

DIREITO, LITERATURA E A CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO: PAULO LEMINSKI E A CRÍTICA DO FORMALISMO JURÍDICO

Caio Henrique Lopes Ramiro¹

Resumo: Partindo da análise da relação entre Direito e Literatura, levando em consideração a perspectiva de aproximação dos léxicos apresentada por Ronald Dworkin, ou seja, de que o vínculo epistêmico se estabelece pela interpretação, o presente artigo tem por objetivo refletir sobre o a questão da relação entre positivismo e formalismo jurídico, tendo por base a perspectiva crítica ao formalismo lançada no texto *forma é poder* de Paulo Leminski. Para tanto, observa-se o fecundo campo de investigação que corresponde à aproximação entre direito e literatura como forma de abordagem da linguagem jurídica (discursos) e da questão da interpretação. Sendo assim, a partir do texto do autor paranaense, tendo por metodologia a abordagem dialética que marca o pensamento leminskiano, busca-se problematizar a questão do formalismo jurídico para verificar eventuais diferenças com relação ao positivismo jurídico dentro da perspectiva de construção do saber jurídico.

Palavras-chave: Filosofia do Direito, Direito, Literatura, Formalismo jurídico, Leminski.

Abstract: Based on the analysis of the relationship between law and literature, taking into account the perspective of the lexical approach presented by Ronald Dworkin, meaning that the link

¹ Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM – Marília/SP. Bolsista CAPES/PROSUP modalidade 1. Possui especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/Pr. Integrante do grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos – UNIVEM/CNPq. Advogado.

is established by the epistemic interpretation, this article aims to reflect on the issue of the relationship between positivism and legal formalism, based on a critical perspective to the formalism introduced in text form is power to Paulo Leminski. Therefore, there is a fruitful field of research that corresponds to building bridges between law and literature as a way to approach the legal language (discourses) and the question of interpretation. Thus, from the author's text *Paraná*, with dialectical approach to methodology by which marks the thought leminskiano, we seek to problematize the question of legal formalism to check any differences with respect to legal positivism from the perspective of construction of legal knowledge.

Keywords: Philosophy of Law, Right, Literature, Legal formalism, Leminski.



I. AFINAL, DE QUEM É A VOZ DO DIREITO? DIREITO E LITERATURA E SUAS INTERFACES NECESSÁRIAS

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

Segundo Ezra Pound (1997, p. 36):

A linguagem é o principal meio de comunicação humana. Se o sistema nervoso de um

animal não transmite sensações e estímulos, o animal se atrofia.

Se a literatura de uma nação entra em declínio a nação se atrofia e decai.

O legislador não pode legislar para o bem público, o comandante não pode comandar, o povo (se se tratar de um país democrático) não pode instruir os seus representantes a não ser através da linguagem.

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

Segundo Claudio Magris (2012, p. 4):

Mucha literatura ha mirado con hastío al derecho, considerándolo árido y prosaico con respecto a la poesía y a la moral. Democracia, lógica y derecho son, a menudo, despreciados por los rétores vitalistas como valores "fríos" en favor de los valores "cálidos" del sentimiento. Pero esos valores fríos son necesarios para establecer las reglas y las garantías de tutela del ciudadano, sin las cuales los individuos no serían libres y no podrían vivir su "cálida vida", como la llamaba Saba. Son los valores fríos -el ejercicio del voto, las garantías jurídicas formales, la observancia de las leyes y de las reglas, los principios lógicos- los que

permiten a los hombres de carne y hueso cultivar personalmente sus propios valores, y sentimientos cálidos, los afectos, el amor, la amistad, las pasiones y las predilecciones de todo tipo.

O sintagma direito e literatura a princípio pode pouco apresentar, entretanto, conforme destaca Arnaldo Godoy é possível identificar que deste debate podem surgir interações frutíferas, conduzindo à uma releitura e uma reflexão no que tange às possibilidades e limites de compreensão do jurídico. A partir do momento em que os estudos literários, originalmente centrados na natureza e na função da literatura alcançam maior número de manifestações humanas, formam-se os *cultural studies*, oportunidade em que o direito é eleito como campo privilegiado para a apreensão dos contextos sociais. (GODOY. 2012, p. 2)

Não obstante, mostra-se importante uma breve abordagem histórico-cronológica do movimento direito e literatura, sendo oportuno mencionar que tal tradição de estudos se inicia nos Estados Unidos da América com a publicação, em 1908, de *A list of legal novels*, de John Henry Wimore. Em solo europeu, destaca-se o trabalho pioneiro de Hans Fehr, com a publicação, em 1923 e 1931 de *Das Recht im Bilde (1923)*² e *Das Recht in der Dichtung*³. Ainda, em Itália, no ano de 1936 vem à público *La letteratura e la vita Del diritto*, de Antonio d'Amato, sendo que tal período pode ser encarado como a primeira fase do movimento. (SANSONE; MITICA. 2008, p. 3)

Entre 1940 e 1980 se dá a fase intermediária, sendo que nos Estados Unidos da América há um aprofundamento dos trabalhos investigativos e, em Europa, há uma proliferação dos estudos. A partir dos anos oitenta (terceira fase) a corrente de investigação *direito e literatura* se afirma como tradição de

² Em uma tradução livre: *O direito na pintura*.

³ *O direito na literatura*

pesquisa expandindo as fronteiras européias, com especial destaque para os estudos realizados em países de língua francesa. Nos Estados Unidos da América, os principais autores são James Boyd White (*The legal imagination*), Richard Weis, Richard Posner, Ian Ward, Paul J. Heald, Martha Nussbaum, Richard Rorty, Owen Fiss, Stanley Fish e Sanford Levinson. Em Alemanha destacam-se os nomes de Jörg Schönert, Hans-Jürgen Lüsebrink, Klaus Lüdersen, por exemplo. Ainda, nos países de língua francesa Régine Dhoquois e, mais recentemente, François Ost.

Na perspectiva européia, Cláudio Magris (2012, p. 2) destaca o papel alemão para a aproximação entre direito e literatura, portando, a contribuição desta relação para a construção do saber jurídico:

Es sobre todo en Alemania donde se ha verificado, especialmente en el Romanticismo, una singular alianza, casi una simbiosis entre poesía y derecho -entendido como derecho consuetudinario y no como "lex positiva"-. Los hermanos Grimm, grandes filólogos y literatos, eran juristas. Recogiendo sus célebres fábulas pretendían salvar el gran patrimonio del "buen y viejo derecho", es decir, de las costumbres, tradiciones, usos locales del pueblo alemán en su coralidad; patrimonio que, a través de los siglos, había sido conservado por la literatura popular. En la misma época estalla en Alemania una interesantísima polémica jurídica entre Thibaut, que propugna para Alemania, sobre el modelo napoleónico, un código civil unitario y unificador, apto para hacer a todos los ciudadanos iguales ante la ley y para barrer los privilegios feudales, y Savigny, que quiere, en cambio, defender la variedad, las diversidades locales, las diferencias y desigualdades del antiguo derecho

común consuetudinario, expresión del Sacro Imperio Romano, porque ve en el código único un instrumento de nivelación autoritaria.

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

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

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

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

Primero, nos encontramos con el derecho *de la* literatura, una perspectiva que normalmente ha sido reservada para los abogados. Bajo esta perspectiva se pueden analizar la libertad de expresión que gozan los autores, la historia jurídica de la censura, las demandas que surgieron a propósito de obras que, en su tiempo, fueron consideradas como escandalosas; desde *Madame Bovary* hasta *Los versos satánicos*, desde *Las flores*

del mal hasta un Pierre MERTENS con su *Une paix royale*. Se pueden hacer comparaciones entre sistemas de marcas y de derechos de autor, se puede estudiar desde la regulación de bibliotecas públicas hasta los programas escolares o las políticas de subsidios editoriales.

Una segunda perspectiva puede ser el estudio del Derecho *como* literatura. En este caso, se puede considerar la retórica judicial y parlamentaria; se puede estudiar el estilo particular de los abogados, un estilo que es a la vez dogmático, tautológico y performativo. Se pueden comparar métodos de interpretación entre textos literarios y textos jurídicos. Esta clase de perspectiva ha sido desarrollada ampliamente en los Estados Unidos, basta echar un vistazo al trabajo de algunos autores como Ronald DWORKIN y Stanley FISH.

Por último, la perspectiva por la que yo me decanto estudia el Derecho *en* la literatura. Desde luego no se estudia el Derecho técnico, aquel que encontramos en los diarios oficiales, en los tratados y en las doctrinas (aunque cabe decir que en ciertas páginas de BALZAC se puede aprender mucho más acerca de la bancarrota que en antologías completas de jurisprudencia). No, el Derecho que busco en la literatura es el que asume las cuestiones más fundamentales a propósito de la justicia, del Derecho y del poder. Orestes y Hamlet nos invitaron a pasar por el estrecho sendero que separa la venganza de la justicia; es la conciencia problemática de Antígona la que cuestiona el reto del Derecho natural ante la institucionalización del Derecho en cada época; es la aparentemente arbitraria incriminación de Joseph K. la que levantó

la esquina del velo que cubría la arcaica Ley de las necesidades, la que toma el mando cuando las instituciones están corrompidas y los procedimientos pervertidos.

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

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

Por fim, em terras brasileiras é possível se identificar os trabalhos de juristas que escreviam textos literários, como é o caso, por exemplo, de Rui Barbosa. Ainda, inúmeros clássicos da literatura brasileira contêm em seus textos questões importantes do ponto de vista jurídico, podendo-se citar como exemplos Jorge Amado (capitães de areia) e Graciliano Ramos (vidas secas). A partir do ano de 2006 há uma consolidação dos estudos do selo direito e literatura no Brasil, inclusive com a veiculação de um programa de televisão no canal *TV Justiça*.

II. FORMA É PODER: NOTAS SOBRE HERMENÊUTICA, POSITIVISMO E FORMALISMO JURÍDICO

No presente trabalho tentaremos uma abordagem do formalismo jurídico por meio da crítica ao formalismo lançada

por Paulo Leminski em seu escrito *forma é poder* (1997, p. 45). No entanto, a título de introdução, parece conveniente uma breve apresentação de nosso autor. Paulo Leminski é “classificado” como escritor, poeta e crítico literário, nascido na cidade paranaense de Curitiba, tendo escrito inúmeros textos e ensaios de conotação crítica, bem como seus textos têm um estilo muito peculiar, constituindo-se de forma curta e cheios de trocadilhos. Neste sentido, segundo Aurea Leminski (1997, p. 7), nosso autor tinha um jeito de ser que lhe permitia muitas variações dele mesmo. Escrevendo também, parece que não lhe faltou nada: inteligência e humor, romantismo e vanguarda.

Nossa tentativa de abordagem do texto do escritor curitibano será feita na forma de direito *como* literatura, sendo assim, tenta-se encontrar o literário no jurídico de forma explícita ou subliminarmente, ou seja, trata-se da hermenêutica. (GODOY. 2012.)

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

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

Por hermenêutica entende-se, desde o primeiro surgimento da palavra no século XVII, a ciência e, respectivamente, a arte da interpretação. Até o fim do século passado, ela assumia normalmente a forma de uma doutrina que prometia apresentar as regras de uma interpretação competente. Sua intenção era a natureza predominantemente normativa e mesmo técnica. [...] Ela desfrutava de uma existência externamente

em grande parte invisível, como “disciplina auxiliar” no âmbito daqueles ramos estabelecidos da ciência, os quais se ocupavam explicitamente com a interpretação de textos ou de sinais. Por isso formou-se, desde a Renascença, uma hermenêutica teológica (hermenêutica sacra), uma hermenêutica filosófica (hermenêutica profana), como também uma hermenêutica jurídica.

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

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

Neste sentido, a figura de Hermes é um interessante exemplo do que se pode compreender por hermenêutica e o esforço de interpretação do discurso jurídico, pois Hermes estava sempre em movimento uma vez que era o elo entre a o mundo vivo e outros mundos, ocupando o vazio entre as coisas, Hermes era o mediador universal, o grande comunicador.

(OST. 1993, p. 3)

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

Quando Dworkin toma por base a literatura ele pretende demonstrar que o conceito de interpretação adotado pelo universo jurídico se apresenta equívoco, uma vez que os juristas trabalham com a ideia de hermenêutica como um instrumento para descobrir o sentido do texto ou a vontade de seu autor (o legislador) quando ocorra uma obscuridade aparente.

Sendo assim, o trabalho de Dworkin parece tentar demonstrar a impossibilidade e, talvez, inutilidade da busca pela vontade do legislador. Neste texto o que nos importa é a argumentação dworkiana a respeito da aproximação entre direito e literatura como forma de uma resposta para a construção de um saber jurídico que leva em consideração outros referenciais que não os da visão tradicional da leitura dos códigos legais e a visão manualesca. Desse modo, destaca-se que Dworkin observa e concorda com o *linguist turn*, ou seja, o giro lingüístico hermenêutico pragmático operado na filosofia da linguagem, sendo que no presente artigo não se ingressará na questão da possibilidade da resposta correta para cada caso⁴.

⁴ Contudo, interessante destacar que a discussão é importante e segundo Aylton Barbieri Durão (2005, p. 1) desde a publicação de *Levando os direitos a sério*, em

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

Paulo Leminski no texto *forma é poder* está discutindo a questão da linguagem em sua perspectiva de estruturas de texto, colocando em questão o discurso jornalístico que para nosso autor representa o triunfo da razão branca e burguesa, pois o discurso jorno/naturalista é a projeção do jornalismo na literatura (LEMINSKI. 1997, p. 45).

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

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

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

1977, prosseguindo com *Uma questão de princípio*, em 1985, onde o problema é tratado explicitamente, e com *O Império do Direito*, em 1986, que Ronald Dworkin vem elaborando uma resposta ao problema introduzido pela filosofia analítica do direito de Herbert Hart, segundo a qual, nos “casos difíceis”, onde não existe um jogo de linguagem capaz de orientar a decisão judicial, os juízes têm que apelar para o seu poder discricionário, e, para tanto, vem desenvolvendo uma metodologia de aplicação do direito que permita aos juízes chegar a uma sentença correta para cada caso, exclusivamente a partir dos institutos do próprio direito positivo.

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

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

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

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

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

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

A importância de se refletir sobre tal temática parece se justificar em tempos de chamado pós-positivismo para que se possa compreender minimamente o que se entende por positivismo jurídico, a fim, principalmente, de se evitar alguns equívocos metodológicos com a relação a alguns autores, como, por exemplo, Hans Kelsen, frequentemente acusado de positivista como sinônimo de formalista.

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

positivismo jurídico.

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

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

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

Aqui parece estar representado o enclausuramento do direito, significa dizer o olhar neutralizante do jurídico, sendo que tal perspectiva não deve ser encarada sem um olhar crítico, uma vez que a aplicação exegética do código civil tinha o claro objetivo de não permitir aos julgadores franceses a interferência nos projetos de poder da classe que ascendera, pois, a revolução francesa pode ser identificada como o marco da modernidade e a construção de uma nova ordem e, segundo Berenice Cavalcante (1997, p. 11), em termos genéricos pode-se identificar essa modernidade com a fundação da sociedade burguesa, calcada nos princípios da igualdade e da liberdade.

Tal tradição difere e muito da perspectiva de Kelsen, por exemplo, para quem o direito a se aplicar forma uma espécie de moldura dentro da qual existem várias possibilidades de

aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (KELSEN. 1991, p. 366).

Segundo Thomas Bustamante (2005, p. 24):

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

Hart coloca em discussão a construção do jurídico, afirmando que o direito é formado em bases lingüísticas naturais e só posteriormente vai ganhando conotações de um vocabulário próprio. Neste sentido, o problema do formalismo jurídico se verifica na medida em que este último tem a pretensão de normatizar todas as condutas possíveis, tendo em vista o anseio da resposta correta para cada caso de forma silogística, o que difere da leitura de Hart que propõe uma análise da linguagem na perspectiva do direito, ou seja, há normas jurídicas de textura aberta que exigem respostas possíveis a serem dadas pelo viés da interpretação nos casos mais complexos (HART. 1968, p. 158).

Para Hart (1968, p. 159):

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o

critérios de conducta, y por mucho que estós operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se há dado em llamar una “textura abierta”.

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

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

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

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

Assim, o texto de Paulo Leminski ao destacar o formalismo da linguagem como poder nos provoca para a reflexão acerca do formalismo jurídico que conseguiu estabelecer uma confusão conceitual no tocante a sua relação com o positivismo jurídico e, em decorrência, com a teoria da interpretação e a questão da neutralidade do intérprete.

III. O PAPEL DA LITERATURA NA CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO: REFLEXÕES SOBRE O VIÉS EMANCIPATÓRIO DA LITERATURA COMO ABORDAGEM CRÍTICA AO DIREITO

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

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

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

Claudio Magris, analisando a questão da construção do saber jurídico com relação a figura do legislador argumenta que:

A diferencia de quien declama las profundas

razones del corazón pensando, en realidad, que sólo existe su propio corazón, la ley parte de un conocimiento más profundo del corazón humano, porque sabe que existen muchos corazones, cada uno con sus misterios insondables y sus apasionadas tinieblas, y que, precisamente por eso, sólo unas normas precisas, que tutelen a cada uno, permiten al individuo singular vivir su vida irreplicable, cultivar sus dioses y sus demonios, sin estar impedido ni oprimido por la violencia de otros individuos, igual que él mismo presa de inextricables complicaciones del corazón, pero más fuertes que él, como los galeotes liberados por Don Quijote son más fuertes que Don Quijote y lo golpean brutalmente. [...]

El legislador que castiga la corrupción en las concesiones públicas es un artista que sabe imaginar la realidad, porque en esa corrupción no sólo ve la abstracta violación de una norma sino, por ejemplo, los equipamientos defectuosos con los que -a causa de esa corrupción- se ha dotado a un hospital, en lugar de los más eficaces que el hospital habría tenido gracias a unas concesiones correctas. Detrás de ese crimen hay enfermos peor curados, individuos concretos que sufren. Los antiguos, que habían comprendido casi todo, sabían que puede existir poesía en el acto de legislar; no por casualidad muchos mitos dicen que los poetas fueron, también, los primeros legisladores (MAGRIS. 2012, p.4/5)

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

Desde logo, com o dito até aqui acerca da riqueza libertária da literatura e do farto material

que ela oferece para nossa redescção e autoreconstrução não excluimos, senão que se supõe, a necessidade de controles sociais básicos tais como o direito. Isto sim, ao que nos opomos, é a exacerbação das funções dos mecanismos sociais de controle, o que sufoca as possibilidades de objetivação de nossas subjetividades, enfim, obstaculizam forte e firmemente ao ser-af-no-mundo. A nossa perspectiva do “mundo vivido” (Lebenswelt) frente ao qual as restrições discursivas de um modelo científico marcado pela abstração são consideráveis [...]

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

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

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

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

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

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



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. O positivismo culturalista da

- escola do Recife. In: TÔRRES. Heleno Taveira (Org.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. São Paulo: Manole. 2005.
- APEL, Karl-Otto. Ética do discurso como ética da responsabilidade. Trad. Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. In: *Cadernos de Tradução*, n. 3, p.7-37.1998.
- AARNIO, Aulis. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. Trad. Juan Ruiz Manero. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante. n. 1, p. 11-14.1984.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006
- BILLIE, Jean-Cassien; MARYIOLI. Aglaé. *História da filosofia do direito*. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole. 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone. 2006.
- BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do Direito. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, p. 275-290, 2010.
- _____. O papel da literatura na reconstrução das subjetividades. In: *Em tempo*. Marília. v. 10, p. 9-25. 2011.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação Contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. São Paulo: Renovar. 2005.
- CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante. n. 25, p. 303-331.2002.
- CASALMIGLIA, Albert. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante. n. 1, p. 43-47.1984.
- _____. El concepto de integridad en Dworkin. In: *Doxa*.

- Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 12, p. 1-24. 1992.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à Literatura?. In.: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v 10, n. 19, p. 87-103, 1º semestre, 2007.
- CAVALCANTE, Berenice. *A revolução francesa e a modernidade*. 3ª Ed. São Paulo: Contexto.
- CHHRUR, Alan Ibn. Filosofia do direito: uma questão preliminar. In: *Em tempo*. Marília. v. 10, p.25-42. 2011.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes. 2007.
- DURÃO. Aylton Barbieri. *É possível prolatar uma única sentença correta para cada caso?*. In: XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2006, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional do Conpedi, p. 1-14. 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2001.
- FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Trad. Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.1976.
- GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo, Kant, Schonpehauer e o direito de mentir. In: *Em tempo*. Marília. v. 3, p. 103-110. 2001.
- _____. Sonhos e pesadelos da razão esclarecida. In: *Revista Olhar*. São Carlos. Nº 7, p. 9-35. 2003
- _____. Sobre direitos humanos na era da bio-política. In: *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 118, pp. 267-308. 2008.
- _____. Princípios e interpretação do ECA. In: NAHAS; Thereza Christina; GENOVA. Jairo José; SILVA. Nelson Finotti. *ECA: efetividade e aplicação*. São Paulo: Ltr. 2012.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e literatura. Os*

- pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardoso e Lon Fuller.* Disponível na internet: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25388-25390-1-PB.pdf>. Acesso em 04/03/2012.
- _____. *Direito e Literatura em Paul Gewirtz.* Disponível na internet: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/arnaldo/direito/dl9gewirtz.htm;jsessionid=B74D79D4043BCD1370D42A55396AE9FE>. Acesso em: 28/08/2012.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica.* Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: editora Unisinos. 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade.* Trad. Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1990.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo.* 2. ed. Tradução: Guido A. De Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade.* Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.
- HART, Hebert Lionel Adolphus. *El concepto del derecho.* 2 ed. Trad. Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1968.
- HERRERA, Luiz Henrique Martim; GUILHERME, Thiago Azevedo. *Retórica e princípio da dignidade da pessoa humana.* In: AGOSTINHO, Luiz Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito.* Birigui-SP: Boreal editora. 2011.
- JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Trad. João Baptista

- Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1991.
- LEMINSKI, Paulo. *Ensaio e anseios crípticos*. Curitiba – Pr: Pólo editorial do Paraná. 1997.
- MAGRIS, Claudio. Los poetas y los legisladores. In: *La nacion*. Disponível na internet: <http://www.lanacion.com.ar/787855-los-poetas-y-los-legisladores> . Acesso em 16/09/2012.
- OST, François. El reflejo del derecho en la literatura. In: *Doxa, cuadernos de la Filosofía del Derecho*. Nº 29, 2006, p. 333 – 348.
- _____. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: *Doxa, cuadernos de la Filosofía del Derecho*. Nº 14. 1993, p. 169-194.
- PAGLIONE, Eduardo Augusto. Rui Barbosa: direito e literatura. *Em tempo*. Marília, v.4, p. 41-47, Agosto. 2002
- PIETROFORTE, Antonio Vicente Seraphin. O discurso jurídico através do discurso poético. In: *Em tempo*. Marília, v. 4, p.24-34, Agosto. 2002.
- POUND, Ezra. *ABC da literatura*. Trad. Augusto de Campos e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix. 1997.
- PROUST, Marcel. *Contre sainte-beuve: notas sobre crítica e literatura*. Trad. Haroldo Ramanzini. 1988.
- RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Imparcialidade e neutralidade: identidade?. Disponível na internet: http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Caio_Imparcialidade.pdf . Acesso em: 17 de ago. 2012.
- RORTY, Richard. *A filosofia sem salvação*. Entrevista a Bernardo Carvalho. Folha de São Paulo, 8 mai. 1994b. Disponível na internet: http://almanaque.folha.uol.com.br/entrevista_filosofia_richard_rorty.htm. Acesso em: 04/05/2010.
- SANSONE, Ariana; MITICA, M. Paola. Diritto i Letteratura. Storia di uma tradizione i stato dell’arte. In: *ISLL – Italian society for law and literature*, p. 1-10, 2008.

- SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. Pensar é estar em pensamento. In: SILVA, Dinorá Fraga da; VIEIRA, Renata (Org.). *Ciências cognitivas em semiótica e comunicação*. São Leopoldo: editora da Unisinos. 1999.
- _____, Filosofia e jurisprudência nos primórdios do pragmatismo: Charles S. Peirce e Oliver Wendell Holmes, JR. In: *Em tempo*. Marília. v.4, p. 84 – 97. 2002
- STRECK, Lênio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. In: *Filosofia no Direito e Filosofia do Direito. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica. v. 1, n. 5, p. 125-145. 2007.