

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 196  
outubro/dezembro – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# Direito, literatura e a construção do saber jurídico

Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico

Caio Henrique Lopes Ramiro

## Sumário

1. Afinal, de quem é a voz do direito? Direito e literatura e suas interfaces necessárias. 2. Forma é poder: notas sobre hermenêutica, positivismo e formalismo jurídico. 3. O papel da literatura na construção do saber jurídico: reflexões sobre o viés emancipatório da literatura como abordagem crítica ao direito. 4. Considerações finais.

### *1. Afinal, de quem é a voz do direito? Direito e literatura e suas interfaces necessárias*

O movimento *direito e literatura* apresenta interessantes contribuições e abordagens no que diz respeito aos discursos e, em especial, ao discurso normativo. Este olhar do jurídico busca uma abordagem da lei por meio da literatura, ou seja, há um esforço de compreensão do jurídico e sua linguagem, sendo esta última, muitas vezes, o principal objeto de análise.

Segundo Ezra Pound (1997, p. 36):

“A linguagem é o principal meio de comunicação humana. Se o sistema nervoso de um animal não transmite sensações e estímulos, o animal se atrofia.

Se a literatura de uma nação entra em declínio a nação se atrofia e decai. O legislador não pode legislar para o bem público, o comandante não pode comandar, o povo (se se tratar

Caio Henrique Lopes Ramiro é mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Univem - Marília/SP. Bolsista Capes/Prosup modalidade 1. Especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina - UEL/Pr. Integrante do grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos - Univem/CNPq. Advogado.

de um país democrático) não pode instruir os seus representantes a não ser através da linguagem.”

Parece que a aproximação entre direito e literatura no passado não se mostrava tão problemática. Em textos clássicos da literatura universal, é possível identificar temas muito caros ao universo jurídico, o que parece demonstrar que o afastamento do selo *direito e literatura* se dá devido a uma determinada racionalidade jurídica, que enclausura o jurídico numa perspectiva de objetividade normativa. No entanto, não é incomum aos agentes do direito – parecendo até mais “palatável” – a aproximação do direito de outras esferas como a economia (*Direito econômico ou direito e economia*) e a psicanálise, por exemplo.

Segundo Claudio Magris (2006, p. 4):

“Mucha literatura ha mirado con hastío al derecho, considerándolo árido y prosaico con respecto a la poesía y a la moral. Democracia, lógica y derecho son, a menudo, despreciados por los rétores vitalistas como valores ‘fríos’ en favor de los valores ‘cálidos’ del sentimiento. Pero esos valores fríos son necesarios para establecer las reglas y las garantías de tutela del ciudadano, sin las cuales los individuos no serían libres y no podrían vivir su ‘cálida vida’, como la llamaba Saba. Son los valores fríos -el ejercicio del voto, las garantías jurídicas formales, la observancia de las leyes y de las reglas, los principios lógicos-los que permiten a los hombres de carne y hueso cultivar personalmente sus propios valores, y sentimientos cálidos, los afectos, el amor, la amistad, las pasiones y las predilecciones de todo tipo.”

Gustav Radbruch entende (2000, p. 156) que:

“[o] direito pode servir-se da arte, e esta dele. Como todo fenômeno cultural, o direito necessita de meios corpóreos de expressão: da linguagem,

dos gestos, dos trajés, dos símbolos e edifícios. Como qualquer outro meio, também a expressão corpórea do direito está submetida à avaliação estética. E como fenômeno, o direito pode penetrar no domínio específico da valoração estética como matéria da arte.”

Ainda, prossegue o texto do autor alemão (2000, p. 157):

“[...] A linguagem jurídica é fria: renuncia a todo tom emocional; é áspera: renuncia a toda motivação; é concisa: renuncia a todo doutrinamento. Desse modo surge a pobreza propriamente buscada de um modo lapidar, que expressa de modo insuperável a segura consciência de força do Estado autoritário, e que, em sua exatíssima precisão, pode servir de modelo estilístico a escritores de primeira ordem como Stendhal.

Se a linguagem jurídica é o estilo frio e lapidar, em estranho contraste, a linguagem da luta pelo direito, do sentimento jurídico combativo, é retórica e ardorosa.”

O sintagma *direito e literatura* a princípio pode pouco apresentar; entretanto, conforme destaca Arnaldo Godoy, é possível identificar que deste debate podem surgir interações frutíferas, conduzindo à uma releitura e uma reflexão no que tange às possibilidades e limites de compreensão do jurídico. A partir do momento em que os estudos literários, originalmente centrados na natureza e na função da literatura alcançam maior número de manifestações humanas, formam-se os *cultural studies*, oportunidade em que o direito é eleito como campo privilegiado para a apreensão dos contextos sociais (GODOY; [200-?], p. 2).

Para Roberto Bueno (2011, p. 10):

“A literatura é um instrumento promissor, provavelmente mais do que a filosofia, quando temos em perspectiva um processo de autorreferenciação. Essa autorreferenciação deriva

do processo de reconstrução de nós próprios a partir de nossa ocupação em reconstruir nossos léxicos, algo que repetidamente se faz necessário porque vivemos em situação de contingência, vale dizer, transitoriedade ou historicidade.”

Antônio Pietroforte (2002, p. 28), em uma abordagem mais semiótica das interfaces da relação entre direito e literatura destaca que:

“Voltando aos discursos jurídicos e poéticos, podem-se verificar, à luz de alguns dos tópicos de análise do discurso [...], as suas diferenças e semelhanças enquanto formas distintivas de discursos sociais. Enquanto realizações discursivas, ambos estão subordinados aos mecanismos que fazem funcionar o aparelho formal da enunciação, de modo que uma forma de distingui-los é verificar os usos que cada um faz desse mesmo aparelho formal e seus respectivos efeitos de sentido.”

Ainda, destaca Pietroforte (2002, p. 32) com relação à pretensão de objetividade do discurso jurídico e do direito:

“O discurso poético, a literatura, as artes, enfim, todas as formas de expressão artística gozam de, pelo menos, duas conotações sociais na medida em que, ou são considerados frutos da genialidade ou são consideradas falsificações do real. [...] A arte tem a propriedade de, por meio das estratégias discursivas de que se vale, fazer complexificações que outros discursos não podem fazer. O discurso poético opera com figuras de linguagem [...]. Assim, objetivamente, o discurso poético revela a complexidade que existe entre os que fazem a lei e os que a sofrem.”

Não obstante, mostra-se importante uma breve abordagem histórico-cronológica do movimento *direito e literatura*, sendo oportuno mencionar que tal tradição de

estudos se inicia nos Estados Unidos da América com a publicação, em 1908, de *A list of legal novels*, de John Henry Wigmore. Em solo europeu, destaca-se o trabalho pioneiro de Hans Fehr, com a publicação, em 1923 e 1931 de *Das Recht im Bilde (1923)*<sup>1</sup> e *Das Recht in der Dichtung*<sup>2</sup>. Ainda, em Itália, no ano de 1936 vem a público *La letteratura e la vita del diritto*, de Antonio d'Amato, sendo que tal período pode ser encarado como a primeira fase do movimento (SANSONE; MITICA, 2008, p. 3).

Entre 1940 e 1980, dá-se a fase intermediária: nos Estados Unidos da América há um aprofundamento dos trabalhos investigativos e na Europa proliferam-se os estudos. A partir dos anos oitenta (terceira fase), a corrente de investigação *direito e literatura* afirma-se como tradição de pesquisa ao ampliar as fronteiras europeias, com especial destaque para os estudos realizados em países de língua francesa. Nos Estados Unidos da América, os principais autores são James Boyd White (*The legal imagination*), Richard Weis, Richard Posner, Ian Ward, Paul J. Heald, Martha Nussbaum, Richard Rorty, Owen Fiss, Stanley Fish e Sanford Levinson. Na Alemanha, destacam-se os nomes de Jörg Schönert, Hans-Jürgen Lüsebrink, Klaus Lüdersen, por exemplo. Ainda, nos países de língua francesa Régine Dhoquois e, mais recentemente, François Ost.

Na perspectiva europeia, Cláudio Magris (2006, p. 2) destaca o papel alemão para a aproximação entre direito e literatura, portando, a contribuição desta relação para a construção do saber jurídico:

“Es sobre todo en Alemania donde se ha verificado, especialmente en el Romanticismo, una singular alianza, casi una simbiosis entre poesía y derecho – entendido como derecho consuetudinario y no como “lex positiva”. Los hermanos Grimm, grandes filólogos y literatos, eran juristas.

<sup>1</sup> Em uma tradução livre: *O direito na pintura*.

<sup>2</sup> *O direito na literatura*

Recogiendo sus célebres fábulas pretendían salvar el gran patrimonio del ‘buen y viejo derecho’, es decir, de las costumbres, tradiciones, usos locales del pueblo alemán en su corralidad; patrimonio que, a través de los siglos, había sido conservado por la literatura popular. En la misma época estalla en Alemania una interesantísima polémica jurídica entre Thibaut, que propugna para Alemania, sobre el modelo napoleónico, un código civil unitario y unificador, apto para hacer a todos los ciudadanos iguales ante la ley y para barrer los privilegios feudales, y Savigny, que quiere, en cambio, defender la variedad, las diversidades locales, las diferencias y desigualdades del antiguo derecho común consuetudinario, expresión del Sacro Imperio Romano, porque ve en el código único un instrumento de nivelación autoritaria.”

Do ponto de vista teórico há diferentes formas de leitura da relação entre direito e literatura: pode-se caracterizar o direito *na* ou *como* literatura, a literatura *no* direito, o direito *da* literatura, tendo em vista que os léxicos direito e literatura podem não dizer muito a respeito da proposta de uma leitura do jurídico através do literário.

A relação entre direito e literatura normalmente realiza-se em três dimensões: o direito *da* literatura, perspectiva que analisa a questão da liberdade de expressão, a história jurídica da censura e políticas de subsídios editoriais, por exemplo; em um segundo momento, tem-se o direito *como* literatura, oportunidade em que a investigação gira em torno da análise retórica e, principalmente, pode-se comparar os métodos de interpretação entre os textos literários e jurídicos; por último, o direito *na* literatura, em que se buscam as questões mais fundamentais sobre o direito, a justiça e o poder – por exemplo, nos textos literários e não nos manuais jurídicos ou diários oficiais (OST, 2006, p. 334).

Nas palavras de François Ost (2006, p. 334):

“La relación entre Derecho y literatura podemos entenderla, al menos, desde três distintas dimensiones:

Primero, nos encontramos con el derecho *de la* literatura, una perspectiva que normalmente ha sido reservada para los abogados. Bajo esta perspectiva se pueden analizar la libertad de expresión que gozan los autores, la historia jurídica de la censura, las demandas que surgieron a propósito de obras que, en su tiempo, fueron consideradas como escandalosas; desde *Madame Bovary* hasta *Los versos satánicos*, desde *Las flores del mal* hasta un Pierre MERTENS con su *Une paix royale*. Se pueden hacer comparaciones entre sistemas de marcas y de derechos de autor, se puede estudiar desde la regulación de bibliotecas públicas hasta los programas escolares o las políticas de subsidios editoriales. Una segunda perspectiva puede ser el estudio del Derecho *como* literatura. En este caso, se puede considerar la retórica judicial y parlamentaria; se puede estudiar el estilo particular de los abogados, un estilo que es a la vez dogmático, tautológico y performativo. Se pueden comparar métodos de interpretación entre textos literarios y textos jurídicos. Esta clase de perspectiva ha sido desarrollada ampliamente en los Estados Unidos, basta echar un vistazo al trabajo de algunos autores como Ronald DWORKIN y Stanley FISH.

Por último, la perspectiva por la que yo me decanto estudia el Derecho *en* la literatura. Desde luego no se estudia el Derecho técnico, aquel que encontramos en los diarios oficiales, en los tratados y en las doctrinas (aunque cabe decir que en ciertas páginas de BALZAC se puede aprender mucho más acerca de la bancarrota

que en antologías completas de jurisprudencia). No, el Derecho que busco en la literatura es el que asume las cuestiones más fundamentales a propósito de la justicia, del Derecho y del poder. Orestes y Hamlet nos invitaron a pasar por el estrecho sendero que separa la venganza de la justicia; es la conciencia problemática de Antígona la que cuestiona el reto del Derecho natural ante la institucionalización del Derecho en cada época; es la aparentemente arbitraria incriminación de Joseph K. la que levantó la esquina del velo que cubría la arcaica Ley de las necesidades, la que toma el mando cuando las instituciones están corrompidas y los procedimientos pervertidos.”

Ainda, segundo Vera Karam Chueiri (2006, p. 234):

“Direito e Literatura podem dizer respeito tanto ao estudo de temas jurídicos na Literatura, e neste caso estar-se-ia referindo ao Direito na Literatura; como à utilização de práticas da crítica literária para compreender e avaliar o Direito, as instituições jurídicas, os procedimentos jurisdicionais e a justiça, e neste caso, estar-se-ia referindo ao Direito como Literatura. No primeiro caso, é o conteúdo da obra literária que interessa ao Direito, enquanto, no segundo, a própria forma narrativa da obra pode servir para melhor compreender a narrativa jurídica, como, por exemplo, as sentenças que os juízes constroem.”

Por fim, em terras brasileiras é possível identificar os trabalhos de juristas que escreviam textos literários, como é o caso, por exemplo, de Rui Barbosa. Ainda, inúmeros clássicos da literatura brasileira contêm em seus textos questões importantes do ponto de vista jurídico, podendo-se citar como exemplos Jorge Amado (*Capitães da areia*) e Graciliano Ramos (*Vidas secas*). A partir do ano de 2006 há uma consolidação dos

estudos do selo *direito e literatura* no Brasil, inclusive com a veiculação de um programa de televisão no canal TV Justiça.

## 2. *Forma é poder: notas sobre hermenêutica, positivismo e formalismo jurídico*

No presente trabalho tentaremos uma abordagem do formalismo jurídico por meio da crítica ao formalismo lançada por Paulo Leminski (1997, p. 45) em seu escrito *forma é poder*. No entanto, a título de introdução, parece conveniente uma breve apresentação de nosso autor. Paulo Leminski é “classificado” como escritor, poeta e crítico literário, nascido na cidade paranaense de Curitiba, tendo escrito inúmeros textos e ensaios de conotação crítica, bem como textos com um estilo muito peculiar, constituídos de formas curtas e cheios de trocadilhos. Neste sentido, segundo Aurea Leminski (1997, p. 7 apud LEMINSKI, 1997), nosso autor tinha um jeito de ser que lhe permitia muitas variações dele mesmo. Escrevendo também, parece que não lhe faltou nada: inteligência e humor, romantismo e vanguarda.

Nossa tentativa de abordagem do texto do escritor curitibano será feita na forma de direito *como* literatura; sendo assim, tenta-se encontrar o literário no jurídico de forma explícita ou subliminarmente, ou seja, trata-se da hermenêutica (GODOY, [200-?]).

Antes de abordarmos o texto de Leminski, parece oportuno alguma consideração acerca do que estamos considerando por hermenêutica. Em primeiro lugar, considera-se a origem teológica do termo, pois, num primeiro momento, a hermenêutica apresentava-se como uma metodologia; por alguns era encarada como instrumento de interpretação dos textos antigos, em especial o texto das escrituras (Bíblia) (JAPIASSU; MARCONDES, 2006, p.131).

Jean Grondin (1999, p. 23) afirma que:

“[p]or hermenêutica entende-se, desde o primeiro surgimento da palavra

no século XVII, a ciência e, respectivamente, a arte da interpretação. Até o fim do século passado, ela assumia normalmente a forma de uma doutrina que prometia apresentar as regras de uma interpretação competente. Sua intenção era a natureza predominantemente normativa e mesmo técnica. [...] Ela desfrutava de uma existência externamente em grande parte invisível, como 'disciplina auxiliar' no âmbito daqueles ramos estabelecidos da ciência, os quais se ocupavam explicitamente com a interpretação de textos ou de sinais. Por isso formou-se, desde a Renascença, uma hermenêutica teológica (hermenêutica sacra), uma hermenêutica filosófica (hermenêutica profana), como também uma hermenêutica jurídica."

Segundo Lênio Streck, valendo-se da simbologia de Hermes, o mensageiro dos deuses (2007, p. 125):

"[a] palavra *hermenêutica* deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a idéia (sic) de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza todo o problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido [...]"

Nesse sentido, a figura de Hermes é um interessante exemplo do que se pode

compreender por hermenêutica e o esforço de interpretação do discurso jurídico, pois Hermes estava sempre em movimento uma vez que era o elo entre a o mundo vivo e outros mundos, ocupando o vazio entre as coisas, Hermes era o mediador universal, o grande comunicador. (OST. 1993, p. 3)

Levando em consideração o pensamento de Ronald Dworkin (2001, p. 220/221), em sua obra *Uma questão de princípio*, o ponto que aproxima literatura e direito é a interpretação, sendo que a literatura colabora com o direito para uma melhor compreensão de seu universo, não tratando a interpretação jurídica como uma questão *sui generis*, mas, sim, vislumbrando-a como a racionalidade imanente do direito. Dessa forma, os juristas poderiam valer-se da interpretação e do discurso literário, bem como de outras formas de interpretação artística para problematizar e melhor compreender o jurídico, inclusive nos casos mais complexos.

Nas palavras de Dworkin (2001, p. 236), após apresentar um esforço de imaginação literária:

"Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito 'subjazem' as decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião [...]"

Quando Dworkin toma por base a literatura, pretende demonstrar que o conceito de interpretação adotado pelo universo jurídico se apresenta equívoco, uma vez que os juristas trabalham com a ideia de hermenêutica como um instrumento para descobrir o sentido do texto ou a vontade de seu autor (o legislador), sendo que uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, revelando o melhor princípio ou política a que serve (DWORKIN, 2001, p. 239).

Ainda, para o *jusfilósofo* estadunidense (DWORKIN, 2001, p. 239-241):

“Sabemos, a partir do raciocínio equivalente na literatura, que essa descrição geral da interpretação no Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal seja o que for que pensa que deveria estar lá. A mesma distinção é válida entre a interpretação e o ideal. O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor. [...] Quando uma lei, Constituição ou outro documento jurídico é parte da história doutrinal, a intenção do falante desempenhará um papel. Mas a escolha de qual dos vários sentidos, fundamentalmente diferentes, da intenção do falante ou do legislador é o sentido adequado, não pode ser remetida à intenção de ninguém, devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política.”

Em razão disso, para Dworkin o senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá sua abordagem no que se refere à interpretação, dependerá de alguma concepção da integridade e coerência do direito como instituição, sendo que essa concepção limitará a arbitrariedade do ajuste da decisão com a esfera do que Dworkin (2001, p. 241) chama doutrinal.

Assim, o trabalho de Dworkin parece tentar demonstrar a impossibilidade e

talvez impossibilidade da busca pela vontade do legislador. Nesse texto, o que nos importa é a argumentação dworkiniana a respeito da aproximação entre direito e literatura como forma de uma resposta para a construção de um saber jurídico que leva em consideração outros referenciais que não os da visão tradicional da leitura dos códigos legais e a visão manualesca. Desse modo, destaca-se que Dworkin observa e concorda com o *linguist turn*, ou seja, o giro linguístico hermenêutico pragmático operado na filosofia da linguagem, sendo que no presente artigo não se ingressará na questão da possibilidade da resposta correta para cada caso<sup>3</sup>.

Segundo Albert Casalmiglia (1992, p. 158):

“La osadía de Dworkin consiste en poner en cuestión ese paradigma. Pretende restaurar las relaciones entre la Ciencia de la Legislación y la Jurisprudencia poniendo de manifiesto que la tarea de la ciencia jurídica no es describir el derecho desde fuera, sino ofrecer solución a los problemas que se plantean. Pretende, por tanto,

<sup>3</sup> Contudo, interessante destacar que a discussão é importante. Segundo Aylton Barbieri Durão (2005, p. 1), desde a publicação de *Levando os direitos a sério*, em 1977, prosseguindo com *Uma questão de princípio*, em 1985, em que o problema é tratado explicitamente, e com *O império do direito*, em 1986, que Ronald Dworkin vem elaborando uma resposta ao problema introduzido pela filosofia analítica do direito de Herbert Hart, segundo a qual, nos “casos difíceis”, onde não existe um jogo de linguagem capaz de orientar a decisão judicial, os juízes têm que apelar para o seu poder discricionário, e, para tanto, vem desenvolvendo uma metodologia de aplicação do direito que permita aos juízes chegar a uma sentença correta para cada caso, exclusivamente a partir dos institutos do próprio direito positivo.

Para Marcelo Cattoni de Oliveira (2007, p. 87), a questão da resposta correta é de postura ou atitude, definidas como *interpretativas* e *autorreflexivas, críticas, construtivas* e *fraternas*, em face do *Direito como integridade*, dos direitos individuais como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por ele exigida; uma questão que, para Dworkin, não é *metafísica*, mas *moral e jurídica*.

construir una teoría completa del derecho que tenga un aspecto justificador de las decisiones que adoptan las distintas instancias jurídicas. En este sentido la teoría será un auxilio indispensable para el que toma decisiones públicas. Para tomarlas se debe realizar una tarea de construcción y justificación. El científico del derecho, el filósofo del derecho y de la política no es un observador imparcial cuya función es describir el derecho y los valores, sino que es un constructor de soluciones, un especialista en la resolución de conflictos sociales. Desde esta perspectiva su intención es la construcción de modelos metodológicos que permiten solucionar problemas. Junto al aspecto descriptivo, Dworkin coloca el aspecto normativo, que es el que más interesa al profesional y al juez. La teoría orienta la práctica. Evidentemente, tanto el método como las soluciones han provocado una cascada de críticas y desacuerdos importantes. Pero me parece que no de los grandes méritos de la polémica ha sido *discutir problemas* en vez de describirlos, y en este puente Dworkin ha sido un maestro”

Assim, pode-se destacar conforme Casalmiglia (1992, p.19) que uma das maiores contribuições de Dworkin para a filosofia política e jurídica foi elaborar a concepção de direito como interpretação e, acompanhando Hart, vincular o estudo do direito ao pensamento filosófico, no caso do professor de Oxford à filosofia do segundo Wittgenstein, Rawls e ultimamente a hermenêutica e a crítica literária.

Pois bem. Paulo Leminski (1997, p. 45) no texto *forma é poder* discute o problema da linguagem na perspectiva de estruturas de texto, colocando em questão o discurso jornalístico que para ele representa o triunfo da razão branca e burguesa, pois o discurso “jornal/naturalista” é a projeção do jornalismo na literatura.

Para Paulo Leminski (1997, p. 46-47):

“Projetado na literatura, esse discurso ‘impessoal’, ‘objetivo’ e ‘natural’ é investido de ‘normalidade’. Na raiz a palavra ‘normalidade’ indigita sua origem de classe. ‘Normal’ vem de ‘norma’. Norma é lei: poder. O discurso jorno/naturalista é o discurso do Poder. [...]”

A ‘neutralidade’ (objetividade) do discurso jorno/naturalista é uma convenção. Assim como a *clareza*, apenas uma propriedade (retórica) do discurso.

Não há texto literário sem perspectiva, quer dizer, sem intervenção da subjetividade.

No texto naturalista (ou jornalístico), essa perspectiva é camuflada, sob as aparências de uma objetividade, uma Universalidade que – supostamente – retrata as coisas tal como elas são.” [grifo nosso]

Ora, mas qual seria a contribuição dessa reflexão do autor paranaense para uma problematização do jurídico? Parece que a argumentação “infratora” de Paulo Leminski pode levar-nos a refletir sobre alguns temas importantes para a filosofia e a teoria do direito, e que dizem respeito ao formalismo jurídico.

Não obstante, há que se considerar aqui o fecundo debate existente na filosofia político-jurídica entre procedimentalistas, muitas vezes confundidos com formalistas, e substancialistas – contudo, não será este o objeto de análise.

Para a reflexão, o ponto de análise está ligado à associação dos conceitos de positivismo e formalismo jurídicos, que não necessariamente pretendem dizer ou representar a mesma coisa; muitas vezes, o afastamento entre eles chega às raias do “combate” crítico em teoria.

A importância de refletir sobre tal temática parece justificar-se em tempos de chamado pós-positivismo para que se possa compreender minimamente o que

se entende por positivismo jurídico, a fim, principalmente, de se evitarem alguns equívocos metodológicos com a relação a alguns autores, como, por exemplo, Hans Kelsen, frequentemente acusado de positivista como sinônimo de formalista.

Nesse sentido, ao se pretender uma análise um pouco mais sistemática que exigirá observar o positivismo como conceito, poderemos, de início, compreender que existem inúmeras abordagens ou compreensões do que venha a ser o positivismo jurídico.

Em apertada síntese, a teoria do positivismo jurídico é usualmente classificada como analítica, descritiva e explicativa. Segundo o entendimento de Tom Campbell (2002, p. 5), sob esse ponto de vista, o sentido do positivismo jurídico é proporcionar uma caracterização precisa do direito tal como este é em realidade, em vez de como deve ser.

Outra linha de investigação do positivismo jurídico ligada à reflexão acerca do conceito de direito parece inserir as teorias normativas de Hans Kelsen e Hebert Hart, por exemplo. Em vista disso, a postura positivista de tais autores não corresponde a uma leitura formalista do jurídico.

Esse equívoco beneficiou a leitura formalista do direito, vinculada à escola exegético-positivista francesa, para a qual a leitura do Código Civil napoleônico não deveria ser permeada ou orientada por espécie alguma de “filosofia”; ou seja, aos aplicadores do direito não era permitido o exercício hermenêutico, mas apenas a reprodução (sem reflexão) do ordenamento jurídico.

Aqui parece estar representado o encasuramento do direito – significa dizer, o olhar neutralizante do jurídico – e tal perspectiva não deve ser encarada sem um olhar crítico, uma vez que a aplicação exegética do Código Civil tinha o claro objetivo de não permitir aos julgadores franceses a interferência nos projetos de poder da classe que ascendera, pois a revolução francesa pode ser identificada como o marco da

modernidade e a construção de uma nova ordem. Segundo Berenice Cavalcante (1998, p. 11), em termos genéricos, pode-se identificar essa modernidade com a fundação da sociedade burguesa, calcada nos princípios da igualdade e da liberdade.

Tal tradição difere e muito da perspectiva de Kelsen (1991, p. 366), por exemplo, para quem o direito a se aplicar forma uma espécie de moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, de modo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível.

Segundo Thomas Bustamante (2005, p. 24):

“A teoria pura do direito de Kelsen, por exemplo, confere ao intérprete do direito uma ampla margem de atuação e criatividade. A atividade de interpretação é considerada um processo inovador pelo qual o juiz fixa o sentido da norma jurídica a partir dos enunciados normativos que compõe o Direito Positivo. Neste processo, a *decisão* sobre qual dos sentidos semanticamente possíveis de um enunciado normativo deve ser adotado é absolutamente *livre*; a norma jurídica é vista como ‘quadro a ser preenchido’ pelo interprete, cuja moldura é definida pelo texto da norma, sendo que não se pode estabelecer pautas ou diretivas para vincular o processo de interpretação”

Hart (1968) coloca em discussão a construção do jurídico, afirmando que o direito é formado em bases linguísticas naturais e só posteriormente vai ganhando conotações de um vocabulário próprio. Por consequência, o problema do formalismo jurídico verifica-se na medida em que ele tem a pretensão de normatizar todas as condutas possíveis, em vista do anseio da resposta correta para cada caso de forma silogística, o que difere da leitura de Hart que propõe uma análise da linguagem na

perspectiva do direito, ou seja, há normas jurídicas de textura aberta que exigem respostas possíveis a serem dadas pelo viés da interpretação nos casos mais complexos (HART, 1968, p. 158).

Para Hart (1968, p. 159):

“Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’.”

Nesse ponto, Hart (1968, p. 159) reconhece o poder discricionário do julgador nos casos mais difíceis que exigem a intervenção de normas de textura aberta; contudo, a atuação criativa do órgão julgador é limitada pelo próprio sistema jurídico.

Segundo Roberto Bueno (2010, p. 285) [...], essa criação não se dá de modo absolutamente livre, senão que se trata de regras cuja adesão do juiz “é exigida para manter os padrões, mas o juiz não os cria”.

A respeito do formalismo jurídico (e interpretativo), interessante a síntese argumentativa de Thomas Bustamante (2005, p. 24):

“No que concerne às teorias da interpretação jurídica, o *formalismo* sustenta que interpretar seria simplesmente conhecer/descobrir o significado de um texto, situando-se numa posição *antagônica* às denominadas teorias *realistas* ou *céticas*, para as quais ‘o interprete não descobre mas cria o significado de um texto, – de modo que não teria sentido dizer que um enunciado interpretativo é verdadeiro ou falso [...]”

Assim, o texto de Paulo Leminski, ao destacar o formalismo da linguagem como poder, incita-nos à reflexão acerca do formalismo jurídico que conseguiu estabelecer uma confusão conceitual no tocante a sua

relação com o positivismo jurídico e, em decorrência, com a teoria da interpretação e a questão da neutralidade do intérprete.

### 3. O papel da literatura na construção do saber jurídico: reflexões sobre o viés emancipatório da literatura como abordagem crítica ao direito

Naturalmente, não se tem a pretensão neste espaço de dissertar finalisticamente sobre um possível viés emancipatório da literatura e como tal perspectiva pode colaborar com um olhar crítico ao direito. Sendo assim, os argumentos a seguir são algumas notas a respeito do tema.

Como já mencionado linhas atrás, Dworkin observa o direito próximo do literário tendo por base ou vínculo epistêmico a questão da interpretação presente tanto na esfera literária como na experiência jurídica. Esta última, por sua vez, ganhou contornos de um formalismo que se busca melhor compreender com Paulo Leminski, na medida em que ao fim do século XIX o direito também reivindicava seu caráter científico ou de cientificidade, dado o *status* que a Ciência ganhava na época. Para tanto, foi necessário eleger um objeto de análise que acabou sendo a norma jurídica objetivamente considerada.

A ilusão ou confusão conceitual acerca do formalismo exegético da norma jurídica como representação do que se possa entender por positivismo jurídico, fez com que a leitura do jurídico não fosse permeada por qualquer forma de manifestação do subjetivo, significa dizer que se pretendeu (e talvez ainda se pretenda) uma espécie de neutralidade do agente do direito. Por oportuno, vimos na epígrafe anterior que não era essa a intenção do positivismo jurídico representado por Hans Kelsen e Hebert Hart, por exemplo.

Claudio Magris (2006, p. 4-5), analisando a questão da construção do saber jurídico com relação à figura do legislador, argumenta que:

“A diferencia de quien declama las profundas razones del corazón pensando, en realidad, que sólo existe su propio corazón, la ley parte de un conocimiento más profundo del corazón humano, porque sabe que existen muchos corazones, cada uno con sus misterios insondables y sus apasionadas tinieblas, y que, precisamente por eso, sólo unas normas precisas, que tutelen a cada uno, permiten al individuo singular vivir su vida irrepetible, cultivar sus dioses y sus demonios, sin estar impedido ni oprimido por la violencia de otros individuos, igual que él mismo presa de inextricables complicaciones del corazón, pero más fuertes que él, como los galeotes liberados por Don Quijote son más fuertes que Don Quijote y lo golpean brutalmente. [...] El legislador que castiga la corrupción en las concesiones públicas es un artista que sabe imaginar la realidad, porque en esa corrupción no sólo ve la abstracta violación de una norma sino, por ejemplo, los equipamientos defectuosos con los que – a causa de esa corrupción – se ha dotado a un hospital, en lugar de los más eficaces que el hospital habría tenido gracias a unas concesiones correctas. Detrás de ese crimen hay enfermos peor curados, individuos concretos que sufren. Los antiguos, que habían comprendido casi todo, sabían que puede existir poesía en el acto de legislar; no por casualidad muchos mitos dicen que los poetas fueron, también, los primeros legisladores.”

Segundo Roberto Bueno (2011, p. 18), analisando o pensamento de Richard Rorty:

“Desde logo, com o dito até aqui acerca da riqueza libertária da literatura e do farto material que ela oferece para nossa redescritção e autoreconstrução não excluímos, senão que se supõe a necessidade de controles sociais

básicos tais como o direito. Isto sim, ao que nos opomos, é a exacerbação das funções dos mecanismos sociais de controle, o que sufoca as possibilidades de objetivação de nossas subjetividades, enfim, obstaculizam forte e firmemente ao ser-aí-no-mundo. A nossa perspectiva do ‘mundo vivido’ (Lebenswelt) frente ao qual as restrições discursivas de um modelo científico marcado pela abstração são consideráveis [...]”

Ainda, na impressão de Roberto Bueno (2011, p. 19):

“[...] o indivíduo que se encontra no mundo dispõe de opções morais, muito embora em nenhuma, ou através de nenhuma, alcance a plenitude através da tentativa de objetivar sua subjetividade. Esta tentativa deve encontrar inspiração nas várias narrativas literárias.”

Note-se que não se está a defender um subjetivismo da abordagem jurídica, principalmente no que se refere à sua aplicação; ou seja, não se propõe uma decisão judicial conforme a consciência do julgador, mas apenas que não há possibilidade de objetivar ou bloquear o subjetivo. Em outras palavras, utilizando o pensamento kelseniano, mesmo que se reconheça a interpretação como um ato de vontade – significa dizer uma possível aparição ou imagem do subjetivo – há um limite para as decisões judiciais, a qual se encontra na moldura da norma.

Assim, outro limite ao subjetivismo na interpretação e, em especial, na aplicação do direito estaria ligado a um discurso de aplicação, isto é, vinculado a questão do discurso argumentativo compreendido de modo pragmático transcendental, observando, portanto, o dever da argumentação.

#### 4. Considerações finais

Parece possível considerar que a confusão entre positivismo(s) e formalismo

(exegético) jurídico levou a crise das teorias normativistas observadas na filosofia político-jurídico de nossos dias; contudo, há também uma crise maior que diz respeito à mentalidade desenvolvimentista da humanidade e, portanto, de sua razão esclarecida e dominadora. Não se está aqui a pretender uma defesa do positivismo jurídico analítico, mas apenas provocar a reflexão acerca de autores profundamente importantes como Kelsen e Hart.

Ainda, considera-se o viés libertário e emancipador da literatura no que se refere à reconstrução de nossa condição humana e, portanto, parece não só possível uma aproximação entre direito e literatura como destaca Dworkin, mas, também, interessante do ponto de vista da construção do saber jurídico que pretende questionar a perspectiva da formação jurídica tradicional.

Assim, a revisita a esses clássicos é não só necessária, mas um convite provocativo para a construção do saber jurídico, pois, para finalizar parafraseando Paulo Leminski, somente a obra aberta que provoca o engajamento do leitor no processo de descoberta/criação de sentidos e significados, abrindo-se para sua inteligência, recebendo-a como parceira e colaboradora, é verdadeiramente democrática.

### Referências

- ADEODATO, João Maurício. O positivismo culturalista da Escola do Recife. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. São Paulo: Manole, 2005.
- APEL, Karl-Otto. Ética do discurso como ética da responsabilidade. Tradução de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. *Cadernos de Tradução: USP*, São Paulo, n. 3, p. 7-37, 1998.
- AARNIO, Aulis. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. Tradução de Juan Ruiz Manero. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 1, p. 11-14, 1984.
- BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 186, p. 275-290, abr./jun. 2010.
- \_\_\_\_\_. O papel da literatura na reconstrução das subjetividades. *Em tempo*, Marília, v. 10, p. 9-25, 2011.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação Contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 25, p. 303-331, 2002.
- CARVALHO, Bernardo. A filosofia sem salvação. *Folha de São Paulo*, 8 maio 1994. Disponível em: <[http://almanaque.folha.uol.com.br/entrevista\\_filosofia\\_richard\\_rorty.htm](http://almanaque.folha.uol.com.br/entrevista_filosofia_richard_rorty.htm)>. Acesso em: 04 maio 2010.
- CASALMIGLIA, Albert. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 1, p. 43-47, 1984.
- \_\_\_\_\_. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 12, p. 1-24, 1992.
- CAVALCANTE, Berenice. *A revolução francesa e a modernidade*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 1998.
- CHAHURUR, Alan Ibn. Filosofia do direito: uma questão preliminar. *Em tempo*, Marília, v. 10, p. 25-42, 2011.
- CHUEIRI, Vera Karam. Direito e literatura. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DURÃO, Aylton Barbieri. É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso? In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2006, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Conpedi, 2005. p. 1-14.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Tradução de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1976.
- GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Kant, Schopenhauer e o direito de mentir. *Em tempo*, Marília, v. 3, p. 103-110, 2001.

\_\_\_\_\_. Sonhos e pesadelos da razão esclarecida. *Revista Olhar*, São Carlos, n. 7, p. 9-35, 2003.

\_\_\_\_\_. Sobre direitos humanos na era da bio-política. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 118, p. 267-308, 2008.

\_\_\_\_\_. Princípios e interpretação do ECA. In: NAHAS, Thereza Christina; GENOVA, Jairo José; SILVA, Nelson Finotti (Org.). *ECA: efetividade e aplicação*. São Paulo: LTr, 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e literatura: os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardoso e Lon Fuller*. [S.l.]: [s.n.]: [200-?]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25388-25390-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito e Literatura em Paul Gewirtz*. Brasília: [s.n.], 2007. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/arnaldo/direito/dl9gewirtz.htm;jsessionid=B74D79D4043BCD1370D42A55396AE9FE>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

\_\_\_\_\_. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2. ed. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Hebert Lionel Adolphus. *El concepto del derecho*. 2 ed. Tradução de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1968.

HERRERA, Luiz Henrique Martim; GUILHERME, Thiago Azevedo. Retórica e princípio da dignidade da pessoa humana. In: AGOSTINHO, Luiz Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito*. Birigui: Boreal, 2011.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LEMINSKI, Paulo. *Ensaio e anseios crípticos*. Curitiba: Pólo Editorial, 1997.

MAGRIS, Claudio. Los poetas y los legisladores. *La nacion*, Madrid, 12 marzo 2006. Disponível em:

<<http://www.lanacion.com.ar/787855-los-poetas-y-los-legisladores>>. Acesso em: 16 set. 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à Literatura? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 87-103, 1. sem. 2007.

OST, François. El reflejo del derecho en la literatura. *Doxa: cuadernos de la Filosofía del Derecho*, n. 29, p. 333-348, 2006.

\_\_\_\_\_. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: cuadernos de la Filosofía del Derecho*, n. 14, p. 169-194, 1993.

PAGLIONE, Eduardo Augusto. Rui Barbosa: direito e literatura. *Em tempo*, Marília, n. 4, p. 41-46, ago. 2002.

PIETROFORTE, Antônio Vicente Serafim. O discurso jurídico através do discurso poético. *Em tempo*, Marília, n. 4, p. 24-33, ago. 2002.

POUND, Ezra Loomis. *ABC da literatura*. Tradução de Augusto de Campos e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1997.

PROUST, Marcel. *Contre sainte-beuve: notas sobre crítica e literatura*. Tradução de Haroldo Ramanzini. São Paulo: Iluminuras, 1988.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. *Imparcialidade e neutralidade: identidade?* Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, [2008?]. Disponível na internet: <[http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo\\_Caio\\_Imparcialidade.pdf](http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Caio_Imparcialidade.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2012.

SANSONE, Ariana; MITICA, M. Paola. *Diritto i Letteratura: Storia di una tradizione i stato dell'a arte*. Bologna: Italian Society for Law and Literature (ISLL), 2008. p. 1-10.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. Pensar é estar em pensamento. In: SILVA, Dinorá Fraga da; VIEIRA, Renata (Org.). *Ciências cognitivas em semiótica e comunicação*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

\_\_\_\_\_. Filosofia e jurisprudência nos primórdios do pragmatismo: Charles S. Peirce e Oliver Wendell Holmes, JR. *Em tempo*, Marília, n. 4, p. 84-97, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 125-144, 2007.