



RDL

REDE BRASILEIRA
DIREITO E LITERATURA

LITERATURA DO DIREITO: ENTRE A CIÊNCIA JURÍDICA E A CRÍTICA LITERÁRIA

LEONOR SUÁREZ LLANOS¹

TRADUÇÃO DE HENRIETE KARAM

RESUMO: Este trabalho questiona a relação entre o Direito – regras, poder, força e segurança jurídica – e literatura – aberta, dúctil, revulsiva do "ter que" e sonhadora com o que "deve ser". Para esta, instrumento pós-moderno do reconhecimento do outro e de suas diferenças, o Direito forçou as histórias de pessoas reais e seus anseios pela justiça em conceitos imparciais, silenciando especialmente as das mais vulneráveis. Começarei analisando o que é, quando, como e por que surgiu o *Law and Literature Movement* e recordarei suas três dimensões, o Direito da/como/na literatura, para concentrar-me nestas duas últimas estratégias de análise. A partir disso, irei me concentrar na interpretação, posição e função do intérprete, na retórica, na narrativa e no *New Criticism* como formas de análise literária do Direito. Chegarei, assim, a conclusões que se assentam em sete objeções à abordagem literária (a sua justiça, o seu antiformalismo, as suas supostas virtudes judiciais, a irracionalidade da empatia, a sua teoria crítica literária e a proposta do romance em cadeia na prospecção da dinâmica do Direito, a sua contextualização e os riscos da emoção e da empatia para os direitos e a segurança jurídica) e as respostas possíveis a tais objeções. Conclusões que nos abrem para um projeto emocionante, mas que, devido a isso, exige ser especialmente exigente no manuseio integrado de uma literatura transgressora dos limites da realidade complexa, dinâmica e flexível do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: direito; literatura; justiça; empatia; racionalidade; interpretação; argumentação; desconstrução; vulnerabilidade.

1 INTRODUÇÃO

Há décadas, o Direito se desenvolve em capítulos de crise e renovações sucessivas, em grande parte, dizem os críticos, impulsionadas porque o formalismo do juspositivismo ortodoxo é sintoma da incapacidade e/ou do desinteresse do Direito, do teórico, do dogmático e de seus juízes em falar sobre a virtude e por fazer justiça para as pessoas reais.

¹ Doutora em Direito. Professora titular de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidad de Oviedo. Oviedo, España. E-mail: leonor@uniovi.es.

É nesse ponto que entra em jogo todo o instrumental crítico da literatura em relação ao Direito. Uma proposta que, em vários campos e com diferentes objetivos, impulsiona novas perspectivas desconstrutivistas e/ou reconstrutivas de grande interesse, associadas a esquemas racionais muito distantes da razão universal que kantianamente foi adotada na modernidade até transformá-la, graças a Descartes, em pressuposto existencial.

É frequente que os trabalhos sobre Direito e Literatura comecem propondo um texto literário em torno do qual se desenvolvem diferentes interpretações críticas do Direito e da justiça. Trata-se de uma metodologia muito interessante e refrescante que, no entanto, não é a que vou seguir neste trabalho. Precisamente porque o que eu questiono é a possibilidade e a adequação de tal método, bem como a relação substantiva que ele pressupõe entre o Direito e a literatura.

Para tanto, partirei da seguinte premissa, mais ou menos inocente: que o Direito cria ficções sociais que são juridicamente reais (cidadãos, estrangeiros, sociedade, nação, responsabilidade objetiva etc.), considerando o fato de que esse Direito está constitutivamente pleno de histórias, escritas por legisladores, juízes e letrados, sobre o bem e o mal, sobre os motivos para ter razão, sobre o poder e a vulnerabilidade, a família, a educação e a saúde, a vida e a morte, o indulto e o perdão, etc. São histórias encapsuladas em normas que são feitas para um leitor que, qualquer dia, desejando (por exemplo, contrato) ou mesmo sem o desejar (por exemplo, acusação criminal), torna-se personagem de um romance (Calvo, 2016).

O encapsulamento dessas histórias em normas e todo o seu posterior tratamento juspositivo foi moldado na modernidade em torno da certeza, da segurança e da imparcialidade que respondem, por sua vez, ao desejo de positivização do Direito, que atingiu seu clímax, formalizador e cientificista, na primeira metade do século XX, num contexto de vitória e de poder do formalismo científico em todas as áreas. Agora, tudo o que o jurista pode fazer pelo Direito é objetivá-lo, formalizá-lo, completá-lo, colocá-lo a serviço de interesses assépticos e impessoais, e não divagar sobre o que deveria ser mas não é, entre outras coisas, porque o juspositivista pensa as concepções substantivas do justo deram evidências mais do que suficientes

de seus mútuos desentendimentos e das várias formas de terror de que são capazes.

No entanto, formalizar também é problemático, responde o crítico. Porque conduz a um abismal reino superinstitucionalizado, que é alheio à justiça e às necessidades das pessoas reais.

É por isso que, diante desse Direito, ergue-se a literatura, pronta para enfrentar com melhor perspectiva muitos dos problemas que o afligem. Porque ela é aberta, dúctil, incerta, sonhadora e busca representações imaginárias que abrem um presente mais atraente, mais justo e melhor. É reativa a identidades pré-estabelecidas, convenções, regras e codificações, ao "ter que"; anseia por tudo o que "poderia ser", anseia a capacidade criativa, crítica, de liberdade e justiça (Silva, Mourão, 2016, p. 360-361), enquanto o Direito é o domínio do "deve ser" – a norma como autoridade, como força, como obrigação. A literatura é a pena da razão e dos sentidos frente à espada do Direito (Ost, 2006, p.334 et seq.).

Esse é o ponto de partida da crítica literária do Direito e de seu precursor, o *Law and Literature Movement*: o Direito não é um elemento acessório na vida de cada pessoa, mas parte fundamental do que somos, pretendemos, fazemos, jogamos, praticamos, exigimos, damos, vivemos e pensamos. Ao analisá-lo através de fórmulas lógicas, esquemas transcendentais, dogmas pseudocientíficos, axiomas supostamente neutros e não valorativos, ou de critérios microeconômicos e de eficiência, sua essência, natureza e função são desviados e afastam-se dos sujeitos reais a quem se dirige, especialmente daqueles que são mais vulneráveis e precisam de proteção. Nem o método juspositivista é apropriado, nem o objeto a ser conhecido, o Direito, existe como uma realidade objetiva, pétrea e cientificamente analisável, nem o sujeito que conhece participa de uma assepsia epistemológica que lhe permita extrair, de modo demonstrável e previsível, o objeto a ser conhecido e as soluções para os problemas que busca resolver.

Pois bem, o que eu gostaria de considerar como o eixo em torno do qual a argumentação e as conclusões desta análise giram é o seguinte: em grande parte, o que dizemos é que o Direito depende dos instrumentos de análise empregados. Tem razão a crítica literária quando sustenta que, se utilizarmos uma epistemologia formalista e neutralizadora, os resultados

serão diferentes e piores do que quando concretizamos, reconstruímos e conduzimos o Direito com e através da literatura?

Claro, o assunto não é trivial e afeta um dos problemas epistemológicos centrais do juspositivismo, a saber, que, embora ele pretenda ser descritivo, ao descrever a normatividade, a descrição torna-se normativa, coativa, institucional e válida das condições descritas. Na medida em que essas remetem à generalidade e ignoram a (in)justiça da norma em prol da sua validade e consistência, o resultado é que a descrição do dever se torna um devemos ignorar os sentimentos particulares e as aspirações concretas de justiça.

Este não é o lugar para desenvolver os problemas epistemológicos juspositivistas, nem suas armadilhas quando se trata de justificar que o objeto a ser descrito como Direito seja selecionado como tal antes de sua concretização quando, talvez, devesse ser o inverso, o que geraria uma "falácia juspositivista", porque quando a teoria seleciona o objeto a ser descrito como Direito já está definindo o que é Direito em face de tudo o mais que deixa de sê-lo, aumentando a força constitutiva da teoria, da dogmática e do silogismo sobre a prática...

Acredito que, aqui, basta lembrar essas dificuldades para entender que propor a literatura como instrumento de "re-conhecimento" do Direito traz várias questões prévias.

A primeira é, talvez, a que insta a literatura a explicitar que conhece o Direito e como, com que limites e garantias de certeza e/ou de convicção o conhece.

Pois bem, a premissa literária é de que o Direito não é um objeto físico ou lógico-formal capaz de ser descoberto em termos de demonstração e previsibilidade. O direito é narração. Portanto, a literatura é a maneira apropriada de conhecê-lo e reconstruí-lo. Porque quando nos referimos a ele, assim como quando contamos histórias, as causas se tornam razões e a verdade representacional e verificável transforma-se em "verossimilhança".

Com efeito, no Direito e na narrativa literária, o argumentável não é a sua interpretação, mas eles próprios, uma vez que seus próprios fatos são reconstruídos idealmente de acordo com objetivos retoricamente maleáveis (Bruner, 1991, págs. 5-15) pelos sentimentos de amor, ódio, terror... que nos

despertam. Em seguida, o Direito os ameaça, os mutila, para torná-los previsíveis, gerenciáveis, admissíveis e, então, necessários para proclamar, por segurança, suas consequências (Craft, 1992, p. 521 et seq.).

Mas, se isso é assim, se o que conhecemos é o relato literários e as provas são de convicção emocional, empatia sentimental e justiça heroica e colossal, surgem, é claro, várias questões, alguns capitais: por exemplo, quando e por que a teoria do conhecimento objetivo torna-se literária? O Direito é também literatura ou apenas pode se tornar uma narrativa literária? Participa a literatura da normatividade e de critérios autônomos de autoridade? Devemos substituir a justiça imparcial por argumentos *ad hominem* e sentimentos particulares? Ou a literatura vale apenas para o Direito anteriormente caracterizado como razoável, legítima e justa?

Pois bem, para desvendar as respostas a essas questões e, assim, fixar as margens da relação Direito com a literatura, estabelecerei o ponto de partida da análise no crítico e inovador *Law and Literature Movement* e seus sucessivos desenvolvimentos, para avaliar os pressupostos, objetivos e possibilidades que as perspectivas literárias oferecem ao Direito.

2 O MOVIMENTO LAW AND LITERATURE: ONDE E QUANDO SURGE E POR QUÊ

O *Law and Literature Movement* surge nos EUA nos anos 70 – a publicação de *The Legal Imagination*, de Boyd White, formaliza sua data de início em 1973² – e se desenvolve extensamente nos anos 80, quando a análise literária do Direito torna-se um movimento crítico do Direito mais ou menos ordenado e representativo. A partir daí, ocorrem vários desenvolvimentos, especialmente nos Estados Unidos, onde a análise literária do Direito, por conta própria ou em conjunto com diferentes

² Embora existam prolegômenos desde o início do séc. XX, em 1908, Wigmore elabora *A List of Legal Novels*, que contém 100 romances com temática jurídica, e incita os juristas a lerem as obras de ficção significativas para o Direito. Em 1925, Cardozo publica *Law and Literature* e propõe interpretar as sentenças como exemplos literários e estruturar as reivindicações retóricas dos tribunais (Cardozo, 1931). Na Europa, nos anos 30, Fehr, D'Amato e Radbruch, este último com Tolstoi, Flaubert e Dickens, demonstram seu interesse jurídico pela literatura. Em 1947, Fuller publica, nos EUA, *Law in Action*, analisando temas jurídicos a partir de diversos textos literários. Na Espanha, Ossorio Morales publica, em 1949, *Derecho y Literatura*, usando os clássicos da literatura castelhana para analisar a prática jurídica e social do século de ouro. Na década de 50, é fortalecida a análise literária do processo penal, dos erros judiciais, da justificação da pena etc. Já nos anos 60, nos Estados Unidos, é publicado o primeiro volume de *The World of Law, Law and Literature*, analisando vários casos através de obras de James, Zola, Wilde, Melville, Swift, Camus etc.

disciplinas críticas ligadas à raça, gênero etc., passa a fazer parte de muitos dos programas de formação universitária³.

Realmente, não é estranho que, por várias razões, o movimento jurídico-literário tenha mais sucesso no âmbito saxão e nos Estados Unidos. Cabe mencionar algumas dessas razões.

Uma, porque seu caldo de cultura é a vertente pós-estruturalista dos *Critical legal studies*, por exemplo, Drucilla Cornell ou Jack Balkin, os quais, sob grande influência de Derrida, entre outros, afastam a interpretação constitucional do intencionismo e do estruturalismo⁴.

Outra razão: porque o desencadeamento, por negação, do nascimento institucional do movimento jurídico-literário é o surgimento da formalista e instrumental *Economics Theory of Law* patrocinada por Posner e que tem sua origem e centro de desenvolvimento nos Estados Unidos nos anos 70.

Terceira razão, porque é especialmente nos Estados Unidos que se desenvolveram os estudos culturais críticos do Direito – de raça, gênero, classe, orientação... – aos quais o *Law and Literature Movement* oferece instrumentos críticos-retóricos muito úteis para a busca culturalmente significativa da identidade que interessa esses *cultural studies of Law*.

E, quarta razão, porque, pelo menos, em princípio, é mais fácil entender a abordagem literária a partir de uma mentalidade jurídica de conhecimento *open book* e de juízes que criam políticas públicas⁵ do que a partir do dogmatismo eurocontinental e de sua fé em uma racionalidade científica que ordena os saberes e monitora soluções silogísticas.

³ Assim, a literatura é parte essencial da análise do Direito em muitas universidades estadunidenses. Por um lado, a disciplina “Direito e literatura” figura no programa de mais de 40% das universidades americanas, cf. A. K. Trindade e R. M. Gubert (2009); por outro, há revistas especializadas (entre elas, “Law and Literature”, em <http://ucpressjournals.com/journal.php?j=lal>). Além disso, o vínculo entre Direito e Literatura é fortalecido em diferentes disciplinas que abordam o crime e a pena – por exemplo, “Crime, Law, and Literature at the Law School” (Chicago Law School) – ou em outras críticas concretas, por exemplo, “Time and Law”, que analisa o impacto do fator tempo na decisão judicial, ou “Race & Politics: Postmoderno Racial? A 21st Century Query”, que aborda os fracassos dos direitos civis dos não-brancos (ambas da Harvard Law School).

⁴ Nesse contexto e em torno do eixo pós-estruturalista ocorrem, no início da década de 80, importantes encontros acadêmicos, por exemplo, na University of Southern California e na University of Texas. Nesta, Sanford Levenson proferiu sua conferência de abertura, “Law and Literature”, vinculando a interpretação jurídica à prática criativa da interpretação literária descrita por teóricos da literatura como Stanley Fish e Harold Bloom.

⁵ Tal aspecto é recorrente e desenvolvido por Zolezzi Ibárcena (2013, p. 384-386; 407).

3 AS PROJEÇÕES DE ANÁLISES DO MOVIMENTO DIREITO E LITERATURA

Em geral, existe um consenso bastante generalizado sobre a articulação do vínculo entre o Direito e a Literatura em torno da taxonomia de Posner (1988) de três categorias: o "Direito *na* literatura"; o "Direito *como* literatura" (versão forte); o "Direito *da* literatura".

Delas, a que menos interessa aqui é a do Direito *da* literatura; a regulamentação legal da atividade literária, direitos autorais, produção, distribuição, limites à liberdade de expressão, (in)moralidade literária, pornografia etc. Embora isso não signifique degradar sua relevância, pois a história reguladora do fazer literário é a história da censura, das mentalidades sociais, da liberdade, do paternalismo, das tradições morais e das ditaduras⁶.

Mas estou me despertando mais interesse o Direito *na* literatura, atento aos textos literários que levantam problemas jurídicos e políticos, e o Direito *como* literatura, que interpreta a Lei com instrumentos literários, narrativos, de interpretação imaginativa, hermenêutica e retórica.

3.1 O direito *na* literatura

Concentra-se na literatura que aborda assuntos de importância capital para o Direito: igualdade, direitos das minorias, justiça, justificação da punição, distribuição da riqueza, justificação do poder, paternalismo estatal etc.⁷ Porque a literatura ofereceria ao Direito e à análise jurídica uma perspectiva privilegiada das normas, da sociedade, dos valores, das instituições jurídicas e dos juristas.

⁶ A esse respeito e complementarmente, sugiro ver a interessante análise de Posner (1988, p. 319 et seq.) e, também, a revisão civil, penal e constitucional oferecida por María José Falcón y Tella (2015, p. 17-47).

⁷ Pensemos em *Antígona*, *Tempos difíceis*, *Crime e castigo*, *O estrangeiro*, *A intimação*, *Justa causa*, *O mercador de Veneza*, *O conde de Monte Cristo*, *O morro dos ventos uivantes*, *Os irmãos Karamazov*, *O processo*, *Admirável mundo novo*, *A laranja mecânica*, *O dossiê pelicano*, *Billy Budd*, *A revolução dos bichos*, 1984, *A queda*, *A sangue frio*, *O sol é para todos*, *O homem que queria ser culpado*, *Anatomia de um assassinato*, *A curiosa iluminação do professor Carita...* Nesse sentido, Falcón y Tella (2015, p. 61 et seq.) revisa a projeção jurídico-crítica de representativas obras literárias da Antiguidade Clássica, Idade Média, Moderna e Contemporânea. Também Talavera (2006, p. 61 et seq.) aborda, com *A aliança do Sinai*, o "contrato social" (cap. 2); com *Antígona*, a justiça e a autoridade (cap. 3); com *O mercador de Veneza*, o direito positivo e o valor da interpretação justa (cap. 4); com *O processo*, a crítica à concepção formalista e não valorativa do direito (cap. 5); e, com *A revolução dos bichos*, a submissão do Direito ao poder e à política.

Mesmo nesse nível do Direito *na* literatura, podemos diferenciar duas versões. Uma que me interessa mais, e outra que, de novo, não tanto.

A que não me interessa muito aqui, apesar de sua grande relevância instrumental, é a que propõe a literatura como uma ferramenta ou recurso metodológico ou pedagógico que facilita o ensino do Direito. Consiste na ideia de que o conhecimento do Direito pode ser transmitido de uma forma muito mais amena, divertida, espiritual, artística, visual, próxima, íntima etc., graças à literatura⁸. Trata-se, portanto, de uma questão de metodologia pedagógica muito interessante⁹ – e que deveria ser promovida junto e em contraste com outras alternativas tradicionais de conhecimento –, apesar de, em si, não questionar nem parâmetros de racionalidade nem conteúdos substantivos. Mesmo Posner, o crítico mais representativo do *Law and Literature Movement* reconhece, celebra e propaga o valor educativo da literatura para promover as técnicas de eloquência e persuasão, bem como para tornar mais memorável, atraente e amigável o estudo do Direito e de muitos dos seus problemas filosóficos e de fundamentação e suas dialéticas (direito natural/positivo, direito geral/equidade, vingança/punição e sanção legal), embora também insista em frear as aspirações literárias face ao Direito¹⁰.

Tal advertência é uma boa desculpa para introduzir, agora, os âmbitos que ultrapassam o do suporte didático. Pois bem, a outra dimensão do Direito *na* literatura, e que me interessa mais, questiona valores jurídicos essenciais, como igualdade, justiça, responsabilidade, liberdade, direitos etc.

Trata-se da visão "moralizante", "edificante" (Posner, 1988, p. 306-307) do movimento Direito e Literatura. Sua estratégia é analisar e comparar textos jurídicos e literários para esclarecer aspectos importantes da teorização e da prática do Direito e de sua justiça. Suas dimensões são diversas, entre elas: a recriação crítica de casos difíceis e complexos, como podem ser o indiciário e o probatório de *Doze homens e uma sentença*, de

⁸ De fato, estudar o Direito com a literatura é muito pedagógico, entre outras coisas porque "a Literatura e o cinema são mais divertidos do que a prática jurídica..." (Díez Gargari, 2008, p. 164-165).

⁹ Em virtude, por exemplo, dos materiais que coloca ação, como aponta Bonorino (2011, p. 73 et seq.), ou conforme analisa Rios (2005, p. 218).

¹⁰ Afinal, o Direito é o conjunto de suas ficções legais e seus formalismos – direitos, igualdade perante a lei, coisa julgada etc. –; e a literatura pode abordá-lo, apenas, como um elemento metafórico que não conduz o jurista a nenhum conhecimento jurídico sério (Posner, 1988, p. 358-360; 275-289; 353 et seq.). Cfr. Calvo (2015, p. 699).

Justa causa ou de muitas outras obras literárias; a descrição e o questionamento do modelo *standard* de jurista¹¹, de que servem como exemplo *A intimação* e *A firma*; a emotividade, a ideologia, a simbologia associada ao Direito, à sua autoridade, sua capacidade libertadora ou opressiva etc., *O Homem que queria ser culpado, 1984*, *Nós*, por exemplo, recriam essas valorações sociais contextualizadas, desafiando o leitor à abordagem crítica; a projeção crítica do tratamento que o Direito oferece aos grupos oprimidos e vulneráveis (por raça, gênero, cultura...); e, finalmente, o valor essencial da justiça em suas diferentes manifestações e contextos, como *Billy Budd* e *Toda a luz que não podemos ver...*

Em suma, a essência da aposta moralizante, edificante do Direito na literatura, é que os valores morais que a literatura destila ajudam os juízes a resolver os dilemas éticos¹² e ajudam o jurista, em geral, a tornar-se mais fundamentalmente crítico para expandir seus horizontes referenciais (Freitas, 2002, p. 5, Silva, 2001, p. 122-123), abrir perspectivas de mundos alternativos ao mundo tradicional e reconhecer a complexidade das formas de vida, decisões, sentimentos e imaginário social – político, religioso, econômico, valorativo,... –, bem como a tensão entre conceitos formais e éticos (Posner, 1988, p. 354-356).

Esta é a afirmação do princípio fundamental da paradigmática *Justiça poética* de Martha Nussbaum: a imaginação literária é básica para a justiça e, conseqüentemente, para a cidadania livre, para a democracia, para a igualdade, para a humanização do outro, para nos tornarmos juízes incorporados em espectadores judiciosos. Isso porque "ler romances

¹¹ Seus modos de ser e de ação que, por exemplo, Weisberg, um dos fundadores do movimento Direito e Literatura, projeta sobre três dimensões de análise, geralmente tão presentes na literatura quanto esquecidas na análise jurídica. O modo como se comunicam os juristas, como narram e constroem seus discursos e como sua genialidade discursiva pode ocultar duvidosas posições éticas. O modo como os juristas se relacionam com aqueles que estão fora das estruturas de poder. Assim, *O estrangeiro* refere, precisamente, o modo como é tratado quem se encontra ao sistema político e jurídico. E, por fim, o modo como raciocinam e sentem os juristas. Sua manipulação, seu elitismo e isolamento, seu caráter desconfiado, seu relativismo ético na hora de realizar sua atividade profissional, sua frugalidade, seu distanciamento do sofrimento alheio, sua ambição, corrupção, preferência ou altruísmo.

¹² Como "a literatura nos ajuda a compreender o outro... a simpatizar com sua dor,... a compartilhar seu arrependimento, e... a celebrar sua alegria, nos faz mais morais, nos faz melhores" (White, 1985b, p. xi). Cf. White (1973, 1990, 2000). Por isso, "os trabalhos substantivos da literatura podem ajudar a compreender os princípios constitucionais ao ilustrar de modo penetrante os tipos de problemas pessoais que deveriam ser reconhecidos como conflitos universais" (Hayman; Levit; Delgado, 2002, p. 462).

desenvolve capacidades morais sem as quais os cidadãos não conseguiriam tornar realidade as conclusões normativas de qualquer teoria moral ou política, por excelente que seja" (Nussbaum, 1995, p. 17).

Para Nussbaum, filósofa, não jurista e personagem fundamental do *Law and Literature Movement*, e sua proposta ética e de justiça, todo tema filosófico e epistemológico implica o diálogo interdisciplinar como a sociologia, a economia, a política, o Direito... e a literatura.

A partir da literatura, Nussbaum destaca a adequação do realismo (anglo-americano) para explicar as "formas persistentes de necessidade e desejos humanos encarnados em situações sociais concretas". Em particular, no que diz respeito à relação da literatura com o Direito e a política, Nussbaum, através da análise do *Tempos difíceis* de Dickens, confronta tanto *Law and Economic Movement* e a base economicista e utilitarista da escolha racional do Direito moderno, ao qual só interessa o dado individual como parte de uma operação matemática estranha às emoções das pessoas¹³, quanto o relativismo niilista de, por exemplo, Stanley Fish (1980, 1982, 1983, 1987a).

Ambos incorreriam em sérios erros porque é essencial jogar com a fantasia (Nussbaum, 1995, p.39 et seq.) e a imaginação (Nussbaum, 1995, p.25 e segs.), bem como investigar o mistério e a complexidade de cada vida, nas suas emoções (Nussbaum, 1995, p.85 et seq.), medos, traumas, frustrações e na dor e perplexidade diante de escolhas e de dificuldades. A literatura, o romance, permite-nos acessar a singularidade e as nuances e peculiaridades do mundo da vida e ser empáticos com o outro, possibilita colocar-nos em seu lugar, sentir compaixão e compreender e compartilhar suas emoções dolorosas no âmbito da dignidade humana. Isso porque apenas a emoção que permite que a solidariedade social se materialize diante de uma humanidade comum, favorecendo um comportamento ético (Nussbaum, 1995, p. 18, 45) e um paradigma racional e moral de compreensão e raciocínio moral centrado no contexto particular, mas sem cair em relativismos.

¹³ Nisso falha o movimento, como "também falha Dickens ao não perceber os prejuízos causados à autonomia das mulheres pelas desigualdades endêmicas ao matrimônio que vigorava em sua época" (Nussbaum, 1995, p. 45).

Tal abordagem adquire relevância especial em relação ao raciocínio judicial ao significar que a literatura contribui para desenvolver uma espécie de capacidades que favorecem uma resposta emocional e racionalmente mais adequada ao caso¹⁴.

É aqui que Nussbaum (1995, p. 138-159) insiste na figura do “juiz literário”.

O “juiz literário” é aquele que, além de sua formação científica, sabe adequar as regras à complexidade de contextos reais e enfrentar valores específicos para entender a vida com imaginação de romancista. Assim, entende melhor os fatos, como incidentes inseridos em valorações e em relação não só ao cerne do litígio, mas também ao seu “significado humano – quão intimidantes..., como afetaram... – [...]” (Nussbaum, 1995, p. 148), os casos julgados, ao Direito¹⁵. Em *Poetic Justice*, isso é ilustrado recorrendo à decisão de *Bowers vs. Hardwick* e a pareceres dos juízes White e Burger.

No entanto, Nussbaum insiste repetidamente em que “o julgamento literário não é suficiente para julgar bem e seria prejudicial se não fosse restringido por outras virtudes puramente institucionais e judiciais...” –, e aqui lhe parece que Whitman está equivocado quando nega os limites institucionais do papel judicial. Assim, não se trata de substituir o raciocínio jurídico da aplicação de regras por um raciocínio particularista¹⁶, nem de que a emoção e a empatia sejam tudo o que o juiz precisa para

¹⁴ Assim, muitos insistem em que a literatura abre o jurista para o “conhecimento das interioridades da psique humana e da influência do meio nas atividades dos indivíduos” (Zolezzi Ibárcena, 2013, p. 379; 386 et seq.).

¹⁵ Interessantíssima questão tantas vezes excluída da análise do Direito e que Nussbaum desenvolve de forma atraente, analisando, precisamente, a argumentação do juiz Posner em “Poets as judges”, que ela evoca em *Poetic Justice*. Tratava-se da acusação de assédio sexual de uma mulher, a única de um grupo de trabalhadores masculinos. O desenvolvimento detalhado dos fatos, o uso de figuras literárias e retóricas, o aprofundamento dos sentimentos de injustiça, desigualdade, desamparo etc. da demandante que procura Posner, lança uma luz diferente sobre a acusação, possibilitando, materialmente, o que a assimetria na relação de trabalho significa além dos termos e de sua semântica neutralizada. Compreende-se, emocionalmente, a dureza da ofensa coletiva, insistente e continuada ao longo do tempo. Pode-se, assim, visualizar e sentir a falta de proteção que uma grande empresa não consegue enfrentar, uma injustiça absoluta praticada contra uma única mulher.

¹⁶ “Seria extremamente perigosos sugerir que o raciocínio moral regido por regras seja substituído pela imaginação empática... Defendo a imaginação literária porque me parece um ingrediente essencial de uma postura ética que nos convoca a interessar-nos pelo bem-estar de pessoas cujas vidas estão distantes da nossa. Mas essa postura ética deixa ampla margem para as regras e para os procedimentos formais” (Nussbaum, 1995, p. 18).

resolver seus casos¹⁷. Pelo contrário, os limites institucionais, as capacidades técnico-legais e o conhecimento da história, do Direito e de seus precedentes são fundamentais. Embora Nussbaum entenda que, para ser totalmente racionais, os juízes devem ser capazes de *fantasiar* e de praticar a imaginação literária, favorecendo a empatia e a concepção humanista do raciocínio jurídico que permite superar o raciocínio técnico-científico e a sua obtusa imparcialidade (Nussbaum, 1995, p. 121).

O afã moralizante e edificante que explora a literatura para buscar a justiça e as virtudes do Direito, e que Nussbaum desenvolve tão magistralmente, é já perseguido como um objetivo generalizado por todas as concepções da literatura *no* Direito (Hayman, Levit Delgado, 2002, p. 463).

Citarei, aqui, entre outros, Robin West, para quem a literatura deve servir para a reconstituição política e ética das comunidades, ao oferecer-nos uma "crítica jurídica humanística" que nos torna melhores, mais morais e "civilizados", graças à emoção, simpatia e empatia que anulam o dilema ético do ódio, o desrespeito pelo outro, a violência e o terrorismo. A literatura nos permite adquirir uma perspectiva crítica que é externa à narrativa do Direito e que transcende as diretrizes que o tornam autoimune à autocrítica, ao permitir que os personagens oprimidos falem, ao dar voz àqueles que estão fora da economia predominante e do poder estabelecido. É por isso que a narrativa literária oferece os recursos necessários para reinterpretar o Direito como um contexto interativo de relações que cobrem todas as nossas esferas de interesse, definição e emoção escondidas pelo modelo moderno de racionalidade (West, 1988a, p. 867 et seq., 1988b, p. 146, 129 et seq.).

Não podemos simplesmente pensar que as leis são "textos" que explicam nossas tradições e ideais culturais; elas são instrumentos interativos de violência, violação, compaixão ou respeito e têm "um grande impacto sobre a subjetividade das pessoas, das crianças, dos escravos, das mulheres e do resto dos seres vivos ... A menos que aprendamos a sentir, a sentir empatia pelos outros e a assumir esses efeitos, não teremos uma

¹⁷ "Insisto em que a argumentação legal técnica, o conhecimento do Direito e os limites dos precedentes tem papel central no bom julgamento e marcam os limites dentro dos quais a imaginação deve operar" (Nussbaum, 1995, p. 148).

interpretação decente dos textos legais" (West, 1988b, p. 155). A literatura serve para isso, graças ao contraste metafórico entre o "homem econômico" e a "mulher literária" (West, 1988a, p. 867 et seq.), com todas as referências pós-kantianas, de gênero, de cuidado e de contextualização que a proposta pós-moderna da narrativa jurídica de West contém¹⁸.

Já o emblemático Rorty defende substituir a filosofia e a ciência do direito pela literatura, convencido que está de seu enorme potencial de transformação e de impulso na evolução dos sistemas de organização social (Rorty, 2002, p. 95 et seq., Talavera, 2015, p. 208-209), pois a literatura aumenta a "capacidade da imaginação moral", sensibilizando-nos para a compreensão do outro. Embora também seja verdade que a esse "ironista" por excelência falte a fé que permite conectá-la com a virtude, a empatia e as possibilidades de aprendizagem e aborde os impasses que a crueldade e o dano promovem na compreensão do outro, trata-se, na realidade, apenas de seguir outro caminho para alcançar um ponto bastante próximo da empatia moralizante proposta por Nussbaum.

Chegando ao ponto em que fica claro que a literatura seria capaz de suportar visões edificantes e moralizantes que favorecem a virtude da atuação jurídica no âmbito legislativo ou judicial, podemos legitimamente questionar por que a leitura de romances desenvolve habilidades que permitem realizar melhor as exigências morais normativas?

Costuma-se dizer que é porque a virtude se aprende, e é precisamente a literatura que a ensina. Isso porque ela "separa-nos de uma visão do Direito formal, da elaboração mecanizada de normas, e nos conduz no sentido oposto, em direção a todas as possibilidades, probabilidades e ambiguidades que a vida tem" (Hayman, Levit, Delgado, 2002, p. 463). Assim, nos dota de uma "instância ética que nos convida a nos relacionarmos com o bem de outras pessoas que têm uma vida diferente da nossa" (Nussbaum, 1995, p. xvi), promove a empatia que nos coloca na posição do outro e nos faz entendê-lo e nos preocuparmos com ele, de modo a abrirmos perspectivas que desconstruam os estereótipos que alimentam os ódios coletivos (Silva, 2006, p. 161; Duarte, Maders,

¹⁸ Em sentido semelhante, François Ost (2006) insiste nos importantes resultados que se podem obter da construtiva dialética que impulsiona a "ficção" e da "irracionalidade", do "tudo vale" da literatura frente ao "ter que" do Direito.

2016, p. 165) e os preconceitos e fobias, interesses, erros e ignorâncias¹⁹ que predeterminam as decisões na narrativa jurídica (García Amado, 2003, p. 361 et seq.).

Claro que estou convencida, assim como qualquer um, de que, quanto mais justo for o Direito, quanto mais ele se preocupar com todos e a eles responder satisfatoriamente, melhor será.

Mas, simpatizar, imaginar, contextualizar... é condição suficiente e/ou necessária para conhecer o Direito e fazer justiça? Quais são os limites da empatia que nos permitem ser imaginativos e amigáveis sem cair no relativismo do que alguns consideram moral e virtuoso face àqueles que sustentam exatamente o contrário?

Ao fim e ao cabo, o Direito é sempre bilateral; se entendemos um, o outro perde; e se é o outro que obtém nossa simpatia imaginativa, tornando-nos empático com suas necessidades, interesses e virtude, então perde o primeiro.

Pois bem, embora me pareça altamente recomendada a abertura emocional e crítica que a literatura permite, acredito que, em sentido estrito, não é condição necessária tampouco suficiente para a justiça do Direito e da decisão. Considero, inclusive que, às vezes, quando sua importância se radicaliza, em detrimento das condições técnicas do Direito, ela pode representar um sério problema para a igualdade, imparcialidade, dedutibilidade e segurança jurídica, direitos etc., quando, sob a desculpa da radical execução literária, constrói-se um modelo tão denso de virtude para o Direito e para o juiz que esquecemos a justiça da legalidade, as formas e os procedimentos predefinidos. Assim, basta acreditar que o que diferencia um caso fácil de um difícil não é determinado pela leitura das regras jurídicas, mas pela habilidade e particular sabedoria moral do juiz para converter certas peculiaridades fáticas, valorativas e ideológicas em elementos de julgamento e racionalidade jurídica capazes de derrotar a fácil aplicação da norma em favor da "inesperada" virtude de um caso já reconstruído como difícil (Amaya, 2013).

¹⁹ Porque as ficções literárias “proporcionam detalhes sobre tipos de sofrimento de pessoas que não havíamos notado.... E também oferece detalhes sobre as formas de crueldade de que somos capazes e... nos permite redescobrirmos a nós mesmos” (Rorty, 1991, p. 18).

Em breve retomarei esse problema. Limito-me, agora, a apontar a necessidade de relativizar a importância valorativa da justiça literária em relação aos valores da segurança jurídica e da liberdade que favorecem o Direito, pelo menos, no contexto dos estados democráticos desenvolvidos, por mais que se mostre fundamental o trabalho material desconstrutivo de preconceitos, interesses partidários e ideologias conservadoras que o Direito positivo costuma transferir. O trabalho ponderativo, então, mas justificado e tecnicamente ajustado é fundamental aqui.

3.2 O direito como literatura

Essa categoria é especialmente interessante porque entende que o Direito – o objeto a ser conhecido – é a literatura. Dessa forma, não apenas o objeto se transforma – o Direito é agora literatura, não um corpo objetivo, científico e rigoroso –, como também se alteram os paradigmas racionais de conhecimento e sua correspondente metodologia. De tal modo que o texto literário do Direito pode estar sujeito às regras de produção, leitura, compreensão, crítica e interpretação da literatura. O objeto neutro, asséptico e formalizado torna-se poesia, e o método científico é reformulado como imaginação. O jurista, investigador, teórico e cientista, despe-se do jaleco branco para vestir o suéter de lã e os sapatos do narrador que, diante da chaminé, dá vida e voz a suas personagens, levando-as ao melhor final da história.

Uma abordagem literária que atualmente é muito favorecida por uma realidade jurídica e política que está desmantelando, na prática, a confiança do positivismo do século XIX na ciência jurídica, na codificação e no legislador onisciente. Porque hoje o legislador desaparece materialmente atrás do governo, do eleitoralismo, dos poderes fáticos, dos interesses e da corrupção etc. De sua parte, o juiz parece tornar-se o novo e único herói capaz de fazer justiça frente aos atentados e insensibilidades; enquanto o cidadão se inscreve em grupos de interesse e de indignação que alardeiam o "nada vale"...

Nesse contexto de adequadas insatisfações, a compreensão do Direito *como literatura* serve, a alguns, para aplicar os instrumentos da crítica literária aos textos jurídicos como critérios interpretativos, com particular relevância para a retórica e as novas perspectivas hermenêutico-literárias

(Pêpe, 2016, p. 8-10). Para outros, serve para exaltar o poder persuasivo e justificar a transformação do Direito em uma narrativa ativa e dinâmica, a serviço das vozes marginalizadas, e do processo judicial em equilibrada contraposição de narrativas entre personagens.

Examinemos isso mais sistemática e detidamente.

3.2.1 Primeiro campo de desenvolvimento do direito como literatura, o campo interpretativo (*legal texts as literary texts*)

O que agora se propõe é empregar os recursos e as categorias da interpretação e da crítica literária para desenvolver uma metodologia jurídica de interpretação, como um conjunto de técnicas e procedimentos jurídicos destinados a canalizar o processo de identificação, determinação e qualificação jurídica dos fatos e a decisão do caso.

Para tanto, concorrem dois pressupostos importantes que devem ser considerados. Um, que o texto jurídico não incorpora a definição de seu verdadeiro significado em relação ao caso específico, de modo que permanece nas mãos do juiz a interpretação do significado e a solução para cada caso. O outro é que –seguindo a hermenêutica gadameriana²⁰ e a racionalidade prática alexyana – existe "unidade interpretativa" entre os diferentes tipos de texto. Ou seja, a hermenêutica jurídica não é diferente da de qualquer outro contexto e, portanto, os critérios interpretativos literários podem a eles ser aplicados com sucesso²¹.

A partir disso, as soluções pós-modernas de interpretação são encorajadas a focalizar a justiça do caso, e não o universalismo e a imparcialidade, e desafiam o silogismo da aplicação e sua ideia de que há fatos objetivos que se podem "subsumir", introduzir, na lei para gerar, produzir, automaticamente, um resultado.

Dessa forma, são fortalecidos os "juspositivismos brandos" que pretendem, cada um com seu arsenal argumentativo, um pós-positivismo

²⁰ Atenho-me, aqui, a *Verdade e método* e a *Estética e hermenêutica*.

²¹ Nas palavras Aarnio, a interpretação jurídica e a literária são "essencialmente «dependentes do leitor»... A teoria de Ingarden... é bastante típica ao afirmar que a interpretação de um romance necessita não sair «fora do leitor»" (Aarnio, 1987, p. 113). Para ele, o Direito pode ajudar a depurar os critérios interpretativos literários em conformidade com os critérios de autoridade e de plateia universal (Aarnio, 1987, p. 115 et seq.); e, por sua vez, a teoria literária pode colaborar com o Direito, especialmente, na "análise do processo de interação" (autor, intérprete, plateia).

que incorpore a emoção, a sensibilidade, a empatia, a justiça na decisão judicial, mas sem ignorar – ao menos é essa sua pretensão –, na mesma linha que Nussbaum, por exemplo, as condições e os limites da lei²². Tais formulações são, é claro, intensamente contestadas pelo normativismo duro, formal, exclusivo, neutro e imparcial.

Mas vamos nos concentrar um pouco nessa proposta pós-moderna e pós-positivista, ou de juspositivismo brando, já que ela pode se beneficiar da contribuição literária.

A esse respeito, partirei das três alternativas interpretativas literárias fundamentais da era moderna e que, grosso modo, coincidem com as três variantes interpretativas do Direito²³. Uma, restritiva, é a que se concentra na interpretação subjetiva ou intencional do autor (Romantismo literário). Outra é a que assume a interpretação objetiva da verdade significativa do texto e, por sua vez, adota diferentes formas e graus, desde a literalidade interpretativa e declarativa até o *new criticism*, que busca a verdadeira interpretação da narrativa e da qual Dworkin é um bom exemplo de aplicação ao Direito. E, finalmente, a terceira alternativa, extensiva, que se concentra na interpretação e recriação pelo intérprete-leitor (*reader response school*). É a revolução da "estética da recepção", que, a partir da primeira década deste século, reivindica o antifundacionalismo da crítica literária, cujo representante é Fish.

²² No mesmo sentido, e na linha de Nussbaum, Duarte e Maders reivindicam uma interação conjugada entre Direito e Literatura, segundo a qual, para o juiz, "o limite criativo é o conhecimento da lei, dos precedentes jurisprudenciais e da complexidade dos problemas submetidos a julgamento" (Duarte; Maders, 2016, p. 174)

²³ Inicialmente, interpretar a obra consistia em "descobrir" a intenção do autor; a seguir, a obra tornou-se independente dele, adquirindo sentido como totalidade, é o tempo do estruturalismo; e, finalmente, ocorreu a "revolta ao leitor", com a qual a obra se abre em diversos sentidos que dependem do olhar de quem a lê (Eagleton, 1983; 1985). A compreensão paralela do Direito como texto tem como tema fundamental as seguintes questões: "se os textos têm um sentido objetivo determinado e identificável; se o sentido de um texto poderia coincidir com a intenção do autor; e se os leitores, no processo de interpretação, são livres para atribuir sentido ao texto" (Hayman; Levit; Delgado, 2002, p. 463). Ainda a esse respeito, complementarmente, remeto a Aguiar e Silva (2001, p. 80-81). Cárcova assinala o mesmo, referindo-se, com ênfase, às três etapas da interpretação literária: autor, estrutura e leitor-intérprete: "não é possível encontrar, nessas etapas da evolução da crítica literária, uma clara correspondência com o predomínio da exegese, do método sistemático e da interpretação criativa dos juízes...?" (2000, p. 3).

Pois bem, as questões relevantes aqui são: qual é o método ou a teoria literária vitoriosa?²⁴; as concepções críticas da interpretação literária podem ser projetadas como critérios de interpretação legal?; e, em caso afirmativo, como deve ser feito?

Podemos partir da ideia de que o método a ser aplicado ao Direito é o que prevalece no âmbito da literatura; e, nesse sentido, é comum ouvir que a interpretação da vontade do autor perde em comparação com a interpretação centrada na emoção e intenção do leitor. Barthes já anunciou a "morte do autor", em 1968, que completou a nietzschiana "morte de Deus". O texto é recriado e reinterpretado mil vezes através da interpretação. Embora, então, o que se critique, de diferentes frentes²⁵, é um psicologismo infrutífero que, se projetado no Direito, mostra-se problemático ao atentar contra os limites objetivos do texto.

Em virtude disso, o *new criticism*, face ao originalismo e psicologismo interpretacionistas, aposta na interpretação do leitor, mas transcendendo-o com a hermenêutica do momento, os preconceitos e mundos da vida (Gadamer, segundo Wittgenstein, ...). Isso permite uma fusão significativa de horizontes em um intérprete real que injeta interpretação verdadeira ao texto²⁶.

Assim, ao integrar hermeneuticamente o autor em um contexto referencial de verdadeiro significado para o crítico, o *New Criticism* incorpora a tese de que os documentos literários que perduram costumam ser produzidos por grandes autores. O que nos remete à "tese da total coerência" (Olsen, 1978, p. 137-155): nenhum detalhe da obra é um

²⁴ Remeto, aqui, à excepcional revisão do criticismo literário do Direito elaborada por Guyora Binder e Robert Weisberg (2000, p. 112 et seq.).

²⁵ Paradigmaticamente, Ian Ward (1995), em "Text, author and literature in legal studies", emprega a categoria foucaultiana de "função-autor" – o próprio autor é o resultado de um complexo processo de vinculações institucionais, sociais, culturais que constituem determinado "ser de razão" – e defende a ideia de reintroduzir a figura do autor na interpretação dos textos. Ilustrativa, a esse respeito, a conferência de Foucault sobre a natureza autor, bem como as questões que lhe são formuladas e as respostas correspondentes. Ver em: <https://azofra.files.wordpress.com/2012/11/que-es-un-autor-michel-foucault.pdf>

²⁶ Em outras palavras, trata-se de defender "o *New Criticism* contra o intencionalismo, sem lançar mão do argumento de que o contexto histórico seja irrelevante para a interpretação e sustentando que o intencionalismo «excluiu o devido diálogo entre o passado e o presente e postulou um conceito de história divorciado dos interesses e temas presentes»... a tendência de Gadamer de antropomorfizar o texto é uma alternativa útil frente à tradicional proliferação das entidades mentais exigidas pela fenomenologia" (Binder; Weisberg, 2000, p. 133).

acidente, tudo contribui para o seu significado e impacto emocional, bem como para a grandeza da literatura e o quanto ela nos ensina.

No entanto, também a adequação e pertinência do *New Criticism* literário suporta ataques importantes; em particular, devido à sua possível inadequada metodologia, já que seu pressuposto subjetivo objetivado seria duvidoso²⁷, e por sua possível natureza reacionária (Binder, Weisberg, 2000, p. 145).

Agora, vou tentar traduzir isso no campo jurídico.

Como assinalei, as três vias de interpretação literária indicadas – subjetiva do autor, objetivo do leitor, subjetiva do intérprete – têm reflexos nas três categorias básicas da interpretação jurídica: a subjetiva e voluntarista, que impulsiona o originalismo, a objetivista e a interpretativista. Caracterizam-se as três por importante desenvolvimento no campo do Direito e uma forte abordagem crítica, que aumenta o interesse sobre o que a teoria literária pode contribuir ou contribui para a interpretação jurídica.

Aqui, interessa-me, especialmente, o *New Criticism* em virtude da influência jurídica que conseguiu demonstrar para o pós-positivismo e da qual é paradigmática a tese jurídica do romance em cadeia proposta por Ronald Dworkin, que, por sua vez, seja para o bem ou para o mal, tem produzido emocionante impacto no âmbito da interpretação e da conceituação do Direito.

O ponto de partida de Dworkin foi sua crítica ao juspositivismo formalista, que reduzia injustificadamente o Direito ao texto das normas descritivas.

Como se sabe, a "hipótese estética" de Dworkin busca na literatura um recurso iluminador para interpretação jurídica²⁸. A imagem é o "romance em cadeia", composto por capítulos narrados por diferentes escritores, cada um dos quais escreve um novo capítulo – de início, é sorteado qual capítulo cada romancista deve escrever –, que é uma

²⁷ “O *New Criticism* e o desconstrucionismo são um contínuo, e ambos se opõem ao que considero a atitude correta frente à interpretação das leis e dos textos constitucionais” (Posner, 1988, p. 240).

²⁸ Isso porque “podemos melhorar nossa compreensão do Direito se compararmos a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, em particular com a literatura” (Dworkin, 1983, p. 143).

continuação do anterior, o qual já se separou de seu autor. O objetivo é encontrar a melhor interpretação para a cadeia de capítulos que compõem o romance. Essa proposta envolveria casos problemáticos imaginários ou reais, como o aborto em *Roe vs. Wade*, e se encaixa bem com as propostas literárias dos *New Criticism* e do "leitor implicado" (Iser, 1974, p. 282).

A partir daqui, aplica-se, a abordagem da decisão judicial é aplicada de forma análoga, e o jurista é integrado como autor do romance em cadeia que seria o Direito. Assim, o juiz de um caso difícil – a regra positiva não tem uma aplicação autoevidente para o caso – deve atuar como um narrador que é responsável por escrever o capítulo final de uma série de capítulos anteriores, escritos por outros juristas e juízes. De modo que, embora todos contribuam para a totalidade da obra, a liberdade criativa de cada juiz como intérprete é delimitada pelo entrelaçamento lógico-argumentativo que o precede e, em certo sentido, pelo que o sucederá²⁹. Assim, a reconstrução interpretativa do espírito do relato jurídico é integrada hermeneuticamente, injetando no texto o melhor sentido e significado possível, mas respeitando sua integridade substancial como relato.

De acordo com essa abordagem, Dworkin não é intencionalista nem no jurídico nem no literário (Posner, 1988, p. 178), pois a interpretação é separada do autor e busca a única resposta correta – o capítulo final integrado em um romance de capítulos sucessivos escritos por diferentes autores. Por isso, a proposta é trabalhar interpretações mais estruturais ou holísticas, que iluminam a verdade do texto, sua verdadeira interpretação, a única interpretação correta.

Como destacado, o impacto da proposta da Dworkin sobre a "única resposta correta" foi extraordinário no campo jurídico; e, por isso, também foi grande o impacto da proposta do "romance em cadeia" também como esforço de transposição do literário ao âmbito jurídico. Mas, certamente, isso não a livrou de muitos problemas. Aponto agora apenas aqueles que a afetam no lado literário, porque, para o lado jurídico, nos faltaria aqui muito espaço.

²⁹ Abordagem essa que, por sua vez, supera a ideia básica do *New Criticism*, já indicada, de que os autores da Constituição, dos direitos e das leis mais representativas "são, em sua maioria, profissionais altamente competentes" (Posner, 1988, p 247) capazes de definir a correta interpretação do texto legal.

Para Dworkin, assim como o crítico-intérprete literário deve descobrir as chaves que melhor revelam o texto como uma verdadeira obra de arte, o jurista deve obter uma obra jurídica de mestra: a única solução correta! O problema é que, como ele próprio reconhece, não há fórmulas algorítmicas de desenvolvimento correto de cada capítulo e do final. No romance, a melhor interpretação dos precedentes pode ser guiada pela estética. O problema é que a interpretação jurídica, em termos de integridade, não aspira à estética, mas, sim, a interpretar adequadamente as condições morais e políticas que são oferecidas pelos princípios e regras constitucionais e, ao menos nas sociedades desenvolvidas, pela proteção dos direitos individuais.

Dworkin responderá que, tal como ocorre com a hermenêutica literária, que, sem ser tarefa unívoca e admitindo interpretações diferentes, tem limites, porque o trabalho original não pode ser adulterado – podemos questionar se Hamlet é um esquizofrênico ou edípico, mas não podemos interpretá-lo como uma personagem leve ou banal –, o juiz ou jurista que interpreta também tem a limitação de não adulterar o material que analisa: declarações de testemunhas, confissões das partes, alegações de advogados, regras aplicáveis, laudos de peritos etc., mas, além disso, deve valorar materialmente a resposta correta em termos de princípios. O que pode obrigar o juiz a afastar-se ou a contrariar a regra positiva do Direito.

Os problemas são fortalecidos: porque pode ou não ter sentido afastar-se da vontade do autor na obra literária, mas os legisladores, numa democracia, ao contrário dos escritores literários, representam os destinatários do texto da lei.; porque não há motivos para acreditar que existe um sentido transcendental nos conteúdos da cadeia normativa jurídica que avalize uma interpretação verdadeira³⁰; e porque, além disso, a tese da única resposta jurídica correta incorpora a arriscada afirmação de que a interpretação gera uma resposta correta e racional em casos jurídicos difíceis, o que recomenda tornar difícil cada caso, negligenciando sempre a regra positiva em favor da solução racional e verdadeira.

³⁰ O que tampouco ocorreria com o romance; de fato, para muitos críticos literários, o *New Criticism* da verdadeira interpretação textual já está fora de cogitação. De igual modo, para um extenso setor da doutrina acadêmica e jurisprudencial, a "única verdade" da tese da resposta correta seria a de que ela é "falsa".

3.2.2 Segundo campo, campo da retórica (*law and literature as language*)

A retórica é um dos instrumentos básicos de conhecimento e convicção da abordagem pós-moderna em geral e, em particular, o eixo reivindicativo central da compreensão do Direito *como* literatura.

É verdade que, frequentemente, a retórica é acusada de persuasão ignóbil e orientada para a convicção na falsidade, uma maneira de manipular o juiz. Já os sofistas e Sócrates, Platão e Aristóteles a ela se opuseram por entender que, muitas vezes, era empregada em grandes auditórios para manipular e persuadir as emoções, omitindo fatos e razões. É por isso que Perelman diferencia o público universal do particular.

A exaltação do método retórico e hermenêutico para o conhecimento e construção do Direito é impulsionado, no âmbito europeu, pelas obras paradigmáticas de Perelman – e sua retórica pragmática – e de Gadamer – e sua hermenêutica cultural.

Em termos básicos, a retórica jurídica propaga observar, valorar e superar os argumentos técnico-legais e lógicos para investigar e descobrir os valores sociais realmente operacionais e persuasivos a fim de expô-los e convencer de sua maior justiça.

O precursor inicial da retórica literária para a identificação e concretização do Direito é Boyd White. Para ele, o Direito não deve ser entendido como um sistema de regras, mas como uma disciplina retórica que oferece as técnicas para afirmar e transformar nossas práticas sociais (Pereda, 1998, p. 103-5, 112-113, 117, 123-124), gerando um uso persuasivo da linguagem que incentiva a integração social daqueles que participam da produção cultural e dos valores da comunidade.

A retórica jurídica do Direito *como* literatura entende que a análise do Direito não permite a formalização ou objetivação – assim, fala-se, por exemplo, da função retórica da Constituição, que nos persuade da bondade e da moralidade de determinado modelo comunitário de vida e justiça. Somente a capacidade de persuasão oferece um critério de correção das questões práticas tratadas pelos que se ocupam do Direito. Portanto, devemos contemplar "o argumento jurídico como um exemplo de retórica" (Frug, 1988, p. 871). Afinal, a função persuasiva da linguagem, elemento comum ao direito e à literatura, procura orientar o discurso, além da persuasão, para a convicção sobre o que se pretende transmitir. A função

retórica está bem presente, por exemplo, no contexto da argumentação comunitária (Talavera, 2006, p. 44) e nos conceitos de "comunidade narrativa", "narrativa fundadora" (Castoriadis, 1975, p. 457), "comunidade cultural", "tradição de pensamento" (Ward, 1999, p. 166 et seq.) etc.

3.2.3 Terceiro campo de desenvolvimento do conhecimento do direito: a narrativa

Apela-se, agora, à natureza essencial do Direito como um narrador de histórias. As histórias melhor narradas e mais convincentes tornam-se argumentos e soluções jurídicas (*Legal storytelling movement*). O que serve para definir, pelo menos, quatro linhas narrativas.

Uma delas destaca a importância da narrativa nas argumentações e fundamentações judiciais, tendo em vista que o caso jurídico é um conjunto de histórias narradas por um tribunal. Assim, o direito processual deve concentrar-se em como contar as histórias e as diferentes disciplinas do direito em contar histórias de que gostemos; sobre pessoas que contratam, enganam ou machucam etc. Trata-se, aqui, de dar destaque à visão do processo como competição entre as narrativas sustentadas pelas partes³¹. O processo começa com a história do autor, que busca detalhar em pormenores um evento do qual mais pessoas podem ter participado e cujos efeitos afetam a realidade e são tratados pelo Direito. Em seguida, continua com o relato da outra parte, que apresenta outra história em relação aos mesmos fatos e condições, mas à procura de conclusões alternativas. E existe, ainda, uma terceira versão da história, que é a do juiz ou tribunal, podendo haver mais versões se houver votos dissidentes ou respostas diferentes dos tribunais através de recursos (Talavera, 2006, p. 50-51).

Da mesma forma, na segunda linha, a literatura torna-se um aspecto central para a concretização e determinação da prova – fatos, tempos, sentimentos... – como é evidente em *Coherence in legal justification* e em *Rhetoric and The Rule of Law*, de McCormick (1984; 2005).

Na terceira linha, a literatura narrativa oferece o elemento decisivo que substitui o processo silogístico. A decisão judicial deixa de ser o resultado de uma lógica dedutiva e formal entre premissas verdadeiras e

³¹ Destacam-se, por exemplo, "The Law as legal rhetoric", de Brooks (1996); "Seduced by narrative: persuasion in the courtroom", de Kadoch (2000); "Courtroom narrative and finding of facts", de Stratton (2004); o "Narrative theory and the Law", de Conti (2000).

configura-se como o que realmente é: um processo real de ajuste da história mais plausível dos eventos narrados à história descrita pela norma aplicável³².

Por fim, para a quarta linha, é muito importante a capacidade da narrativa de dar voz a pessoas e grupos vulneráveis alheios à produção jurídica. Isso porque contar histórias – *storytelling* – serve para reimaginar o Direito narrando histórias e experiências pessoais, parábolas, visões imaginativas, histórias que inspiram a empatia e o reconhecimento de interesses compartilhados para integrá-las em livros e artigos sobre o Direito. Importa especialmente, aqui, a perspectiva crítica que lhe permite ver que muitas das histórias do direito silenciam determinados atores de grupos desfavorecidos ou coloca-os em posição de desvantagem, maldosamente predeterminadas e pouco convincente e insatisfatória para o leitor. Essas histórias – tão empregadas pela *outsider jurisprudence*, pela *critical race theory*, pela *gay legal narrative*,... – têm o efeito contra-hegemônico de subverter as histórias oficiais que se encontram na base das doutrinas tradicionais, caracteristicamente opressivas e privativas³³.

4 CONCLUSÕES

Estou convencida de que a concepção literária pode ajudar na análise, divulgação e aprimoramento do Direito graças às suas funções pedagógica, edificante e gnosiológica, mas também acredito que não devemos perder de vista suas falhas, em parte derivadas do fato de que a literatura abarca textos não-padronizados e descontextualizados dos campos científicos (social, formal ou técnico) do conhecimento. Sintetizo agora essas problemáticas deficiências e as virtudes com as quais a concepção jurídico-literária pode enfrentá-las, como ferramenta de equilíbrio.

Em primeiro lugar, o que diz respeito à justificação do modelo de justiça.

³² Cfr. o simpósio sobre “Legal storytelling” da *Michigan Law Review*; também o simpósio “Law and literature: examining the limited legal canon”, da *Rutgers Law School*; e *Law Stories*, de Below e Minow (1998).

³³ “Através das histórias, os atores legais se veem individualmente e num contexto humano... evidencia-se a «voz humana» frente às estéreis palavras das doutrinas e das regras” (Hayman; Levit; Delgado, 2002, p. 464).

O eixo central da proposta do Direito *na* literatura é a busca de valores de justiça. Nussbaum articula-o paradigmaticamente em sua *Poetic Justice* percorrendo textos e autores para extrair valiosas representações de formas de empatia e solidariedade que lhe servem para elaborar um conceito de justiça mais complexo, autêntico e necessário do que aquele que pode ser formulado a partir do isolamento da razão individual universal moderna, porque a liberdade criativa e crítica da literatura é uma garantia de problematização, subversão, busca, denúncia etc. Eu não tenho dúvidas de que se ele desaparecesse, a justiça seria outra.

Porém, também vejo dificuldades na justiça literária do Direito, pois o problema da justiça não é não ter textos, conteúdos e contextos, mas, precisamente, que tenha muitos e contraditórios textos, que seu conteúdo seja complexo e controverso e que seja necessário um instrumento que sirva para selecioná-los e priorizá-los de maneira justificada. (Seaton, 1999, p. 489-490). De fato, a partir das mais diversas áreas de conhecimento, também o jusfilósofo tem empregado tempo e energia nessa pesquisa. Afinal, tão comum quanto o fato de que cada um tem sua concepção de justiça, é que cada uma dessas concepções choque-se com as outras.

Nesse sentido, eu realmente acredito que tanto Nussbaum como muitos outros acertam em seu desejo de definir a justiça do Direito busca na literatura o outro, a diversidade, a contingência, a racionalidade múltipla e a desconstrução como forma de libertação das hierarquias e de binômios ortodoxos de prevalência e domínio.

Assim como também acredito que eles acertam porque já partem da ideia de que a libertação e o reconhecimento do outro diferentes é justo, o que lhes dá a vantagem de possuírem um critério que justifica a seleção dos textos apropriados. De tal forma que a literatura selecionada é uma demonstração ou exemplificação daquilo que define o justo frente e contra a literatura que não concorda com tal abordagem, mas não uma justificativa do que o torna justo.

Veja-se aqui que, se não houver outra justificativa para essa seleção de textos edificantes de justiça e dos valores do Direito do que o "pré-conceito" de justo – apontado por Nussbaum e outros, e que certamente compartilho –, então, os textos literários nem constroem nem ajudam na sua busca, eles apenas servem de exemplo ou colocam em prática o que já

antes nos parecia justo em relação aos casos que, literariamente, narram soluções que pensávamos serem corretas antes da leitura literária. Na verdade, não é uma nova objeção, já feita por Posner, para quem, se é verdade que a literatura trata da bondade moral, não há necessidade de selecionar os autores e os textos de aspiração liberal que nós gostamos. Poderíamos escolher outros autores, outros modelos literários, outras crenças... Algo em que Díez insiste: "não há, no livro de Nussbaum, um único argumento que nos convença ser preferível ler Dickens ou Wright do que Céline ou Pound, para destacar dois escritores *perversos*" (Díez Gargari, 2008, p. 153).

A segunda dificuldade refere-se ao antiformalismo da concepção literária e aos problemas relativos à dinâmica jurídica que dela resultam.

Por um lado, em particular, no que diz respeito aos sistemas jurídicos da *Civil Law* e suas diferenças com os de *Common Law*, porque uma análise literária do Direito parece, em princípio, mais compreensível e frutífera em um contexto acusatório fortalecido pelo júri e pela emotividade, como o estadunidense, no qual adquiriu relevância; e mais problemático nos modelos jurídicos da *Civil Law* e culturalmente diferenciados, nos quais poderia estimular, dirão alguns, a discricionariedade irrestrita e justiceira dos juízes.

Agora, diante dessa compreensível objeção, também devemos reconhecer que independente do esforço, no âmbito da *civil law*, empregado na formalização, na conceituação e na lei, o Direito tem em ambos os contextos a mesma natureza narrativa e de identificação, concretização e compreensão dos fatos. Portanto, a literatura mantém a mesma relevância na qualificação jurídica dos fatos, ao fornecer elementos empáticos, de sensibilização e de crítica³⁴, bem como na desconstrução de sua valoração.

De outro lado, a proposta literária colide com a acusação de "suavidade" conceitual, pois não haveria teorização referencial sobre a relação entre o Direito – normativo – e Literatura – emotiva –, nem sobre seus instrumentos conjuntos (Carreras, 1996, p. 36). Se houvesse, dirá o

³⁴ Essa ideia é destacada também por Freitas (2002, p. 20).

crítico, aí, sim, seria possível avaliar se muitas das suas semelhanças não seriam apenas conjunturais³⁵.

Nesse contexto, enfatiza-se que, embora a concepção literária, sua abertura e crítica contra o dogmatismo sejam muito atraentes, permanecem em aberto questões relevantes – critérios valorativos e interpretativos, justificação da retórica, posição e método do intérprete etc. –, que exigem justificativas que dependem de pressupostos dogmáticos e construções teóricas³⁶ de que a literatura, presumidamente, não dispõe. Objeção que reestrutura aquela que Stanley Fish lançara aos CLS, acusando-os da "anti-foundationalist theory hope"³⁷. Pois bem, quando se quer demolir os fundamentos tradicionais de todas as disciplinas demonstrando que a verdade e a justiça são apenas interpretações ou criações de uma concreta corrente ideológica, a proposta, nesse caso a da justiça literária, sofre um suicídio dialético, porque aplica o mesmo padrão crítico aos seus postulados e defende sua justiceira verdade dogmaticamente (Fish, 1987b, p. 1796).

A terceira dificuldade diz respeito às deficiências da literatura como recurso formador da virtude do Direito: o que leva os defensores da visão edificante do Direito na literatura a acreditar que a virtude, a bondade, a ética e a empatia são adquiridas através da leitura de textos literários?; o que se aprende, o que se deve aprender, como se aprende, de quem e por quê?

Aqui, a objeção é se desdobra em vários conflitos e problemas.

Isso porque, para adquirir a virtude, o leitor deve ter pré-selecionado "bem" os textos, devem ser textos de libertação, que invertam a hierarquia de dominação e a vontade de saber e poder da raça, do capital, do patriarcado, da heterossexualidade, da religião etc.

³⁵ Apelamos, aqui, às diferenças entre os "mercados" dos textos jurídicos e literários: um é pouco competitivo, remetendo ao juiz e aos envolvidos no caso; o outro de potencial público universal e atento à originalidade, à transgressão, à emoção... Além disso, o Direito é normativo e traumático, o texto legal está sujeito à legalidade e à uniformidade doutrinária e jurisprudencial, que regem critérios interpretativos autênticos e normativamente delimitados, enquanto na literatura isso não ocorre, porque ela é emoção e imaginação incondicional. Complementarmente, cf. Posner (1988, p.249 et seq.).

³⁶ Insiste-se nessa questão crítica em García Valverde (2009, p. 63 et seq.; 76) e em Botero-Bernal (2008, p. 80).

³⁷ Também Posner (1988, p. 217) destaca o quanto de historicamente contingente, subjetivo e inverificável existe nas pretensões pós-estruturalistas e na afirmação de que toda abordagem objetiva é impossível.

A isso deve-se acrescentar que não há provas de que a literatura possua uma força normativa inata ao texto que nos torna pessoas melhores e com melhor capacidade de julgamento³⁸.

Será possível responder que o que se sustenta não é que a literatura seja condição suficiente da formação, mas que se trata de uma condição apenas necessária, não suficiente. Além de ser uma pessoa culta que realiza as leituras apropriadas, o jurista possui uma boa formação técnica.

Mas isso também é problemático (Botero-Bernal, 2008, p. 55 e seq.), porque, mesmo no caso da literatura apropriada, a aprendizagem da virtude depende de vários fatores e processos mentais, poéticos, estéticos, emocionais, contextuais etc. O que é demonstrado quando a pessoa é ruim, até mesmo aberrantemente prejudicial e destrutiva, mas tem muita cultura³⁹ literária, podendo, inclusive, ser um grande autor⁴⁰. Por exemplo, Thomas Mann foi pró-nazista e muitos dos membros do alto escalão de Hitler, assim como de muitos ditadores e tiranos, eram pessoas cultas e versadas na literatura de Goethe, Shiller, Kant, ...

O mesmo ocorre, no sentido contrário, pois também não ficou provado que a pessoa que não lê literatura, a "inculto literário", não tenha bondade e conhecimento ético.

Com efeito, em ambos os casos, a realidade já se encarregou de demonstrar que as declarações são falsas. Não ser culto e leitor não conduz o ser humano à maldade ou malícia⁴¹; sê-lo não é garantia de justiça e razão. A literatura, como tal, não pode tornar os seres humanos melhores (Díez Gargari, 2008, p. 164-165), nem pode corrigir a atuação do jurista que

³⁸ Certamente, a literatura pode oferecer-nos uma visão e sistematização mais ampla do outro, de suas necessidades, problemas e pontos de vista do que o traduz a vida real. Mas, mesmo assim, "não há razão para supor que uma compreensão mais ampla da natureza humana nos transforme em pessoas melhores" (Posner, 1988, p. 315-316).

³⁹ Quanto à demonstração, em termos analíticos, da falta de justificação da cultura jurídica, ver Suárez Llanos (2004, p. 15 et seq.), sobre a chave literária, remeto, por exemplo, a Woody Allen, *Para acabar de vez com a cultura*, na reedição de *Getting Even*.

⁴⁰ Isso é também destacado por Roberto Saviano. A crença social de que as pessoas más não leem é falsa. "El Chapo Guzmán" lê; quando ele é preso, tem *Zero Zero Zero* em sua cama. *Gomorra*, primeiro livro de Saviano, sobre economia e poder, foi amplamente lido nas prisões do sul da Itália. Afinal, "O perfil dos chefes das principais organizações criminosas é muito parecido [...] com o dos CEOs de qualquer empresa internacional respeitada". Cf. em: http://internacional.elpais.com/internacional/2016/02/21/actualidad/1456077917_728864.html.

⁴¹ Ideia defendida, com certa veemência, por Botero-Bernal (2008 p. 79 et seq.).

carece das habilidades técnicas e instrumentais exigidas pelas disciplinas jurídicas (Posner, 1998, p. 318).

Tendo reconhecido isso, também admito que uso certa retórica estratégica nas declarações anteriores em que pulsa muito o argumento de "se pode haver, ao menos, um caso em que..." (malvado culto-literário / bondoso inculto literário). Isso porque, embora haja muitos casos em que nem a leitura formou bons juristas nem sua falta os deformou, em geral, a incursão na realidade da conduta, necessidade, interesse, valoração,... de pessoas e grupos invisíveis para a política e para o Direito atuais nos possibilitará ou facilitará compreendê-los e enfrentar preconceitos valorativos infundados que estão por trás de cada norma e de cada interpretação e aplicação normativa.

A quarta dificuldade refere-se às possíveis fricções da empatia e da simpatia com autonomia racional e crítica.

Assim, quando a estratégia literária para alcançar a virtude da justiça é simpatizar e se identificar com as personagens, colocar-se em seu lugar, reduzir a alteridade a um nós, a questão que se coloca é: quem é o outro? eu, eles, nós ou alguém a quem não conheço?

Já se viu que existem várias possibilidades. Abandonar o eu em favor do nós que objetiva o sentido hermenêutico. Isso, por sua vez, gera o problema de perdemos a perspectiva crítica essencial para estabelecermos um conceito valioso de justo. Também se pode contemplar o leitor concreto⁴² ou a interpretação impessoal, distante e atenta à estrutura interna da obra. Porém, ao envolver o jurista com as personagens ou torna-lo o autor, contradiz as premissas e os valores de universalidade, generalidade, neutralidade e imparcialidade, suscitando a polêmica do intérprete virtuoso, mas desrespeitoso da segurança jurídica do direito positivo.

Dito de outro modo: a empatia e a simpatia com as personagens podem levar à "superinterpretação", a distender os textos além do autor, da evidência e de seu contexto, como se o próprio texto não existisse. No entanto, ele, sobretudo em um Direito que é normativo, regula a realidade e impõe segurança jurídica contra a arbitrariedade, a prevaricação e o acaso.

⁴² Cfr. Díez Gargari (2008, p. 157) em relação a Nabokov (1997).

Consciente disso, Nussbaum rejeita a superinterpretação e os “maliciosos equívocos” interpretativos, destacando que existe uma interpretação correta – que não conduz nem ao ceticismo nem ao cientificismo (Nussbaum, 1995, p. 193 et seq.) –, sendo a que determina a “leitura crítica compartilhada”, derivada da coprodução, do diálogo e do conhecimento do sentido da vida do autor.

A questão é: como essa chave interpretativa é tecnicamente traduzida? Como se justifica e garante que o modelo interpretativo imposto não está a serviço de um dogmatismo (Botero-Bernal, 2008, p. 63 et seq.) contrário à autonomia racional, valorativa e imaginativa do leitor, intérprete e juiz⁴³.

Em todo o caso, diante de tais questões, também impõe-se enfatizar que não se trata de a teoria literária já ter resolvido todos os problemas de metodologia jurídica ou, então, não serve, mas de que ela ilumine campos e conceitos muito importantes do Direito e que os juristas, deverão, sem dúvida alguma, aprofundar, porém sempre aproveitando toda a luz externa que lhe seja proposta e lhe facilite ver, interpretar e melhorar o Direito.

A quinta dificuldade, continuação do anterior, refere-se aos limites da teoria literária da interpretação para o Direito.

Dificuldade essa que se projeta em várias dimensões, entre as quais quero enfatizar, por um lado, que o jurista não é um crítico literário especializado, o que o priva de muitos instrumentos de análise que transcendem a intuição. De outro, o especialista literário não é geralmente um jurista, sendo-lhe muito difícil interpretar o amplo e complexo universo jurídico (Olivo; Martínez, 2014, p. 147-148), e nem a teoria literária tem um método interpretativo único, nem justificou sua extrapolação para o campo jurídico.

Nesse sentido, a proposta literária do romance em cadeia de Dworkin, orientada para a tese da “única decisão jurídica correta”, tanto parece encaixar-se na proposta literária do Direito quanto se destaca por sua originalidade, proximidade intuitiva, por sua capacidade para inquietar, a nível mundial, a concepção metodológica juspositivista, quer por afirmação quer por negação, e pelo impulso que dá à teoria da argumentação.

⁴³ De fato, Hayden White, Victor Turner, Paul Ricoeur... concentram a interpretação narrativa na “legitimidade cultural” frente ao diferente, ao ilegítimo (Turner, 1982).

O problema são as fraquezas e os desequilíbrios do recurso jurídico-literário dworkiano.

Pois bem, Dworkin não explica ou justifica por que o texto jurídico deve ser interpretado afastando-se seu autor, o legislador, especialmente se este for eleito democraticamente. Também não oferece razões para acreditar que existe um sentido transcendental entre os diferentes capítulos jurídicos que nos possibilite pensar numa interpretação conclusiva verdadeira, como uma projeção das reivindicações do *New Criticism*. Afinal, as respostas mais corretas dependeriam de justificativas prévias, epistemológicas, científicas e filosóficas, seriam não definitivas, mas narrativas e de conclusão literária.

Na verdade, para muitos críticos literários, a questão não é só que a teoria literária não resolve o problema da interpretação, mas que o *New Criticism* da interpretação textual verdadeira já está fora do jogo, na mesma medida e sentido em que, para um setor muito amplo da doutrina acadêmica e jurisprudencial, a tese principialista de Dworkin é falsa.

Em sexto lugar, há a dificuldade pelas diferentes texturas e contexturas jurídica e literária.

Concretamente, recusa-se a ideia de que o procedimento de análise aplicável à literatura também seja válido e adequado no Direito, uma vez que literatura e direito consistem em textos escritos por um emissor para um receptor – na verdade, já se fala da "narratologia" aplicada ao Direito. Bem, com essa fundamentação, qualquer amanuense, conselheiro e toda criança capaz de juntar orações poderia ser considerada literato com algo a ensinar.

Esse último tópico é problemático. É preciso algo mais para se tornar um escritor de literatura. Assim como é necessário possuir algumas condições, até mesmo formais, para ser legislador ou juiz. Além de haver intenções em quem escreve e quem recebe o escrito, existem contextos normativos, objetivos, condições de validade e de autoridade para ditar normas legais, justificativa, etc., que são radicalmente diferentes em uma e outra das disciplinas em foco (Díez Gargari, 2008, p. 170-171).

Há, entretanto, algo de sofisma e de construção do inimigo literário para superar essa objeção, porque os fundamentos da teoria literária são

mais complexos e, como já se viu, eles dependem da prévia seleção de textos que evitem a cegueira do processo binário do Direito.

Em sétimo lugar: diante do importante argumento de que a literatura torna os conteúdos jurídicos mais acessíveis ao público em geral, critica-se que essa literatura dilui as condições técnicas do Direito em relatos teatralizados, emocionantes, circunstanciais e sentimentais que banalizam e falsificam o jurídico e, com isso, a segurança jurídica e as garantias de realização dos direitos, podendo gerar consequências dramáticas (Sansone, 2001, p. 109-110).

No entanto, acredito que a objeção se equivoca, porque o objetivo da análise crítico-literária do Direito não é eliminar o Direito, mas possibilitar que seja conhecido e exaltar valores e realidades que a Lei pode ignorar graças ao instrumento universal da literatura.

Finalmente, considerando o que foi apresentado, passo à conclusão.

Penso que as possibilidades literárias em relação ao Direito são muito amplas e que, para justificar o uso da literatura na desconstrução e reconstrução jurídica e para evitar os problemas apontados, é necessário definir bem os limites e os contornos da relação, o que exige continuar aprofundando sua relação recíproca, sem considerar nada definitivo, e evitar preconceitos. Tal como acontece, por exemplo, com a controversa relação entre a lógica formal e o Direito.

Estou convencida de que não há justificativas e razões para justapor ou trocar ambas as disciplinas, por mais tentadora que sejam algumas de suas indeterminações. Nesse ponto, concordo com Posner (1988, p. 363-364): uma má compreensão da interdisciplinaridade Direito e Literatura conduz ao "amadorismo" do literato, que facilmente se deixa impressionar por qualquer jurista ou teoria jurídica, assim como ao do jurista, que fica imediatamente deslumbrado por qualquer teoria ou método literário de construção e/ou interpretação, independentemente da relevância que os colegas de cada especialidade atribuam a tais juristas e escritores e suas respectivas teorias.

De igual modo, também tenho a certeza de que devemos ser cautelosos com a forma como manipulamos o conhecimento do Direito, a técnica jurídica e a construção dos valores de justiça e identidade. Isso porque, embora me pareça que a oportunidade e as possibilidades dos pós-

positivismos, os juspositivismos brandos, inclusivos, independente de como sejam nomeados – de novas abordagens radicais e inclusivas da democracia, de policentralidade normativa, de contradogmática da diversidade etc.–, são dificilmente respondidos e que a literatura tem muito a lhes oferecer, também estou ciente da necessidade de técnicas de justificação argumentativa que evitem soluções não pertinentes, por melhores que sejam suas intenções, especialmente em um campo que, como o Direito, caracteriza-se por sua absoluta coatividade Afinal, através dos sentimentos e das emoções, à medida que entendemos mais e melhor algumas coisas, também nos tornamos mais vulneráveis ao slogan, às palavras de ordem, ao sentimentalismo partidário e ao interesse próprio e próximo.

No entanto, a cautela, a exigência de limites e de justificativas não prejudica minha convicção de que, por um lado, a literatura não é e não deve ser juridicamente irrelevante, porque o valor da imaginação, da empatia e da solidariedade é extraordinário quando se trata de definir a justiça, os valores do Direito em ação (Binder, 2012, p. 587-588, Posner, 1988, p. 357) e os processos de concretização e qualificação jurídica dos fatos e de respeito da norma.

Por outro lado, essa literatura nos possibilita evitar os erros do passado, ao recordar-nos, de forma emotiva, as injustiças, os preconceitos e os maus tratos a todo tipo de pessoas vulneráveis (Silva, Mourão, 2016, p. 369): "Meu crime? Que crime?... ter matado um verme venenoso, uma velha usurária que feriu a todos, um vampiro que sugava o sangue dos necessitados? Tal crime é suficiente para apagar quarenta pecados ... " (Dostoiévski, *Crime e castigo*). A literatura possibilita, assim, contemplar e interpretar de múltiplas formas a complexidade do Direito, substituindo o servilismo à dogmática por uma visão mais profunda e comprometida com a realidade social e com as necessidades de mulheres e homens de todo tipo e condições que a compõem.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, A. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica. *Doxa*, n. 4, p.109-117, 1987. doi: [10.14198/DOXA1987.4.07](https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.07)
- AMAYA, A. Derecho y Literatura. In: HARO, Pedro Aullón de (Coord.). *Metodologías comparatistas y literatura comparada*. Madrid: Dykinson, 2013. p. 173-182.

- BELLOW, G.; MINOW, M. *Law stories*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1998.
- BINDER, G. Law and Literature. *Buffalo Legal Studies Research Paper*, n. 22, p. 585-592, 2012.
- BINDER, G.; WEISBERG, R. *Literary Criticism of Law*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- BONORINO, P. R. Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del Derecho. *REJIE - Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, n. 4, p. 73-90, 2011.
- BOTERO-BERNAL, A. Derecho y literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso. In: CALVO GONZÁLEZ (Dir.). *Implicación Derecho Literatura: contribuciones a una Teoría del Derecho*. Granada: Comares, 2008. p. 29-39.
- BROOKS, P. The Law as Narrative and Rethoric. In: BROOKS, P.; GEWIRTZ, P. (Comp.). *Law's Stories: Narrative and Rethoric in the Law*. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 14-22.
- BRUNER, J. The narrative construction of reality. *Critical Inquiry*, v. 18, n. 1, p. 1-21, 1991. Disponível em: <<http://www.semiootika.ee/sygiskool/tekstid/bruner.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- CALVO GONZÁLEZ, J. Teoría literaria del Derecho. Derecho y literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional. In: FABRA ZAMORA, J. L.; NÚÑEZ VAQUERO, A. (Ed.). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho; 1*. México: UMAN, 2015. p. 695-736. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3875/22.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- CALVO GONZÁLEZ, J. *De la Ley ¿O será ficción?* Madrid: Marcial Pons, 2016.
- CÁRCOVA, C. M. Derecho, literatura y conocimiento. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n. 198, 2000. Disponível em: <<http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/81-derecho-literatura-y-conocimiento>>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- CARDOZO, B. *Law and Literature*. New York: Harcourt, Brace & Comp., 1931.
- CARRERAS, M. Derecho y literatura. *Persona y derecho - Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 34, p. 33-62, 1996. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10171/12885>>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- CASTORIADIS, C. *L'Institution imaginaire de la société*. Paris: Seuil, 1975.
- CONTI, D. B. Narrative theory and the Law. *Duquesne Law Review*, n. 39, p. 457-476, 2000.
- CRAFT, G. A. The persistence of dread in Law and literature. *Yale Law Journal*, v. 102, n. 2, p. 521-546, 1992.

DÍEZ GARGARI, R. Dejemos en paz a la literatura. *Isonomía*, v. 29, p. 149-176, 2008.

DUARTE, C. B.; MADERS, A. M. O direito e literatura cruzando os caminhos da justiça poética: uma estrada sem fim? *Anais do IV CIDIL*, v. 1, p. 162-181, 2016. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anacidil/article/view/103/296>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

DWORKIN, R. My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Benjamin): Please don't Talk about Objectivity Anymore. In: MITCHELL, W. J. T. (Ed). *The Politics of Interpretation*. Chicago: University of Chicago, 1983. p. 271-286.

EAGLETON, T. *Literary Theory: An Introduction*. Oxford: Basil Blackwell, 1983.

EAGLETON, T. La rebelión del lector. *Revista Punto de Vista*, n. 24, p. 12-13, 1985.

FALCÓN Y TELLA, M. J. *Derecho y Literatura*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

FISH, S. *Is there a text in this class?: the authority of interpretive-communities*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FISH, S. Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and Literary criticism. *Critical Inquiry*, v. 9, n. 1, p. 201-216, 1982.

FISH, S. Wrong Again. *Texas Law Review*, n. 62, p. 299-316, 1983.

FISH, S. Still Wrong after All these Years. *Law and Philosophy*, v. 6, n. 3 p. 401-418, 1987a.

FISH, S. Denis Martínez and the Uses of Theory. *The Yale Law Journal*, v. 96, p. 1773-1800, 1987b.

FREITAS, R. Barradas de. *Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações*. *Working Paper*, Universidade Nova de Lisboa, v. 6, n. 2, 2002. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/235.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

FRUG, J. Argument as character. *Stanford Law Review*, n. 40, p. 867-927, 1988.

GARCÍA AMADO, J. A. Breve introducción sobre Derecho y literatura. In: GARCÍA AMADO, J. A. *Ensayos de Filosofía Jurídica*. Bogotá: Temis, 2003. p. 361-371.

GARCÍA VALVERDE, F. Desacuerdo moral y estabilidad en la teoría de Martha Nussbaum. *Revista de filosofía y teoría política*, n. 40, p. 63-90, 2009.

HAYMAN, R. L.; LEVIT, N.; DELGADO, R. *Jurisprudence, Classical and Contemporary: From Natural Law to Postmodernism*. St. Paul: West Academic Publishing, 2002.

ISER, W. *The Implied Reader: Patterns of Communication in Prose Fiction from Bunyan to Beckett*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1974.

- KADOCH, L. C. Seduced by narrative: persuasion in the courtroom. *Drake Law Review*, v. 49, p. 71-123, 2000.
- MACCORMICK, N. Coherence in legal justification. In: KRAVIETZ, W. et al. (Ed.). *Theorie der Normen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984. p. 37-53.
- MACCORMICK, N. *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press. 2005.
- NABOKOV, V. *Curso de Literatura Europea*. Madrid: Grupo Zeta, 1997.
- NUSSBAUM. M. *Poetic Justice: The literary Imagination and the Public Life*. Boston: Bacon Press, 1995.
- OLIVO, L. C. Cancellier; MARTÍNEZ, R. Oliveira. Direito, literatura e cinema: o movimento direito e literatura como modelo teórico para os estudos Direito e Cinema. *Anais do II CIDIL*, p. 144-165, 2014. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anacidil/article/view/177/271>>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- OLSEN, S. H. *The structure of literary understanding*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- OST, F. El reflejo del Derecho en la literatura. *Doxa*, v. 29, p. 333-348, 2006. doi: [10.14198/DOXA2006.29.17](https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.17)
- PÊPE, A. M. Bastos 2016. Direito e literatura: uma intersecção possível? Interlocuções com o pensamento waratiano. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 2, n. 1, p. 5-15, 2016. doi: [10.21119/anamps.21.5-15](https://doi.org/10.21119/anamps.21.5-15)
- PEREDA, C. Sobre la retórica. In: HERRERA, M. (Coord.). *Teorías de la Interpretación. Ensayos sobre Filosofía, Arte y Literatura*. México: UNAM, 1998. p. 103-124.
- POSNER, R. *Law and Literature. A Misunderstood Relation*. Cambridge (MA); London: Harvard University Press, 1988.
- RÍOS, C. La Literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces. *Isonomía*, v. 22, p. 207-219, 2005.
- RORTY, R. *Objectivity, Relativism and Truth*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- RORTY, R. *Filosofía y Futuro*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- SANSONE, P. *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*. Milano: Giuffrè, 2001.
- SEATON, J. Law and literature: works, criticism, and theory. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 11, n. 2, p. 479-507, 1999.
- SILVA, Ana Isabel Gama. *O conceito de Justiça Poética em Martha Nussbaum*. Dissertação (Mestrado em Estética e Filosofia da Arte)-Faculdade de Letras, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006. Disponível em: <<http://revistaphilosophica.weebly.com/2007.html>>. Acesso em: 19 set. 2015.
- SILVA, F. Pessoa da; MOURÃO, R. C. A literatura como fonte de reflexão crítica do direito. *Anais do IV CIDIL*, v. 2, p. 356-370, 2016. Disponível em:

<<http://rdl.org.br/seer/index.php/anacidil/article/view/113/308>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

SILVA, J. Aguiar e. *A prática judiciária entre direito e literatura*. Coimbra: Almedina, 2001.

STRATTON, A. M. Courtroom narrative and finding of fact: reconstruct the past one (cinder) block at time. *Quinnipiac Law Review*, v. 22, n. 4, p. 923-946, 2004.

SUÁREZ LLANOS, L. La cultura jurídica y el pluralismo jurídico. *Boletín de la Facultad de Derecho*, v. 24, p. 15-57, 2004.

TALAVERA, P. *Derecho y Literatura*. Granada: Comares, 2006.

TALAVERA, P. Una aproximación literaria a la relación entre justicia y derecho. *Anamorphis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 1, n. 2, p. 207-246, 2015. doi: [10.21119/anamps.12.207-246](https://doi.org/10.21119/anamps.12.207-246)

TRINDADE, A. Karam; GUBERT, R. M. Derecho y literatura acercamientos y perspectivas para repensar el derecho. *Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, v. 3, n. 4, p. 164-213, 2009.

TURNER, V. *From Ritual to Theatre: The Human Seriousness of Play*. New York: Performing Arts Journal Publications, 1982.

WARD, I. Text, author and literature in legal studies. In: WARD, I. *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 28-42.

WARD, I. Littérature et imaginaire juridique. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n. 42, p. 161-179, 1999.

WEISBERG, R. The Law-literature Enterprise. *The Yale Journal of Law & Human*, n. 1, p. 1-67, 1988.

WEST, R. Economic Man and Literary Woman: One Contrast. *Mercer Law Review*, v. 39, p. 867-878, 1988a.

WEST, R. Communities, Texts, and Law: Reflections on the Law and Literature Movement. *Yale Journal of Law and Humanities*, v. 1, n. 1, p. 129-156, 1988b.

WHITE, J. B. *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression*. Boston; Toronto: Little, Brown & Co., 1973.

WHITE, J. B. Law as Rhetoric, Rhetoric as Law. *University of Chicago Law Review*, v. 52, n. 3, p. 684-702, 1985a.

WHITE, J. Boyd. *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetry of Law*. Madison: The University of Wisconsin Press, 1985b.

WHITE, J. B. *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*. Chicago: University of Chicago Law Review, 1990.

WHITE, J. B. *From Expectation to Experience*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000.

WIGMORE, J. A list of legal novels. *Illinos Law Review*, v. 2, n. 9, p. 574-593, Apr. 1908.

ZOLEZZI IBÁRCENA, L. Derecho y literatura: aspectos teóricos. *Derecho PUCP*, n. 70, p. 379-409, 2013.

Idioma original: Espanhol

Recebido: 05/06/17

Aceito: 10/11/17