V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, ARTE E LITERATURA

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

ANDRÉ KARAM TRINDADE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito, arte e literatura [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: André Karam Trindade, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-246-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito. 3. Arte. 4. Literatura. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, ARTE E LITERATURA

Apresentação

Se for verdade que, em comparação às tradições estadunidense e europeia, os estudos e pesquisas em Direito e Literatura ainda podem ser considerados uma novidade no Brasil, uma vez que se intensificaram somente na última década, é igualmente verdadeiro que, no Uruguai, praticamente não há investigações a respeito do tema, com exceção das recentes incursões do Prof. Dr. Luis Meliante Garcé, da Universidade de La Republica, que começa a se dedicar a esse diálogo interdisciplinar, desde a perspectiva da teoria crítica do Direito.

Daí a relevância deste volume, que ora apresentamos à comunidade acadêmica. Trata-se, com efeito, do primeiro livro "Direito, Arte e Literatura" resultante dos trabalhos submetidos, aprovados e apresentados no V Encontro Internacional do Conpedi, no qual se reuniram pesquisadores brasileiros e uruguaios para o intercâmbio de experiências acadêmicas sobre esse campo ainda inexplorado no Uruguai.

Nesta edição, o leitor encontrará um total de quatorze artigos, dos quais metade refere-se a Direito e Literatura, enquanto a outra metade versa sobre as relações com o Cinema, a Música e a Arte.

A primeira parte, dedicada aos estudos de Direito e Literatura, contém sete artigos, dos quais seis abordam a conhecida perspectiva do Direito na Literatura e apenas um deles se aventura na perspectiva do Direito como Literatura:

Ramiro Castro García, pesquisador uruguaio, adotando o modelo analítico proposto por Botero Bernal – segundo o qual se tomam os discursos jurídicos estabelecidos nas narrativas literárias como objeto do próprio direito –, investiga a relação e os limites entre Direito e Moral, a partir do romance "Lolita", de Vladimir Nabokov, desde a perspectiva sustentada por Tony Honoré.

Mara Conceição Vieira de Oliveira e Cláudio Roberto Santo refletem acerca do adultério feminino, apontando a educação e a efetividade jurídica como alternativa de combate à violência contra a mulher. A partir do romance "O primo Basílio", publicado em 1878 por

Eça de Queirós, os autores questionam o que se alterou após 150 anos da promulgação do Código Civil de 1916, especialmente no que diz respeito ao julgamento da sociedade em relação à “traição”.

Rosália Maria Carvalho Mourão e Wirna Maria Alves Da Silva, apostando no Direito na Literatura, enfrentam o tema da “infância roubada”, resgatando o romance “Capitães da areia” de Jorge Amado, que narra a vida de um grupo de crianças e adolescentes em conflito com a lei, problematizando os atos infracionais por eles cometidos, as omissões por parte do Estado, da sociedade, da família e a evolução do direito penal da criança e do adolescente, do Código Mello Mattos até o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Carla Eugenia Caldas Barros e Luiz Manoel Andrade Meneses, utilizando os conceitos formulados por Giorgio Agamben, examinam o livro “Os corumbas”, escrito por Amando Fontes em 1933, que é considerado o primeiro romance operário brasileiro, por retratar o surgimento da indústria na cidade de Aracajú.

Daniela Ramos Marinho Gomes e Sandra Regina Vieira dos Santos abordam a necessidade de preservação das microempresas, especialmente em razão do tratamento a elas conferido pela Constituição de 1988. Para tanto, reconhecendo que a interpretação do Direito demanda a habilidade de ler o mundo sob diversas perspectivas, utilizam o clássico romance “Cem anos de solidão”, de Gabriel García Marquez, enfatizando a chegada da Companhia das Bananeiras em Macondo, para demonstrar a função social das microempresas no cenário brasileiro.

Luciana Pessoa Nunes Santos e Maria do Socorro Rodrigues Coêlho tratam a questão do suicídio nas obras de Nelson Rodrigues, propondo a aliança entre a visão poética trazida pela literatura e a ótica realista do Direito. Ao analisar dos contos “O inferno” e “Delicado” e refletir sobre suas implicações jurídicas, as autoras destacam os diálogos de vanguarda que as narrativas de Nelson Rodrigues mantêm com o Direito de Família, funcionando como um catalisador para a construção de novos paradigmas.

Maurício Pedroso Flores busca apontar caminhos para uma visão narrativista do Supremo Tribunal Federal. Considerando as transformações institucionais ocorridas na Corte, questiona acerca da possível contribuição que o campo de estudos sobre Direito e Literatura pode oferecer à jurisdição. Como alternativa possível, revisa algumas abordagens de Direito como Literatura – mais especificamente do Direito como Narrativa – e ilustra uma compreensão narrativista de dois temas enfrentados pelo STF: discussões sobre constitucionalidade e desenho institucional do Estado.

A segunda parte, voltada aos estudos em Direito e Cinema, abrange quatro artigos, que problematizam questões jurídicas, sociais, filosóficas e políticas a partir de filmes e documentários:

Igor Assagra Rodrigues Barbosa e Sergio Nojiri aproveitam o filme de ficção científica “Ela” (2013) para levantar diversos questionamentos filosóficos, científicos e jurídicos, especialmente no que diz respeito à inteligência artificial. Com base nos aportes Turing, Dennet e Searle, desenvolvem argumentos favoráveis e contrários à possibilidade da criação de máquinas que pensem e atuem como humanos. No campo do Direito, no qual também se verifica o grande avanço das novas tecnologias, a ausência da emoção ainda constitui um elemento indispensável para que programas possam executar atividades desempenhadas exclusivamente por seres humanos.

Silvana Beline Tavares e Adriana Andrade Miranda também recorrem ao Cinema para abordar a questão do estupro a partir da desconstrução do paradigma dominante que se percebe no campo jurídico. Com base na análise do discurso e nas categorias de gênero, as autoras problematizam a naturalização da violência contra as mulheres vítimas de violência sexual representada no filme “Acusados”, de 1988.

Ana Paula Meda e Renato Bernardi examinam, sob a perspectiva interdisciplinar entre Direito, Antropologia, Sociologia e Geografia, a constituição das cidades em sua relação com a propriedade. Partindo do documentário “Dandara: enquanto morar for um privilégio, ocupar é um direito”, os autores buscam demonstrar que os assentamentos irregulares são uma realidade constante nas cidades e que a disputa pela posse e propriedade da terra pode ser solucionada por meio da mediação.

Camila Parmezan Olmedo propõe um estudo de Direito e Cinema, enfocando a questão da maioridade penal, com base no filme “Pixote, a Lei do Mais Fraco”, de Hector Babenco – inspirado no romance “Infância dos mortos”, de José Louzeiro –, sobre o tratamento jurídico conferido às crianças e adolescentes. Em sua análise, compara a legislação brasileira da década de 80, antes da Constituição Cidadã e do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a legislação atual, além de apresentar um breve estudo sobre a maioridade penal na América Latina.

A terceira parte é composta de três artigos, sendo um deles utiliza-se da música, outro discute a verdade e a obra de arte e o último aborda o sistema de financiamento da cultura:

Patrícia Cristina Vasques de Souza Gorisch e Lilian Muniz Bakhos, inspiradas nas letras da música de Cartola, analisam o relatório de violência contra pessoas LGBTI no Brasil por transfobia, publicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, referente ao período 2013/2014. Por meio das letras das canções “Disfarça e chora”, “Assim não dá”, “O mundo é um moinho” e “Brasil, terra adorada”, as autoras percorrem a via crucis da curta vida das transexuais e travestis, que dura em média apenas 35 anos.

Ataide José Mescolin Veloso, seguindo os passos da filosofia hermenêutica, discute a questão da verdade, deslocando-a dos pilares dicotômicos sobre os quais a Metafísica se alicerçou durante toda a sua trajetória, desde Platão até Nietzsche. Ao resgatar sua origem (aléthea), destaca que a experiência essencial da verdade se dá por força da desocultação, sendo, portanto, a obra de arte o campo no qual a verdade exsurge, não como representação do real, mas como combate entre o mundo e a terra.

Luciano Tonet e Jovina dÁvila Bordoni apresentam estudo comparativo entre o sistema de cultura nos federalismos dos Estados Unidos e do Brasil, apontando as contribuições que o modelo norte-americano pode oferecer ao brasileiro, a fim de que o financiamento privado, fundado no mecenato, possa ser corrigido e adequado à diretriz constitucional estabelecida pela EC nº 71/12. Os autores propõem um federalismo cultural cooperativo que, respeitando as diferenças e particularidades regionais, efetive os direitos culturais, sem a massificação, voltando-se à preservação da arte, memória e fluxo de saberes.

Como se vê, os trabalhos envolvem as mais diversas temáticas, perspectivas e formas de abordagem, o que revela o sucesso da primeira edição desse GT em um evento internacional do Conpedi e reforça ainda mais as inúmeras possibilidades que as interfaces entre Direito, Arte e Literatura oferecem à pesquisa jurídica.

Bom leitura!

Prof. Dr. André Karam Trindade - FG/BA

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

PROGNÓSTICOS E APONTAMENTOS PARA UMA VISÃO NARRATIVISTA DO STF

PROGNOSES AND NOTES FOR A NARRATIVE VIEW OF THE STF

Maurício Pedroso Flores

Resumo

Este artigo visa apontar caminhos para uma visão narrativista do Supremo Tribunal Federal. Considerando o cenário recente de transformações na atividade do tribunal e o contexto de mobilização da dogmática e teoria jurídicas descritos na primeira parte, interroga-se sobre a possível contribuição que o campo de estudos sobre Direito e Literatura pode oferecer sobre o tema. Como alternativas possíveis, na terceira parte são revisadas algumas abordagens do direito sob a ideia de narrativa. Por último, ilustra-se a possibilidade de compreender o STF via narrativa através de dois temas que envolvem sua atuação: discussões sobre constitucionalidade e desenho institucional do Estado.

Palavras-chave: Supremo tribunal federal, Direito e literatura, Narrativa

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to point out ways toward a narrative view of Brazilian Supreme Court. Considering the recent scenario of transformations and the context of mobilization within law's dogmatics and theory as described at the first part, it wonders about a possible contribution that the field of Law and Literature studies could offer on the subject. As possible alternatives, part three revises some aproaches of law as a matter of narrative. Lastly, the possibility to comprehend the Supreme Court by the way of narrative is illustrated trought two issues involving its operation: discussions over constitutionality and the State's institutional framework.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian supreme court, Law and literature, Narrative

INTRODUÇÃO

A situação de protagonismo que o STF tem experimentado no turbulento cenário político brasileiro coloca uma série de questionamentos sobre os contornos e os possíveis limites da sua atuação. As controvérsias em torno da atividade do tribunal têm extravasado os domínios do debate jurídico e suscitado o interesse mais geral da sociedade civil, que acompanha suas decisões mais importantes com um misto de entusiasmo e apreensão. Enquanto procuram diagnosticar os sintomas desse processo e seus possíveis desdobramentos, teóricos e doutrinadores do direito são constantemente defrontados com mudanças no arranjo institucional do Estado e no repertório de formas adotadas pela nossa jurisdição, especialmente na figura de sua mais alta corte.

Este artigo parte da constatação de que, ao mesmo tempo em que dificulta a fixação de pontos de vista teóricos, esse contexto favorece o emprego de novas abordagens e concepções que visem compreender o funcionamento do STF na linha de suas recentes transformações, que repercutem, em maior ou menor medida, no diagnóstico da jurisdição brasileira como um todo. Diante disso, pretende-se realizar uma investigação prévia sobre os fundamentos, as dificuldades e as potenciais virtudes de se enxergar a atuação do STF sob um viés narrativista.

As diferentes incursões promovidas pelos estudos sobre Direito e Literatura têm conduzido o pensamento jurídico a lugares até então insuspeitos, deslocando concepções naturalizadas sobre o direito e revelando o caráter ficcional de suas teses e doutrinas. Tais contribuições costumam ser marcadas, porém, por um relativo distanciamento da realidade jurisdicional; embora essa distância permita um olhar crítico sobre os modos operacionais do direito, ela parece ao mesmo tempo limitar as possibilidades desse tipo de empreendimento. A proposta do artigo reside justamente na tentativa de aproximar as reflexões literárias da prática jurídica através da ideia de narrativa.

Na primeira parte do artigo, atenta-se para o curso de transformações institucionais sofridas pelo STF (e, sob alguns aspectos, pelo conjunto da jurisdição brasileira) nos últimos anos, destacando-se as perspectivas trazidas pelo período mais recente de instabilidade política. Em seguida, discute-se o possível papel a ser assumido pelas interconexões entre Direito e Literatura diante da mobilização teórica e dogmática suscitada por esses acontecimentos.

Na terceira parte, o foco recai sobre aquele que parece ser o campo mais prolífico para estabelecer pontes entre as reflexões sobre literatura e jurisdição: o direito como narrativa. Por último, com base em votos proferidos em julgamentos do STF, são introduzidas duas problemáticas passíveis de serem analisadas sob uma ótica narrativa: a questão da constitucionalidade e as discussões sobre o desenho institucional do Estado. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, e os procedimentos empregados são a pesquisa bibliográfica e a análise de jurisprudência.

1 TRANSFORMAÇÕES INSTITUCIONAIS NO STF

Tendências de aumento da influência do Poder Judiciário sobre a esfera pública têm sido diagnosticadas há pelo menos duas décadas. Diversas são as explicações para o fenômeno da judicialização no Brasil, mas a maioria delas remonta ao renovado perfil traçado pela Constituição Federal de 1988 em relação ao papel das instâncias jurisdicionais e, mais recentemente, ao ambiente institucional favorável que impulsionou sua atuação na resolução de conflitos. O texto constitucional previu uma jurisdição mais ativa no processo legislativo - seja controlando a produção de leis ou reparando as omissões do legislador - e essa possibilidade de intervenção alimentou grandes expectativas, por exemplo, junto a grupos sociais e minorias cujas pautas não costumam ser levadas à apreciação do Congresso Nacional.

Nos últimos anos, porém, outro fator parece ter acirrado a situação de protagonismo do judiciário. Conforme algumas rebeliões ocorridas em diversas partes do mundo sugerem[1], há um alto grau de insatisfação de cidadãos e cidadãs quanto a um efetivo distanciamento entre sociedade civil e os centros de poder e decisão estatais. Esse espaço entre Estado e sociedade civil, a ser em boa parte preenchido pelas instituições, tende a se transformar num enorme vácuo quando elas não parecem funcionar no sentido de traduzir as demandas e

[1] É difícil agrupar esses movimentos em torno de suas motivações, que na maioria dos casos sequer podiam ser identificadas. Se há algo em comum entre o *Occupy Wall Street*, a Primavera Árabe, os protestos contra a austeridade na Grécia ou as "Jornadas de Junho" de 2013 no Brasil, está no fato de que "nenhum deles pode ser reduzido a uma única questão, pois todos lidam com uma combinação específica de (pelo menos) duas questões: uma econômica, de maior ou menor radicalidade (de temáticas que variam de corrupção e ineficiência até outras francamente anticapitalistas), e outra político-ideológica (que inclui desde demandas pela democracia até exigências para a superação da democracia multipartidária usual)" ZIZEK, Slavoj. Problemas no Paraíso: artigo de Slavoj Žižek sobre as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. **Blog da Boitempo**. São Paulo, 05 jul. 2013. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br/2013/07/05/problemas-no-paraiso-artigo-de-slavoj-zizek-sobre-as-manifestacoes-que-tomaram-as-ruas-do-brasil/>. Acesso em: 30 mai. 2016.

reivindicações dos grupos sociais em ações capitalizadas por agentes estatais ou na produção de espaços de auto-regulação.

No caso brasileiro, esse descontentamento em relação aos órgãos de poder tende a ser canalizado por iniciativas que envolvam a atuação da esfera jurisdicional. Além das demandas pela concretização de direitos fundamentais, apela-se ao judiciário como forma de controlar o jogo político, de questionar o processo legislativo, ou mesmo clamando pela responsabilização e punição de agentes públicos acusados de corrupção. O encargo de componente ativo dentro da estrutura política nacional levou assim as instituições judiciárias a direcionar um olhar mais cuidadoso sobre as relações entre Estado e sociedade civil - e, dentro desse processo gradual, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal (STF) se coloca na linha de frente. Sua destacada atuação tem lhe assegurado um protagonismo cada vez maior na esfera pública, e o conteúdo de suas decisões há muito transcende os debates jurídicos especializados. É notório que o STF tomou para si, mais do que nunca, a tarefa de ser uma verdadeira "Corte Constitucional"[2].

A despeito das desconfianças, todo esse ambiente de mudanças parecia implicar uma atmosfera favorável de legitimidade das instituições que refletia, de um modo mais geral, um fortalecimento democrático. A arena do judiciário se tornava o campo predileto na luta pelo poder de influenciar o Estado em suas decisões, fato que tendia a ser visto como positivo. Ao menos desde as eleições presidenciais de 2014, porém, esse cenário de transformações foi atravessado por uma forte instabilidade política. A atuação do judiciário - e do STF em particular - voltou a ganhar importância, mas dessa vez bem mais permeada por receios e críticas. Em linhas gerais, pode-se dizer que a falta de credibilidade dos poderes legislativo e executivo contribuiu para que o jogo político adentrasse cada vez mais a esfera do judiciário - a tão debatida *judicialização da política*[3]. E uma vez que as fronteiras entre direito e política são reduzidas, fica cada vez mais difícil garantir que os argumentos utilizados possuam fundamentos jurídicos. Há uma forte tendência de que as partes derrotadas nesse tipo de

[2] Como afirma José Rodrigo Rodriguez, "a coincidência de reformas institucionais e de um novo ambiente político permitiram que pela primeira vez a Constituição Federal pudesse se tornar de fato o objeto por excelência da atividade do STF." RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 198.

[3] Conceito sob o qual se costuma descrever o fenômeno que consiste, segundo Marcos Veríssimo, em "uma espécie de 'fuga' cada vez mais acelerada dos temas políticos (de política pública, de ação governamental executiva, de política representativo-partidária) para dentro do mundo do direito e, deste, para dentro dos órgãos judiciários." VERÍSSIMO, Marcos. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 408. Para uma elaborada crítica à utilização deste conceito, ver o capítulo 5 de RODRIGUEZ, op. cit., 2013.

conflito busquem desqualificar o conteúdo das decisões judiciais como atos "políticos" - e não raro encontram motivos razoáveis para sustentar suas afirmações.

Em função desses desdobramentos, as teorias do direito e da decisão judicial são levadas constantemente a revisarem seus conceitos, sob pena de um distanciamento fatal da realidade. Mesmo aquelas posições que indicam como a jurisdição *deve* se comportar - e que em certa medida não deveriam ser diretamente influenciadas pela prática - não parecem imunes a alterar suas visões de acordo com a sobreposição de diferentes diagnósticos sobre a atividade jurisdicional. As teorias críticas costumam ser mais receptíveis ao reconhecimento de novas práticas e alterações nos padrões decisórios, mas nem por isso seu manejo se torna facilitado; pelo contrário, mais mudanças significam maior complexidade e, consequentemente, mais problemas a serem considerados, com múltiplas respostas possíveis.

Toda vez que o STF é cobrado para que decida sobre temas que envolvam disputas políticas, atos executivos ou produção legislativa - e não têm sido poucas as vezes em que isso acontece - reaparece a questão da legitimação do tribunal para decidir esses tipos de questões. Estaria o STF usurpando prerrogativas dos demais poderes? Quem acredita que é esse o caso, censura a Corte por seu ativismo; outros evitam arriscar uma resposta geral, entendem que os limites entre os poderes não são tão claros como à primeira vista pode parecer, preferindo que se proceda a uma análise caso a caso - mas ambas as posições se mostram preocupadas com os rumos que a estrutura institucional pode tomar, especialmente em tempos conturbados.

Com efeito, a atuação do STF tem sido vista com ressalvas por parte da comunidade jurídica não apenas quando o que está em jogo são questões políticas. A decisão do tribunal no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 126.292[4], por exemplo, foi fortemente criticada por doutrinadores que entenderam que o STF "reescreveu a Constituição e aniquilou garantia fundamental"[5] e que "jogou no lixo os direitos assegurados de todo cidadão brasileiro que responde a um processo criminal"[6]. Decisões como essa parecem confundir ainda mais aqueles que buscam identificar o modelo jurisdicional adotado pelo STF, e parece mesmo

[4] Ao negar o Habeas Corpus por 7 votos a 4, o STF entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não traz ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. A decisão modificou o entendimento anterior da corte estabelecido no julgamento do HC 84.078, em 2009.

[5] STRECK, Lenio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 05 jun. 2016.

[6] BITENCOURT, Cézar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Acesso em: 02 jun. 2016.

razoável colocar em dúvida sua própria existência como tribunal: não estaríamos, afinal, diante de um órgão legislativo?[7]

Não há como aprofundar essa discussão aqui. Nesse momento, importa notar o efeito mais geral de *mobilização* da dogmática e da teoria jurídicas produzido pela atuação do STF; sejam críticos ou entusiastas, teóricos e doutrinadores buscam um ponto de apoio para compreender o padrão de funcionamento da Corte, nem que seja para negar que qualquer tipo de padrão possa ser estabelecido. E, tendo em vista os esforços despendidos por diversas áreas do conhecimento jurídico, faz sentido perguntar se os estudos sobre Direito e Literatura também não possam dar a sua contribuição. Se a resposta for afirmativa, interessa saber que tipo de contribuição pode ser essa e sob quais abordagens.

2 DIREITO E LITERATURA NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO

Que possíveis interconexões com a literatura possam pôr uma luz na compreensão de uma atividade jurisdicional um tanto confusa é algo certamente complicado de se sugerir. A tendência desses estudos é apontar justamente no sentido oposto à familiaridade do direito, ou seja, mostrar aos juristas que a linguagem é problemática, que as significações são plurais ou que suas vastas compilações de leis e institutos são quase tão caóticas quanto obras literárias. Em especial, há uma aposta no poder da literatura como crítica de um discurso jurídico que opera através de concepções naturalizadas - noções e práticas que habitam o inconsciente dos juristas identificadas de forma perspicaz por Luis Alberto Warat sob a rubrica do "senso comum teórico dos juristas"[8].

Não raro, busca-se no potencial inesgotável das fontes literárias uma observação renovada sobre noções jurídicas como o contrato[9], o julgamento[10], ideais de justiça[11] e muitos outros temas e situações que habitam o universo do direito. Promover o material literário à condição de lugar privilegiado do debate jurídico talvez seja a principal virtude dos estudos agrupados sob a categoria do Direito *na* Literatura. Esse registro é significativo como ponto

[7] RODRIGUEZ, José Rodrigo. O STF não é um Tribunal. **JOTA**, São Paulo, 13 mar. 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-stf-nao-e-um-tribunal>. Acesso em: 02 jun. 2016.
[8] WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Sequência**, Florianópolis, v . 3, n. 5, pp. 49-57, 1982.
[9] *O Mercador de Veneza*, de Shakespeare, e as diferentes versões do pacto faustiano (Goethe, Bulgákov, Thomas Mann) são exemplos recorrentes sobre o tema.
[10] Como no exemplo transcrito a seguir, retirado do Grande Sertão: Veredas de Guimarães Rosa. O Estrangeiro de Albert Camus, O Processo de Franz Kafka e O círculo de giz caucasiano de Bertold Brecht são outras obras frequentemente citadas.
[11] A peça *Antígona*, de Sófocles, é certamente um marco nas narrativas literárias sobre o problema da justiça; seguem-se a ela inúmeros exemplos.

de partida para investigações sobre a natureza literária que subjaz aos discursos do direito, cujas possibilidades de desenvolvimento são amplas e diversificadas.

Um passo decisivo para interpelar a prática e o ensino jurídicos via literatura foi dado pelo grupo de autores reunidos em torno do *Critical Legal Studies* (CLS), sobretudo na sua vertente norte-americana. Contando com membros influenciados pelo desconstrutivismo e pela crítica marxista, e figuras proeminentes como Duncan Kennedy e Roberto Mangabeira Unger, o CLS foi fundamental para a constituição de um espírito crítico nos estudos jurídicos norte-americanos a partir da década de setenta. Para dar conta da proposta deste artigo, visto que não é possível aprofundar-se nos pormenores dessa rica tradição intelectual, talvez seja suficiente considerar a crítica que Neil MacCormick dirigiu ao movimento - assim, de uma só feita, consideramos alguns de seus pressupostos e de suas possíveis fragilidades.

MacCormick rende elogios a atitude teórica do CLS como um todo, mas identifica algumas premissas equivocadas quando se procura situar seus trabalhos dentro de uma teoria geral sobre o direito.[12] O tom iconoclasta dirigido às concepções acadêmicas dominantes sobre o direito é em larga medida valorizado como ferramenta crítica, mas por si só não oferece soluções racionais para pensar o fenômeno jurídico na visão do auto-proclamado legalista MacCormick. O legalismo[13] do autor, comprometido com o "rule of law"[14], impõe um trabalho de "reconstrução racional"[15] que o CLS parece incapaz de realizar. A posição do CLS implica numa negação de que o legalismo seja desejável ou mesmo possível, e o faz com base na consideração de que, toda vez que um princípio (P) é demarcado pela jurisdição para resolução de um caso, um contra-princípio (CP) também deve ser considerado como apoiando uma decisão concorrente. Considerando que tanto P e CP constituam fundamentos legais para decidir o caso, a preferência por P normalmente se daria por razões de escolha política ou ideologias ligadas ao entendimento dogmático tradicional, e não por argumentação ou deliberação racional.[16] A consideração de um contra-princípio possível seria o primeiro passo

[12] MACCORMICK, Neil. Reconstruction after deconstruction: a response to CLS. **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford, v. 10., n. 4, 1990, p. 540.
[13] Explica o autor: "O que eu chamo de legalismo é, na verdade, uma postura ética e política sobre o direito, não uma atitude desprovida de imaginação em relação a sua aplicação ou uma fé indevida nas possibilidades de literalidade na interpretação jurídica." Ibid., p. 551. As traduções do inglês presentes no artigo são livres.
[14] O "rule of law" [império do direito] de MacCormick não é propriamente o seu "legalismo", mas uma atitude de comprometimento com este. Ibid., p. 541.
[15] De acordo com MacCormick, a reconstrução racional é o modo pelo qual os pesquisadores selecionam e reorganizam o vasto corpo de materiais e dados de observação que o direito lhes oferece de uma forma confusa, desordenada e potencialmente contraditória. Ibid., p. 556.
[16] Ibid., p. 552-553.

para se construir uma doutrina "desviacionista", isto é, "uma dogmática jurídica diferente em estilo e substância"[17] daquela considerada hegemônica.

Num sentido mais geral, a tese do CLS comporta a afirmação de que há controvérsias irresolúveis em termos de decisão judicial (como dizer racionalmente que o uso de P é mais apropriado ao caso do que CP?), afirmação que MacCormick se recusa a admitir. Essa tese ecoa de uma forma muito semelhante àquelas que partem da constatação de que a literatura frequentemente interpela o direito através de aporias. Um exemplo: quando Riobaldo, o jagunço de Guimarães Rosa em *Grande Sertão: Veredas*, afirma que o "julgamento é sempre defeituoso, porque o que a gente julga é o passado"[18]. Adotando-se tal perspectiva, é preciso admitir que há, de fato, um "defeito" incurável em todo julgamento ou em toda decisão penal. Contudo, se ainda acreditamos no direito ("para o escriturado da vida, o julgar não se dispensa"[19], reconhece o próprio Riobaldo) bem como na tarefa de compreendê-lo e criticá-lo com vistas a aprimorá-lo, não basta reconhecer que ele dá origem a conflitos sem soluções objetivas ou decretar sua inautenticidade, como os autores do CLS parecem sugerir.[20] Como forma de evitar essas aporias decisórias, MacCormick utiliza a noção de *determinatio*:

> Uma *determinatio* ou concretização de um princípio para um grupo específico de casos não é uma dedução a partir deles, nem a descoberta de um algum sentido implícito; é o ato de estabelecer uma exigência mais concreta e categórica no espírito do princípio, guiado tanto pela percepção daquilo que é praticamente realizável (ou executável) como por um reconhecimento do risco de conflito com outros princípios e valores, eles mesmos concretizados através de outras *determinationes*.[21]

O recurso à *determinatio* é a saída encontrada por MacCormick para justificar a possibilidade de uma reconstrução racional do direito. Não faria sentido reconstruir um direito ao qual se atribui um caráter de profunda acidentalidade ou mesmo de inautencidade. Mas isso não quer dizer que MacCormick defenda a ideia de que o direito apareça por si só como algo organizado, dedutível a princípios. A tarefa de organizá-lo segundo padrões racionais cabe aos estudiosos do direito, que devem reconstruir ativamente um vasto material que, como o próprio MacCormick reconhece, é confuso e desordenado.[22]

A expressão "racional" pode soar estranha aos estudos de viés literário; afinal, a literatura muitas vezes nos serve de escudo ou oferece uma espécie de reserva

[17] Ibid., p. 553.
[18] ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 285.
[19] Loc. cit.
[20] MACCORMICK, op. cit., p. 551-552.
[21] Ibid., p. 548.
[22] Ibid., p. 556.

ficcional/imaginativa frente a uma crescente racionalização do mundo. Todavia, ao menos nesse ponto, não devemos imaginar uma tensão entre racional e literário, como se estivéssemos tratando de dois polos opostos: prova disso é o fato de que o próprio MacCormick buscará na noção literária de coerência um recurso para levar seu empreendimento racional, como veremos adiante.

Em que pese a argumentação do CLS e a aporia do julgamento apontada pela literatura de Guimarães Rosa possuírem uma relevante distinção teórica, a resposta de MacCormick parece servir a ambas, como também para os estudos de Direito e Literatura que visem uma aproximação com a prática jurídica de forma a melhor compreendê-la. As atitudes de estranhamento ou desnaturação do direito são prodigiosas, mas se quisermos nos aproximar à atividade jurisdicional para compreender seus modos de funcionamento elas talvez não sejam suficientes. É preciso algo a mais do que desconstruir concepções naturalizadas e estereótipos jurídicos, o que parece significar um passo a mais em direção a uma reconstrução - não necessariamente "racional" no sentido de MacCormick, mas reconstrução de algum tipo.

Sem abandonar o campo de afinidades com a literatura, um bom caminho parece ser alterar nosso registro inicial do Direito *na* Literatura para a vertente menos explorada (ao menos no Brasil) do Direito *como* Literatura que, conforme veremos a seguir, tende a se desdobrar na visão do direito como *narrativa*. Uma breve passagem por algumas das ideias formuladas em torno da narrativa no direito nos permitirá voltar à questão da atividade do STF com ferramentas e concepções renovadas.

3 DIREITO COMO NARRATIVA

Em linhas gerais, o rótulo Direito *como* Literatura agrupa os esforços de se identificar estruturas fundamentais que sejam comuns à prática jurídica e à ficção literária e, a partir disso, desenvolver raciocínios que possibilitem compreender os fenômenos jurídicos sob outras perspectivas, sobretudo linguísticas. A ênfase desses estudos certamente recai, até o presente momento, sobre o uso do conceito de narrativa - seja para compreender o direito como um todo ou para explicitar as ferramentas utilizadas pelos juízes na decisão dos casos.

Um problema teórico evidente da narrativa é a sua amplitude: afinal, mesmo no âmbito mais geral das relações humanas, o que não é ou não pode se tornar narrativa? Não raro, os juristas utilizam esse termo de forma inconsciente - sobretudo quando pretendem dar uma ideia de continuidade no tempo e não encontram nada melhor à disposição - de tal forma

que o sentido predominante da narrativa no discurso jurídico parece ser precisamente aquele que não sugere nenhum significado específico. Assim, o ônus de provar que a narrativa não é um vocábulo qualquer para conectar ideias parece incidir sobre quem sugere que ela é algo mais do que isso: que ela pode ser uma ferramenta elaborada para se pensar o direito.

De fato, os juristas que se apoiam na ideia de narrativa procuram demonstrar que ela não precisa ser entendida necessariamente como algo irrestrito, fadado a servir de recurso comunicativo ou mero recipiente de pontos de vista distintos. Refletir sobre a presença da narrativa no direito talvez seja uma forma de refinar nossa experiência jurídica, de compreender como os textos legais se relacionam com os significados construídos fora dele, ou de reconhecer que a própria prática do direito é fundamentalmente narrativa.

Não há nada de incomum na afirmação de que o direito se faz contando e recontando histórias, compondo e recompondo estados de coisas - a prática advocatícia, a atividade dos juízes e o trabalho das cortes superiores em larga medida a comprovam. Como narrativas, os julgamentos tentam dar conta dos fatos como eles *realmente* se deram, embora saibamos, como Riobaldo, que uma reconstituição perfeita de fatos passados é sempre defeituosa. Seja qual for o grau de verossimilhança a ser estabelecido em relação ao estado de coisas real, porém, um julgamento versa sobre fatos apenas na medida em que eles são *narrados* em juízo - seja através de peças processuais, depoimentos ou sustentações orais. Do cliente ao advogado, do promotor ao juiz, das testemunhas ao júri; em todas as direções há narrativas sendo postas em circulação, categorizadas sob linguagem jurídica quando necessário.

Toda vez que determinada situação é levada ao conhecimento e apreciação das diferentes esferas do poder judiciário pode-se facilmente identificar a ocorrência da estrutura básica de uma narrativa[23]: (1) estado de coisas inicial (2) de onde emerge uma questão ou problema (3) a ser resolvido por meio de uma disputa (4) para que o estado anterior seja mantido ou alterado (5) gerando uma história possível de ser recontada. Como um todo, a narrativa jurídica será constituída por um embate entre instâncias capazes de proferirem discursos a ser resolvido por uma instância dotada de autoridade sobre o sentido *jurídico* de cada uma das falas. E, mais do que recontados, os fatos a serem discutidos em juízo são *constituídos* pelas narrativas.[24]

A imagem do julgamento oferece grande clareza para se vislumbrar como a narrativa atravessa o direito, mas não é suficiente para dar conta do caráter *fundacional* com o qual a

[23] AMSTERDAM, Anthony; BRUNER, Jerome. **Minding the Law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002, p. 113-114.
[24] Ibid., p. 111.

narrativa parece alimentar todo tipo de construção jurídica. O direito impacta na nossa vida sob muitas outras formas, a começar pelo fato de que dificilmente encontramos relações humanas ou com objetos que não sejam de alguma forma *juridicizáveis*, mas sem que isso deva nos arrastar necessariamente aos tribunais em algum momento de nossas vidas. É preciso então estabelecer um cenário mais amplo, que conecte o direito à nossa própria existência, mas que ao mesmo tempo possa preservar o elemento da narrativa de um forma visível. Nesse quesito, o conceito de *nomos* proposto por Robert Cover parece ser um bom candidato. Em seu ensaio *Nomos and Narrative* (1982), o autor introduz essa ideia da seguinte forma:

> Nós habitamos um *nomos* - um universo normativo. Nós constantemente criamos e mantemos um mundo de certo e errado, lícito e ilícito, sólido e vazio. O estudante de direito pode vir a identificar o mundo normativo com a parafernália profissional do controle social. As regras e princípios de justiça, as instituições formais do direito, e as convenções de uma ordem social são, de fato, importantes para esse mundo; mas elas são, entretanto, apenas uma pequena parte do universo normativo que deveria reivindicar nossa atenção. Nenhum conjunto de instituições ou prescrições legais existe separado das narrativas que lhes localizam e lhes dão sentido.[25]

A visão expressa nesse trecho parece dar conta, ao mesmo tempo, do peso que a narrativa assume para o nosso mundo e da natureza que esse mundo assume sob a perspectiva do direito. O *nomos* representa um outro mundo que habitamos e que é, como afirma Cover, "tão 'nosso mundo' quanto o universo físico de massa, energia e movimento".[26] O direito aparece nessa visão como algo mais do que regras de comportamento a serem obedecidas, mas como uma série de preceitos com os quais nos comunicamos uns com os outros.[27] E as vias de circulação desses preceitos - que partem do sistema normativo e chegam a nossas construções sociais da realidade - são essencialmente os dispositivos da narrativa.[28]

Em suma, Cover sugere que nada que venha a ser proclamado como direito possa prescindir de narrativas, e essa afirmação representa um alicerce fundamental para a proposta de uma visão narrativista do direito. Mas, por outro lado, o problema da amplitude narrativa persiste. Dizer que toda construção jurídica se baseia em narrativas pode ser algo bastante revelador (ou parecer, ao contrário, trivial), mas isso não possibilita visualizar imediatamente

---

[25] COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: < http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 05 jun. 2016, p. 4.
[26] Ibid., p. 5.
[27] Ibid., p. 8.
[28] "O direito pode ser visto como um sistema de tensão ou uma ponte ligando um conceito de uma realidade a uma alternativa imaginada - ou seja, como uma conexão entre dois estados de coisas, ambos podendo ser representados em seu significado normativo apenas através dos dispositivos da narrativa." Ibid., p. 9.

de que forma a narrativa possa ser considerada como ponto de observação privilegiado sobre a prática jurídica - ou, por exemplo, sobre a intrincada atividade jurisdicional do STF.

Não obstante, existem bons exemplos de investigações narrativas que buscam compreender como a jurisdição se apropria das narrativas sob formas específicas. José Calvo González aponta duas variantes importantes de construções narrativas sobre a realidade jurídico-processual desenvolvidas em regiões diferentes: nos Estados Unidos, a chamada *narrative jurisprudence*, vinculada à teoria da decisão judicial; no continente europeu, as ancoragens narrativas (*anchored narratives*) baseadas em esquemas narrativos (*story schemes*).[29] Ambas têm como mérito proporcionar uma abertura dos padrões probatórios e deliberativos da jurisdição graças à incorporação de registros narrativos que apontem para a verossimilhança e aceitabilidade dos argumentos das partes e da decisão judicial.

No entanto, ressalta Calvo González, nenhuma dessas abordagens chamou tanta atenção dos juristas quanto a aplicação da ideia de coerência narrativa, particularmente nas concepções do já mencionado MacCormick e de Ronald Dworkin. Para Dworkin, a coerência é a forma de manifestação de um direito íntegro, fundado na tradição constantemente reescrita dos precedentes típica do *common law*. Buscando na interpretação literária um modelo para a análise jurídica, Dworkin concebe a metáfora do "romance em cadeia"[30] (*chain novel*) para exemplificar a tarefa que os juízes devem assumir frente a um caso concreto na presença de precedentes a serem considerados. A concepção dworkiniana deve ganhar importância para o direito brasileiro na medida em que o Novo Código de Processo Civil estabelece, em seu artigo 926, que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente."[31]

Evidentemente, há um longo caminho a ser percorrido em direção ao estabelecimento de um direito íntegro e coerente por parte da jurisdição brasileira, mas a noção de coerência proposta por Dworkin fornece ao menos uma consideração importante para se pensar a narrativa dentro dos mais diversos contextos jurisdicionais: a necessária ligação entre as decisões judiciais sob uma perspectiva temporal. É característico das narrativas literárias um

[29] CALVO GONZÁLEZ, José. **Direito curvo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 45-47.
[30] Dworkin explica a metáfora da seguinte maneira: "Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então." DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235-236.
[31] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 jun. 2016.

potencial aparentemente inesgotável de inventidade, ou seja, uma liberdade radical que os autores possuem para manipular as palavras em sua criação. O processo criativo dos juízes, no entanto, não pode ser tão livre quanto o dos escritores. Na medida em que cada decisão se comunica com as outras, não há espaço para histórias, por assim dizer, tão "originais" quanto na literatura, lugar onde as obras anteriores normalmente servem como fontes de inspiração, mas não como precedentes no sentido jurídico.

O modelo de coerência narrativa de MacCormick, por outro lado, se coloca no âmbito da argumentação jurídica, tomando parte no modelo mais geral de reconstrução racional proposto pelo autor. Em casos difíceis, onde não há prova direta para fixar a ocorrência dos fatos, a coerência narrativa funciona como um instrumento de controle (*test*) racional na medida em que estabelece critérios de verdade.[32] Esse modelo de coerência aparece como uma crítica possível ao modelo de racionalidade da jurisdição brasileira; como ideal a ser atingido, porém, parece pouco promissor dentro das condições atuais.[33]

Tanto em Dworkin como em MacCormick, a coerência narrativa aparece como uma *ferramenta* para compreender e/ou criticar o direito produzido nos tribunais. Seu alcance é, portanto, limitado ao tipo de empreendimento visado por cada autor, seja o de vincular julgamentos presentes e futuros a decisões passadas, seja o de promover a racionalidade da argumentação em casos difíceis. Mas e se, retomando o *nomos* de Cover, seguirmos a trilha que afirma que o direito possui natureza e propriedade narrativas; isso não nos impele a pensar a narrativa como algo mais do que uma ferramenta a serviço de um determinado tipo de teoria ou de crítica da decisão judicial? Não poderia a narrativa, ela própria, dar corpo a uma teoria do direito?

Esse é o caminho pelo qual Calvo González procura seguir com a sua proposta de uma Teoria Narrativista do Direito. O narrativismo como teoria jurídica não subestima o problema da coerência narrativa mas, na verdade, o toma com maior profundidade quando comparado aos modelos de *aplicação* narrativa como o de MacCormick; o enfoque, mais radical, recai sobre como a narrativa *constrói* sentido a partir da atividade interpretativa. Sentidos atribuídos a enunciados fáticos são sentidos criados por meio de narrativas, diz o narrativismo. Assim, o objeto principal da Teoria Narrativista do Direito "consiste no estudo das estruturas que a partir do material fático e normativo *constroem narrações*".[34] Para realmente se compreender

[32] CALVO GONZÁLEZ, op. cit., p. 49.
[33] Para uma descrição do modelo de racionalidade jurisdicional brasileiro, ver o capítulo 2 de RODRIGUEZ, op. cit., 2013.
[34] CALVO GONZÁLEZ, op. cit., p. 53.

o que está em jogo quando se fala em narrativismo é preciso recorrer ao seus fundamentos, presentes na relação entre direito e ficção:

> A ficção é o estatuto transversal do jurídico. O direito é prova superlativa do recurso à poética ficcional. Sua utilização deriva de sua eficiência; a ficção sempre alberga amplas possibilidades de se impor sobre "a realidade", e, de fato, se assim ocorre em se tratando do "mundo jurídico", certamente todo o Direito é *transrealismo* graças à poética da ficcionalidade. Para a Teoria Narrativista do Direito é importante explicar e compreender que nossos sistemas jurídicos são instalações ficcionais e, às vezes, hiperficcionais.[35]

Uma teoria desse tipo compreende o *corpus juris* como categoria discursivo-narrativa capaz de dar vazão a mundos diferentes do real. Tal como a literatura, o direito produz, através de suas ficções sociais, *figurações reais* que "instituem novas condições *no* mundo 'real' e, em acréscimo, com amplas possibilidades de acabar por se imporem *ao* mundo 'real'."[36] O narrativismo capta a intersecção entre o jurídico e o literário comparando seus estatutos ontológicos; ambos são dispositivos contra-fáticos, ou seja, geram mundos diferentes do mundo físico, de "massa, energia e movimento" como diria Cover.

A Teoria Narrativista do Direito é, sem dúvida, uma implicação muito mais profunda do conceito de narrativa em comparação às abordagens que a utilizam como ferramenta ou método de análise. Sua ambição como teoria é justificada, mas, há que se reconhecer, exige uma discussão muito mais minuciosa do que se poderia estabelecer aqui. Se a ideia de narrativa pode funcionar como método, crítica ou teoria do direito é uma questão que, por ora, deve ficar em aberto. Talvez seja melhor começar orientando o trabalho a ser feito pelo tipo de problema a ser enfrentado do que pelo entendimento a ser seguido. Tratando as diferentes correntes dos estudos sobre direito e narrativa como alternativas possíveis, cumpre então voltar ao cenário brasileiro, onde esse tipo de incursão é ainda pouco explorada.

4 VISÃO NARRATIVISTA DO STF

Como vimos, a narrativa pode ser uma via para se criticar a jurisdição em prol da ideia de coerência. Mas seria conveniente adotá-la dessa forma quando o objeto de estudo é o STF (ou, num sentido mais geral, o direito brasileiro)? Faz sentido importar um modelo crítico como os de Dworkin ou MacCormick e adaptá-lo a nossa realidade? Esse ponto é certamente discutível. Parece mais razoável atentar, primeiro, para alguns problemas da nossa jurisdição

[35] Ibid., p. 54.
[36] Ibid., p. 55.

que possam ser enfrentados sob a ótica da narrativa, a partir de diagnósticos sobre como ela realmente funciona - sem necessariamente associá-la a pretensões de coerência advindas de teorias externas a nossa realidade. Não é absurdo pensar que a narrativa possa se revelar justamente uma forma de refletir sobre uma jurisdição que não parece nada coerente.

As características da jurisdição brasileira encontram no STF um modelo mais ou menos generalizável, ao menos em termos de estrutura decisional. Não há nenhum tipo de regra sobre como os ministros devem fundamentar seus votos e nem precisa haver discussão entre eles. Para efeitos de decisão, o que importa é o placar: ganha a posição que somar mais votos, independentemente dos argumentos apresentados. Consequentemente, a decisão não produz um voto majoritário ou uma corrente argumentativa que funcione como precedente para se decidir questões semelhantes no futuro.[37]

Esse modelo proporciona considerável liberdade aos ministros na elaboração dos votos, mas isso não quer dizer (ao menos não exatamente) que eles possam elaborá-los de qualquer maneira. Até pelo fato de que as sessões são públicas e televisionadas, os ministros precisam apreciar os casos em pauta de uma forma que demonstre, no mínimo, conhecimento de causa; mesmo que isso não signifique a adoção de padrões argumentativos racionais. Essa estrutura, digamos, "aberta" do voto - ao mesmo tempo em que é preciso dirigir-se a um resultado final, não há requisitos prévios para se chegar a ele - talvez seja fundamental para se pensá-lo como uma narrativa. Nesse sentido, vislumbra-se ao menos dois temas em que a ideia do voto como narrativa poderia ser útil para se compreender a atividade do STF: a questão da *constitucionalidade* e do *desenho institucional* do estado (relacionado ao princípio da separação de poderes).

O controle de constitucionalidade é um dos carros-chefes da atividade do STF no cenário pós-Constituição de 1988. Como já era de se esperar, sob o domínio do termo constitucionalidade o tribunal frequentemente vê-se confrontado menos por discussões cujos conteúdos estão juridicamente delimitados do que com conflitos morais, políticos, sócio-culturais ou religiosos. Longe de possuir um sentido pré-fixado que pudesse ser "desvendado" pela atividade jurisdicional, a Carta Constitucional abriu um leque de disputas pelo controle social dos preceitos jurídicos que regulamentam a atividade estatal. Com efeito, debates entre visões de mundo radicalmente distintas ou projetos políticos irreconciliáveis mudaram-se para a arena do Judiciário e, notadamente, para o âmbito do STF.

[37] Essa é uma descrição muito resumida do painel traçado nos capítulo 2 e 3 de RODRIGUEZ, op. cit., 2013.

Ações afirmativas como as cotas raciais nas universidades públicas são medidas constitucionais? Diante de uma questão como esta - suscitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186 - é difícil defender uma resposta proveniente de um raciocínio puramente jurídico. É mais plausível dizer que os ministros do STF operam, em um caso como esse, com diferentes *construções narrativas* que situam a discussão dentro de parâmetros jurídicos, mas com base numa leitura do fenômeno tal como situado no âmbito da sociedade. Sobretudo em casos de grande repercussão, o acórdão é a oportunidade de fornecer uma resposta jurídica aos questionamentos da sociedade que é, em maior ou menor grau, a principal destinatária da decisão. Pensando na dicotomia sugerida por Robert Cover entre direito como poder e direito como significado[38], a atividade do STF nas ações de constitucionalidade parece consistir na busca do direito como significado sob a instância legitimadora do poder. A argumentação dos ministros procura refletir a atividade social (que envolve a circulação de diferentes significados), enquanto a decisão final, ainda que não ponha em discussão todos os significados envolvidos, deve se impor sob a forma do código constitucional/inconstitucional.

É de se questionar - conforme cada caso, evidentemente - o quanto esse código é realmente jurídico. Em questões que permitem amplas interpretações sobre o sentido do texto constitucional, é perfeitamente possível associar a constitucionalidade a construções narrativas que procurem captar a atmosfera social em relação ao tema debatido: estaríamos assim em face de um código não apenas jurídico, mas essencialmente narrativo. A situação de constitucionalidade de uma prática administrativa ou de um instrumento legal pode muito bem ser uma questão de enquadramento da norma às circunstâncias temporais, e não ao próprio texto da Constituição. Na ADPF 186, por exemplo, o Ministro Gilmar Mendes alude expõe o seu entendimento a respeito das cotas raciais da seguinte forma: "é uma lei [referindo-se aos atos da Universidade de Brasília (UnB) contestados na ação] ainda constitucional; é um modelo que pode tender, se for mantido, se não for revisto, para um quadro de inconstitucionalidade."[39]

Não há como qualificar juridicamente alguma medida como "ainda constitucional" ou "quase inconstitucional"; ao final do julgamento, ou sua constitucionalidade é assegurada ou decreta-se sua inconstitucionalidade. A incidência de um fator temporal nesse caso só pode

[38] COVER, op. cit., p. 18.
[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Abril, 2012. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 31 mai. 2016, p. 170.

ser compreendida à margem das categorias jurídicas. O ministro está se referindo a uma situação fática que pode vir a ser modificada (ou melhor, cuja modificação parece iminente), quando as normas a serem analisadas - normativas da UnB e Constituição Federal - poderiam continuar as mesmas. Ao afirmar que nas condições presentes a medida é constitucional, mas que mais adiante tenderá para uma inconstitucionalidade, o ministro elabora interpretações sobre dois cenários distintos, um atual e um futuro, e os conecta através de uma narrativa.[40]

Em questões complexas como essa, cujas decisões interferem diretamente na vida de uma parcela considerável da sociedade, é recorrente os ministros afirmarem a necessidade de ouvir "a voz das ruas". É inegável que, em alguns casos, evocações desse tipo soam como artifícios puramente retóricos para legitimar seus votos. Mas isso não nega a possibilidade de que manifestações no seio da sociedade civil possam influenciar, de fato, as decisões do STF. Seja através de pressões externas ou na condição de *amicus curiae*, os grupos interessados podem oferecer suas próprias visões sobre um determinado tema, isto é, produzirem narrativas sobre situações de fato capazes de serem incorporadas pelos juízes em suas fundamentações. Sob essa perspectiva, a ideia de narrativa poderia estabelecer um vínculo entre a sociedade civil e a jurisdição, ou sobre como esta procura legitimar suas decisões a partir de visões sobre aquela.

Uma segunda problemática a ser considerada do ponto de vista narrativo é a da separação de poderes - frequentemente associada ao rótulo da judicialização da política. Uma vez que o STF é chamado a decidir sobre matérias que supostamente deveriam ficar a cargo dos demais poderes, alimenta-se o debate sobre o desenho institucional do Estado - a delimitação da esfera de atuação de cada poder. Esses limites podem não parecer tão claros como à primeira vista, e novamente o fator temporal pode influenciar as visões sobre até que ponto o judiciário possui legitimidade para tratar de questões tradicionalmente abarcadas pela política. Mas também pode ser que os ministros interpretem o mesmo momento histórico de maneira divergente e, em consequência, adotem posições distintas acerca do lugar destinado ao judiciário dentro da estrutura institucional.

É o que se depreende dos votos proferidos pelo Ministro Ricardo Lewandowski e pela Ministra Rosa Weber no julgamento da ADPF 54, que versava sobre a constitucionalidade de se interpretar a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Ao justificar sua decisão pela improcedência

[40] O *nomos* de Cover capta essa postura de ligar presente e futuro por meio de uma construção narrativa: "Um *nomos*, como um mundo do direito, envolve a aplicação da vontade humana a um estado de coisas existente bem como em direção a nossas visões sobre futuros alternativos. Um *nomos* é um mundo presente constituído por um sistema de tensão entre realidade e visão." COVER, op. cit., p. 9.

do pedido de constitucionalidade da interpretação da norma, o Ministro Lewandowski utilizou-se de uma argumentação baseada na impossibilidade do STF atuar como legislador positivo[41] em face de uma norma penal, a seu ver, claríssima[42] - ou seja, desprovida de qualquer espaço para interpretação. O fato da legislação criminal não ter sido alterada pelo Congresso Nacional - reflexo, segundo o ministro, da "abissal cisão da própria sociedade brasileira em torno da matéria"[43] - demonstraria que os parlamentares "houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto"[44]. Portanto, caberia apenas ao legislativo, como "intérprete último da vontade soberana do povo"[45], a decisão de alterá-la.

Postura bastante distinta encontra-se no voto da Ministra Rosa Weber, resultado não apenas numa tomada de posição contrária - a exemplo da maioria dos ministros, ela advoga pelo cabimento de interpretação conforme a Constituição sobre o dispositivo em questão - mas de uma argumentação que se opõe frontalmente ao voto do Ministro Lewandowski. A ministra põe em dúvida a justificativa da "vontade do legislador"[46], entendimento presente na argumentação do Ministro Lewandowski que, segundo ela, não apenas é questionável em relação ao caso como também, de modo geral, "não é critério seguro para a hermenêutica jurídica"[47] em face das constituições atuais.[48] Rosa Weber também contesta a visão cristalina

[41] Afirma o ministro que "não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Abril, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 30 mai. 2016, p. 245.

[42] Neste ponto, o ministro evoca a Escola da Exegese francesa que, segundo ele, "legou-nos uma assertiva de difícil, senão impossível, contestação: *In claris cessat interpretatio*. Ou seja, quando a lei é clara não há espaço para a interpretação.", Ibid., p. 244.

[43] Ibid., p. 246.

[44] Ibid., p. 241.

[45] Loc. cit.

[46] A relevância desse tema para o caso residiria na circunstância "de o legislador supostamente ter retirado, de forma deliberada, a anencefalia do rol das excludentes de ilicitude do crime de aborto previstas no art. 128 do Código Penal." A Ministra Rosa Weber admite que "no caso dos autos o argumento da vontade do legislador não pode ser simplesmente ignorado, ainda que sabidamente a interpretação histórica, pelo caráter subjetivo e pelo influxo da passagem do tempo autorizador da releitura dos enunciados normativos (basta lembrar o fenômeno das mutações constitucionais), não se revista de maior relevo e esteja em jogo preceito muito anterior à Constituição de 1988". Ibid., p. 112-113.

[47] Ibid., p. 123.

[48] Sobre esse ponto, argumenta a ministra: "Entre outras coisas, as Constituições atuais determinam a forma de produção e o conteúdo das leis. E, na linha do desenvolvimento do constitucionalismo americano, as Constituições contemporâneas determinaram claramente a sua supremacia institucionalizando o controle de constitucionalidade por meio da jurisdição constitucional, de modo que hoje é inegável caber ao Judiciário controlar constitucionalmente as leis criadas pelo Legislativo. Claro está que a vontade do legislador agora concorre com a forma e o conteúdo da Constituição. Disso decorre que não há hierarquia entre técnicas de interpretação. Como a lei não pertence ao legislador, mas a seus destinatários, pois não é da vontade que decorre a validade, e como a lei (que, como não pertence ao legislador, passa a ser mero texto) tem de estar de acordo com critérios formais e materiais do texto constitucional - que, por sua vez, como texto também precisa ser

do Legislativo como representante legítimo da vontade do povo. Em vez disso, adverte que os parlamentos modernos funcionam com base em acordos e *lobby*, em contraposição à visão clássica "do Legislador como entidade única e racional dotado da capacidade de regular de maneira uniforme e absolutamente sistêmica toda a sociedade."[49]

Cumpre notar que os dois votos mencionados, mais do que decisões contrárias, representam uma disputa entre duas visões institucionais. Por um lado, o Ministro Lewandowski defende um Judiciário mais contido, sem estender-se sobre uma esfera de atuação legislativa que estaria claramente demarcada; por outro, a Ministra Rosa Weber entende ser mais aconselhável que o Judiciário responda a uma demanda urgente da sociedade e preencha uma lacuna normativa do que simplesmente abrace a tese de que ela tenha sido propositalmente deixada pela "vontade do legislador". Uma vez mais, estamos diante de narrativas sobre situações de fato e, o que é mais impactante, narrativas que sustentam duas visões opostas sobre o papel que cabe ao judiciário dentro de um mesmo julgamento, ou seja, sob o mesmo plano temporal.

Ao constatar situações como essa, uma visão narrativista do STF pode sugerir algo mais do que o fato de que nossa jurisdição não seja lá muito racional. Pode ser uma forma de enxergar como os preceitos legais circulam entre sociedade e Estado nesse âmbito privilegiado de disputas que é o poder judiciário. Esse talvez seja o elemento privilegiado da ideia de narrativa em relação às análises baseadas no conceito de argumentação ou apoiadas nas ferramentas da linguística. Isso não sugere que não possa haver comunicação entre elas; no entanto, somente desenvolvimentos posteriores poderão indicar em que medida isso pode ser possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sustentar que o STF possui um determinado padrão de funcionamento tem sido uma tarefa um tanto inglória para teóricos e doutrinadores do direito. Apesar das dificuldades enfrentadas, os diferentes setores da pesquisa jurídica tem buscado, cada um à sua maneira, compreender a atividade do tribunal para então criticá-la conforme os pressupostos adotados. As reflexões de Direito e Literatura ainda são pouco participativas em cenários como esse, e grande parte de seu potencial parece ainda não ter sido explorado.

---

interpretado -, é necessário que o seu conteúdo seja determinado conforme a leitura que se faz da Constituição." Ibid., p. 121.

[49] Ibid., p. 122.

Este artigo procurou identificar caminhos que esse tipo de estudo pode seguir e problemas que ele pode ajudar a compreender, com ênfase no direito como narrativa. Diferentes alternativas já se encontram a disposição, mas visando realidades jurisdicionais diferentes da nossa; o que nos leva a ponderar sobre eles com base nas características da jurisdição brasileira. Se a ideia de narrativa poderá funcionar como ferramenta de análise argumentativa ou como teoria é algo que permanece incerto.

Os diagnósticos da última parte do artigo tentaram, porém, apontar algumas pistas a esse respeito. Cumpre notar, fundamentalmente, que as possíveis contribuições da narrativa parecem estar intimamente ligadas ao desenvolvimento de pesquisas empíricas sobre a nossa jurisdição (no caso desse artigo, sobre a atuação do STF). De toda sorte, essa via parece mais fiel ao espírito crítico dos estudos sobre Direito e Literatura do que a formulação de mais uma teoria com a qual se possa denunciar as faltas do direito brasileiro.

Como sugere seu título, a tentativa inicial do artigo é a de estabelecer uma "visão" narrativista, isto é, uma perspectiva de observação ainda carente de maiores desenvolvimentos conceituais. As diferentes abordagens mencionadas na terceira parte, mesmo que provenientes de tradições jurídicas estrangeiras, devem ser vistas como alternativas possíveis, ainda que tomadas com o devido cuidado ao pensá-las no âmbito da jurisdição brasileira. Isso não significa uma defesa de nosso padrão jurisdicional, mas uma precaução necessária para manter a análise dentro dos parâmetros de seu funcionamento, criticando-o a partir do modo como ele se apresenta e não de um modelo ideal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMSTERDAM, Anthony; BRUNER, Jerome. **Minding the Law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

BITENCOURT, Cézar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Abril, 2012. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Abril, 2012. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 31 mai. 2016.

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

COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 2705, 1983. Disponível em: < http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 05 jun. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACCORMICK, Neil. Reconstruction after deconstruction: a response to CLS. **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford, v. 10., n. 4, pp. 539-558, 1990.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

_____. O STF não é um Tribunal. **JOTA**, São Paulo, 13 mar. 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-stf-nao-e-um-tribunal>. Acesso em: 02 jun. 2016.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

STRECK, Lenio. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 05 jun. 2016.

VERÍSSIMO, Marcos. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, pp. 407-440, jul./dez. 2008.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Sequência**, Florianópolis, v . 3, n. 5, pp. 49-57, 1982.

ZIZEK, Slavoj. Problemas no Paraíso: artigo de Slavoj Žižek sobre as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. **Blog da Boitempo**. São Paulo, 05 jul. 2013. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br/2013/07/05/problemas-no-paraiso-artigo-de-slavoj-zizek-sobre-as-manifestacoes-que-tomaram-as-ruas-do-brasil/>. Acesso em: 30 mai. 2016.