

O DIREITO NA CONTRAMÃO DA LITERATURA: A CRIAÇÃO NO PARADIGMA CONTEMPORÂNEO

LAW IN THE OPPOSITE DIRECTION OF LITERATURE: THE IDEA OF CREATION IN THE CONTEMPORARY PARADIGM

EL DERECHO EN LA CONTRAMANO DE LA LITERATURA: LA CREACIÓN EN EL PARADIGMA CONTEMPORÂNEO

HENRIETE KARAM

Doutora em Estudos Literários (UFRS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Guanambi.
(Guanambi, Bahia, Brasil)

<http://lattes.cnpq.br/2731124187247021> / <http://orcid.org/0000-0002-2166-1321> / h.karam@terra.com.br

RESUMO

O artigo inscreve-se no campo dos estudos de direito e literatura e tem como objetivo problematizar a liberdade criativa no âmbito jurisdicional. Para tanto, apresenta uma síntese diacrônica dos conceitos de criação formulados pela teoria literária e destaca sua articulação com as noções de intertextualidade e de horizonte de sentido. A seguir, recorre ao conto *Pierre Menard, autor do «Quixote»*, de J. L. Borges, para explicitar a concepção - decorrente da assunção do paradigma hermenêutico - de que a invenção literária resulta do processo de leitura, interpretação e reescrita. Por fim, indica os contextos que propiciaram o surgimento das concepções que postulam a liberdade de criação do direito na esfera jurisdicional, abordando, especialmente, as posições de M. Cappelletti acerca da atuação criativa dos juízes. Tal percurso possibilita constatar, o anacronismo das teorias do direito que vinculam o conceito de criação à ideia de liberdade criativa - cujos efeitos são o ativismo e o decisionismo judicial - face à atual compreensão que a teoria da literatura tem do papel central da interpretação no processo criativo.

Palavras-chave: Ativismo; Criação; Decisionismo; Direito e literatura; Interpretação.

ABSTRACT

This article is part of the field of Law and Literature studies and aims at problematizing creative freedom in the judicial sphere. For that, it presents a diachronic synthesis of the concepts of creation as formulated by literary theory and highlights its articulation with the notions of intertextuality and the horizon of understanding. Then the study refers to *Pierre Menard, author of the "Quixote"*, a short story by J. Borges, to explain the conception - derived from the assumption of the hermeneutic paradigm - that literary invention results from the process of reading, interpretation and rewriting. Finally, it indicates the contexts that gave rise to the conceptions that postulate the freedom of creation of the law in the jurisdictional sphere, addressing, especially, the positions of M. Cappelletti on the creative performance of the judges. Such an approach makes it possible to note the anachronism of the theories of law that link the concept of creation to the idea of creative freedom - whose effects are activism and judicial decisionism - given the current understanding that literature theory has of the central role of interpretation in the creative process.

Keywords: Activism; Creation; Decisionism; Law and literature; Interpretation.

RESUMEN

El artículo se inscribe en el campo de los estudios de derecho y literatura y tiene como objetivo problematizar la libertad creativa en el ámbito jurisdiccional. Para ello, presenta una síntesis diacrónica de los conceptos de creación formulados por la teoría literaria y destaca su articulación con las nociones de intertextualidad y de horizonte de sentido. A continuación, recurre al cuento *Pierre Menard, autor del «Quijote»*, de J. Borges, para explicitar la concepción - originada por la asunción del paradigma hermenéutico- de que la invención literaria resulta del proceso de lectura, interpretación y reescritura. Por último, indica los contextos que propiciaron el surgimiento de las concepciones que postulan la libertad de creación del derecho en la esfera jurisdiccional, abordando, especialmente, las posiciones de M. Cappelletti acerca de la actuación creativa de los jueces. Este camino permite constatar, el

anacronismo de las teorías del derecho que vinculan el concepto de creación a la idea de libertad creativa -cuyos efectos son el activismo y el decisionismo judicial- frente a la actual comprensión que la teoría de la literatura tiene del papel central de la interpretación en el proceso creativo.

Palabras clave: Activismo; Creación; Decisionismo; Derecho y literatura; Interpretación.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O FENÔMENO DA CRIAÇÃO NOS ESTUDOS LITERÁRIOS; 2 AS NOÇÕES DE INTERTEXTUALIDADE E DE HORIZONTE DE SENTIDO; 3 A *INVENÇÃO LITERÁRIA*: LEITURA, INTERPRETAÇÃO E REESCRITA; 4 O PAPEL DO JUIZ: CRIADOR OU INTÉRPRETE?; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Na última década, a comunidade jurídica brasileira tem assistido à crescente aproximação do Direito com a Literatura e com as Humanidades, em geral. Tal aproximação - vista com bastante entusiasmo, por alguns, e com severa desconfiança, por outros - é, sem dúvida, uma potencial via para a problematização e revisão crítica do direito, mas sua efetiva contribuição requer que sejam seriamente aprofundadas questões teóricas e metodológicas que norteiem um campo de estudos que se postula interdisciplinar.

Isso porque há de se ter em conta que (1) o direito, mesmo que se reconheça seu estatuto de fenômeno discursivo e narrativo, mantém especificidades que o distinguem da literatura; (2) o campo da literatura, por sua vez, não pode ficar restrito aos textos literários, via de regra empregados como mero ornamento que é colocado a serviço da erudição ou de estratégias argumentativas, quando não pelo anseio de pesquisadores incipientes que, frustrados com o formalismo e com a normatividade do direito, buscam introduzir algo lúdico no universo jurídico para combatê-los; (3) os estudos de direito e literatura devem assumir seu compromisso com a produção de conhecimento, que exige - independentemente das eventuais preferências em contrário - um aparato teórico e metodológico adequado, e para que isso se realize impõe-se propiciar a interlocução entre a teoria do direito e a teoria da literatura.

Um dos temas que certamente merece posição de destaque nessa interlocução é o fenômeno da criação. A escolha por esse tema, que se vincula à hermenêutica jurídica e à teoria da decisão, resulta de sua relevância num contexto jurídico que se encontra marcado pelo ativismo e decisionismo, sendo o objetivo deste texto problematizar a aposta na liberdade criativa de juízes e tribunais.

Para alcançar esse objetivo, inicialmente, é apresentada uma síntese dos conceitos de criação que foram formulados pela teoria literária, desde a Antiguidade Clássica até a contemporaneidade, para evidenciar as contribuições das noções de intertextualidade e de horizonte de sentido na compreensão do fenômeno da criação.

Na sequência, recorrendo ao conto *Pierre Menard, autor do «Quixote»*, de Jorge Luis Borges, busca-se explicitar a concepção de que a invenção literária resulta do processo de leitura, interpretação e reescrita, relacionando-a com a assunção do paradigma hermenêutico nas ciências humanas.

A seguir, procede-se ao exame dos contextos que favoreceram o surgimento de concepções que postulam a liberdade de criação do direito na esfera jurisdicional, com o intuito de abordar, ilustrativamente, as formulações de Mauro Cappelletti acerca da atuação criativa dos juízes, na obra *Juízes legisladores?*, eleita em virtude de sua relevância no contexto acadêmico brasileiro.

Por fim, são apontadas as discrepâncias encontradas no confronto das compreensões do fenômeno da criação adotadas, contemporaneamente, nas teorias do direito e da literatura.

1 O FENÔMENO DA CRIAÇÃO NOS ESTUDOS LITERÁRIOS

No campo dos estudos literários, muitas são as teorias e os conceitos que, ao longo do tempo, têm sido formulados na tentativa de elucidar o fenômeno da criação, o que exige apresentar, mesmo que sinteticamente, tal percurso, começando por situar as noções de convenção e de originalidade, bem como de fonte e influência, antes de abordar os postulados contemporâneos.

Com a concepção aristotélica de *mimesis* - que se diferencia da concepção platônica - inaugura-se a ideia de que a arte não constitui uma imitação da realidade, não é cópia, mas recriação. Muito embora no Livro IX da *Poética*, Aristóteles¹ tenha ressaltado que o poeta - leia-se escritor - deve ser, antes de tudo, um criador de histórias - antecipando a importância da imaginação criadora, que será teorizada, pela primeira vez, por Plotino², no séc. III -, durante séculos o que se privilegiou foram os princípios aristotélicos que possibilitavam fixar os parâmetros e os limites da criação literária, extraíndo postulados e modelos tradicionais que, de tempos em tempos, eram retomados, como ocorreu no Classicismo, séc. XVI, e no Neoclassicismo, séc. XVIII.

¹ Cf. ARISTÓTELES. *Poética*. In: ARISTÓTELES; HORÁCIO; LONGINO. *A poética clássica*. Trad. de Jaime Bruna. São Paulo: Cultrix, 1997. p. 17-52.

² Ver PLOTINO. *Enéadas*, V-VI. Trad. de Jesús Igal. Madrid: Gredos, 1998.

Observa-se, portanto, a compreensão de que a *tradição* é constituída por modelos, ou seja, por aquilo que se denomina *convenção*. Enquanto as convenções definem temas e formas de expressão de uma geração de escritores - ou seja, o repertório de possibilidades que o escritor compartilha com seus contemporâneos -, a tradição remete ao conjunto das obras que uma geração de escritores recebe de seus antecessores.

Será somente no final do séc. XVIII, com a eclosão do movimento alemão denominado *Sturm und Drang* (*tempestade e ímpeto*), decorrente da oposição aos princípios preconizados pelo iluminismo francês e que dá origem ao Romantismo, que surgem os postulados estéticos que - a partir da noção de gênio, entendido como espírito criativo - irão dar destaque à ideia de que “a arte é arte como expressão de uma subjetividade incalculável e não mensurável por normas”³.

Com a não aceitação, por parte dos românticos, de regras e categorias literárias absolutas e eternas - que tiranizavam o escritor e limitavam sua liberdade criadora - e, conseqüentemente, com a negação dos modelos que se impunham desde a Antiguidade Clássica e que vigoraram tanto na Idade Média quanto na Idade Moderna, ganha peso a premissa da impossibilidade de generalizações no campo da produção literária, privilegiando-se a *originalidade* de cada obra como fruto do imprevisível poder criativo do escritor.

Todavia, não se pode perder de vista que, naturalmente, a inovadora estética do Romantismo funda uma nova tradição: fenômeno que, aliás, é visível em qualquer esfera da produção humana.

De todo modo, assim como ao conceito de *tradição* vem se somar o de *convenção*, ao conceito de *criação*, até então vinculado à epifania de uma entidade transcendente - como a ação das musas ou a inspiração divina -, agrega-se o de *originalidade*: com o culto ao sujeito, o escritor assume, plenamente, o estatuto de criador, e a criação traz a marca indelével de sua individualidade e subjetividade.

Além disso, o postulado nacionalista da estética romântica dá origem, no campo da teoria literária, às noções de *fonte* e de *influência*, que se vinculam, historicamente, tanto à fixação das literaturas nacionais quanto à identificação de pontos de contato entre autores de distintas nacionalidades.

Sendo a obra literária entendida como produção do gênio criativo, não é de se estranhar que as noções de fonte e de influência, vinculadas às ideias de originalidade e de imitação,

³ KORFMANN, Michael. *A diferenciação da literatura moderna alemã no processo constitutivo da sociedade funcional: uma abordagem sistêmica baseada em Niklas Luhman*. 2002. 274 f. Tese (Doutorado em Letras)- Instituto de Letras, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 126.

sejam o ponto de partida dos estudos de literatura comparada, disciplina introduzida no âmbito acadêmico ao longo do séc. XIX e que propiciou fossem formulados diferentes constructos teóricos para elucidar os modos como determinado autor é influenciado por seus pares ou a eles serve como fonte de inspiração.

Nesse século, contrapondo-se à concepção romântica que reagia à imposição de regras e valorizava a inspiração em seu estado bruto, começa a ganhar corpo - impulsionada pelo pensamento positivista - a ideia de que a racionalidade é o fator essencial da criação⁴.

Os modelos e as teorias propostas por August Comte, Charles Darwin, Hyppolite Taine, Karl Max e Sigmund Freud irão influenciar tanto as novas concepções de criação que surgem no campo da teoria literária quanto a produção das obras que se vinculam às diferentes estéticas que marcaram o séc. XIX e o início do séc. XX.

A diversidade de correntes estéticas desse período conduz à percepção de que o componente essencial da originalidade será o espírito crítico: o escritor não apenas compreende como busca aperfeiçoar o que foi criado por outros escritores. Assim, paradoxalmente, ele se inspira na convenção para romper com ela.

Em outras palavras, contata-se que as grandes obras literárias se caracterizam por sua capacidade de problematizarem as convenções estéticas precedentes e de se proporem a re-inventar o que seja a literatura. *Dom quixote* - inscrita no longínquo séc. XVII - adquire o estatuto de caso exemplar, pois é o primeiro romance moderno em que encontramos figurativizada a crítica à estética do período precedente, aliada à expressão do poder da literatura e da ameaça que ela representa pelos efeitos que pode provocar⁵, afinal, foi de tanto ler romances de cavalaria que o bom fidalgo perdeu a razão: “tanto naquelas leituras se enfrascou, que as noites se lhe passavam a ler desde o sol posto até à alvorada, e os dias, desde o amanhecer até fim da tarde. E assim, do pouco dormir e do muito ler se lhe secou o cérebro”⁶.

⁴ Seu prenúncio pode ser situado no ensaio *A filosofia da composição*, de Edgar Allan Poe, em que o escritor romântico estadunidense busca caracterizar os procedimentos racionais implicados no processo criativo de seu famoso poema *O corvo*. POE, Edgar Allan. *O corvo*. São Paulo: Empíreo, 2015. [Edição trilingue].

⁵ O mesmo ocorre na *Divina comédia* - que antecede a obra-prima de Cervantes, mas é classificada como epopeia -, ao considerar-se que a leitura da história de Lancelot e Guinevere teria sido a causa da perdição de Francesca di Rimini e Paolo Malatesta. ALIGHIERI, Dante. *La divina commedia*. Milano: Garzanti, 1988. Outro exemplo clássico é o de Emma Bovary, visto que a leitura de romances românticos na juventude teria colaborado para forjar-lhe uma personalidade sonhadora e fantasiosa. FLAUBERT, Gustave. *Madame Bovary*. Paris: Gallimard, 2001.

⁶ No original: “En resolución, él se enfrascó tanto en su lectura, que se le pasaban las noches leyendo de claro en claro, y los días de turbio en turbio; y así, del poco dormir y del mucho leer, se le secó el cerebro de manera que vino a perder el juicio”. CERVANTES, Miguel de. *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*. Barcelona: Pareja, 1981. p. 23.

É através da sátira que a crítica de Cervantes se faz sentir plenamente. Mas o que faz com que se possa atribuir à sátira o condão da originalidade?, é a pergunta a ser formulada, válida também para a paródia e o pastiche, por exemplo. Questão de singular relevância diante da evidência de que são tais estratégias as mais significativas na composição das obras literárias contemporâneas.

2 AS NOÇÕES DE INTERTEXTUALIDADE E DE HORIZONTE DE SENTIDO

No início do séc. XX, os formalistas russos - um dos marcos da moderna teoria literária -, ao abordarem o processo de criação literária e sua constante renovação, desenvolveram o conceito de *ostranenie*, termo que pode ser traduzido como singularização, estranhamento ou des-familiarização, a ser aplicado tanto no nível da linguagem - tendo em vista que a linguagem poética se diferencia da linguagem cotidiana, da linguagem científica e, convém explicitar, da linguagem jurídica - quanto no nível do conteúdo e da forma, pela potencial ruptura com visões de mundo e convenções estéticas já estabelecidas.

Foram também os formalistas russos, sobretudo Yuri Tynianov⁷, que não só forneceram novos critérios para se pensar a gênese e a evolução literária, a partir do conceito de função construtiva, como possibilitaram ampliar o campo dos estudos literários, ao defenderem que, sendo a língua um fenômeno social e a literatura, um processo particular de elaboração da linguagem verbal, deve-se reconhecer que a literatura, por seu aspecto verbal, correlaciona-se com a vida social, e não se pode, portanto, deixar de examinar a correlação entre a série literária e as demais séries sociais.

Já as formulações de Mikhail Bakhtin⁸, em especial as noções de dialogismo e polifonia, serviram de base para que Julia Kristeva elaborasse o conceito de intertextualidade: “todo texto se constrói como mosaico de citações, todo texto é absorção e transformação de outro texto”⁹.

O escritor e semioticista Umberto Eco, ao falar sobre o seu romance *O nome da rosa*, destacou a importância de outros livros na construção do seu, “Redescobri assim aquilo que os

⁷ Cf. TYNIANOV, J. Da evolução literária. In: EIKHENBAUM, B. et al. *Teoria da literatura: formalistas russos*. Trad. de Ana Mariza Ribeiro, Maria Aparecida Pereira, Regina Zilberman e Antonio Carlos Hohlfeldt. Porto Alegre: Globo, 1971. p. 105-118.

⁸ Cf. BAKHTIN, Mikhail. *Questões de literatura e de estética: a teoria do romance*. Trad. de Aurora Fornoni Bernardini et al. São Paulo: Unesp; Hucitec, 1988; BAKHTIN, Mikhail M. *Estética da criação verbal*. Trad. de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1992a; BAKHTIN, M. *Marxismo e filosofia da linguagem*. 6. ed. Trad. de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec, 1992b.

⁹ KRISTEVA, Julia. *Introdução à semanálise*. Trad. de Lúcia Helena França Ferraz. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 68.

escritores sempre souberam (e tantas vezes disseram): os livros falam sempre de outros livros, e toda história conta uma história já contada”¹⁰.

Em Gérard Genette¹¹, nós iremos encontrar a imagem do palimpsesto: o pergaminho cujo texto manuscrito foi raspado para ser novamente utilizado e no qual partes do texto anterior permanecem visíveis e se misturam com o novo texto que nele foi escrito.

Portanto, não é sem razão que, muitas vezes, experimenta-se uma espécie de *déjà-vu* ao ler um texto. A leitura linear de um texto se rompe quando o leitor percebe a presença - mediante referência implícita ou alusão - de outro texto, e o sentido desse outro texto é incorporado à compreensão do texto que está sendo lido, seja pelo contraste ou pela convergência.

Considerando os efeitos do fenômeno que chamamos intertextualidade, Laurent Jenny afirma: “A intertextualidade é, pois, uma máquina perturbadora. Trata-se de não deixar o sentido em sossego - de evitar o triunfo do *cliché* por um trabalho de transformação”¹².

Do ponto de vista da análise do fenômeno da criação, no âmbito da historiografia literária e da literatura comparada, o conceito de intertextualidade possibilita ultrapassar os conceitos de fonte e de influência - que se concentravam na relação entre a produção de determinado autor e os modelos de que ele havia se servido - para privilegiar a obra como um *fato social*.

Integram-se, assim, a premissa de que o texto vincula-se tanto ao conjunto de textos que o precedem quanto ao contexto histórico e social de sua produção e os postulados de que história e sociedade constituem textos que o escritor lê e dos quais se apropria e de que é, inserindo-se na história e na sociedade, que o escritor irá reescrevê-las.

Será, entretanto, a partir dos estudos da Estética da Recepção, especialmente de H.-R. Jauss¹³, que teremos teorizada a noção de desvio estético, do qual resulta o caráter transgressor

¹⁰ ECO, Umberto. *Pós-escrito a O nome da rosa*. Trad. de Letizia Zini Antunes e Álvaro Lorencini. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 20.

¹¹ Nas palavras de G. Genette: “Um palimpsesto é um pergaminho cuja primeira inscrição foi raspada para se traçar outra, que não a esconde de fato, de modo que se pode lê-la por transparência, o antigo sob o novo. Assim, no sentido figurado, entenderemos por palimpsestos (mais literalmente: hipertextos) todas as obras derivadas de uma obra anterior, por transformação ou por imitação. Dessa literatura de segunda mão, que se escreve através de leitura, o lugar e a ação no campo literário geralmente, e lamentavelmente, não são reconhecidos. Tentamos aqui explorar esse território. Um texto pode sempre ler um outro, e assim por diante, até o fim dos textos”. GENETTE, Gérard. *Palimpsestos: a literatura de segunda mão*. Trad. de Cibele Braga et al. Belo Horizonte: Viva Voz, 2010. p. 5.

¹² JENNY, Laurent. A estratégia da forma. In: *Intertextualidades*. [Tradução de *Poétique* - Revue de Théorie et d'Analyse Littéraires, n. 27, 1976]. Trad. de Clara Crabbé Rocha. Coimbra: Almedina, 1979. p. 44.

¹³ Ver: JAUSS, Hans Robert. *A literatura como provocação: história da literatura como provocação literária*. Trad. de Teresa Cruz. Lisboa: Veja, 1993.

da literatura - que, como já salientado, a começar pelo próprio uso da linguagem, concretiza-se em diferentes aspectos e níveis.

No entanto, sempre que o desvio se institucionaliza - seja no nível da forma e do conteúdo -, esgota-se seu potencial de desautomatização, sempre que a subversão se canoniza, ela adquire o estatuto de tradição e deixa de ser subversiva. Disso resulta a necessidade de constante renovação da produção literária, renovação que - considerando a concepção de que uma obra só tem significação na sua relação com as outras obras - consistiria, em última análise, não em *criação*, mas em *repetição*, de tal modo que toda *escritura*, como afirma Emir Monegal¹⁴, pressupõe e implica *leitura*.

Mas a contribuição da Estética da Recepção que interessa destacar aqui consiste em ter incorporado, aos estudos literários, o conceito de *horizonte de sentido*, cuja origem remonta a Edmund Husserl¹⁵ e que é trabalhado também por Hans-Georg Gadamer¹⁶.

O conceito de horizonte possibilita contemplar a implicação das disposições individuais do leitor - os conteúdos da consciência, as intuições temporalmente condicionadas e a história de suas experiências - na estruturação e na significação que emergem no processo de leitura, processo que pressupõe compreensão e, portanto, interpretação e no qual se situaria, acrescente-se, a origem de todo e qualquer ato de nova produção escritural.

Em suma, trata-se de privilegiar tanto o contexto histórico-cultural, que abarca a inscrição e circulação dos signos e se concretiza no eixo da intersubjetividade - como já vinha sendo feito a partir da noção de intertextualidade -, quanto as experiências vividas por cada sujeito no espaço-tempo da sua própria subjetividade, ou seja, em sua facticidade e historicidade.

E, aqui, cabe evocar o paradoxo da linguagem apontado por Didier Anzieu: para tornar-se sujeito, diz o psicanalista francês, é necessário que o ser humano adquira a “linguagem de todos”, mas, sendo a língua o código comum a todos os sujeitos falantes, “aqueles que a falam atualizam-na, infletem-na, modulam-na, transgridem-na, pervertem-na para expressar, para fazer reconhecer, para impor sua subjetividade”¹⁷.

¹⁴ MONEGAL, Emir R. *Borges: uma poética da leitura*. Trad. de Irlemar Chiampi. São Paulo: Perspectiva, 1980.

¹⁵ Cf. HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Trad. de Maria Gorete Lopes e Sousa. Porto: Rés, [s. d.].

¹⁶ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade y método*, I. Trad. de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 10. ed. Salamanca: Sígueme, 2003.

¹⁷ ANZIEU, Didier. Para uma psicolinguística psicanalítica. In: ANZIEU, Didier et al. *Psicanálise e linguagem: do corpo à fala*. Trad. de Monique Aron Chiarella e Luiza Maria F. Rodrigues. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997. p. 19.

Também Émile Benveniste aborda questões bastante próximas às contidas na formulação de Anzieu, ao definir a subjetividade como a “capacidade do locutor se propor como sujeito”¹⁸, pois só a linguagem é capaz de fundamentar o sujeito na sua realidade, que é a do ser.

Impossível não reconhecer, nas assertivas dos dois autores citados, a influência do pensamento de Martin Heidegger - “a linguagem é a morada do ser”¹⁹, ou seja, o ser é linguagem, é a linguagem que possibilita o real, porque é o meio através do qual o *ser* se deixa perceber -, pensamento que promoveu nova compreensão da linguagem e instituiu as bases da hermenêutica filosófica.

3 A INVENÇÃO LITERÁRIA: LEITURA, INTERPRETAÇÃO E REESCRITA

A torção efetuada nos antinômicos conceitos de criação e de tradição face à concepção de que a invenção literária²⁰ vincula-se à leitura e à tradução²¹ - consistindo esta em interpretação e reescrita - pode ser magistralmente ilustrada recorrendo-se ao conto *Pierre Menard, autor do «Quixote»*²², de Jorge Luis Borges, que foi publicado na Revista *Sur*, em 1939, e posteriormente na coletânea intitulada *El jardín de senderos que se bifurcan*, de 1941²³.

Nesse conto, o primeiro desvio estético se faz sentir na própria construção da narrativa, que se apresenta como uma resenha ou nota crítica, pois o texto consiste no catálogo e nos comentários que o narrador oferece da produção crítica e literária de Pierre Menard, um escritor fictício.

Constituem-se, assim, os dois planos presentes no conto: o do relato, ficcional, que compreende o resgate da produção de Pierre Menard; e o das considerações críticas que o narrador oferece do processo criativo de Menard, através das quais evidencia-se o papel proeminente que leitura, interpretação e reescrita adquirem na “invenção literária”.

¹⁸ BENVENISTE, Émile. Da subjetividade na linguagem. In: BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral**, I. Trad. de Maria da Glória Novak e Maria Luisa Neri. Campinas: Pontes, 1995. p. 286.

¹⁹ HEIDEGGER, Martin. Sobre o «Humanismo». In: SARTRE, J.-P.; HEIDEGGER, M. **Conferências e escritos filosóficos**. Trad. de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 347.

²⁰ A expressão *invenção literária* será empregada para ressaltar a particularidade da concepção de criação nela implicada.

²¹ A ideia é desenvolvida por E. Monegal. Em obra dedicada ao tema da leitura em Borges - na qual analisa, entre outros textos, também o conto aqui sob exame -, Monegal considera que Borges “postula que reler, traduzir, são parte da invenção literária. E talvez que reler e traduzir são a invenção literária” (MONEGAL, *op. cit.*, p. 19).

²² BORGES, Jorge Luis. *Pierre Menard, autor do «Quixote»*. In: _____. **Ficções**. Trad. de Davi Arriguicci Jr. São Paulo: Comp. das Letras, 2007. p. 34-45.

²³ Cf. MONEGAL, *op. cit.*

O levantamento das obras de Pierre Menard que teriam sido publicadas é particularíssimo e, diga-se de passagem, completamente borgiano, sendo perceptível o que se denomina *originalidade estilística* de um escritor e fazendo lembrar, entre outros, o conto *O idioma analítico de John Wilkins*²⁴ (1952), no qual figura a famosa taxonomia da “Enciclopédia chinesa” que teria inspirado Michel Foucault a escrever *As palavras e as coisas*²⁵.

Incluem-se entre os textos não publicados de Pierre Menard - sua produção *subterrânea*, o termo é do narrador -, os capítulos 9 e 38 da primeira parte do *Dom Quixote* e um fragmento do capítulo 22.

Conta o narrador que Menard

não queria compor outro *Quixote* - o que seria fácil - mas o *Quixote*. Inútil acrescentar que nunca levou em conta uma transcrição mecânica do original; não se propunha copiá-lo. Sua admirável ambição era produzir algumas páginas que coincidissem - palavra por palavra e linha por linha - com as de Miguel de Cervantes²⁶.

Com o objetivo de realizar seu projeto, Menard - que vivera na França do início do séc. XX - havia considerado, inicialmente, a hipótese de “Conhecer bem o espanhol, recuperar a fé católica, guerrear contra os mouros ou contra o turco, esquecer a história da Europa entre os anos de 1602 e de 1918, ser Miguel de Cervantes”²⁷, mas logo descartou-a, pois considerou que

Ser, de alguma maneira, Cervantes e chegar ao *Quixote* pareceu-lhe menos árduo - por conseguinte, menos interessante - que continuar sendo Pierre Menard e chegar ao *Quixote* através das experiências de Pierre Menard²⁸.

Abdicando, portanto, de encontrar nas experiências de Cervantes ou no contexto histórico do escritor espanhol a chave de leitura que lhe possibilitaria reescrever a obra, Menard depara-se com a necessidade de refrear os seus próprios impulsos criativos, como explicita numa das cartas dirigidas ao narrador:

²⁴ BORGES, Jorge Luis. O idioma analítico de John Wilkins. In: _____. *Outras inquisições*. Trad. de Davi Arrigucci Jr. São Paulo: Comp. das Letras, 2007. p. 121-126.

²⁵ Cf. FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. 4. ed. Trad. de Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

²⁶ BORGES, Pierre Menard, op. cit., p. 38.

²⁷ *ibidem*, p. 39.

²⁸ *Ibidemp.* 39.

Meu jogo solitário é governado por duas leis polares. A primeira permite-me ensaiar variantes de caráter formal ou psicológico; a segunda obriga-me a sacrificá-las ao texto «original» e a considerar de um modo irrefutável essa aniquilação...²⁹.

Disso resulta, como refere o narrador, que “o texto de Cervantes e o de Menard são verbalmente idênticos”³⁰, mas ele adverte que o de Menard é “quase infinitamente mais rico”³¹. Para demonstrá-lo, cita um trecho do texto de Cervantes: “a verdade, cuja mãe é a história, êmula do tempo, depósito das ações, testemunha do passado, exemplo e aviso do presente, advertência do futuro”³².

Na sequência, o narrador comenta que, escrito pelo “gênio ignorante” no séc. XVII, trata-se de mero elogio retórico da história, enquanto que a mesma frase, ao ser escrita por Pierre Menard, contém uma filosofia da história. No texto de Menard a frase revela uma ideia assombrosa - a história é a mãe da verdade -, e isso ocorre, segundo o narrador, porque ao redigi-la

Menard, contemporâneo de William James, não define a história como uma indagação da realidade, mas como sua origem. A verdade histórica, para ele, não é o que aconteceu; é o que julgamos que aconteceu. As cláusulas finais - [de que a história é] *exemplo e aviso do presente, advertência do futuro* - são descaradamente pragmáticas³³.

Assim, da mais exata e rigorosa reprodução de um texto, resulta o máximo de diferença, tendo em vista não tanto a historicidade que, naturalmente, estará impressa em que cada um dos textos a partir do contexto de sua produção - a qual, no caso da réplica de Menard, abarcaria, inclusive, a leitura já incorporada do texto de Cervantes - e que, por si só, possibilitaria novas interpretações, mas, sobretudo, a historicidade implicada nos significados atribuídos a tais textos por diferentes *comunidades interpretativas*³⁴.

Isso porque, como assinala G. Genette,

²⁹ BORGES, Pierre Menard, *op. Cit.* p. 41.

³⁰ *Ibidem*, p. 42.

³¹ *Ibidem*, p. 42.

³² *Ibidem*, p. 42.

³³ *Ibidem*, p. 43.

³⁴ Conceito formulado por Stanley Fish, signatário do *reader-response criticism*, em sua análise das estratégias interpretativas acordadas e compartilhadas pelos membros de determinada comunidade (FISH, Stanley Eugene. *Is there a text in this class?: the authority of interpretive communities*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980).

O tempo das obras não é o tempo definido da escrita, mas o tempo indefinido da leitura e da memória. O sentido dos livros está na frente de nós e não atrás, está em nós: um livro não é um sentido acabado, uma revelação que devemos receber, é uma reserva de formas que aguardam seu sentido, é «a iminência de uma revelação que não se produz» e que cada um deve produzir por si mesmo³⁵.

Em suma, o conto de Borges pode ser visto como uma metáfora da concepção do escritor como tradutor ou intérprete e da importância da leitura e da interpretação no processo de escrita. Tal entendimento é o corolário do giro teórico promovido, no campo dos estudos literários - com o abandono de concepções que relacionavam o fenômeno da criação à originalidade, subjetividade e individualidade do escritor em prol da compreensão de que a invenção literária resulta da leitura, interpretação e reescrita -, que reflete a posição de destaque atribuída à hermenêutica no último século.

Esse contexto favoreceu o surgimento de inúmeras questões teóricas envolvendo o ato interpretativo e propiciou, também, novos parâmetros para a atuação dos críticos literários, na medida em que se impôs reconhecer, como bem esclarece U. Eco, que *múltiplas possibilidades de interpretação* não significa a *admissibilidade de qualquer interpretação*³⁶.

No campo dos estudos literários, esse não é, hoje, um tema que seja objeto de controvérsias e, certamente, mereceria a devida atenção por parte dos juristas, como há muito e tantas vezes tem alertado Lenio Streck, ao afirmar que *Não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*³⁷.

4 O PAPEL DO JUIZ: CRIADOR OU INTÉRPRETE?

No campo do direito, o tema da criação vincula-se às lacunas do ordenamento e ao poder discricionário do juiz e, por circunscrever-se no âmbito da interpretação da lei em sua aplicação ao caso concreto, remete diretamente à hermenêutica jurídica e à teoria da decisão.

Embora o retorno a esse tema tenha sido constante nos debates jurídicos dos últimos duzentos anos e apesar de sua relevância - em virtude das consequências que a liberdade

³⁵ No original: “Le temps des oeuvres n’est pas le temps défini de l’écriture, mais le temps indéfini de la lecture et de la mémoire. Le sens des livres est devant eux et non derrière, il est en nous : un livre n’est pas un sens tout fait, une révélation que nous avons à subir, c’est une réserve de formes qui attendent leur sens, c’est « l’imminence d’une révélation qui ne se produit pas », et que chacun doit produire pour lui-même”. GENETTE, Gérard. *La utopie littéraire*. In: _____. *Figures I*. Paris: Seuil, 1966. p. 132.

³⁶ ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁷ A frase também consta no título da última seção da obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Cf. STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

criativa dos juízes tem no “mundo da vida” -, são poucos os juristas que a ele se dedicam diretamente numa perspectiva teórica, do que resultam a precariedade conceitual e uma compreensão anacrônica de criação. Como exceção à regra, podem ser citados os artigos de Eugenio Bulygin, *Los jueces ¿crean derecho?*, que identifica três vertentes teóricas sobre a criação do direito pelos juízes³⁸; e de Antonio-Enrique Pérez Luño, *¿Qué significa juzgar?*, que apresenta uma didática taxonomia dos significados do termo *criar* no âmbito do direito, relacionando-os com diferentes atitudes teórico-jurídicas³⁹. Mais escassos, ainda, são juristas que, como Pablo Castro Miozzo⁴⁰, ocupam-se da relação entre criação e interpretação sob o viés hermenêutico.

Uma visão panorâmica das incidências do tema da criação no campo das discussões jurídicas possibilita constatar que - assim como ocorre na literatura - há no direito uma constante oscilação entre concepções de prevalência ora objetivista ora subjetivista e que a aposta na liberdade criativa do juiz vem sempre associada à subjetividade.

Em vista disso, serão examinados aqui dois contextos bastante particulares em que se verifica a atribuição de poder criativo aos juízes.

O primeiro deles inscreve-se no percurso que conduz do legalismo da escola da exegese e da ortodoxia lógico-conceitual do pandectismo - relacionadas ao fenômeno da codificação que marcou o séc. XIX - à abertura para liberdade criativa inaugurada, no início do séc. XX, pelos postulados da *Livre investigación científica* de François Géný e pelas formulações dos teóricos da *Escola do Direito Livre*⁴¹.

A crítica de F. Géný - cujo alvo era a Escola de Exegese e o dogma da completude do ordenamento jurídico - relaciona-se às limitações inerentes ao direito positivo, que não pode prever a infinidade de situações decorrentes da complexidade das relações sociais, e à necessidade de ampliar a liberdade de atuação dos juízes, os quais deveriam suprir as eventuais omissões e as lacunas das normas jurídicas existentes.

³⁸ BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía* - Revista de Teoría e Filosofía del Derecho, n. 18, p. 7-25, abr. 2003.

³⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. ¿Qué significa juzgar? *Doxa* - Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 32, p. 151-176, 2009.

⁴⁰ MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014.

⁴¹ Visando à análise de questões pontuais, não será contemplada, aqui, a Jurisprudência dos Interesses - cujas bases se situam na Escola do Direito Livre e nas ideias apresentadas por Rudolph von Ihering na obra *A finalidade do direito* -, bem como o pensamento de Philipp Heck, seu maior expoente. Sobre o tema, consulte: IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho* [1877]. Trad. de Leonardo Rodriguez. Panplona: Anacleto, 2005; HECK, Philipp. *El problema de la creación del derecho* [1912]. Trad. de Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999.

Assim, sua proposta de superar a absoluta vinculação do juiz à lei não implicava a defesa da total liberdade judicante. O que F. Géný preconizava era a ideia da livre investigação científica, entendida como *livre* porque facultado ao juiz procurar, fora do direito positivo, a solução jurídica para o caso concreto, mas condicionada pela *investigação científica* dos elementos objetivos que, inerentes à ordem jurídica, deveriam embasar sua decisão⁴².

Já a Escola do Direito Livre - que também tem suas raízes na oposição ao formalismo conceitual dos exegetas franceses e dos pandectistas - congrega estudiosos que, apesar de terem adotado premissas distintas e de cada um formular sua própria construção teórica, compartilham a ideia de impossibilidade de completude de qualquer ordenamento jurídico e defendem, como aponta Mario Losano, que “ao lado do direito formal, emanado pelo legislador, existe um direito livre, um *freies Recht*”⁴³, assentado no circuito jurisdicional, pois o juiz, ao preencher as lacunas do sistema, assumiria a função de criador do direito.

A divergência entre os teóricos da Escola Direito Livre que interessa destacar aqui reside, basicamente, na extensão e nos graus da criatividade atribuída aos juízes - decorrentes de suas diferentes concepções da ciência do direito, do papel do juiz e de lacuna -, e a síntese das formulações de três desses teóricos sobre a liberdade criativa no âmbito jurisdicional é suficiente para oferecer um panorama da relevância do tema da criação no transcurso do séc. XIX para o séc. XX: Oskar von Bülow entende que o juiz pode produzir autonomamente direito e, como tanto a atividade legislativa quanto a atividade jurisdicional sustentam-se na vontade ordenadora do Estado, o fundamento do ato do juiz é a autoridade do Estado, da qual a sentença extrai sua força normativa⁴⁴; Eugen Ehrlich, embora estabeleça limites à atuação criativa do juiz - à qual atribui caráter supletivo -, ao considerar que “toda investigação do direito é necessariamente criadora, inclusive quando aparenta ser mera aplicação, [...] já que a aplicação de uma regra geral ao caso concreto passa necessariamente pelas mãos de uma personalidade

⁴² Segundo o autor: “o trabalho que compete ao juiz me pareceu que pode ser qualificado como livre investigação científica; investigação livre, uma vez que elide a ação própria de uma autoridade positiva, investigação científica, ao mesmo tempo, porque não pode encontrar bases sólidas senão nos elementos objetivos que apenas a ciência pode revelar”. No original: “el trabajo que incumbe al juez me ha parecido poder calificarlo libre investigación científica; investigación libre, toda vez que aqui se sustrae a la acción propia de una autoridade positiva, investigación científica, al próprio tempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar”. GÉNY, François. *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo* [1913]. Granada: Comares, 2000. p. 412.

⁴³ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. Trad. de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 160.

⁴⁴ BÜLOW, Oskar von. *Legge e giurisdizione* [1885]. In: BÜLOW, Oskar von; ZORN, Philipp. *Legge e giurisdizione*. Seregno: Herrenhaus, 2012. p. 11-44.

individual”⁴⁵, abre espaço para a subjetividade do intérprete; e Hermann Kantorowicz, que adota a postura mais radical e introduz as bases do voluntarismo do intérprete, defende não só a possibilidade, mas o dever do juiz de criar direito - seja diante de lacunas do ordenamento, seja quando o significado do texto normativo não for claro ou unívoco -, facultando-lhe, inclusive, decidir *contra legem*, tendo em vista que vincula o julgamento do caso concreto à vontade do juiz e chega ao extremo de, para preservar-lhe a liberdade, postular que a sentença não necessita ser fundamentada⁴⁶.

O segundo contexto em que a função criativa do juiz adquire força envolve a crise de paradigma gerada pelo descrédito em que foi lançado o positivismo jurídico após as atrocidades cometidas pelo Terceiro Reich e o constitucionalismo inaugurado no pós-guerra. e a crescente expansão da atuação do judiciário. Desse contexto, resultaram novas concepções do direito, de sua função social e do papel do juiz.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito é instituído com a promulgação da Constituição de 1988, que vem promover a consolidação de nova ordem constitucional. No mesmo ano, começa a circular a edição brasileira de *Acesso à justiça*⁴⁷, com a qual Mauro Cappelletti passa a ser conhecido e a adquirir notoriedade entre nós.

Foi, entretanto, com a obra *Juízes legisladores?*⁴⁸ - publicada na Itália em 1984 e, no Brasil em 1993 -, que o comparatista italiano reascendeu a aposta na criatividade jurisdicional e colocou o tema na pauta das discussões dos doutrinadores brasileiros, sob os auspícios das promessas e expectativas geradas pela ainda nova constituição.

São os postulados desse texto que importa aqui resgatar, pela relação que se pode estabelecer entre a atribuição de liberdade criativa dos juízes e o ativismo judicial, que não pode ser confundido com a ampliação do papel desempenhado pelos tribunais na concretização dos direitos fundamentais e tampouco com a judicialização da política.

⁴⁵ No original: “toda investigación del Derecho es necesariamente creadora, incluso ali donde aparece como mera aplicación, [...] ya que la aplicación de una regla general al caso concreto pasa necesariamente por las manos de una personalidad individual”. EHRlich, Eugen. *Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre* [1903]. In: EHRlich, Eugen. *Escritos sobre sociología y jurisprudência* [1906]. Trad. de Juan Antonio Gómez García, José Luiz Muñoz de Baena e Gregório Mórchon. Madrid: Marcial Pons, 2005.

⁴⁶ KANTOROWICZ, Hermann (Gnaeus Flavius). *La luta por la ciencia del derecho* [1906]. Trad. de Werner Goldschmidt. In: SAVIGNY, Friedrich Karl von et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 323-373.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

Em *Juízes legisladores?*, como o próprio ponto de interrogação contido no título indica, o autor propõe-se a investigar se o papel que compete ao juiz deve se restringir à interpretação e aplicação do direito ou se pode abarcar a criação do direito, bem como se a atuação criativa dos juízes e tribunais os transformaria em legisladores.

O que, de início, chama a atenção é o emprego da expressão *criatividade da função jurisdicional* para designar a produção do direito por parte dos juízes, que condiz com seu entendimento de que toda interpretação é criativa e com a explícita elisão da diferença conceitual entre criação e interpretação, pois Cappelletti defende que

O verdadeiro problema não é o da clara oposição na realidade inexistente entre conceitos de interpretação e criação do Direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do Direito por obra dos tribunais judiciários⁴⁹.

Para ele, o aumento da criatividade da função judiciária é algo inevitável e vincula-se às mudanças promovidas pelo *Welfare State* e à tarefa que o direito assume nos estados sociais, exigindo uma alteração no comportamento dos juízes.

A questão, portanto, recai não sobre a *possibilidade* de os juízes criarem direito, mas nos diferentes graus de sua atuação criativa-interpretativa, bem como nos limites a ela impostos, já que o processo de criação jurisdicional decorreria da necessidade de preencher as lacunas intrínsecas ao processo legislativo e se realizaria, segundo ele, através da interpretação.

Tanto é assim que Cappelletti não atribui aos juízes total liberdade interpretativa e, sublinhando a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, ressalta que “o juiz, embora inevitavelmente criador de direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. [...] todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar *certos limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*”⁵⁰.

Já quando aborda os graus de criatividade, o jurista italiano aponta que as decisões vinculadas à legislação ou a precedentes implicariam menor margem de criatividade do que aquelas baseadas na equidade, mas não deixa de alertar para o fato de que as normas legislativas e os precedentes não podem vincular totalmente o intérprete, diante de sua imprescindível *necessidade de ser livre*⁵¹.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 21.

⁵⁰ Ibidem, p. 24.

⁵¹ Ibidem, p. 25.

É essa liberdade que possibilitaria ao judiciário recuperar-se da posição de debilidade a que foi lançado a partir do agigantamento estatal e legislativo promovido pelo *Welfare State*, do que resultaria o necessário reequilíbrio de forças e de controle recíprocos entre os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Quanto ao risco de a criatividade jurisdicional transformar os juízes em legisladores, Cappelletti contrapõe o argumento de que - embora os processos legislativo e jurisdicional sejam equiparáveis do ponto de vista substancial e ambos, igualmente, criadores do direito - os modos de criação legislativa e judiciária mostram-se distintos, do ponto de vista processual, o que se evidencia quando consideradas as peculiaridades da atividade jurisdicional, na qual se encontram implicadas: a posição *super partes* do juiz, o caráter contraditório do processo judicial e a impossibilidade de que o processo seja iniciado *ex officio* pelo judiciário⁵².

Em sua conclusão, Cappelletti explicita que a atuação dos juízes deve, *indubitavelmente*, abarcar as funções de interpretar e de criar o direito, mesmo nos casos em que sejam obrigados a aplicar a lei, e justifica sua posição:

Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos⁵³.

O trecho citado ilustra bem a ausência de conceituações precisas. Ao longo do texto - em sua origem trata-se de Relatório Geral apresentado num congresso de juízes da corte de apelações⁵⁴ -, os termos criatividade, interpretação e discricionariedade são empregados com sentido equivalente. Tampouco se evidencia a presença de um substrato teórico-filosófico mais consistente. De tal modo que sua leitura requer cautela, além de que se leve em conta o contexto de sua produção, o público a que originalmente se destinava e as características particulares de seu autor. Cappelletti é um comparatista, que facilmente transita da *civil law* para a *common law*, e sua preocupação central é de ordem prática, e não teórica.

Em vista dessa preocupação, atento ao excesso e ao abuso criativo dos juízes italianos, a responsabilidade judicial será o objeto de reflexão de outra obra de Cappelletti, *Juízes*

⁵² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 75-76.

⁵³ *Ibidem*, p. 128-129.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 13.

*irresponsáveis?*⁵⁵, publicada na Itália em 1988, sendo a primeira edição brasileira de 1989, portanto antes de *Juízes legisladores?*. Nessa obra, ele defende a necessidade de uma relação diretamente proporcional entre o poder e a responsabilidade judicial, tendo em vista a incompatibilidade existente entre sistema democrático e poder sem responsabilidade, e postula que o modelo de responsabilização social é o mais apropriado para o Estado Democrático, pois correlata à ideia contida na fórmula *checks and balances* - central para todo sistema democrático de governo - e possibilita conjugar o valor de garantia da independência dos juízes com o valor democrático do dever de prestar contas.

É interessante observar - especialmente face às arbitrariedades de toda ordem cometidas atualmente por juízes e tribunais e ao pampricipiologismo⁵⁶ de que lançam mão para disfarçar o voluntarismo - que, no Brasil, a obra *Juízes irresponsáveis?* é de menor relevância, e *Juízes legisladores?*, incomparavelmente mais prestigiada⁵⁷. A disparidade na recepção dos acadêmicos do direito e dos juristas brasileiros a essas duas obras, além de possivelmente refletir a propensão à supervalorização da criatividade dos juízes, talvez seja significativa da tendência de desvalorização da responsabilização social a que eles deveriam estar sujeitos.

De todo modo, o que interessava destacar - ao referir a dimensão que a criação tem assumido no direito brasileiro, ao questionar a compreensão dos juristas de criação e ao problematizar o modo como ainda hoje a relacionam com um ideal de liberdade - é a necessidade de repensar o conceito de criação no âmbito da teoria do direito, sob um viés hermenêutico-filosófico. Nessa tarefa, a teoria da literatura, mediante a interlocução proporcionada pelos estudos em direito e literatura, pode vir a colaborar.

CONCLUSÃO

Como se pode observar, o campo dos estudos literários foi marcado, nos últimos duzentos anos, pelo movimento de abandono de concepções teóricas que relacionavam o fenômeno da criação com a originalidade, subjetividade e individualidade do escritor em prol da compreensão de que tal fenômeno resulta do processo de leitura, interpretação e reescrita.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

⁵⁶ Termo cunhado por Lenio Streck, cujo conceito encontra-se explicitado em: STRECK, Lenio. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 149-152.

⁵⁷ Uma busca no Google Acadêmico, restrita ao período 2007-2017, apresenta os seguintes resultados: a obra *Juízes legisladores?* é referida em 1.090 artigos científicos brasileiros; já a obra *Juízes irresponsáveis*, em apenas 156 artigos.

No campo do direito, a aposta na subjetividade e na liberdade criadora do juiz emerge em dois contextos específicos: no transcurso do séc. XIX para o séc. XX, com a oposição ao positivismo jurídico exegeta e o formalismo conceitual do pandectismo; e no segundo pós-guerra, com a crise do paradigma positivista, o novo papel desempenhado pelas Constituições e a normatização dos direitos de terceira dimensão, que resultou na expansão do poder judiciário em prol da proteção dos direitos sociais e dos interesses difusos.

Paradoxalmente, enquanto na teoria da literatura são adotados os conceitos de horizonte de sentido e de intersubjetividade e reconhecidas - inclusive na própria produção das obras - a força da intertextualidade e a facticidade e historicidade inerentes ao escritor, bem como consolidada a concepção de que a invenção literária resulta da leitura, interpretação e reescrita; prevalecem no direito construções teóricas que, blindadas ao *linguistic turn* e ao *narrative turn*, ignoram a superação da hermenêutica clássica, o que colabora para que o fenômeno da criação permaneça, anacronicamente, atrelado à ideia de liberdade.

Por fim, espera-se que percurso aqui realizado tenha, subliminarmente, evidenciado a importância dos estudos de direito e literatura no que tange a propiciar a atualização da compreensão do fenômeno da criação no âmbito jurídico, de modo a desvincular o conceito de criação da ideia de liberdade criativa - cujos principais efeitos são o ativismo e o decisionismo judicial - e alertar para as condições e os limites postulados pelos estudos literários, que atribuem à interpretação papel essencial no processo criativo.

REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante. **La divina commedia**. Milano: Garzanti, 1988.

ANZIEU, Didier. Para uma psicolinguística psicanalítica. In: ANZIEU, Didier et al. **Psicanálise e linguagem: do corpo à fala**. Trad. de Monique Aron Chiarella e Luiza Maria F. Rodrigues. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

ARISTÓTELES. Poética. In: ARISTÓTELES; HORÁCIO; LONGINO. **A poética clássica**. Trad. de Jaime Bruna. São Paulo: Cultrix, 1997. p. 17-52.

BAKHTIN, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 6. ed. Trad. de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec, 1992.

BAKHTIN, Mikhail M. **Estética da criação verbal**. Trad. de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética: a teoria do romance**. Trad. de Aurora Fornoni Bernardini et al. São Paulo: Unesp; Hucitec, 1988.

BENVENISTE, Émile. Da subjetividade na linguagem. In: BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral**, I. Trad. de Maria da Glória Novak e Maria Luisa Neri. Campinas: Pontes, 1995. p. 284-293.

BORGES, Jorge Luis. O idioma analítico de John Wilkins. In: BORGES, Jorge Luis. **Outras inquisições**. Trad. de Davi Arriguicci Jr. São Paulo: Comp. das Letras, 2007. p. 121-126.

BORGES, Jorge Luis. Pierre Menard, autor do *Quixote*. In: BORGES, Jorge Luis. **Ficções**. Trad. de Davi Arriguicci Jr. São Paulo: Comp. das Letras, 2007. p. 34-45.

BÜLOW, Oskar von. Legge e giurisdizione [1885]. In: BÜLOW, Oskar von; ZORN, Philipp. **Legge e giurisdizione**. Seregno: Herrenhaus, 2012. p. 11-44.

BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? **Isonomía** - Revista de Teoría e Filosofía del Derecho, n. 18, p. 7-25, abr. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

CERVANTES, Miguel de. **El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha**. Barcelona: Pareja, 1981.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto. **Pós-escrito a O nome da rosa**. Trad. de Letizia Zini Antunes e Álvaro Lorencini. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

EHRlich, Eugen. Libre investigación del derecho y ciência del derecho libre [1903]. In: EHRlich, Eugen. **Escritos sobre sociologia y jurisprudência** [1906]. Trad. de Juan Antonio Gómez García, José Luiz Muñoz de Baena e Gregório Mórchon. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 53-88.

FISH, Stanley Eugene. **Is there a text in this class?: the authority of interpretive communities**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

FLAUBERT, Gustave. **Madame Bovary**. Paris: Gallimard, 2001.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. 4. ed. Trad. de Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade y método**, I. Trad. de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 10. ed. Salamanca: Sígueme, 2003.

GENETTE, Gérard. La utopie littéraire. In: GENETTE, Gérard. **Figures I**. Paris: Seuil, 1966. p. 121-130.

GENETTE, Gérard. **Palimpsestos**: a literatura de segunda mão. Trad. de Cibele Braga et al. Belo Horizonte: Viva Voz, 2010.

GÉNY, François. **Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo** [1913]. Granada: Comares, 2000.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del derecho** [1912]. Trad. de Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999.

HEIDEGGER, Martin. Sobre o «Humanismo». In: SARTRE, J.-P.; HEIDEGGER, M. **Conferências e escritos filosóficos**. Trad. de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 345-373.

HUSSERL, Edmund. **Meditações cartesianas**: introdução à fenomenologia. Trad. de Maria Gorete Lopes e Sousa. Porto: Rés, [s. d.].

IHERING, Rudolf von. **El fin en el derecho** [1877]. Trad. de Leonardo Rodriguez. Panplona: Anacleto, 2005.

JAUSS, Hans Robert. **A literatura como provocação**: história da literatura como provocação literária. Trad. de Teresa Cruz. Lisboa: Veja, 1993.

JENNY, Laurent. A estratégia da forma. In: **Intertextualidades**. [Tradução de *Poétique* - Revue de Théorie et d'Analyse Littéraires, n. 27, 1976]. Trad. de Clara Crabbé Rocha. Coimbra: Almedina, 1979.

KANTOROWICZ, Hermann (Gnaeus Flavius). La luta por la ciencia del derecho [1906]. Trad. de Werner Goldschmidt. In: SAVIGNY, Friedrich Karl von et al. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 323-373.

KORFMANN, Michael. **A diferenciação da literatura moderna alemã no processo constitutivo da sociedade funcional: uma abordagem sistêmica baseada em Niklas Luhman**. 2002. 274 f. Tese (Doutorado em Letras)- Instituto de Letras, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

KRISTEVA, Julia. **Introdução à semanálise**. Trad. de Lúcia Helena França Ferraz. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LINHARES, A. M. B. **O tortuoso e doce caminho da sensibilidade**: um estudo sobre arte e educação. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2003.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. Trad. de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

MONEGAL, Emir R. **Borges: uma poética da leitura**. Trad. de Irlemar Chiampi. São Paulo: Perspectiva, 1980.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. ¿Qué significa juzgar? **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 32, p. 151-176, 2009.

PLOTINO. **Enéadas, V-VI**. Trad. de Jesús Igal. Madrid: Gredos, 1998.

POE, Edgar Allan. **O corvo**. São Paulo: Empíreo, 2015. [Edição trilingue].

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 149-152.

TRINDADE, André Karam; BERNSTES, Luiza. O estudo do “direito e literatura” no Brasil: surgimento, evolução e expansão. **Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura**, n. 3, v. 1, p. 225-257, 2017. doi: [10.21119/anamps.31.225-257](https://doi.org/10.21119/anamps.31.225-257).

TYNIANOV, J. Da evolução literária. In: EIKHENBAUM, B. et al. **Teoria da literatura: formalistas russos**. Trad. de Ana Mariza Ribeiro, Maria Aparecida Pereira, Regina Zilberman e Antonio Carlos Hohlfeldt. Porto Alegre: Globo, 1971. p. 105-118.

Recebido em: 18.10.2017 / Revisões requeridas em: 18.12.2017 / Aprovado em: 18.12.2017 / Publicado em: 20.12.2017

COMO FAZER A REFERÊNCIA DO ARTIGO (ABNT):

KARAM, Henriete. O direito na contramão da literatura: a criação no paradigma contemporâneo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1022-1043, dez. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29566>>. Acesso em: dia mês. ano. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369429566>.