



RDL

REDE BRASILEIRA
DIREITO E LITERATURA

POR QUE O DIREITO PRECISA DAS HUMANIDADES: JULGANDO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA¹

JEANNE GAAKEER²

TRADUÇÃO DE FELIPE ZOBARAN

RESUMO: Este ensaio é a reprodução da “Introdução” do livro *Julgando a partir da experiência: direito, práxis e humanidades*. O objetivo é tornar público à academia o conteúdo e as ideias principais dessa obra instigante.

PALAVRAS-CHAVE: direito e literatura; direito e humanidades; interdisciplinaridade; prática jurídica.

O INTERIOR

Este livro é o reflexo de uma viagem iniciada no fim da década de 1970, quando eu estava cursando um mestrado em Literatura Inglesa e Americana. Naqueles dias, o corpo docente da Universidade de Utrecht, na Holanda, consistia em uma mistura de defensores ferrenhos da Nova Crítica e dos primeiros adeptos de concepções como narratologia, pós-colonialismo e desconstrução, uma combinação que muitas vezes deixava os estudantes perplexos à medida que oscilávamos entre memorizar poesia metafísica e escavar textos em busca de significados ocultos e ideológicos. Essas metodologias geraram em mim um interesse agudo pelo que as pessoas fazem *para* e *com* a linguagem. Quando comecei a minha educação jurídica, fui motivada pela ideia de que o direito é o que as pessoas fazem umas às outras por meio da linguagem. Porém, a decepção estava à espreita. Na época, o padrão eram os cursos que preconizavam a simples

¹ A Anamorphosis agradece a permissão da Edinburgh University Press para publicar a “Introdução” do novo livro de Jeanne Gaakeer: *Judging from Experience. Law, Praxis, Humanities*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2019 (<https://edinburghuniversitypress.com/book-judging-from-experience.html>).

² Professora de *Direito: fundamentos hermenêuticos e narrativos* na Erasmus School of Law, Rotterdam, Netherlands. E-mail: gaakeer@law.eur.nl.

memorização das leis. Onde estavam as pessoas a quem as leis se aplicavam? O que significava aplicar uma lei? O que realmente foi feito pelo acusado em comparação com o que disseram que ele fez? Que concepção de linguagem havia por trás dessa noção de aplicação de leis? Nenhuma resposta foi dada, simplesmente porque essas questões não importavam muito na época. No entanto, quando fiz cursos de filosofia jurídica e de história das ideias do direito – reveladoramente chamados, como ainda hoje o são, de *metajurídicos* –, entendi que a metodologia reflexiva das humanidades tinha seu lugar no direito.

Esse momento decisivo causou uma súbita mudança no meu foco acadêmico. Enquanto procurava por um tema para a minha dissertação, encontrei o *Law and Literature*³ de Richard Posner. O livro veio como um duplo choque. A própria ideia de um vínculo existente entre o direito e a literatura era imensamente consoladora, mas a elaboração de Posner parecia restritiva. Ela reduzia a importância de uma concepção literária para a prática jurídica. Ao continuar minha formação paralela em direito e literatura, percebi que, nos departamentos de humanidades, o tema era encarado com suspeição. Eu era, mais ou menos, perseguida como uma traidora das humanidades, pois todos nós sabíamos que o direito não tinha absolutamente nada a ver com o estudo pós-moderno da literatura, não é verdade? Felizmente, a Erasmus School of Law ofereceu-me a oportunidade de perseguir o meu objetivo. Nas obras de James Boyd White e Richard Weisberg, a revitalização dos dois desafios do início do século XX, provocados por John Wigmore e Benjamin Cardozo⁴, manifestou-se em mim com uma natureza tanto motivadora quanto crítica. Para mim, pelo menos, essas duas lentes que enxergavam o movimento direito e literatura contemporâneo diferiam apenas em grau, mas eram do mesmo tipo. A tese de White sobre a homologia do direito e literatura ressoou⁵, dada a unidade anterior do movimento no contexto europeu. Isso também ocorreu com sua abordagem da conexão entre as duas disciplinas como um produto integrado de tradução. A ênfase de Weisberg em uma visão ética em relação ao empreendimento do direito e literatura contribuiu para sua importância.

³ R. A. Posner, *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988 [rev. eds 1998 and 2009]).

⁴ J. H. Wigmore, 'A list of legal novels', 2 *Illinois Law Review*, 1908, pp. 574–93; 'A list of one hundred legal novels', 17 *Illinois Law Review*, 1922, pp. 26–41. B. N. Cardozo, 'Law and literature', *Yale Review*, 1925, pp. 489–507.

⁵ J. B. White, *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community* (Chicago: University of Chicago Press, 1984), p. xii.

Quando comecei a atuar como juíza, passei por outra mudança de pensamento. Só então percebi plenamente o potencial daquilo que os campos do *Direito e Literatura*, ou, mais amplamente, do *Direito e Humanidades*, tem a oferecer: a saber, o alerta de que o sucesso na prática do direito depende, em grande parte, do desenvolvimento da imaginação, enquanto devemos permanecer constantemente atentos às armadilhas de nossos usos linguísticos em relação aos nossos próprios preconceitos privados e profissionais quando lemos e escrevemos as narrativas no e do direito. Essa é uma das ideias que dão vida a este livro.

Enquanto juristas acadêmicos, recorreremos às humanidades para promover nossos projetos jurídicos interdisciplinares. Sugiro, portanto, que reconsideremos a aliança entre teoria e prática na lei e na jurisprudência, caso contrário, correremos o risco de a prática jurídica não responder aos estudos interdisciplinares, e de os estudantes de direito continuarem rejeitando os cursos de “Direito e...”, por considerá-los irrelevantes para o desenvolvimento de suas habilidades profissionais. Em suma, ao desenvolver a erudição interdisciplinar, não devemos criar novos guetos acadêmicos. É somente através do direito na prática que podemos aprender a falar de justiça. É por isso que a questão *quid-iuris* no cerne da doutrina jurídica e da jurisprudência tradicionalmente concebidas permanece crucial quando se trata de investigar as possibilidades de contribuição das humanidades no plano metodológico. Por um lado, isso chama a atenção para como as relações legais e sociais são estabelecidas por meio de nosso discurso sobre a justiça e os sentidos da lei. Por outro lado, está intrinsecamente conectado à questão da metodologia da percepção legal nos casos específicos. Isso é importante de ser notado, porque a visão do direito como um conjunto normativo de proposições que naturalmente estão “por aí” de uma forma não adulterada, pronta para nossa aplicação, infelizmente ainda precisa ser refutada. Como os juristas são obviamente treinados com o propósito de fazer e aplicar leis, o estudo humanista da lei deveria ser uma práxis, uma fusão de reflexão com ação. A pesquisa acadêmica também pode, então, ter um impacto do tipo desejado tão altamente por sua liderança.

Isso me leva a outro problema. Muitas vezes percebo que meus colegas acadêmicos em direito e em humanidades dos países de “*common law*” se equivocam sobre o raciocínio jurídico da “*civil law*”. Este é visto supostamente como uma mera aplicação de regras dedutiva e silogística, passando de normas jurídicas abstratas e codificadas para a decisão em um

caso específico, sempre em contradição com o raciocínio da “*common law*”. A expectativa levantada por tal concepção de aplicação de leis parece ser a de uma existência não problemática e o uso de normas abstratas. Essa noção é supersimplificada, para dizer o mínimo. Se começarmos a categorizar o que é considerado como conhecimento no campo do direito, e partirmos da premissa de que o direito é um domínio apenas de regras, essa simplificação pode levar à marginalização de empreendimentos interdisciplinares baseados nele. Além disso, essa visão cria uma falsa oposição entre o direito comum e o direito civil e sua concepção acerca do ato de julgar – sendo a adjudicação a característica mais proeminente do entrelaçamento entre teoria e prática; ou seja, essa visão proclama para as jurisdições de direito civil uma hermenêutica formalista. Ou seja, trata-se de um raciocínio jurídico “de fora para dentro”, como Ronald Dworkin chamou, do abstrato ao concreto, ao invés de “de dentro para fora”, com um foco no esforço judicial de conectar os fatos do caso às normas legais⁶.

Eu sugiro que está no plano esboçado acima o fato de as humanidades poderem, em primeiro lugar, ajudar a elucidar os problemas ligados a esse tipo de mal-entendido e, em segundo lugar, contribuir para a sua possível solução. É por isso que me volto para a hermenêutica filosófica, especialmente desenvolvida pelo filósofo francês Paul Ricoeur. Meu objetivo é traçar um modelo do que as ciências humanas podem contribuir para o domínio da práxis, trazendo à tona os recursos que podem ajudar os juízes no que concerne ao desenvolvimento da sua qualidade profissional em *phronêsis*: sabedoria prática. A visão por trás da minha iniciativa é que, apesar de suas diferenças, a maioria dos sistemas jurídicos compartilha valores centrais como imparcialidade, consistência e integridade judiciais, que, não por acaso, são consideradas virtudes, no sentido aristotélico. Reflexões metodológicas sobre a determinação dos fatos de um caso, a justificativa judicial das escolhas deliberativas feitas e o modo como a lei estabelece relações entre as pessoas são, portanto, tarefas compartilhadas.

UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA

Desde os dias de Quintiliano, os estudantes de direito têm sido ensinados a discutir os dois lados do caso, com o método de *controversiae*. Minha proposta, talvez não tão humilde, portanto, é acalantar os velhos ditados legais de interpretação *diversi sed non adversi* (diferentes, mas não

⁶ R. Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge, MA and London: Belknap Press, 2006), p. 54.

contrários)⁷ e *eadem sed aliter* (o mesmo, mas diferentemente) para ajudar o *Direito e Literatura* a continuar a prosperar em todo o mundo. O *Direito e Literatura* oferece oportunidades notáveis para uma metodologia que pode renovar a pedagogia legal de leitura atenta e compartilhamento de textos, gerando respostas generosas de mentes abertas, e dialogando com aqueles cujas perspectivas são informadas por outras noções e experiências. Também na Europa, o estudo humanista do direito tem recuperado o ímpeto. Isso me inspira a retornar a vários aspectos de texto, linguagem e narrativa discutidos no *Direito e Literatura*, a fim de investigar novas possibilidades de contribuições para a prática jurídica.

Os meus pontos de vista são obviamente informados e influenciados pelo contexto da minha formação jurídica e pelo meu trabalho como acadêmica e juíza num sistema de direito civil europeu e, também, no domínio do direito penal. No entanto, não pretendo promover formas de ufanismo em fronteiras continentais. Sendo a nômade que sou, espero que não seja a arrogância profissional que me faça optar por um enfoque na perspectiva judicial⁸. A razão pragmática para fazê-lo – a antiga palavra grega *πραγματικός*, referindo-se a um perito em direito – é: por que não tentar transformar em lucro o que se pensa que se conhece? Os livros sobre o ato de julgar não são raramente escritos por acadêmicos sem experiência real e visceral da responsabilidade sublime, ou melhor, terrível do juiz, isto é, entender o que significa ter um ser humano bem diante de você do outro lado da sala e ser o único responsável por decidir o seu destino.

Firmemente enraizada como eu ainda estou na noção de lei como texto e de linguagem como software da profissão, eu procuro semelhanças fundamentais entre direito e literatura. A dupla premissa deste livro é que o direito como disciplina acadêmica pertence às humanidades, dado seu desenvolvimento desde a redescoberta do Código Justiniano, que se caracteriza por uma perspectiva filosófico-hermenêutica orientada para a linguagem, e que, como consequência, juristas combinam necessariamente o teórico e o prático. A prática recorre à teoria para justificar novos argumentos, e o conhecimento da prática é necessário para avançar os

⁷ O termo “diferente, mas não oposto”, ou seu equivalente *diversum sed non contrarium* (“diferente, mas não conflitioso”) foi usado pela teoria e pelo direito medievais para mostrar que diferentes textos e interpretações sobre um mesmo tema nem sempre estão em conflito. Ver G. R. Evans, *Law and Theology in the Middle Ages* (London: Routledge, 2002).

⁸ An honorary title bestowed on me by Greta Olson (‘De-Americanizing law-and-literature narratives: opening up the story’, 22 *Law & Literature*, 2010, pp. 338–64, p. 340).

debates doutrinários. Como a hermenêutica não é apenas uma metodologia de interpretação, mas uma visão filosófica de um modo amplo de investigação do texto e da ação humana, a arte de aplicar o direito em casos concretos sempre requer atenção à relação recíproca entre fato e norma.

Dada essa interação, o principal objeto de interpretação é sempre uma combinação da(s) narrativa(s) dos fatos e as proposições relevantes do direito. Isso exige atenção aos efeitos da construção narrativa dos fatos na interpretação e aplicação da norma jurídica, substantiva ou procedimental, tanto para a reflexão acadêmica quanto para a prática jurídica. Uma maneira de olhar para a importância da narrativa para o direito é que a imagem da realidade que o direito rege no momento em que conta sua história se assemelha à apresentação literária de um momento particular – é a maneira como um mundo é capturado em palavras. Portanto, a construção narrativa é importante, e devemos nos perguntar de que maneira ela direciona o leitor para a interpretação. Igualmente importante é que, em cada relato casuístico dos fatos, o conhecimento teórico da doutrina jurídica é necessariamente confrontado com o conhecimento narrativo da literatura⁹. Isso torna o *Direito e Literatura* essencial para a prática jurídica. Isso também sugere que os juristas devam ter em mente a influência de suas próprias estruturas interpretativas e escolhas ou preferências inconscientes em relação a fatos e normas. Para os céticos que eu espero convencer, digo que o “e” do *Direito e Literatura* não implica uma ligação metodologicamente perigosa de disciplinas dissimilares, mas uma relação fundamental.

Outra razão para recorrer à hermenêutica filosófica é que tanto na teoria jurídica quanto nos estudos jurídicos interdisciplinares o debate continua sobre se o direito é parte das ciências sociais ou se está firmemente enraizado nas ciências humanas. Qualquer posição que tomemos aqui é importante quando se trata de discutir o futuro de campos tão amplos como o *Direito e as Humanidades* ou o *Direito e Cultura* e suas funções críticas. O que eu quero dizer é que simplesmente não daria certo que o direito agrupasse as novas áreas empiricamente inclinadas de “Direito e...” com as variedades baseadas na linguagem. Eu concebo a jurisprudência como sendo o conhecimento contextual da lei. Isso requer a capacidade de entrar imaginativamente em qualquer situação. Como uma habilidade prática de saber o que uma situação representa, e o que ela requer em

⁹ R. Foqué and A. C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming* (Arnhem: Gouda Quint, 1990), p. 369.

termos de ação judicial, ela se beneficia daquilo que as ciências humanas têm a oferecer por meio do *insight* sobre os diferentes aspectos da humanidade. Essa é outra ideia que dá vida a este livro.

O ITINERÁRIO

Este livro é dividido em três partes. A Parte I toma como seu tema primordial o encantamento do conhecimento na lei. O Capítulo 1 discute os escreventes epônimos da obra de Gustave Flaubert *Bouvard e Pécuchet*, para ilustrar o resultado de um processo de diferenciação de conhecimentos que culminou no pensamento positivista do século XIX e serve como o modelo para o livro como um todo. Os Capítulos 2 e 3 tomam o caminho de volta aos “cantos e recantos” – como a epígrafe deste livro os chama – da linguagem do direito, não por nostalgia dos dias pacíficos da unidade da lei e das humanidades, mas para mostrar o que nos trouxe aonde estamos agora. O Capítulo 2 oferece uma breve visão geral dos processos de diferenciação em direito e jurisprudência – da unidade trazida pela redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* no século XI à ascensão dos sistemas jurídicos nacionais que culminaram no século XIX, e do direito como uma disciplina autônoma até as diferentes formas de “Direito e...” no século XX – a fim de fornecer um pequeno mapa do território a partir de uma perspectiva histórica europeia. O Capítulo 3 discute os limites da linguagem em relação a questões de determinismo e volição, e pergunta o que o debate epistemológico e metodológico do século XIX sobre o caráter disciplinar das humanidades – a controvérsia *Erklären-Verstehen* – significa para os estudos jurídicos interdisciplinares contemporâneos. As discussões sobre o romance de Robert Musil, *O homem sem qualidades*, e dos poemas de *Blauwzuur* (*Ácido*), do poeta holandês Gerrit Achterberg, nos Capítulos 4 e 5, ilustram como as considerações teóricas dos Capítulos 1 a 3 têm contrapartidas literárias.

Neste contexto, a Parte II volta-se para *iuris prudentia*, conhecimento perspicaz da lei. Ele fornece peças para a construção de um modelo humanista para aplicar o direito. O Capítulo 6 elabora sobre a importância do conhecimento prático, *phronèsis*, quando se trata de combinar fatos e normas. Com base nas obras de Aristóteles e Ricoeur, discute a distinção entre conhecimento teórico e prático e oferece uma análise da *phronèsis* como a disposição que toma suas deliberações das circunstâncias das coisas. Como tal, forma a base para uma proposta de incorporação da hermenêutica filosófica no direito, tanto na teoria como na prática. O

Capítulo 7 aborda os usos da metáfora na lei. Ele questiona de que maneira a metáfora ajuda a despertar um novo significado, e de que maneira ela pode nos manter cativos e nos fazer cair na armadilha da dissonância cognitiva, do viés de confirmação e da psicologia da crença. O Capítulo 8 investiga os requisitos da inteligência narrativa judicial. Introduce o tópico da empatia e analisa a maneira pela qual a mimesis como reapresentação da ação humana funciona no direito e na literatura. Por fim, conecta esses tópicos a uma discriminação correta do equitativo. O romance *Regeneration*, de Pat Barker, é usado para ilustrar o argumento, ligando o tema da voz à (in)justiça. As interconexões de direito e narrativa são o tópico dos Capítulos 9 e 10. Eles consideram a possibilidade de uma narratologia jurídica e a(s) forma(s) que ela(s) poderia(m) tomar, primeiramente concentrando-se nos tópicos de probabilidade, coerência e enredo em direito e literatura e, em seguida, recorrendo às implicações de uma abordagem narratológica do direito penal na prática. O livro *Desonra*, de John Coetzee, exemplifica as questões levantadas pelo Capítulo 10.

A Parte III lida com o que Benjamin Cardozo chamou de perplexidades para juízes que se tornam oportunidades para o acadêmico, novamente uma conexão de teoria e prática na lei. Com *A balada de Adam Henry*, de Ian McEwan, o Capítulo 11 retorna ao tema da empatia. Como as narrativas podem desencadear respostas empáticas e emocionais de várias maneiras, pergunta-se o que a virada cognitiva na narratologia significa para o juiz que lida com as emoções e narrativas dos outros. Para concluir por que o *Direito e Literatura* é profundamente importante para a prática legal, a Parte III também vai para os “subúrbios”, como a epígrafe assim chama, e para os efeitos distópicos da tecnologia não-controlada por uma lei justa. O Capítulo 12 concentra-se na biotecnologia do DNA por meio de uma leitura do romance *Partículas Elementares*, de Michel Houellebecq, combinada com a visão de Martin Heidegger sobre a tecnologia. Finalmente, no Capítulo 13, questões de privacidade e liberdade em conexão com as consequências da inteligência artificial e ambiental no direito são levantadas, voltando-se para o romance *Corpus Delicti: Ein Prozess (O Método)*, de Juli Zeh. Ambos os capítulos investigam de que forma as novas tecnologias afetam a constituição do eu humano e consideram quais influências um uso instrumental da tecnologia pode ter na individualidade, na personalidade jurídica e em nossa capacidade de nos narrar, tanto no direito quanto e em outros âmbitos.

Embora, em certo sentido, este livro reflita minha formação paralela e a minha carreira, por mais tendencioso que isso possa soar, ao mesmo tempo espero oferecer por meio dele sugestões de reflexão para uma discussão continuada a respeito da pesquisa interdisciplinar e para a autorreflexão judicial, ou pelo menos algumas ótimas indicações de leitura. O que proponho aqui não é uma grande teoria de direito e literatura, mas uma tentativa – um “ensaio”, como Montaigne usou o termo – para mostrar que o estudo combinado em *Direito e Literatura* funciona melhor ao ser visto como as serpentes entrelaçadas retratadas no caduceu de Hermes, simbólico da negociação de significado: *in concord*. Chegando ao final deste prefácio, este provavelmente seria o lugar para oferecer, de maneira verdadeiramente jurídica, alguns avisos legais de renúncias de terminologia ou daquilo que está além do escopo deste livro – e isso é muito importante. Uma nota inicial é suficiente: este livro oferece talvez uma visão idealista que os juristas mais normativos acharão difícil de engolir. Mas desde que Aristóteles nos aconselhou a começar por duvidar que as coisas sejam como são¹⁰, eles, assim como meus outros leitores, que, espero, provarão ser os mecenas deste livro, têm de descobrir por si mesmos.

REFERÊNCIAS

- ARISTOTLE. *Metaphysics*. Trans. W. D. Ross. Oxford: Oxford University Press, 1958.
- CARDOZO, B. N. Law and literature. *Yale Review*, n. 14, p. 489-507, 1925.
- DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Cambridge (MA); London: Belknap Press, 2006.
- EVANS, G. R. *Law and Theology in the Middle Ages*. London: Routledge, 2002.
- FOQUÉ, R.; HART, A. C. *t. Instrumentaliteit en rechtsbescherming*. Arnhem: Gouda Quint, 1990.
- OLSON, Greta. De-Americanizing law-and-literature narratives: opening up the story. *Law & Literature*, n. 22, p. 338-364, 2010.
- POSNER, R. A. *Law and Literature: A Misunderstood Relation*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1988 [rev. eds 1998 and 2009].

¹⁰ Aristotle (trans. W. D. Ross), *Metaphysics* (Oxford: Oxford University Press, 1958) 16, 983a14–15.

WEISBERG, R. H. *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*. New Haven: Yale University Press, 1984.

WHITE, J. B. *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*. Chicago: University of Chicago Press, 1984.

WIGMORE, J. H. A list of legal novels. *Illinois Law Review*, n. 2, p. 574-93, 1908.

WIGMORE, J. H. A list of one hundred legal novels. *Illinois Law Review*, n. 17, p. 26-41, 1922.

Idioma original: Inglês

Recebido: 15/03/19

Accepted: 20/03/19