

Narrativismo jurídico e prova testemunhal: uma proposta antropofágica de percepção jusliterária do processo penal

Legal narrativism and testimonial evidences: an anthropophagic proposal of jusliterary perception of the criminal process

Artigo recebido em 08/08/2023 e aprovado em 22/08/2023.

Luciano do Nascimento Silva

Pós-Doutor em Sociologia e Teoria do Direito pela Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento (FG-UNISALENTO). Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Professor de Teoria da Argumentação, Criminologia, Direito Penal e Teoria do Processo Penal no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Docente Permanente no PPGRI/UEPB e Docente Colaborador no PPGCJ/UFPB.

Ádamis Silva Oliveira Júnior

Bacharel em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba (CCJ/UEPB). Membro do Núcleo para Pesquisa dos Observadores do Direito (NUPOD/DGP-CNPq). Ex-representante da Paraíba no Parlamento Jovem Brasileiro do Congresso Nacional (PJB/2017). Idealizador do projeto "Tertúlias Jurídicas: diálogos entre Direito, Arte e Literatura" vinculada à Pró-Reitoria de Extensão da UEPB (PROEX/UEPB).

Resumo

Tendo a produção teórica de José Calvo González como fonte primária, munida dos pensamentos e perspectivas de outros autores como Carlos María Cárcova, Luís Alberto Warat, Aury Lopes Júnior e Niklas Luhmann, o presente trabalho se propôs a conceber uma contribuição para a elucidação dos aspectos estruturais e funcionais da linguagem e da argumentação jurídica a partir da amálgama científica da Teoria Literária e da Teoria da Argumentação Jurídica. Assim, problematizou-se: pode o direito ser compreendido como a Literatura? A estrutura discursiva da prova testemunhal é análoga à estrutura discursiva da narrativa literária? Pode a prova testemunhal, enfim, ser explicada em termos narrativos? Partindo dessas questões, à guisa do método observacional em uma matriz metodológica estruturalista-funcional, pôde-se debruçar sobre as noções e os aspectos basilares da implicação *direito x literatura* para a compreensão epistemológica da óptica do direito *como literatura* e do direito *como narrativa*, aproveitando definições e categorias narratológicas para investir sobre os atores do universo jurídico, poderes, características e competências literárias, com o resulta na confirmação de uma peculiar interseção entre o direito e a literatura, e na constatação categórica da estrutura textual-narrativa como possibilidade do direito, marco teórico paradigmático do legado *jusliterário* de José Calvo González (*in memoriam*).

Palavras-chaves: direito; obra literária; processo penal; prova testemunhal.

Abstract

With the theoretical production of José Calvo González as a primary source, alongside the thoughts and perspectives of other authors such as Carlos María Cárcova, Luís Alberto Warat, Aury Lopes Júnior and Niklas Luhmann, the present work aims to conceive a contribution to the elucidation of the structural and functional aspects of language and legal argumentation from the scientific amalgam of Literary Theory and Legal Argumentation Theory. Thus, it was problematized: can Law be understood as Literature? Is the discursive structure of witness proof being analogous to the discursive structure of literary narrative? Testimonial evidence can, finally be explained in narrative terms? Starting from

these questions, and together with the use of the observational method in a functional and structuralist methodological matrix, concepts, and the basic aspects of the implication between Law and Literature to build epistemological understanding of the optics of Law as Literature and Law as Narrative, using definitions and narratological categories to confer to the actors of the legal universe literary powers and characteristics resulting in the confirmation of a peculiar intersection between Law and Literature, and in the categorical findings of the textual-narrative structure as a possibility of Law, paradigmatic theoretical framework of the jusliterary legacy of José Calvo González (in memoriam).

Keywords: law; literature; criminal process; testimonial evidence.

1 Introdução

O presente trabalho, com sua natureza interdisciplinar, tem como principal objetivo investigar e compreender a produção da prova testemunhal a partir de um acoplamento estrutural entre os elementos da teoria da argumentação jurídica e os elementos da teoria literária, de modo a verificar e compreender as características e as competências criativas e narratológicas intrínsecas às estruturas, finalidades e formas de manifestação da produção probatória do processo penal.

Quando se questiona de que modo se dá a produção do direito, de imediato recorre-se às leis, aos costumes, à jurisprudência, à doutrina, à analogia ou a qualquer outra fonte tradicionalmente assimilada ou conhecida por meio da *Teoria Geral do Direito*. Entretanto, quando se questiona de que modo se manifesta o direito produzido, a investigação assume um outro nível de observação e a consequente obtenção de respostas e soluções para o problema torna-se mais complexa.

Essa complexidade, não apenas no sentido da labiríntica obtenção de respostas, mas também no sentido da multiplicidade e interdependência dos diversos campos de estudo para a construção de conclusões sobre o tema, culmina em um aparente distanciamento ou até mesmo em uma rejeição da *prática legal* em explicar a forma com que ela mesma se dá.

Frente a isso, pode-se verificar contemporaneamente a existência de um esforço científico e de um interesse teórico projetado, justamente, para a superação desse entrave por meio da edificação de olhares atentos para a distinção entre *o que é* e *o como se dá* os fenômenos passíveis de problematização pelas ciências humanas, sociais e as ciências sociais aplicadas, campo no qual ancorou-se o direito.

Essa constatação, impulsionada pelo *linguistic turn* e pelo *narrative turn*, conduz as ciências jurídicas, tal como neste trabalho, à necessidade de superação do isolamento científico – no qual numerosas vezes caminhou o direito – para a construção de pontes junto aos campos do saber que tantas vezes foram relegados por este universo cognitivo que pouco sabe sobre tudo, mas que sobre tudo intenta regular.

É nesse instante em que se vislumbra uma rica possibilidade de instauração de perspectivas teóricas sobre uma *práxis* que muito teorizou sobre suas estruturas, seus sujeitos, suas ferramentas, seus códigos e seus efeitos, mas pouco elucidou sobre a pedra fundamental de todos estes: a linguagem.

Sendo assim, por meio do método observacional, atrelado a uma matriz metodológica estruturalista e funcional, investigou-se a hipótese da existência de um *isomorfismo* entre a narrativa literária e a narrativa testemunhal, indicando que, por mais que possuam finalidades, meios e ambientes distintos, organizam-se o discurso literário e o discurso da prova testemunhal da mesma *forma*, principalmente quando observadas em suas imbricações a interdependência dos relatos e, essencialmente, das narrativas.

A partir disto, verificando que os relatos e as narrativas são as possibilidades do direito, que o direito e a literatura não germinam de fontes outras senão dos fatos consubstanciados pelo olhar seletivo, idiossincrático e constitutivo dos seus personagens e produtores, e que o universo jurídico e o universo literário constituem similar forma de operação entre os juristas e os escritores no exercício das suas atividades, questionou-se: pode o direito ser compreendido como a literatura? A estrutura discursiva da prova testemunhal é análoga à estrutura discursiva da narrativa literária? Em suma, pode a prova testemunhal ser explicada em termos narrativos?

Partindo desses pressupostos, pode-se evidenciar que, ao fazer o uso das ferramentas formalísticas, pouco se repara na instrumentalização de recursos que ultrapassam a esfera positivo-normativa, como a aplicabilidade

de elementos narrativos, retóricos, linguísticos e argumentativos que são necessários para a própria admissão das aspirações levadas ao poder discricionário do Estado. Dessa forma, do ponto de vista social, o mérito do trabalho é claro, uma vez que permite aos observadores e aos próprios operadores do direito voltarem os seus olhos para características e aspectos do seu labor cotidiano que até então, raras vezes, eram percebidos, o que se justifica pela naturalidade e espontaneidade com que são conduzidas as práticas da atividade judiciária.

Outrossim, no que tange à contribuição acadêmico-científica, o desenvolvimento do estudo apresentado também demonstra profunda relevância, afinal de contas, como a observação do direito *como* literatura depende do estudo e aproveitamento de conceitos e compreensões que ultrapassam a esfera acadêmico-jurídica, naturalmente as suas formulações não são tão habituais, o que evidencia o mérito da pesquisa proposta ao problematizar e compreender fenômenos normalmente preteridos pela academia, mas que repercutem efeitos e implicações que, na verdade, jamais deveriam ser ignoradas.

Assim sendo, se para a atuação extensiva tem a articulação dos ramos do movimento *law and literature* germinado frutos positivos, naturalmente o aproveitamento desta corrente temática, desta feita nos moldes de um problema científico, proporcionou a obtenção de resultados igualmente ou ainda mais significativos, o que se aspirou por meio do desenvolvimento da pesquisa que teve como público-alvo a comunidade jurídica, literária e científica, em especial os profissionais e os acadêmicos em direito, Letras, filosofia, jornalismo e comunicação social, tendo em vista a imbricação resultante entre os diversos universos de conhecimento, não olvidando – todavia – para a sociedade em geral, que há de ser a maior interessada nas ideias e nos desfechos obtidos por este trabalho científico.

2 O direito que reclama histórias, romances e ficções

Nos recorda o professor Miguel Reale (2001, p. 186), em suas lições preliminares, da preleção deixada pelos romanos em um dos seus tantos brocardos eternizados na memória do direito ocidental: *ex facto oritur jus*.

Dizer que *do fato origina-se o direito* é recolocar no epicentro das nossas atenções a dimensão significativa que possui a *quaestio facti*, o indiciamento, a instauração do inquérito policial, a propositura da ação penal, a fase instrutória do processo, a dinâmica probatória, a indicação dos motivos de fato na sentença, enfim, é convocar a projeção do olhar que percebe um direito que, ao passo que reclama normas, reclama fatos e reconhece estes como razão fundante, solicitante e alusiva daquelas.

O primeiro brocardo nos direciona à rememoração de um outro que aproveita similar categoria temática: *da mihi factum, dabo tibi ius* (*dá-me os fatos que te darei o direito*).

Enquanto o primeiro axioma assinala a percepção dos fatos como gérmen da atuação do Estado diante da ocorrência de eventos, bem como os seus efeitos, tipificados objetivamente pela estrutura normativa, o segundo assinala a evocação, a enunciação e a narração que o Estado precisa ouvir para inaugurar, desempenhar e obter – ou não – a persecução das consequências jurídicas reivindicadas diante dos indícios da ocorrência de fatos juridicamente qualificados.

Assim, entende-se que, mais que a fundamentalidade de *ter* os fatos, para que assim possa originar-se, provocar-se e incitar-se o direito, parece ser ainda mais fundamental o ato de *dá-los, revelá-los* ou *dizê-los* para que, tão somente assim, possa o direito (e o Estado) aquebrantar sua inércia e executar a materialização do sistema que se realiza por intermédio da estrutura processual.

Temos, então, em detrimento da centralidade científica tão comumente atribuída à *juris-dicção* (a que diz o direito), uma espécie de *factum-dicção* (a que diz o Fato) que obteve profundo interesse teórico por ocasião do *linguistic turn* (LUHMANN, 2016, p. 465) verificado nas ciências humanas e nas ciências sociais aplicadas nas últimas décadas¹ (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 66). Ocorre que a linguagem, neste paradigma científico específico, projetou-

¹ É como constataram André Karam Trindade e Roberta Magalhães, apurando que “Do mesmo modo como ocorreu com outros saberes, o direito também foi submetido a essas influências, de maneira que se voltou, ao menos em uma primeira fase, de caráter metodológico, às análises linguísticas do discurso jurídico, entendido como discurso introjetado na linguagem cotidiana”.

se como elo ou alicerce comum entre os diversos campos do conhecimento, como a Filosofia, a Psicologia, a História, a Teoria Literária, dentre as quais não escapou o direito, concebendo abordagens – tal como as outras áreas do saber influenciadas pela *virada linguística*² (KARAM, 2017, p. 827) – expositoras das imbricações possíveis entre *direito e linguagem* ou *direito e linguagens*.

No meio das diversas abordagens possíveis, chamamos atenção para aquela, além do *linguistic turn*, provocada também pelo *narrative turn*, que suscita a construção e apuração de abordagens narrativas nos múltiplos campos do saber. Em direito, uma das principais teorias qualificadas por abordagens narrativas é a *Teoria Narrativista do Direito* de José Calvo González (2013, p. 44), caracterizada por assentar a epistemologia jurídica nas bases da epistemologia literária, concebendo um olhar que nos fala das instalações literárias, ficcionais e narrativas explícita e implicitamente contidas no universo do direito.

Por isso é que a dicção, enunciação e revelação dos fatos em direito, mais precisamente nos procedimentos de estrutura narrativa observados no processo penal, assume aqui um papel principal diante do texto legal que se aproveita, por conseguinte, de forma acessória. É que, para além da influência das normas,

[...] os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação (WARAT, 1994, p. 13).

De modo com que precisa o anonimato destas diversas influências, principalmente as metafóricas, imagéticas e ficcionais, ser desfeito em proveito das elucidações que nascem da observação dos fatos jurídicos sob o prisma de um caleidoscópio de ordem transdisciplinar que consubstancia o direito e a literatura.

Neste arranjo, se nos colocamos a pensar sobre a forma com que os fatos invadem ou são trazidos para o universo jurídico, valendo-se de uma óptica obtida pela *implicação direito x literatura* (CALVO GONZÁLEZ, 2013, p. 45) perceberemos que o Direito também reclama histórias, romances e narrativas que adentram a estrutura jurídica essencialmente nos moldes discursivos do relato.

Como aduz Carlos María Cárcova (2008, p. 11), no direito

[...] existen múltiples relatos (el de las normas, el de los acontecimientos descriptos por las partes o los testigos, el de los peritos, los abogados, los doctrinarios o los juices" (CÁRCOVA, 2008, p. 11), de modo com que "cada 'hablante' organiza el tiempo de su relato, según su propia disposición, de atrás hacia delante, del medio hacia el final, para volver al principio.

Esta multiplicidade, heterogeneidade e polifonia particular dos relatos levados ao direito por intermédio dos seus diversos atores, notavelmente levam o sistema jurídico a uma elevação do que a termodinâmica chama de grau de entropia do sistema (LUHMANN, 2016, p. 56), ou seja, a complexidade proveniente da superabundância de informações no tempo e no espaço sobre os mesmos fatos levam o processo judicial a um estado de desordem quase comprometedor do funcionamento do sistema. Contudo, apesar do aparente estado de ebulição causado pela multiplicidade de relatos parecer transformar o sistema jurídico em vapor, consegue o direito pressurizar todas estas forças organizando procedimental, seletiva e estruturalmente – por meio da norma processual – o que é, em códigos binários, lícito ou ilícito, aproveitável ou descartável, pertinente ou impertinente ao sistema.

Como assevera Luhmann (2016, p. 31),

O ambiente do sistema jurídico interno à sociedade aparece como altamente complexo, e a consequência disso é o sistema jurídico fazer referência a si mesmo: a uma autonomia que lhe é própria, a limites autodeterminados, a um código próprio e a um filtro altamente seletivo, cuja ampliação poderia pôr em risco o sistema ou mesmo dissolver o caráter determinável de suas estruturas.

² Como assinala Henriete Karam, "A instauração do paradigma da linguagem, que acarretou novas compreensões de representação, narrativa e discurso, foi essencial para que – paralelamente ao emprego dos textos literários, seja em prol da sensibilização, humanização e desenvolvimento do pensamento crítico dos atores jurídicos, seja para a contextualização ou problematização de temáticas relevantes para o direito – os conceitos literários e linguísticos ganhassem espaço no âmbito dos estudos jurídicos, dando origem a diferentes correntes de investigação no campo do Direito e Literatura, as quais se caracterizam por diferentes tipos de articulação entre as duas áreas e, sobretudo, por distintas ênfases e finalidades".

Isto posto, parece conseguir o sistema jurídico impor filtros seletivos e limites autodeterminados sobre os múltiplos relatos que adentram o sistema – quer seja o relato de natureza investigativa (elementos de informação concernentes à autoria e materialidade produzidos no inquérito policial), quer seja o relato de natureza instrutória (prova documental, interrogatório, confissão, prova testemunhal, declaração do ofendido, busca e apreensão, acareação etc.) – em virtude, principalmente, da estrutura narrativa-textual pela qual se organizam esses múltiplos relatos em um processo judicial.

A aceitabilidade da hipótese da estrutura narrativa-textual no sistema jurídico nos conduz a cada uma das ideias colocadas por Calvo na proposta teórica que aprofundou a percepção da intersecção estrutural tradutora da cognição do direito *como* literatura nos estudos *jusliterários* ocidentais. Essas ideias serão mais detalhadamente dissertadas doravante, valendo-se não somente das contribuições de José Calvo González para uma Teoria Literária do Direito, mas socorrendo-se também dos estudos de Luís Alberto Warat, Eduardo C. Bittar, Carlos María Cárcova, Niklass Luhmann, Aury Lopes Júnior, dentre tantos outros autores que se alinham à teoria crítica do direito, de modo com que se conceberá um olhar mais sólido, holístico e multidisciplinar sobre como a estrutura narrativa, poética e ficcional fundou-se como a possibilidade de legar judicialmente os fatos que reclamam direitos no sistema jurídico.

2.1 Direito, literatura e os seus três arranjos tradicionais

Não é de hoje a difusão intensa e a produção científica pujante que obteve a *implicação direito x literatura* no seio jurídico-acadêmico ocidental e, especialmente, brasileiro. Na verdade, como panoramicamente evidenciam André Karam Trindade e Luísa Giuliani Bernsts (2017, p. 225), “as incursões promovidas nesse campo de investigação que se abre não são assim tão ‘novas’, sobretudo no cenário internacional, mas perfazem uma tradição centenária, visto que atravessam a história do século XX”, de modo com que – por mais que seja sentida a empolgação do ar de novidade que despertam as produções nesse sentido – é preciso que se reconheça a existência de um sólido histórico progresso que alicerçou, estruturou e potencializou as possibilidades da amálgama *jusliterária* no contexto nacional e internacional.

Na conjuntura pátria, é substancial e indispensável aludir a memória jurídica, literária e acadêmica produzida e norteada por Henriete Karam, Lênio Streck, Alfredo Copetti Neto, Roberta Magalhães Gubert, Ângela Espíndola, José Roberto de Castro Neves, Germano Schwartz, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Paulo Silas Filho e Ezilda Melo, além de André Karam Trindade e Luísa Giuliani Bernsts, já mencionados. Se destaca e se menciona não só em virtude de um preito de louvor que se deve fazer ao esforço triunfante da consolidação das investigações em direito, arte e literatura que proporcionaram no Brasil, mas destaca-se e menciona-se porque se encontra na produção científica destes nomes – e nos tantos outros nomes que estes evocam, como Marcílio França, Carlos de Pessoa Aquino, Eitel Santiago Pereira e Miriam Coutinho de Farias Alves – o que há de basilar, nevrálgico e precípuo quando da compreensão dos resultados da fundição entre direito e literatura nas suas principais correntes de investigação.

Como amplamente depreende-se nas construções destes destacados autores, tradicionalmente o *Law and Literature Movement*³ (SCHWARTZ, 2006, p. 51) denota uma tripartição sistemática que implica diferentes formas de percepção e conexão entre o direito e a literatura, quais sejam elas: o direito *na* literatura, o direito *da* literatura e o direito *como* literatura⁴ (CALVO GONZÁLEZ, 2007, p. 309-310).

No primeiro arranjo, teremos um pressuposto funcional que “estuda as formas sob as quais o direito é representado na literatura” (SCHWARTZ, 2006, p. 53), buscando se verificar as “*representações literárias* da justiça e do direito, abarcando suas instituições, procedimentos e atores, bem como a temática concernente ao universo

³ Na perspectiva de Germano Schwartz, “O movimento Law and Literature, iniciado nos anos 70, nos Estados Unidos, e que toma corpo durante os anos 80 naquele país, é uma reação à não-utilização de elementos literários na análise do Direito, sendo encabeçado por autores tais como J. Boyd-White e Richard Weisberg. Mesmo que alguns teóricos do Direito já houvessem percebido as possibilidades dessa conexão, foi o Law and Literature Movement que deu impulso aos estudos da Literatura no Direito, sistematizando e organizando seu método de estudo”.

⁴ De acordo com José Calvo González, “Las intersecciones entre lo jurídico y lo literario se articulan a través de cierta clase de sintagmas gramaticales que actúan como puente, organizadas concretamente mediante tres preposiciones (en, indicando lugar; de, denotando pertenencia; con, expresando la circunstancia con que algo se ejecuta o sucede) y un adverbio modal (como, es decir, a modo de, según, en tanto que o tal que, apuntando tipos de cotejo que van desde adyacencia hasta simetría)”.

jurídico” (KARAM, 2017, p. 334) nas obras literárias e os “aspectos singulares da problemática e da experiência jurídica retratados pela literatura – como a justiça, a vingança, o funcionamento dos tribunais, à ordem instituída, etc” (TRINDADE; GUBERT, 2008, P. 48).

Por sua vez, o direito *da* literatura, constitui, na verdade, uma combinação orientada pelo direito “en quanto traído de la idea de regulación normativa, y la literatura como actividad objeto de regulación normativa por el Derecho”, concebendo a literatura “desde el punto de vista jurídico-normativo (propiedad intelectual, *Copyrights* y derechos de autor, contrato de edición, etc.” (CALVO GONZÁLEZ, 2007, p. 310) de tal maneira que “as leis e as normas jurídicas que protegem a atividade literária são o objeto central da observação nesse plano” (SCHWARTZ, 2006, p. 60).

Por fim, não menos importante – na verdade, mais importante diante dos objetivos do nosso estudo – reside no corolário da percepção do direito *como* literatura a preocupação relativa “à dimensão hermenêutica, à perspectiva retórica e à forma narrativa, pela qual se observa a qualidade literária do direito” (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 48), partindo das premissas de que “os atos escritos do sistema jurídico são formas de contar e de repassar uma história / estória” (SCHWARTZ, 2006, p. 58) ou de que “o direito seria também uma performance, explicação, fragmento de estória, ou mesmo toda uma história” (GODOY, 2008, p. 81).

2.2 *Intersección estructural: da percepção do direito como literatura à percepção do direito como narrativa*

José Calvo González (2007, p. 309), em texto seminal sobre esta tríplice vertente de possíveis investigações que consubstanciam o direito e a literatura, coloca-se diante do que chama de “el fértil jardín de la *Teoría literaria del Derecho*” como um *observador de segunda ordem* (LUHMANN, 2016, p. 20) a evidenciar que no *modo de observação da implicação direito literatura* não existem bifurcações, ramificações ou mesmo segmentações nos três arranjos que o direito e a literatura puderam tradicionalmente oportunizar. Na verdade, o que existem são confluências, convergências e, mais precisamente, interseções⁵ que fazem a literatura cruzar o direito – ou vice-versa – concebendo conjuntos que produzem diferentes formas de compreensão da sua vinculação a depender dos elementos que serão considerados quando da observação da interseção obtida por esses conjuntos.

É dizer, em concordância com o que leciona Luís Alberto Warat (1994, p. 32), que

Todos os objetos apresentam certas características comuns e um conjunto diversificado de dados totalmente diferentes. Decidir sobre se dois objetos ou dados pertencem a uma mesma classe, é decidir dar um maior peso às características que esses objetos têm em comum do que às diferentes características que os mesmos apresentam.

Partindo desses pressupostos, concordar que o direito pode ser compreendido *ao modo* da literatura seria, antes de tudo, realizar uma observação que – mais que inquiridora dos abismos existentes entre o *jurídico* e o *literário* – seria, pois sim, perquiridora dos seus elos mais evidentes (e mais ocultos também) para redundar em uma projeção teórica capaz de verificar e analisar o conjunto formado pelas características ou pelos elementos comuns obtidos por efeito da interseção direito e literatura ($D \cap L$)⁶.

Um primeiro elemento comum visualizado nesta proposta de interseção é a qualidade intrínseca tanto ao direito quanto à literatura de materializarem-se no mundo essencialmente como *práticas* e *atos de linguagem*. O que se pretende dizer com isto é que o *existir* do *jurídico* e do *literário* depende necessariamente da sua exteriorização

⁵ “Voy a hablarles de ese jardín que con los años, van ya para quince, me parece haber arreglado con sementeras y plantales, y por medio de esquejes, yemas de injerto y otras técnicas y procedimientos donde la curiosidad instructiva siempre fue compañera de la experimentación intelectual. Es el fértil jardín de la Teoría literaria del Derecho. Pero nada diré sin embargo acerca de su flora o variedad de frutos, sino de las diversas veredas que en él formaron los pasos recorridos. Cuanto aquí exponga se ceñirá únicamente a la geometría del jardín, tejida toda ella de intersecciones. Así, pues, no es aquél un jardín de senderos que se bifurcan – como en la borgeana trama del alternativo destino que diseñan varios porvenires – sino atravesado por sendas y caminos que se entrelazan.” (CALVO GONZÁLEZ, 2007, p. 309).

⁶ Em Teoria dos Conjuntos, ao escrevermos a notação $A \cap B$, ou – neste caso – $D \cap L$, queremos verificar os elementos que existem tanto no conjunto A quanto no conjunto B. Aproveitando os fundamentos matemáticos, obtém-se uma projeção lógico-teórica das características pertinentes e pertencentes tanto ao Direito quanto à Literatura, o que Calvo – enquanto observador da geometria del jardín – apoia justamente sobre a ideia de interseção.

por intermédio de alguma plataforma cognoscível pelo ser humano. Em suma, trata-se o *texto* – quer seja escrito⁷ (LUHMANN, 2016, p. 328), quer seja oralizado – desta plataforma cognoscível comum que garante a existência tanto do *jurídico* quanto do *literário*, afinal de contas,

[...] o que ainda não é (inexistente) não possui estatuto jurídico definido (a sentença ainda não redigida ou não publicada pelo juiz é mero conjunto de intenções, a norma em projeto é mera especulação jurídica, o ato interlocutório não realizado é mera expectativa de acontecimento no curso do procedimento, a minuta de contrato não transformada em contrato escrito e assinado não é suficiente para engajar as partes...), ou possui um estatuto fora dos acontecimentos de interesse jurídico, e resta enclausurado no silêncio desse universo como ato em potência (BITTAR, 2017, p. 73).

Nesse íterim, na medida em que partilham o mesmo acoplamento estrutural⁸ (LUHMANN, 2016, p. 452), a manifestação do direito e da literatura termina por escancarar-se na forma de *atos de linguagem*, o que nos permite aplicar-lhes o entendimento comum de que

Todo ato de linguagem (verbal, não verbal, sincrético), enquanto ato de construção de sentido, é um ato de escolha de seleção de elementos a compor; é uma escolha de valores, de estruturas, de formas, de significância, de objetos, de impressões, de efeitos retóricos, de consequências, de afirmação de consequências factuais (BITTAR, 2017, p. 93-94).

Estas propriedades inerentes aos *atos de linguagem*, apontadas por Bittar sobre o discurso jurídico, parecem em nada destoar das propriedades de *ato de linguagem* que podem ser apontadas sobre o discurso literário, pois pensando bem, “constituye la realidad jurídica de un modo muy semejante al que el novelista constituye la ‘realidad’ de sus ficciones, o el cronista la de su crónica, al privilegiar algún dato, descartar otro, hipotetizar un tercero” (CÁRCOVA, 2008, p. 12).

É justamente esse ponto de convergência de propriedades que faz Calvo elucidar a perspectiva do direito *como* literatura por meio de uma nova nomenclatura de ordem metodológica intitulada *intersección estructural* (CALVO GONZÁLEZ, 2007, p. 319). É que neste arranjo, diferentemente da concepção do direito *na* literatura – qualificada como uma *intersección instrumental* (CALVO GONZÁLEZ, 2007, p. 316) –, os elementos verificados nesta forma de interseção dos conjuntos revelam propriedades correspondentes que residem na estrutura do texto literário e do texto jurídico, ou seja, no acoplamento estrutural que permite a existência do *jurídico* e do *literário* tal como se apresentam.

Essa correspondência peculiar provoca a composição de um arranjo ainda mais específico – embora verificado dentro desta mesma interseção estrutural – que permite o deslumbre de propriedades até então ocultas à observação analógica⁹ do direito *como* literatura¹⁰ (CALVO GONZÁLEZ, 2013, p. 45). Trata-se aqui da proposição da hipótese do direito *como* narração, que em Calvo (2007, p. 321) será ampliada e apresentada definitivamente sob à designação de *Teoria Narrativista do Direito*.

⁷ Na compreensão de Niklass Luhmann, “A escrita, a exemplo dos sons da comunicação verbal, é, de maneira bastante efêmera, um mecanismo de acoplamento estrutural (físico, perceptivo e comunicacional) entre a realidade física, a psíquica e a social”.

⁸ Pois “Em forma de textos, o sistema ganha a possibilidade de coordenar-se mediante suas próprias estruturas sem que, assim, se fixe de antemão quantas e quais são as operações necessárias para a reutilização de determinadas estruturas, para citar determinados textos, para encontrar uma solução para eles, para modificá-los”.

⁹ No entendimento de Henriete Karam, “Os estudos mais recentes do direito como literatura, todavia, promovem uma aproximação do direito com o campo literário que ultrapassa a esfera analógica, guiada pela correspondência de aspectos linguísticos, estéticos e semióticos – relativos à compreensão dos textos jurídicos como produção literária ou produto cultural –, na medida em que as formulações investem de forma mais incisiva no caráter narrativo e, até, ficcional do direito (MARÍ, 2002; CALVO GONZÁLEZ, 1996, 2008, 2013), formulações que – a nosso ver – ainda estão por merecer a devida atenção por parte dos especialistas em Semiótica e Narratologia.” (KARAM, 2017, p. 833).

¹⁰ “[...] a investigação narrativa em Direito conservou plenamente, e inclusive incrementou, seu originário vínculo com as Humanidades e, em particular, com a Literatura, de modo que a maioria dos atuais desenvolvimentos narrativos que envolvem o fenômeno jurídico se ressitua no terreno da implicação Direito Literatura e, como modalidade estrutural de interseção, dentro do que concretamente se apresenta por Direito como Literatura”.

3 A fase instrutória do processo penal sob o prisma da *teoria narrativista do direito*

A percepção indicada por Calvo de que o sistema jurídico possui natureza ou propriedades literárias¹¹ (CALVO GONZÁLEZ, 2013, p. 50), sobretudo narrativas, proporciona às ciências jurídicas uma possibilidade de aproveitamento ou antropofagia dos estudos provenientes da semiótica, da linguística, da teoria literária e da análise do discurso, de modo com o que os fenômenos jurídicos passam a ser observados por outros caleidoscópios, além daqueles até então utilizados. Nessa perspectiva, o direito processual penal, suas estruturas, suas atividades, suas funções e seus procedimentos, compreendem também olhares orientados por esse arranjo teórico-interdisciplinar, uma vez que a construção da sentença penal necessita de material probatório¹² e este material probatório exige uma atividade recongnitiva que é, essencialmente, narrativa.

O *Ritual de Reconhecimento* (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 556), forma pela qual o juiz realiza a reconstrução do passado, em um Sistema Acusatório, se dá, em regra, pelo protagonismo das partes que, além de participarem da produção das provas em contraditório judicial, desempenham também uma *atividade de significação*¹³ (CALVO GONZÁLEZ, 2015, p. 103) do material obtido. Essa forma de produção e valoração transformam o processo numa espécie ficcional¹⁴ (CALVO GONZÁLEZ, 2013, p. 54), na medida em que os fatos, versões e discursos assumem dimensão semelhante à da literatura, quando ofendidos, acusados, querelantes e querelados tornam-se personagens dos dramas da realidade para serem compreendidos, observados e avaliados pelos atores da *situação jurídica*¹⁵ (GOLDSCHMIDT, 1961).

Esse fenômeno de *ficcionalização dos fatos* (CALVO GONZÁLEZ, p. 56, 2013) revela-se superlativo na sistemática do Código Processual Penal no que concerne à produção de provas testemunhais e ao depoimento do(s) ofendido(s), dinâmicas probatórias que, em contraste com os demais meios de prova (documental, pericial e o exame de corpo de delito, por exemplo), caracterizam-se pela reconstrução do passado sob o olhar e a sensibilidade de alguém que tenta revelar verossimilmente os fatos pretéritos, externando uma perspectiva particular dificilmente indissociada das inclinações emocionais, sensitivas e/ou ideológicas do sujeito, ainda que orientado pela regra da objetividade¹⁶.

Assim sendo, percebe-se que a fenomenologia processual, ainda que fundada em um plano cartesiano de regras e princípios, como vislumbrado pelas lentes da Teoria Pura do Direito, acaba – inevitavelmente – tornando-se também um espaço de expressão de elementos, a princípio, estranhos ao direito. Como se verificará adiante, a (re) construção do itinerário fático pelo direito carrega uma convergência ou uma transversalidade com a composição fático-ficcional da literatura, tornando-se o processo penal palco excelso para a apreciação desta antropofagia *jusnarratológica* do abrir ao fechar das suas cortinas.

3.1 O “quê” narrativo por trás da confecção probatória

Fonemas, sílabas e palavras ensejam o alvorecer de espaços, coisas e cenários. Quando a linguagem é erguida como alicerce de um propósito argumentativo, desperta-se o *fazer narrativo*. Uma vez concebida, a narração aponta para a trilha deste ideal dual: um desarranjo dos fatos para arranjar uma cronologia fática, uma fragmentação

¹¹ Como aduz em Direito Curvo, “A Teoria Narrativista do Direito sustenta que o Direito possui natureza e propriedades narrativas. Este postulado se expande em toda sua dimensão filosófico-jurídica ao defender a Justiça (e o Direito) como relato civilizatório. Além disso, sua vontade de teoria do Direito leva ainda a tratar de explicar e compreender narrativamente outros momentos e expressões do fenômeno jurídico e da sua práxis produtiva, interpretativa e de aplicação”.

¹² Podemos verificar esta exigência, por exemplo, a partir dos requisitos essenciais da sentença penal do Código de Processo Penal (Decreto Lei 3.689, de outubro de 1941): “Art. 381. A sentença conterá: [...] III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

¹³ “Para la teoría narrativista la organización discursiva es, claro está, de tipo narrativo. La narración, que aúna la doble cualidad epistemológica de explicar y comprender, es así competente para contar —esto es, dar cuenta, o lo que es equivalente, “justificar”— sobre la acción de los hechos y, además, otorgar sentido —que es una justificación más profunda y plenaria— a lo contado acerca de lo ocurrido en los hechos en acción”.

¹⁴ Em um olhar mais profundo, diz-se que “A ficção é o estatuo transversal do jurídico. O Direito é prova superlativa do recurso à poética ficcional. Sua utilização deriva da sua eficiência; a ficção sempre alberga amplas possibilidades de se impor sobre “a realidade”, e, de fato, se assim ocorre em se tratando do “mundo jurídico”, certamente todo o Direito é transrealismo graças à poética da ficcionalidade”.

¹⁵ Trata-se aqui da concepção referente ao processo como situação jurídica.

¹⁶ Cf. Art. 213 do Código de Processo Penal (Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941).

episódica para empreender episódio-chave, uma desconstrução de elementos a fim de amontoar um denominador elementar. Não se pode falar em narração, assim, sem se desvencilhar do desiderato de sua gênese: ato cujas raízes encontram morada na potência do verbo (re)contar.

Em contraponto ao antiquado positivismo jurídico e ao viés tão fajuto quanto demodê do academicismo cientificista e conservadorismo dogmático, e soerguido no sustentáculo da cultura da narração, a Teoria Narrativista do Direito desponta como janela outra com vistas ao dimensionamento do “ter direito”, já que a sua conformação implica num encadeamento textual lógico, na sequência fática minimamente coerente ou mesmo na contação de uma história.

Trocando em miúdos, o direito dito pelo Estado-Juiz não dispensa *a coisa narrada*, pelo contrário, a ela se entrelaça de modo tal que aquele sem esta não é capaz sequer de extrapolar o véu da existência. Nesse sentido, é que Calvo González situa a noção de narratividade, ao entender que o fenômeno jurídico é possuidor de teor e predicados narrativos sem os quais não se poderia conceber sua práxis produtiva, interpretativa e aplicativa.

Por estar presente na jornada processual, a narrativa perpassa o acordar do órgão jurisdicional, passando pelas veredas da defesa e instrução processuais, até o crivo que anima a tomada de decisão judicial, isto é, a prolação de sentença. Mas a discussão aqui levada a cabo não pretende esgotar a matéria, seja por ser tarefa cuja cognição humana não alcança, seja por se tratar de outro fim.

As narrativas apresentam-se como vias de outorga de sentido ao arcabouço probatório de um processo penal constitucional, e é, nesse lugar, que a narração atual, pretensamente argumentativa, ancora a sua metalinguagem (emprestando-se do amontoado narrativo para lograr a importância dele mesmo na confecção de provas).

O “Era Uma Vez” implícito em qualquer trama narrada, quando transmutada para o palco do enredo processual penal, quer senão significar a direção da bússola do “felizes para sempre” do agente, cujo destino (leia-se, não raro, na penumbra de direitos fundamentais) é o “gosto de quero mais” que sucede o final de toda e qualquer história.

É dizer: a parcela de contribuição para o êxito da ampla defesa e do contraditório, princípios norteadores do processo penal, que a narração exerce é seguramente total. Posto que, ao adentrar a peça processual, a materialização de provas, que se fundam na empreitada narrativa de seus atores, decerto ditará os rumos do julgamento, afastando-os ora da condenação, ora da absolvição.

Não se pode, desse modo, sopesar ou até desvincular o elemento narrativo que é inerente às provas testemunhais e ao depoimento do ofendido, por exemplo, porque ele não só instrumentaliza a atividade probatória, como é crucial para o exercício do *jus puniendi* e, por conseguinte, para a concretização de justiça. Sumariamente,

La prueba testifical admite de este modo una lectura ‘narrativista’; frente al juez que otorgue triunfo narrativo a una de las ‘apuestas narrativas’ – relatos de hechos donde se cuenta qué ocurrió y, de haber ocurrido, cómo – la prueba testifical se formaliza en calidad de ‘postura’ al lance que con los escritos de acusación o defensa quedó entablado acerca de si todo o algo de lo afirmado en cada uno delos será o no será lo que finalmente cuente el juez. (CALVO GONZÁLEZ, 2015, p. 208)

3.2 A (re)construção da “verdade” como elo eficaz no processo penal

Um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 556).

Como apontado pelo professor Aury Lopes Júnior, a ritualística processual penal carrega consigo um paradoxo temporal que se traduz pelas idas e vindas na cronologia próprias do sistema jurídico. Percebe-se que a estrutura do processo penal e a possibilidade de sua instrumentalização oferecem ao fechamento operativo do direito (LUHMANN, 2016, p. 51) uma dinâmica que, fora desse sistema, raramente se é facultada, senão aos autores, dramaturgos e aos escritores, poderosos o suficiente para também construir realidades.

O direito processual penal, à semelhança desses últimos, depende necessariamente da (re)construção do itinerário fático que, na dimensão jurídica, precisa ser resgatado e compreendido pela jurisdição, fenômeno sem o qual não é possível a formação da convicção do juiz e, muito menos, a obtenção da legitimidade para a prolação da sentença, uma vez que a condenação sem a consecução da matéria probatória é uma violação grave à presunção de inocência e seria um repulsivo e ilegal produto de um arranjo incompatível com o sistema acusatório.

Nesse sentido, são os meios de prova e os meios de obtenção de prova as ferramentas fundamentais indispensáveis à dinâmica do processo penal. Substancialmente, as provas são o elo eficaz do processo e a sua ausência compromete inteiramente a obtenção dos efeitos pretendidos por esta esfera jurídica, sejam estes condenatórios ou absolutórios.

Esse elo eficaz deve ser a centralidade e objetivo do processo, não confundindo-o, entretanto, com a busca incansável pela verdade, pois – em verdade – a “verdade” não pode ser encontrada. Sob a percepção de Calvo,

La verdad de lo que en el proceso llamamos ‘verdad’ es apenas verosimilitud; así, pues, no la verdad, sino la verosimilitud de lo contado por verdad en los relatos acerca de los hechos. Pero para que la verdad de lo contado por verdad alcance a ser verosímil tampoco precisa contar la verdad; bastará con que responda a las estrategias narrativas de verdad que en el proceso se despliegan. El desenvolvimiento de tales estrategias narrativas, de las que pudiera alcanzarse alguna verdad acerca de los hechos contados, tiene sin embargo por objetivo uno muy distinto a contar toda la verdad de los hechos. Desde la alegación de los relatos sobre hechos afirmados por verdad, pasando por su debate, hasta llegar a decidir la verdad de los hechos se ha producido una selección de hechos, la intensificación de unos y el borrado de otros (lo innarrado, lo inenarrable, lo desnarrado), aparte de su fragmentación durante su controversia. En realidad, y desde el principio, la verdad total de los hechos nunca estuvo a presencia del tribunal. Por tanto, ni la verdad, ni toda la verdad... y tampoco nada más que la verdad. (CALVO GONZÁLEZ, 2015, p. 111).

Além desses termos, a historiografia demonstra também, em um outro paralelo, como os fatos são facilmente valorados por aqueles que narram a história, de forma com que as consequências de um fato acabam assumindo uma figuração desejada pelo narrador que nem sempre carrega o compromisso com a revelação de um olhar imparcial e equidistante entre os atores de um mesmo fato. Daí porque o ofendido – de acordo com o diploma processual penal brasileiro – não possui a obrigação de falar a “verdade” e nem deve ser responsabilizado caso com ela falte (salvo a hipótese de denúncia caluniosa¹⁷) em sede do seu depoimento. Afinal de contas, sendo o ofendido o belisário das desastrosas consequências de um crime, não há obrigação maior pelo Estado senão a de propiciar um olhar empático e humanista para que o ofendido revele, ao seu modo, sua percepção das ofensas a ele, no passado, dirigidas.

Por estes motivos, a verdade a ser edificada pelo processo penal trata-se da verdade formal ou processual. Em um Sistema Acusatório, a verdade há de ser obtida mediante o respeito total à forma e aos procedimentos intrínsecos ao Processo Penal, sem o qual o processo contamina-se de vícios e acaba por obter seus fins e objetivos frustrados por uma regra de ordem elementar.

Ressalva-se que, ainda devendo ser reconstituída, não é a “verdade” a atividade-fim da fenomenologia processual. A procura pela verdade é a atividade-meio, sendo a produção probatória o intermédio da sua obtenção. A atividade-fim do processo, como observou-se, é a formação do convencimento e a obtenção da legitimação da decisão do magistrado, que tendo a sentença como ponto de chegada, deve ter também a coleta de provas como ponto de partida.

Nesse itinerário, tanto o depoimento do ofendido quanto a oitiva de testemunhas, frequentemente, recebem uma carga valorativa elevada quando da ocasião da fase probatória, uma vez que se consideram os ofendidos e as testemunhas possuidores da capacidade de reprodução verbal de um olhar presente eivado de um olhar pretérito, quando o passado torna ao presente entrelaçado em suas narrativas.

Essas duas espécies de prova diferenciam-se das demais, em razão de que o próprio depoimento do ofendido ou da testemunha já carrega consigo, ainda que considerando a regra da objetividade, uma significação dos fatos narrados facilmente observada na construção discursiva e, principalmente, no modo como são transmitidos. Essa característica intrínseca às duas espécies, tal como os fatos propriamente narrados, merece elevada atenção pois, além de contribuir para a obtenção do elo eficaz, servem também como um teste de verossimilhança, já que

¹⁷ No Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940): “Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.”

o legítimo processo penal demanda o que é chamado por Calvo (2013, p. 51) de *Coerência Narrativa*¹⁸, mais um elemento oriundo das aproximações entre direito e narrativa que corta também a lógica do processo penal de forma contundente neste arcabouço.

4 Descortinando narrativisticamente a prova testemunhal e o depoimento do ofendido

“Testemunhar” é uma tarefa fundada no objetivo de desanuviar, aos olhos públicos, o episódio criminoso. Esse verbo instrumentaliza um meio probante, o testemunho, cuja existência se deve à capacidade dialógica¹⁹ do ser humano.

A chamada prova testemunhal exterioriza-se a partir de um terceiro interessado que se soma à cena processual para, fazendo uso da percepção que teve em outrora diante de acontecimento pretérito, em exercício de perquirição feito por outrem legitimado, forneça os substratos de veracidade para elucidação da matéria criminal.

Tal definição tão somente satisfaz o universo jurídico e apenas a este pertence. Contudo, propõe-se a plurissignificação desta prova, retirando-a da estrita lente de visualização e a colocando num palco novo a fim de conceber uma (re)leitura deste instituto.

Emprestar-nos-emos, para tanto, de um exercício narratológico no ponto de vista da acepção do fenômeno jurídico. Não obstante serem as testemunhas personagens pertencentes ao enredo processualístico-penal, elas são também protagonistas, coadjuvantes e figurantes de tantas outras estórias que são cruciais para a narrativa probante.

Não se pode desvencilhar a testemunha do seu entorno, pois o convívio e o repertório sociopolíticos estão para o testemunho, assim como o contexto está para o texto. Então, a despeito de prosperar uma presunção de veracidade fundada na experiência geral da humanidade e numa vontade constitucional coletiva (por que não?), a prova testemunhal desponha com os mesmos desafios que quaisquer outras narrativas apresentam.

Passamos a investigá-las.

O testemunho adentra o mundo jurídico a partir do compromisso testemunhal, pelo qual o protagonista do interrogatório compromete-se a não eivar de incongruências e desencontros ocasionados por um relato mentiroso e não comprometido com a concretização de justiça.

Aqui se assenta, por exemplo, o dilema do eu-narrador em contaminar com suas impressões – diminuindo ou aumentando – descrições subjetivas (de pessoas, circunstâncias etc.) ou objetivas (de lugares, coisas etc.) e até mesmo as próprias manifestações externas a si, que não lhe pediram passagem para vir à tona – mas que, em se tratando de discurso indireto, a autonomia das falas cede, sim, espaço à transcrição ao bel-prazer do narrador-observador²⁰ (CALVO GONZÁLEZ, 2015, P. 209).

Portanto, aquele que presenciou o evento delituoso, isto é, aferiu sensorialmente os fatos, chamado de testemunha direta e, à guisa narratológica, compreendido como narrador onisciente, na busca por ser os olhos e ouvidos do fazer certo, não pode sobrepor à racionalidade e à cognição objetiva as suas memórias subjetivas, devendo filtrar os ímpetos irracionais que não acrescem à trama e não têm valor probante.

¹⁸ Para a compreensão da terminologia, fornece Calvo o entendimento de que “Por coerência narrativa propugna a Teoria Narrativista um constructo discurso capaz de atribuir sentido; isto é, entende-a como um tipo de raciocínio acerca do material probatório sobre a alegação dos fatos destinados a propor um critério de “verdade” que justamente reside no modelo discursivo de uma história sobre a ação dos fatos (resultância) e acerca dos “fatos em ação” (ocorrência) com valor de sentido dentro do artifício narrativo (relato) em que discorrem e que os conta (narração)”.

¹⁹ Trata-se aqui da ideia de Dialogismo e Polifonia proposta pelo linguista russo Mikhail Bakhtin, quando se entende que, mesmo aparentemente monolucivos ou monofônicos, os textos, relatos e narrativas carregam – na verdade – uma polifonia oculta nas diversas vozes que abrigam o discurso transmitido à uma só voz (BAKHTIN, 2011, p. 199).

²⁰ Em termos narratológicos, “La prueba testifical, procesalmente diseñada con miras a que el narratorio (juez) reciba en ella información fáctica (historia o suceso) de un modo discursivo (relato del hecho), no parece sin embargo gobernada por la idea constructiva de curso ordenado, secuencial y sucesivo en la narración de los hechos – esto es, de discurso narrativo – sino más bien sometida a un estado narrativo desestructurado, episódico y disgregado. Ello, obviamente, produce quiebras – o, cuanto menos, fragilidades – e interrupciones – segmentaciones más profundas – de metódica, período y adherencia discursiva de lo narrado”.

Desse modo, é inconcebível falar numa completa isenção do narrador-depoente, pois a mente humana não comporta o armazenamento íntegro de acontecimentos que ou nos impressionam bastante e acionam a mecânica emocional ou não nos prende a atenção suficiente para construção da lembrança. E até mesmo não obstante a reminiscência ter uma solidez devido à importância momentânea para a testemunha, e não se tratar de situação que lhe usurpe a placidez mínima para o relato idôneo (como é o caso do testemunho de policiais, que, mesmo participando ativamente da persecução penal, não têm suspeição ou impedimento legais para fazê-lo), não é possível a garantia de que a narrativa apresentada ao juízo seja integralmente fidedigna.

Logo, conclui-se que inexistente discurso direto, conceituado grosso modo como aquele em que as falas dos personagens são íntegras e não fragmentáveis, no fazer testemunhal; existindo, ao revés, evidente discurso indireto, em que as falas, quando ouvidas pela testemunha direta no momento do crime, dos agentes e envolvidos na situação explanada são normais e frequentemente alteradas, isto porque

Toda narrativa oral es movediza, gira sobre sí misma, implanta digresiones varias, recalca determinadas partes, comprime o resume otras, retorna a una etapa anterior, regresa al punto de avance y torna de nuevo a alejarse, etc... (CALVO GONZÁLEZ, 2015, p. 212).

Em virtude disso, as pessoas que presenciam fatídicos – e narram conforme o seu crivo sensorial algum acontecimento concorrente para a materialização do crime – comportam-se como narradoras observadoras, ancorando-se em uma técnica de discurso indireto. A diferença destas para aquelas que não presenciaram de modo ocular o cenário ou evento objeto de interrogação é apenas a distância na linha de veracidade que apresenta este tipo probatório, pois são indiretamente ligadas ao fato por não estabelecerem liame algum com aquilo que narram, a não ser o repasse de versões de “boca em boca”, que redundam, decerto, na perda do fio da meada.

Se, por um lado, a testemunha direta e indireta comporta-se como narrador-observador, por outro, o depoente-vítima, na modalidade de prova cunhada de depoimento do ofendido²¹, não se desvencilha da trama à qual pertence para empreender a narrativa, recorrendo ao próprio acervo subjetivo e parcial – razão pela qual se entende por “contaminado” – para rearranjar a sucessão de eventos que lhe coloca como sujeito passivo na situação incriminadora.

Logo, em se tratando de depoimento do ofendido, o que se vislumbra é um tipo de condutor que participa ativamente do enredo externado, assemelhando-se ao narrador-personagem.

Ora, compor e, ao mesmo tempo, narrar a história não são, aparentemente, ocupações tão devidas àquele que figurará no polo testemunhal, haja que à primeira vista incongruentes. Entretanto, o sistema em voga no ordenamento brasileiro é o de livre convencimento, em que o julgador não só conduz o teatro processual, como atribui importância e valor, ao modo do seu juízo de discricionariedade, a cada prova apresentada e, à luz da fundamentação em deslinde, a cada testemunha arrolada, o que nos conduz ao entendimento conclusivo de que

La prueba testifical, procesalmente diseñada con miras a que el narratorio (juez) reciba en ella información fáctica (historia o suceso) de un modo discursivo (relato del hecho), no parece sin embargo gobernada por la idea constructiva de curso ordenado, secuencial y sucesivo en la narración de los hechos – esto es, de *discurso narrativo* – sino más bien sometida a un estado narrativo desestructurado, episódico y disgregado. Ello, obviamente, produce quiebras – o, cuanto menos, fragilidades – e interrupciones – segmentaciones más profundas – de metódica, período y adherencia discursiva de lo narrado. (CALVO GONZÁLEZ, 2015, p. 209).

Por essas razões, todos os requisitos da prova testemunhal (judicialidade, oralidade e objetividade), bem como os seus elementos (que são os mesmos de uma narração típica, a saber: tempo, modo, personagens, foco narrativo e lugar) não estão lançados à própria sorte. Na verdade, levando em consideração a existência de uma tensão contrária imantada à busca pela verdade judicial, somente tangível a partir da faculdade de livre convencimento que porta o magistrado, é que se obtém, enfim, a compreensão categórica de que

[...] el narrador de la verdad judicial, como dije, no viene propiamente a culminar una obra narrativa iniciada por otros aportando el cerramiento arquitectónico de lo hasta entonces narrado, la unidad de totalización, ni siquiera a agregar lo

²¹ Cf. Art. 201 do Código de Processo Penal (Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941).

que pudiera estar disgregado, sino más bien a contar “con todo” un relato “propio”, el que formado en su personal e íntima convicción (*secundum conscientiam*), es decir bajo su entera e intransferible responsabilidad, “juzga” (considera o entiende) que ‘es el relato de la verdad’. (CALVO GONZÁLEZ, 1998).

Culminante também no descortinamento narrativístico do juiz-narrador-onisciente que

[...] revisa, compara, interseca, discrimina, rehusa, y también prefiere, opta, elige, e igualmente admite, y enlaza, y elabora, y armoniza, hasta construir la coherencia narrativa de lo discutido sobre los hechos y, por coherencia normativa, fabricar el ensamblaje jurídico anudado a ella; y así dice los hechos y dice el derecho en un relato, el veredicto, que es verdad judicial. (CALVO GONZÁLEZ, 1998).

5 Considerações finais

A perspectiva isolante das ciências jurídicas, que relega a importância das outras ciências e fecha às portas para as contribuições interdisciplinares, ao invés de edificar o direito como ciência e alcançar a sua segurança e estabilidade, na verdade o leva para a sua própria ruína. O direito não consegue sustentar-se somente com os seus pilares. A norma, os precedentes e a dogmática não são suficientes pelo menos ao direito que pretende lograr a obtenção do desenvolvimento democrático, humanista e civilizatório da sociedade.

Diz-se isso porque, no desenvolvimento do presente estudo, verificou-se que as ciências jurídicas não fornecem os melhores entendimentos acerca das *figuras de linguagem*, dos *gêneros do discurso*, da heterogeneidade intrínseca aos *emissores, receptores e mensagem*, dos *problemas de ruído* ou sobre a construção do entendimento dos *signos*, dos *símbolos* e das *linguagens*. Porém, quando se abraçaram em nossas pesquisas as perspectivas oriundas destas noções, pôde-se obter um contundente alicerce teórico para a percepção e investigação dos problemas que afligem o próprio direito, principalmente os problemas relativos à redação forense, à fenomenologia probatória e à decisão judicial.

Como pôde-se verificar ao longo deste estudo, a redação forense, os meios de prova e a decisão judicial demandam, necessariamente, narrativas. *Narrativas* que são os objetos densamente analisados não pelos estudos jurídicos, mas sim pelos estudos literários, o que nos fez compreender que a investigação dos primeiros jamais poderia obter pleno êxito sem que a pesquisa tivesse caminhado ao lado dos segundos.

A concordância do acerto desta perspectiva teórica remontou o trabalho ao pensamento do professor José Calvo González intitulado *Teoria Narrativista do Direito*, quando junto a outros autores alinhados à Teoria Crítica do Direito, se buscou a assimilação do fenômeno de construção de realidades pelo que podemos chamar de “*romancistas de beca*”: os juristas, os sujeitos e os atores do sistema jurídico que, tal como os escritores, carregam nas suas canetas a força de – mais do que descrever a realidade – construí-la, concebê-la e transformá-la, constatações que, paralelamente, atravessam também o problema das narrativas políticas, jurídicas e o problema da fragilidade contemporânea da *verdade*.

Dessa maneira, a partir da observação da dinâmica processual penal – principalmente quando nos debruçamos sobre o instituto da prova testemunhal e o instituto do depoimento do ofendido – constatou-se que os atores contidos no sistema jurídico atuam, na verdade, como uma espécie de romancista, novelista ou poeta. Isto porque a atividade judicante, mais do que estabelecer relações lógicas entre fatos e condutas, pretensões e correções, ordens, proibições e permissões, pressupõe uma construção argumentativa que é o real alicerce e a possibilidade de todos estes.

A atividade judicante, assim, revelou-se por excelência um exercício constitutivo de realidades. A perspectiva descritiva²² de que a operação do direito se dá pela mera descrição de uma cadeia de eventos pretéritos ou riscos futuros, seguida de uma mecânica aplicação da norma destinada à produção de efeitos imediatos – em razão das teses delineadas neste trabalho – parece que não sobrevive.

Desse modo, conclui-se que não existem abismos entre narrativas literárias e narrativas testemunhais. Não existem abismos entre os atores do direito e os romancistas. Ambos constroem universos, elaboram enredos,

²² Nos remetemos aqui à ideia aristotélica de “verdade”.

elegem personagens e problematizam condutas nas mais diversificadas situações espaço-temporais, como num livro, como numa poesia, como num romance.

Culmina o trabalho, portanto, na projeção da cognição jurídica para percepção da existência de um *paralelismo*, de uma *interseção*, de uma *transversalidade* ou mesmo de uma *simetria* entre a estrutura do discurso contido na prova testemunhal e a estrutura do discurso contido nas narrativas das criações literárias, traduzindo a confirmação da hipótese de que, além da oralidade, não se realiza ou se estrutura o direito por morfologia outra senão pela estrutura textual-narrativa, a estrutura eivada de complexidades semânticas, simbólicas, interpretativas, estilísticas, narrativas, estéticas, dentre tantas outras significações que não são originárias do direito, mas sim da literatura, paradigma teórico legado pela memória e pela cognição *jusliterária* ocidental do jurista espanhol catedrático da Universidade de Málaga, José Calvo González (*in memoriam*).

6 Referências

BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Decreto Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Código de processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 31 maio. 2023.

BRASIL. *Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 31 maio. 2023.

CALVO GONZÁLEZ, José. Consistencia narrativa y relato procesal: estándares de discursividad en las narraciones judiciales. *De Fato e de Direito*, Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, v. 6, n. 11, p. 191-219, jul./dez. 2015.

CALVO GONZÁLEZ, José. Decidir la verdad de los hechos. In: PRICE, Jorge Eduardo Douglas; GÓMEZ, Diego Duquelsky (org.). *Libro de Primer Congreso Iberoamericano: XXVIII jornadas argentinas de filosofía jurídica y social: la decisión judicial y el rol de los tribunales en el estado democrático de derecho*. Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2016.

CALVO GONZÁLEZ, José. Derecho y literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional. *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, n. 24, p. 307-332, 2007.

CALVO GONZÁLEZ, José. *Direito curvo*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2013.

CALVO GONZÁLEZ, José. La verdad de la verdad judicial: construcción y régimen narrativo. In: CALVO GONZÁLEZ, José (coord.). *Verdad, narración, justicia*. Málaga: Universidad de Málaga, 1998.

CÁRCOVA, Carlos María. Derecho y narración. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (org.). *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito & literatura: ensaio de síntese teórica*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: teoría general del proceso*. Buenos Aires: EJE, 1961. v. 1.

KARAM, Henriete. Questões teóricas e metodológicas do direito na literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto *Suje-se gordo!*, de Machado de Assis. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 827-865, set./dez. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SCHWARTZ, Germano. *A Constituição, a literatura e o direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

TRINDADE, André Karam; BERNST, Luísa Giuliani. O estudo do "direito e literatura" no Brasil: surgimento, evolução e expansão. *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-257, jan./jun. 2017.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e literatura: aproximações e perspectivas para repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (org.). *Direito & literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008.

WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei*. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. v. 1.