cognitive Narratology*, In *Handbook of Narratology* 30 (Peter Hühn et al. eds., 2009); David Herman, *Cognitive Narratology*, In *The Living Handbook of Narratology*, Nota 14 supra [recuperado em 1 de dezembro de 2014] (no foco da narratologia cognitiva "[...] estados mentais, capacidades e disposições que fornecem motivos para — ou, inversamente, são fundamentadas — experiências narrativas. "). Veja Fludernik e Olson, nota 108 supra, p. 10 ("Molduras e scripts específicos, por exemplo, sequências culturalmente recorrentes de ações ou processos, são ainda mais importantes para a narratologia, uma vez que se referem a ingredientes de enredos"); Kenneth D. Chestek, *Judging By the Numbers*, 7 J. . Of The Ass'n Of Legal Writing Directors 1, 34 (2010) (focar na história do caso é a rota mais provável para encontrar esse ponto doce onde um quadro profundo é ativado (tornando-se a base da persuasão), sem ele se torna tão óbvio que as defesas naturais do leitor são acionadas. "). Veja Gerald Prince, *Reader*, In *The Living Handbook of Narratology*, Nota 14 supra [recuperado em 16 de fevereiro de 2015], e Catherine Emmot e Marc Alexander, *Schemata*, in id. [consultado em 16 de fevereiro de 2015]) (sobre como os textos orientam a produção de significados e o preenchimento de lacunas realizados pelos leitores.). Para empatia narrativa, veja Suzanne Keen, *Narrative Empathy*, in id. [consultado em 15 de fevereiro de 2015].

<sup>116</sup> Veja Leon Festinger, *A Theory of Cognitive Dissonance* (1957).

<sup>117</sup> Veja o artigo escrito por Amos Tversky e por Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 ciência 1124 (1974).

comportamentos estereotipados que ele aplicará a situações futuras. A armadilha do preconceito sempre paira.

Vamos focar em outro aspecto da "escolha" judicial. A consciência das restrições impostas pelos princípios jurídicos e normas do processo é muito facilmente esquecida no enfoque da narrativa jurídica; por exemplo, considere a *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, ou o princípio de que a conduta humana somente é punível quando há base legal, como em uma regra codificada designando aquela conduta como um crime<sup>118</sup>. A redação da acusação penal — as alegações relativas às ações do réu em um determinado momento e em um determinado lugar — orienta a busca de fatos e circunstâncias relevantes, e estes pontos, por sua vez, têm de ser todos estabelecidos. Em suma, o que importa é a qualificação jurídica do ato penal: a qualificação de fatos de tal forma que eles se enquadrem na provisão de um artigo específico do Código Penal e a modalidade do desvio da norma jurídica como exemplificado na regra (codificada) que é o ponto de referência. A busca por esta qualificação rege o ato de leitura. Assim, uma vez que você “estabeleceu” o fato, você “compreendeu”. Isso é importante notar porque o direito penal é um modo altamente específico de regulação do comportamento humano em um contexto social que visa restabelecer o equilíbrio social interrompido pelo ato criminoso.

Para complicar as questões jurídico-narratológicas ainda mais, do ponto de vista epistemológico, encontramos no jurista leitor-narrador um sujeito que, ao estabelecer os fatos de um caso, não só descreve o mundo como ele o encontra, mas também o mundo em que ele deve pronunciar o julgamento. O sujeito e o objeto conhecidos convergem. É essa forma específica de ação que orienta o movimento dialético entre fato e regra jurídica que, como observado acima, forma a estrutura constitutiva do pensamento jurídico e da metodologia. É a razão pela qual o direito é como a literatura, como James Boyd White tem consistentemente argumentado desde a publicação da obra *The Legal Imagination* em 1973<sup>119</sup>. Que o referencial do direito penal, como a tradução legal da realidade pré-jurídica<sup>120</sup> é constituída pelo direito penal, abre um campo para a investigação interdisciplinar. Tal pesquisa inclui, por exemplo, a questão de saber se esse padrão implica ou não em um retorno

<sup>118</sup> A ideia foi primeiramente trazida por Cesare Bonesana, Marchese Beccaria, *Dei Delitti E Delle Pene* (1764 trans. Edward D. Ingraham, *Of Crimes and Punishments* (1778)).

<sup>119</sup> Veja Richard Weisberg e Jean-Pierre Barricelli, *Literature and Law*, in *Interrelations of Literature* 150, 162 (JeanPierre Barricelli e Joseph Gibaldi eds., 1982) ("O processo legal, como o literário, se move de uma experiência na vida para uma recriação narrativa dessa experiência. "); Veja Mônica Sette Lopes, *Clarice Lispector and Forgiveness*, in *Dossier Law and Literature*, Discussion on Purposes and Method 43, 46 n. 3 (M. Paola Mittica Ed., 2010) que quando Clarice Lispector disse a seu professor de direito que ela optou pelo direito penal, ele respondeu: "você interessou-se pela parte literária do direito", referindo-se a Clarice Lispector, *Cadernos De Literatura Brasileira* (2004).

<sup>120</sup> Eu adoto este termo de Ben-Yishai, nota 82 supra, p. 43.

a uma visão descritiva da linguagem. Também compreende a pesquisa sobre como a narrativa jurídica representa a realidade na visão de que o processo interpretativo constitui a mudança do ambíguo para o inequívoco, bem como a pesquisa sobre seqüencialidade dentro da história narrada, por exemplo, tempo narrado e tempo da narrativa<sup>121</sup>.

## 2. Sugestões

O que mais devemos manter no desenvolvimento do projeto interdisciplinar de uma narratologia do direito? Gostaria de oferecer algumas sugestões que não são de forma alguma exaustivas. Em primeiro lugar, é necessário diferenciar a fase pré-processual da fase processual. Na fase pré-processual dos interrogatórios policiais, a pesquisa narratológica deve se concentrar no enredo e na constituição da narrativa, bem como na coerência narrativa<sup>122</sup>. A razão mais importante para fazê-lo é porque não é imediatamente óbvio para o leitor quem foi que estruturou a ordem dos atos na ação gravada, e como isso foi feito. A voz principal narrada é aquela do interrogador, mas o registro escrito não dá sempre a informação no formulário quanto à duração, forma e sob que circunstâncias o interrogatório realmente ocorreu. O interrogador é aquele que seleciona o que vai para o registro. Se o registro não mostrar as perguntas feitas e for apresentado como uma narrativa em primeira pessoa<sup>123</sup>, ou se o registro consistir apenas em passagens selecionadas e legalmente relevantes e a narrativa for apresentada como um todo unificado, o juiz-leitor não saberá se a história sugere uma linearidade de acontecimentos e uma cronologia, onde de fato não existia nenhuma, ou se partes relevantes para o réu foram deixadas de fora, e em caso afirmativo, por que razões. Foram estes elementos justificadamente deixados de fora porque eles não eram legalmente

<sup>121</sup> Veja Hühn, Event and Eventfulness, In The Living Handbook of Narratology, Nota 14 supra [recuperado em 10 de fevereiro 2015].

<sup>122</sup> Eu abordo a definição de enredo de Cleanth Brooks e Robert Penn Warren como "a estrutura de uma ação como é apresentada em um pedaço de ficção, não a estrutura de uma ação como nós a descobrimos no mundo, mas a estrutura dentro de uma história. É, em outras palavras, o que o contador da história tem feito a uma ação para apresentá-la para nós", como citado em Scheffel, nota 67 supra, no par. 3.1. Scheffel define a constituição narrativa como "a composição das narrativas". Kukkonen, nota 66 supra, distingue enredo como um padrão produzindo coerência a uma narrativa e enredo como design autoral. Veja também Melissa H. Weresh, *Morality, Trust, and Illusion*, 9 Legal Comm. & Rhetoric: JAWLD 229, 251 e segs. (2012), para um relato de como "a narrativa persuasiva depende de três propriedades psicológicas: coerência, correspondência e fidelidade, "com coerência como" [a] matéria da história correspondente ao que um juiz e um júri sabem sobre o que normalmente acontece no mundo sem contradizer esse conhecimento."

<sup>123</sup> Veja Brooks, nota 16 supra, p. 7, para o exemplo relacionado do Justice Potter Stewart em *Bumper v. North Carolina*, 391 E.U.A 543 (1968), lamentando que: "a transcrição da oitiva suprimida vem a nós... na forma de narrativa; por exemplo, as perguntas e respostas reais foram reescritas na forma de um testemunho contínuo em primeira pessoa. O efeito é colocar na boca das testemunhas algumas das palavras dos advogados."

relevantes ou porque não eram o que a polícia queria ouvir? O juiz não pode verificar as lacunas se não houver nenhuma gravação de áudio(-visual)<sup>124</sup>. O registro convida o juiz a aceitar o relato narrativo como real, como tendo sido evoluído organicamente, e como Aristóteles reivindicou na *Poética*, como sujeito às leis de probabilidade e necessidade, mencionados acima<sup>125</sup>. Ainda, muitas vezes, o registro é uma forma de "hint fiction" uma história curta que pode ou não ser verdade (mas como pode o juiz saber?), sugestiva de uma história maior e mais complexa, e isso faz com que a decisão do juiz com base na *facta probanda* seja ainda mais difícil<sup>126</sup>. Esta afirmativa deve ser feita para destacar as diferenças processuais que dependem da jurisdição; por exemplo, importa muito se o arquivo escrito constitui a base do processo de julgamento ou se todas as testemunhas foram questionadas pelo (s) juiz (es) em julgamento público (open court).

A mesma consideração aplica-se ao estágio experimental no que diz respeito ao depoimento da testemunha e à necessidade de ser capaz de reconhecer as estratégias de perjúrio e de equívocos. Aplica-se também aos depoimentos de impacto da vítima, incluindo aspectos ligados ao seu âmbito de aplicação<sup>127</sup>. Do mesmo modo, também se aplica caso o réu decida depor perante o juiz, o que também depende de fatores processuais. Qual é o valor de uma história de confissão, preocupante como pode ser, na fase de pré-processual, como Brooks observou?<sup>128</sup> Deveria uma confissão afetar a valorização das provas pelo juiz e, em última análise, a sua convicção, que, em conjunto, constitui a base de sua decisão?<sup>129</sup> Se

<sup>124</sup> Nas lacunas e na suposição de que no mundo real, ao contrário das narrativas fictícias, não há lacunas, veja Sten Wistrand, *Time for Departure?*, In *Disputable Core Concepts of Narrative Theory* 15 (Göran Rossholm e Christer Johansson eds., 2012); Veja também Marie-Laure Ryan, *Cheap Plot Tricks, Plot Holes, and Narrative Design*, 17 *Narrative* 56 (2009), em "buracos no enredo" e "truques baratos de enredo" nas histórias usadas para encobrir problemas de linearidade, cronologia, e lógica.

<sup>125</sup> Veja também Aristóteles, *Art of rhetoric* 159 (2006), I. xv. 17, 1376a, "no que diz respeito à confirmação de provas, quando um homem não tem testemunhas, ele pode dizer que a decisão deve ser dada de acordo com as probabilidades, e que este é o significado do juramento" de acordo com o melhor de um julgamento."

<sup>126</sup> *Factum probandum* é um fato que é o sujeito da prova; um *factum probans* é o fato da existência de que o *factum probandum* é inferido. Ver Bex, nota 106 supra, p. 12 para a inclusão nos "fatos do caso" de "proposições cuja verdade é desconhecida", por exemplo, o "*facta probanda*", e o "*facta explananda* [como]" o que tem de ser explicado ".

<sup>127</sup> Brooks, nota 16 supra, p. 17. No que diz respeito ao escopo, uma declaração literalmente de impacto da vítima, por exemplo, será apenas sobre o impacto do crime na vida de uma vítima? Ou a vítima pode dizer algo sobre provas e sentenças? E se sim, como isso influenciaria o juiz?

<sup>128</sup> Veja Brooks, *Storytelling without Fear?*, In *Law's Stories*, nota 17 supra, p. 114; Brooks, *Troubling Confessions* (2000). Brooks discute as circunstâncias em que as confissões são obtidas e chama de confissões 'preocupantes' quando os direitos do réu (como o direito de não se incriminar) são (deliberadamente) violados.

<sup>129</sup> Veja Brooks, nota 74 supra, p. 416, "'Convicção' — no sentido jurídico — resulta da convicção criada naqueles que julgam a história [,]"; Brooks, nota 17 supra, p. 18; Bex, nota 106 supra, p. 79, "um dos principais perigos das histórias é que uma história coerente é julgada como mais crível do que uma história incoerente, independentemente da verdade real da história."; Wagenaar et al., nota 110 supra, p. 40, que uma boa história é mais provável de ser acreditada para ser verdade do que uma história fraca.

convicção e prova são dissociados em sistemas jurídicos com um júri que não está formalmente obrigado a justificar/fundamentar a sua decisão<sup>130</sup>, a valorização da narrativa ocorre em uma situação marcadamente diferente daquela em sistemas jurídicos — como o Holandês, onde a prova e a convicção judicial são os dois pilares em que se baseia a decisão, ou o Francês, em que a íntima convicção é aceita no tribunal *d'Assises* como justificação para o julgamento. Assim, como Elaine Scarry nos adverte: “A confissão... pode eliminar a necessidade de litígio e decisão/sentença. E isso deveria nos preocupar”<sup>131</sup>.

Na competição de narrativas no processo<sup>132</sup>, concebido como um processo de averiguação (encontrar fatos), presume-se a competência narrativa. Mas e se o réu permanecer calado? Seja porque o advogado de defesa assim o aconselhou ou porque ela ou ele é incapaz de contar a história do que aconteceu de uma forma adequada? Como, então, é a batalha de histórias concorrentes para reconhecer esta voz? Na fase processual, as condições específicas da verdade do direito penal e as restrições processuais, incluindo as regras de prova<sup>133</sup>, têm seu próprio impacto sobre as histórias que são contadas. A presunção de inocência confere um direito ao indivíduo de um julgamento justo<sup>134</sup>. Mas e se a estratégia narrativa que o advogado de defesa emprega sair pela culatra? Obviamente, um réu precisa de um advogado para traduzir sua visão dos fatos e coloca-los em termos jurídicos. A história precisa estar coesa com as demandas semânticas da qualificação jurídica de seu ato com base

---

<sup>130</sup> Veja Amsterdam e Bruner, nota 72 supra, p. 118, para uma história hilariante de um veredicto do júri que deu errado: "um júri no Alabama foi chamado para julgar um pobre agricultor acusado de roubar uma mula de um rico agricultor. O primeiro veredicto do júri foi: "inocente, desde que devolva a mula". O juiz recusou-se a aceitar o veredicto.... O júri... proferiu um segundo veredicto: "inocente, mas ele tem que devolver a mula." O juiz novamente rejeitou o veredicto... o júri voltou com um terceiro veredicto, que o juiz finalmente aceitou: "inocente, deixe-o ficar com a maldita mula".

<sup>131</sup> Elaine Scarry, *Speech Acts in Criminal Cases*, In *Law's Stories*, nota 17 supra, p. 165 – 74.

<sup>132</sup> Lawrence M. Friedman, *Law, Lawyers, and Popular Culture*, 98 *Yale L.J.* 1579, 1595 (1989), "um julgamento é também uma competição narrativa."

<sup>133</sup> Veja Brooks, nota 74 supra, p. 417, refletindo sobre o caso do OJ Simpson, “Todas as "regras de prova" - incluindo a famosa "regra de exclusão", que restringe o uso de provas obtidas ilegalmente - tocam na questão da narração de histórias seguida por regras. O juiz deve conhecer e impor essas regras. E quando as histórias são abatidas a partir do registro de julgamento e recontadas na fase de apelação, é para avaliar a sua conformidade com as regras. Os tribunais de apelação não devem dar uma segunda opinião sobre o “juízo de fato” no caso, mas julgar a moldura definida pelo veredito.” Na Europa, o termo geralmente usado é "frutos da árvore envenenada".

<sup>134</sup> "Todos os acusados de uma infração penal serão presumidos inocentes até que se prove culpado de acordo com o direito", declara o artigo 6º da Convenção Europeia Para A Proteção Dos Direitos Do Homem E Das Liberdades Fundamentais. Repousa sobre os princípios clássicos do Direito Romano: *Nemo tenetur prodere se ipsum* (ninguém é obrigado a se autoincriminar); *Nemo tenetur edere contra se* (ninguém é obrigado a falar contra si mesmo); e *Nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a acusar a si mesmo). Como direito subjetivo este direito é indissolúvelmente ligado ao Estado de Direito em uma sociedade democrática na proteção que ele garante contra intrusões ilegais na vida das pessoas. Como uma proibição de colocar pressão sobre uma pessoa suspeita de ter cometido um crime, refere-se à deferência para o réu em processo penal, quando se trata de respeitar a dignidade humana, no sentido de livre arbítrio e integridade física e mental. Veja a regra de Miranda no Direito Americano, *Miranda v. Arizona*, 384 E.U.A.435 (1966).

na acusação, mas também se manter clara e coerente ao mesmo tempo. Sumariamente, se os réus tentam, honestamente contar suas histórias em suas próprias palavras, eles nem sempre entendem as conseqüências legais<sup>135</sup>. A partir de outro enfoque, surge uma área problemática da narrativa. Enquanto o exercício do direito de permanecer em silêncio não pode ser usado como prova, um réu que não oferece uma explicação para uma declaração incriminadora da testemunha descobrirá que esta circunstância pode e será usada contra ele<sup>136</sup>. Assim, uma falha nas habilidades decorrentes do litúgio e nas estratégias narrativas pode desencadear uma condenação judicial e *libelo puniendi*; Este fator tem de ser levado em conta, especialmente naqueles casos, sem uma clara tradição jurisprudencial, como as acusações de atos terroristas<sup>137</sup>.

Quando o corpo de juízes ao analisar um crime finalmente tem que decidir sobre o valor e a força das provas estabelecidas em histórias concorrentes, uma outra complicação ainda pode surgir ao se considerar a própria narrativa. Surge da pergunta de Genette "*Qui parle?*". A perspectiva narrativa da decisão judicial é a de um narrador impessoal, onisciente de terceira pessoa cuja voz autoral fala com autoridade. A ação desta voz finge não ser a de pessoas individuais; julgar, no entanto, é uma atividade humana, e este narrador de terceira pessoa esconde várias narrativas em primeira pessoa. O que fazer, então, se um corpo de juízes descobre que não pode obter o seu conjunto de narrativas em primeira pessoa de maneira coesa uns com os outros? Quando a *common law* e os tribunais europeus supranacionais oferecem a solução para opiniões/decisões/votos concorrentes e dissidentes, tornando a poli-narração aceitável, não há esse problema para o juiz individual como narrador. Se um corpo de juízes tem de falar em uma só voz, a do "Tribunal", e as opiniões diferem, escrever uma decisão como uma narrativa judicial de compromisso se torna uma tarefa, de fato, muito difícil.

## E. CODA

<sup>135</sup> A questão é pontuada por Willem J. Witteveen em sua análise do conto de Pirandello "A Verdade": esta é a história do fazendeiro Tararà que mata sua esposa depois que ele a pega na cama com outro homem; ele admite que sabia sobre o caso, mas não agiu sobre este conhecimento até que sua esposa o desonrou ao ter relações sexuais na casa conjugal. Willem J. Witteveen, *De waarheid, onschuldig opgebiecht*, In *Verbeeldingsmacht* 277 (Witteveen e Sanne Taekwondo de eds., 2000).

<sup>136</sup> Por exemplo, Corte Européia HR *Krumpholz v. Austria*, decisão final de 18 de março de 2010, pedido no. 13201/05. Note-se que quando a declaração da testemunha é a de um perito, a relevância narrativa e a credibilidade são muitas vezes melhor e mais valoradas.

<sup>137</sup> Eu adoto o termo *libido puniendi* de Mirjan R. Damaška, *The Competing Visions of Fairness*, 36 N.C. J. Int ' L. e Com. Reg. 365, 369 (2011).

Como argumentou este artigo, as narrativas legislam o significado de muitas maneiras diferentes: isso varia da influência da probabilidade e da fidelidade narrativa à influência da semelhança e da representação, e se estende desde o estágio pré-processual até a verificação de provas. Como essas narrativas são sempre avaliadas no contexto do conhecimento local de um sistema jurídico específico e de um conjunto específico de práticas jurídicas<sup>138</sup>, a inteligência narrativa é um pré-requisito para os juízes. Enquanto nenhum juiz pode declarar inocência para o paroquialismo disciplinar, meu argumento aqui foi que devemos trabalhar para não privilegiar uma disciplina — direito ou narratologia — sobre a outra. Para honrar a pluralidade do direito em termos de narrativa, devemos tentar nos engajar em um trabalho verdadeiramente interdisciplinar, no caso de correremos o risco de exercer uma metodologia superficial e acabarmos em um monte de compostagem intelectual. Como argumentou este artigo, esse trabalho interdisciplinar e teórico sobre o direito e a narratologia é melhor iniciado através da abordagem de jurisdições específicas; deve, então, passar a abordar aspectos comparativos dos sistemas jurídicos da *common law* e de *civil law*.

Baseando-se nisso, a pesquisa viável, combinando teoria e prática, seguirá e incluirá pesquisas empíricas sobre as práticas jurídicas. Se os esforços de investigação conduzirão a uma narratologia legal/jurídica que trate também das especificidades de sistemas legais, e dos vários tipos de procedimentos do direito, ainda não se sabe. No entanto, a esperança permanece para a fruição da narratologia legal/jurídica, se mantivermos em mente a visão dinâmica de Cardozo sobre o direito: "o direito nunca é, mas está sempre prestes a ser."<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> Maria Aristodemou, *Law and Literature, Journeys from Her to Eternity* 3 (2000), "as narrativas não são neutras: elas investigam, mas também sugerem, criam e legislam significados".

<sup>139</sup> Benjamin Nathan Cardozo, *The Nature of The Judicial Process* 126 (1921).