

Teoria e prática em Direito e Literatura

Antonio Sá da Silva



Insultados intelectualmente por Platão e expulsos de sua cidade ideal, defendidos por Cícero no *forum romanum* e considerados por ele preceptores insubstituíveis de juristas e políticos, os poetas desde Homero se intrometem em questões de Estado e de justiça. Todavia, esforços atuais muito eloquentes como os de Martha C. Nussbaum, de transformá-los nos melhores árbitros da vida pública, seguem muito controvertidos entre juristas, filósofos e literatos.

A narratividade tem arrebatado uma legião de defensores, embalada em parte por aquela crise do normativismo e consequente reinvenção da filosofia prática do período pós-guerra, como se vê dos testemunhos da tópico-retórica, da nova hermenêutica, das teorias da argumentação etc. Sua reelaboração da *praxis* aristotélica tornou-se assim um conteúdo obrigatório em estudos de hermenêutica e teoria jurídica em todo o mundo, apesar do instrutivo repúdio de pensadores importantes.

Numa perspectiva hermenêutica (direito como literatura), pedagógica (direito na literatura) ou dogmática (direito à literatura), a interface Direito e Literatura é plausível. Entretanto, falsas evidências, silêncio quanto ao sentido específico do Direito e sobretudo tentativas de fundir racionalidade jurídica e racionalidade literária devem ser rechaçadas.

Antonio Sá da Silva

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

REITOR

Paulo Cesar Miguez de Oliveira

VICE-REITOR

Penildon Silva Filho



EDITORA DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DA BAHIA

DIRETORA

Susane Santos Barros

CONSELHO EDITORIAL

Alberto Brum Novaes

Angelo Szaniecki Perret Serpa

Caiuby Alves da Costa

Charbel Niño El-Hani

Cleise Furtado Mendes

Evelina de Carvalho Sá Hoisel

Maria do Carmo Soares de Freitas

Maria Vidal de Negreiros Camargo

Apoio:

Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFBA)

Proap/Capes

Teoria e prática em Direito e Literatura

Antonio Sá da Silva

Salvador
Edufba
2023

2023, Antonio Sá da Silva.
Direitos para esta edição cedidos à Edufba.
Feito o Depósito Legal.

Grafia atualizada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, em vigor no Brasil desde 2009.

ANALISTA EDITORIAL

Mariana Rios

CAPA E PROJETO GRÁFICO

Gabriela Nascimento

COORDENAÇÃO GRÁFICA

Edson Sales

EDITORAÇÃO

Miriã Santos Araújo

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO

Gabriela Nascimento

REVISÃO E NORMALIZAÇÃO

Tikinet Edição LTDA.

Sistema Universitário de Bibliotecas – UFBA

S586 Silva, Antonio Sá da

Teoria e prática em Direito e Literatura / Antonio Sá da Silva. –
Salvador: EDUFBA, 2023.

2,1 MB (PDF) ; (Professor Edvaldo Brito).

Modo de acesso: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/37661>

ISBN: 978-65-5630-515-8

1. Direito e literatura. 2. Direito – Filosofia.

CDU – 34

Elaborada por Geovana Soares Lira CRB-5: BA-001975/O

EDITORA AFILIADA À



Edufba

Rua Barão de Jeremoabo, s/n, *Campus* de Ondina
Salvador - Bahia CEP 40170-115 Tel: +55 (71) 3283-6164
www.edufba.ufba.br | edufba@ufba.br

Sumário

- Apresentação ... 8**
André Karam Trindade
- Prefácio: o que os juristas estão conversando com os poetas? ... 10**
- Oração ao Júri de Doutoramento na Sala dos Capelos da Universidade de Coimbra ... 100**
- O que é realmente um “caso trágico” e uma “escolha trágica” no direito, na política e na administração? ... 108**
- A imaginação literária e o direito: a (im)possibilidade de um modelo jurídico-decisório nos argumentos de A. Castanheira Neves e de Martha C. Nussbaum ... 149**
- Um fundamento comum dos direitos humanos e dos direitos dos animais não humanos no pensamento de Martha C. Nussbaum ... 177**
- Destino, ação e sabedoria na literatura oral do sertão ... 200**
- Os animais na literatura do sertão brasileiro: ordem *jurídica* ou ordem de *necessidade*? ... 217**
- O direito constitucional da literatura ... 235**
- Ensino jurídico, retórica e direitos humanos no *Filoctetes* de Sófocles ... 260**
- Justiça e vingança na literatura oral do sertão: uma releitura da tragédia e do tratamento da controvérsia no cordel e na música caipira ... 307**
- Invisibilidade, direitos humanos e *capabilities approach* em *Vidas secas* de Graciliano Ramos ... 335**
- Referências ... 356**

Para *Sebastião Trogo*, o mestre que já na minha tenra idade acadêmica, fez o Sertão estremecer dentro de mim, emprestando-me um cavalo e ajudando-me a realizar a primeira Travessia do Sussuarão acadêmico.



APRESENTAÇÃO

No Brasil, a história dos estudos em Direito e Literatura perpassa pela Bahia, onde ainda atua um grupo de pesquisadores que se dedica a investigar as intersecções entre essas duas áreas do conhecimento. Seguindo a tradição inaugurada por Aloysio de Carvalho Filho e José Gabriel Lemos Britto, cujos trabalhos remetem à primeira metade do século XX, os professores Nelson Cerqueira, Pedro Lino de Carvalho Junior e Antônio Sá da Silva – todos vinculados à Universidade Federal da Bahia – vêm honrando esse legado com uma produção teórica de primeira linha.

Neste livro, *Teoria e prática em Direito e Literatura*, ora publicado pela Editora da Universidade Federal da Bahia (Edufba), o autor oferece um prefácio, de estilo nitidamente conimbricense, intitulado “O que os juristas estão conversando com os poetas?” – no qual estabelece seus pressupostos epistemológicos e desenvolve uma leitura crítica sobre o atual estágio do movimento Direito e Literatura –, e reúne dez trabalhos publicados ao longo de sua carreira acadêmica, porém revisados e revisitados.

Influenciado pela alta erudição que marca a tradição jurídica portuguesa, em especial pelas lições de Castanheira Neves, Aroso Linhares e Joana Aguiar e Silva, o autor revela toda a profundidade de sua formação, explorando temas que contemplam distintas dimensões da intersecção Direito e Literatura.

O fio condutor do livro pode ser compreendido por meio do seguinte problema: será que o Direito, entendido como “*praxis* específica de solução de controvérsias passadas”, proposta por sujeitos que se reconhecem como iguais e dotados de autonomia, “ainda está em

condições de responder aos desafios que atualmente têm sido colocados ao pensamento prático em geral e ao pensamento jurídico em especial”?

Além de brindar o leitor com a “Oração ao Júri de Doutoramento na Sala dos Capelos da Universidade de Coimbra”, até então inédita, a obra proporciona uma série de reflexões teóricas e metodológicas – por exemplo: os casos e escolhas trágicas; a racionalidade jurídica e a imaginação literária; o fundamento do direito dos animais; a normatividade na literatura oral do sertão; o direito constitucional da literatura –, sem perder de vista questões aplicadas, de ordem prática, como se vê nas análises relativas à educação e aos direitos humanos em *Filoctetes*, de Sófocles; a justiça e a vingança na literatura oral do sertão; a invisibilidade e abordagem da capacidade em *Vidas secas*, de Graciliano Ramos.

Cumprimentos ao autor e à editora por esta iniciativa, que seguramente contribuirá para o fortalecimento da cultura literária do Direito no Brasil, elevando, com isso, o nível da pesquisa jurídica no cenário nacional.

Boa leitura!

Primavera, 2021

Prof. Dr. André Karam Trindade

Membro fundador da Rede Brasileira Direito e Literatura

PREFÁCIO: O QUE OS JURISTAS ESTÃO CONVERSANDO COM OS POETAS?

Um jurista romano da era clássica, Celso, definiu o Direito como “a arte do bom e do equitativo”;¹ apesar desta dimensão estética enunciada pelo fragmento recolhido pelo Código Justinianeus, parece não ser esta, entretanto, a compreensão comum dos juristas romanos quando inventaram esta modalidade específica de ação humana (*praxis*) relativamente a outras espécies já consagradas, à qual deram o nome de “direito” (*ius/jus*):² sua dimensão ali é antes de tudo prudencial (*prudencia*) e não artística (*ars*). Sem querer e nem poder aqui reabilitar uma antiga discussão sobre a “nave de Teseu”, a propósito de saber quando uma palavra ainda reluz aquela coisa que designava quando foi dicionarizada e quando tal coisa já se desgastou tanto pelo uso que será necessário inventar outro termo que a enuncie com essas novas propriedades, importa dizer que neste livro empregarei a palavra “direito” nesse sentido original e que o torna inconfundível em relação a outras modalidades da vida ativa que podemos exercer, na filosofia globalmente denominado de “pensamento prático” ou de “filosofia prática”; quanto à “literatura”, tanto quanto o direito um termo recorrente e estruturante dos dez capítulos que se seguem, empregarei mais ou menos no sentido igualmente clássico que um gramático e pesquisador latino do século VI, Santo Isidoro de Sevilha,

1 JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano*: liber primus. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

2 NEVES, A. C. O problema da universalidade do direito: ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: NEVES, A. C. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Ed., 2008c. v. 3, p. 111 et seq.

empregou nas suas *Etimologias*,³ isto é, como criação humana em forma de linguagem, sob agitação intensa do espírito, por sua vez sob o fogo cruzado da palavra e do ritmo.

O rigor com o uso das palavras, independentemente de tomar partido na disputa entre nominalistas e essencialistas acerca de elas terem ou não propriedades específicas capazes de representarem inequivocamente em nossas mentes os objetos a que se referem,⁴ compensa ao fruto temporão e, às vezes, doce da frouxidão da linguagem: longe do autor o texto permanecerá sempre indefeso como Platão desconfiava ao advogar a primazia da oralidade sobre a escrita,⁵ mas permite, apesar disso, que o leitor, sabendo em que sentido as palavras foram empregadas e conhecendo o mundo que elas evocam, tenha a liberdade de tomar para si ou de repudiar esse texto, liberto de qualquer modo da tentação de fundir os mundos do autor e do leitor. No caso específico dos termos “direito” e “literatura”, esclarecer o sentido em que cada um será utilizado, nesta discussão com outros autores sobre possíveis aproximações entre uma coisa e outra, parece urgente, porque se a não especificação desse sentido ante a multiplicidade de concepções de literatura pode aumentar a algazarra e comprometer a qualidade das pesquisas em Direito e Literatura, o silêncio sobre o sentido do Direito enquanto tal pode ser mais ofensivo, sobretudo para os juristas, pois, além de diminuir a qualidade do produto, desperdiça a oportunidade de refletir sobre um outro problema suscitado pelo pensamento jurídico contemporâneo: se nunca foi sábio colocar vinhos novos em odres

.....
3 SAN ISIDORO DE SEVILLA. *Etimologías*. Tradução de Luis Cortés Góngora. Madrid: BAC, 1951. Livro 8, cap. VII.

4 FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Maria Stela Gonçalves *et al.* São Paulo: Loyola, 2001. t. 3, p. 2105-2108.

5 PLATÃO. *Fedro*. Tradução de José Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2019. 278d. O tema das chamadas “doutrinas não escritas” em Platão é complexo e as referências são difusas no *corpus* platônico, mas existem hoje estudos avançados sobre isso, como o que se tem em REALE, G. *Para uma nova interpretação de Platão*. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1997.

velhos, será que devemos continuar designando os curiosos e atuais projetos de vida social, suscitados por discussões hermenêuticas e teorias da decisão jurídica,⁶ pela mesma palavra que a jurisprudência clássica (*iurisprudencia*) utilizou para nomear uma concepção específica de nossa vida em comum, emancipada da política, da religião, da literatura e de outras criações humanas já amadurecidas no momento que o Direito foi inventado e delas secularizado?

I

De importantes que são para o projeto deste livro, é necessário se ater um pouquinho aos dois conceitos. A noção de literatura de onde partirei atenderá, como Aguiar e Silva ensinava, para o fato de que esta não dispõe de um conceito abrangente e capaz de resolver controvérsias a respeito de seus ofícios, embora se possa identificar, nos materiais literários, certas características que os distinguem de textos não literários;⁷ segundo o autor português, devemos reconhecer a literatura como um sistema semiótico de comunicação e de significados, mas também como o conjunto das obras comumente tidas como literárias; por conta disto aconselha a não procurarmos um critério universal, homogêneo e capaz de definir, no curso da história, o que se deve colocar ou excluir da estante de literatura; isto, de resto,

.....

6 Naturalmente que falo aqui da estimulante discussão jurídico-interpretativa e do debate sobre a concepção do juiz, exemplarmente aquelas suscitadas pela "comunidade interpretativa dos juizes" defendida por Stanley Fish, pela "obra aberta e leitor modelo" defendidos por Umberto Eco, pela "desconstrução jurídica" operada por Jack Balkin, pela "engenharia social" proposta por Roscoe Pound e Hans Albert, pelo "pragmatismo econômico" de Richard Posner, pela "teoria dos jogos jurídicos" de Wojciech Zaluski, pela "pragmática do texto de Richard Rorty", pela "interpretação como tradução" defendidas por MacIntyre e White, e, como não poderia deixar de aludir aqui, pelo próprio "juiz escritor" de Martha Nussbaum e que parece um lugar comum do movimento *Direito e Literatura* etc.

7 AGUIAR E SILVA, V. M. de. *Teoria da literatura*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1983. v. 1, p. 15 et seq., 29 et seq.

não seria negar, entretanto, a possibilidade de um conceito, mas apenas evitar falsas esperanças de que a palavra possa ser compreendida no formato “x e y”, evitando, conseqüentemente, imputar ao sujeito um único e universal predicado.⁸

A vantagem de partir desta concepção de literatura é que ela mostra seus objetos permanentemente abertos à significação, sem prescindir, todavia, do reconhecimento de que alguns valores da criação literária permanecem ao longo do tempo e se tornam uma propriedade intrínseca desta espécie de criação humana;⁹ noutras palavras, isto permite dizer que

A obra literária é sempre um *artefacto*, um objecto produzido no espaço e no tempo – um objecto, como escreve Luckács, que se separa do sujeito criador, do sujeito fenomenológico, como ‘configuração formal liberta do ser’ –, possuindo uma realidade material, uma textura semiótica sem as quais não seriam possíveis nem a leitura, nem o juízo estéticos.¹⁰

Não prejudica, agora passando dos aspectos mais formais para os intencionais, o reconhecimento de que textos literários admitem uma pluralidade de leituras e interpretações.¹¹ Ora, isto remete àquela clássica definição de Santo Isidoro, um doutor da Igreja que em tempos de escassas referências e ausência de plataformas digitais, como agora e que permite escrever sobre tudo e sobre nada ao mesmo tempo (limitações estas certamente vencíveis somente graças ao devotamento à pesquisa, hoje tão desprestigiada, mas aqui desagradada pelo legado etimológico que ofereceu à posteridade alguns milhares de vocábulos lapidados com invejável erudição – constituindo assim uma fonte obrigatória de

8 AGUIAR E SILVA, 1983, p. 39.

9 Ibidem, p. 31 et seq.

10 Ibidem, p. 34, grifo do autor.

11 Ibidem, p. 40 et seq.

consulta por filósofos e juristas que, desde a escolástica, escreveram o modo ocidental de pensar o mundo), realizou uma diferenciação da atividade de poetizar relativamente a outros engenhos criativos humanos e que parece adequado para seguirmos.¹²

Com efeito, diz o autor que a origem da poesia está ligada à procura do abrandamento do espírito, à redução da ferocidade humana e à conseqüente organização do mundo pelo homem primitivo, isto impulsionado pelo conhecimento que foi tendo um do outro e dos deuses que em tudo imaginavam lhe superar; desse modo, teria parecido necessária a esses homens uma linguagem magnificente, capaz de prestar culto às divindades e às honras; disto segue que nosso “dicionarista” conclua que os gregos chamaram de poeta (ποιητής, *poietes*) a pessoa que era dotada da virtude de expressar nessa forma peculiar de linguagem: tratar-se-ia, portanto, de um termo diretamente associado a *vates*, cuja origem está em *a vi mentis* ou força do engenho criativo humano, em *a viendis carminibus* ou “modulador de versos” (nos tempos mais remotos, diz, os poetas eram chamados de *vates* e seus versos de *vaticínios*), podendo ainda tal palavra significar, simplesmente, que os denominados poetas escreviam sob uma agitação intensa do espírito e mediante tensão permanente entre palavra e ritmo;¹³ o ofício do poeta, tem por certo o etimólogo, sequer pode ser reduzido ao ficcionar, sendo de fato o de representar de modo figurado e belo as coisas que realmente acontecem, qualquer que seja o gênero literário desse poeta.¹⁴

A atenção para o sentido clássico da literatura, talvez em aceno ao “poetizar original” até o momento que aqui pudermos recorrer à

.....
12 SAN ISIDORO DE SEVILLA, 1951, livro 8, cap. 7.

13 Ibidem, nº 2.

14 Tenhamos presente que o Arcebispo de Sevilha não faz qualquer referência à ficção enquanto investiga a origem do sentido da poesia, nem mesmo em outro lugar (ibidem, livro 1, cap. 39) onde distingue poesia, obra de muitos livros, de poema, obra de um único livro.

interpretação de Heidegger sobre a poesia grega, ajuda a atentar para o fato de que a literatura impede, até certo ponto, que esqueçamos as coisas “como elas são” desde antes de se deformarem ou se transformarem em outras: a linguagem é a morada do *ser* e os poetas e filósofos os guardiães dessa morada.¹⁵ O pensamento e a poesia moram na proximidade um do outro, por isso a palavra (*λόγος*, *logos*) enuncia mais originalmente o *ser*, seja na poesia, seja na filosofia,¹⁶ ajudando-nos: a reconhecer a esfera do inefável que há no mundo, do indizível que não pode ser violado pela palavra; a reconhecer a necessidade de dizer (tentar dizer) as coisas sempre em linguagem apropriada;¹⁷ a não insistir na busca surda de um sentido unívoco da linguagem, sem perdermos, todavia, na confusão indeterminada de sentidos;¹⁸ a compreender como podemos ser afetados pela experiência da linguagem, sermos impactados independentemente de tocá-la.¹⁹ A poesia e a linguagem, enfim, permitem que o *ser* nos faça um *aceno* importante.²⁰

É sabido que essa discussão, aberta por Heidegger, parte de uma crítica à metafísica ocidental, acusada por ele de já, mesmo nos escritos platônicos, esquecer-se do *ser* (inclusive o *ser* do Direito), confundindo-o com o *ente*;²¹ trata-se de uma crítica em que se reclama, dentre outras coisas, da originalidade do pensar como *permanecer* no caminho, na vizinhança, na clareira do *ser*,²² de resto a reclamar da soberba (*ὑβρις*, *hybris*) intelectual dos que pretendem fazer mais que aquilo que é

.....
15 HEIDEGGER, M. *A caminho da linguagem*. Tradução de Márcia Sá C. Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003. p. 26, 74, 89, 94, 215; idem. *Carta sobre o humanismo*. Tradução de Pinharanda Gomes. 5. ed. Lisboa: Guimarães, 1998. p. 31.

16 Idem, 2003, p. 133 et seq., 153 et seq., 188 et seq.

17 Idem, 1998, p. 38; idem, 2003, p. 74 et seq.

18 Idem, 2003, p. 63.

19 Ibidem, p. 121 et seq.

20 Ibidem, p. 150 et seq., 155 et seq.

21 Idem, 1998, p. 39 et seq.; idem, 2003, p. 194 et seq.

22 Idem, 1998, p. 44; idem, 2003, p. 81 et seq., 156, 164 et seq., 210 et seq.

permitido ao humano ou abrir pequenos sulcos na linguagem.²³ A crítica linguística de Heidegger nos alcança enquanto juristas,²⁴ especialmente como cultores de um direito que só o é de fato se positivado, mas que se por um lado não permite que o renunciemos, por outro admite e até exige que a dogmática jurídica ouça os apelos do *ser*, isto para pensar sua obra como uma história inacabada da criação de sentidos comunitários específicos, uma busca de resto fundada na procura, igualmente inacabada, da nossa felicidade (εὐδαιμονία, *eudaimonia*). Com efeito, pensados como seres de linguagem,²⁵ encontramos no poema nosso dizer primeiro,²⁶ sendo certo que a poesia nunca descreve o mundo e as coisas que moram nele, apenas os imagina: “O poema tece imagens poéticas mesmo quando parece descrever alguma coisa. Poetizando, o poeta imagina algo que poderia acontecer realmente”;²⁷ a linguagem não somente traz para perto de nós o que está recolhido, podendo também ser entendida como a flor da boca, como o campo onde as flores desabrocham na direção do rebento do céu;²⁸ a palavra, no seu sentido original, seria para o autor alemão o lugar em que os deuses se deixavam ver, talvez mais que isso, a linguagem foi composta e regida por alguém que está acima, inclusive, do combate entre deuses e humanos;²⁹ a poesia, afinal, seria em última instância algo que cuida de nós, se pensada naquela continuação (*continuum*) deveras fundadora entre poetizar e pensar.³⁰

.....
23 HEIDEGGER, 1998, p. 93; idem, 2003, p. 200 et seq.

24 Idem, 1998, p. 32. Naturalmente que Heidegger não está interpelando diretamente os juristas, mas a sua referência à *humanitas* dos romanos e ao direito romano permite, pelo menos em parte, reconhecer uma implícita interpelação.

25 Idem, 2003, p. 7, 191 et seq.

26 Ibidem, p. 12.

27 Ibidem, p. 14.

28 Ibidem, p. 162.

29 Ibidem, p. 173.

30 Ibidem, p. 215 et seq.

Se isso parece o indispensável para delimitar o uso que farei do termo literatura, importa agora fazer o mesmo com o termo direito, o que implica regressarmos tanto quanto pudermos à sua origem, ocorrida como adiantamos no *caput* deste prefácio, graças ao trabalho daqueles estudiosos denominados “jurisconsultos”, cujo período glorioso parece ter sido o que deu entre os séculos I e III da nossa era;³¹ essa descoberta representa culturalmente, historicamente e filosoficamente um projeto novo e inconfundível, como disse Linhares,³² comparativamente ao que já se conhecia até então, quanto ao modo de orientar as nossas vidas relativamente ao mundo, à comunidade e aos demais sujeitos com quem dividimos tais espaços. O termo utilizado por Schulz,³³ um romanista alemão do século XX, para designar essa *inventio* romana e que acabou selando nosso destino profissional foi “isolamento” (*Isolierung*), e parece compreensível que assim seja: essa atividade que contagiou de imediato os jovens romanos e acresceu a outros cânones e artes liberais, já reconhecidas socialmente, significou culturalmente uma autonomização da *praxis* jurídica em relação a outras *praxis* já autonomizadas por Aristóteles em relação à filosofia (a ética, a política, a religião e a economia) e que a seguir detalharei; as razões culturais para o surgimento e afirmação desse fenômeno de secularização do Direito constituem um tema à parte, do qual se ocupam não somente os juristas, mas também os

.....

31 Para um estudo aprofundado desta questão, consultar o romanista português CRUZ, G. B. da. O “jurisconsultus” romano. In: CRUZ, G. B. da. *Obras esparsas: estudos de história do direito antigo*. Coimbra: Coimbra Ed., 1979. v. 1, pt. 1, p. 135-258, inclusive com referências importantes para outros aprofundamentos.

32 LINHARES, J. M. A. *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades*. Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do Direito. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013b; ver também PEREIRA, M. H. da R. *Estudos de história da cultura clássica: cultura romana*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990. v. 2, p. 45 et seq., 19 et seq.

33 SCHULZ, F. *Principios del derecho romano*. Tradução de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Civitas, 1990.

classicistas, os historiadores, os filósofos etc., razão pela qual não parece oportuno serem enfrentados neste trabalho que pretende ser somente um portal de entrada para os textos que reúne. Contento-me, por um lado, em recomendar a leitura da primeira parte do tratado de Lombardi sobre o caráter jurisprudencial do Direito,³⁴ pois ali ele se dedica esmiuçadamente ao tema e oferece referências insubstituíveis; mas, por outro lado, atrevo-me a registrar minha própria impressão do que pode ter ocorrido, já que é por causa dela que ao final tentarei sintetizar minhas razões de subscrever, com reservas, entretanto, o *corpus* investigativo do movimento Direito e Literatura.

Sabemos que Aristóteles, na discussão sobre o que de fato determina a ação moralmente boa, sobre as virtudes que orientam nossas escolhas nas esferas pública e privada, distanciou-se do seu mestre quanto à pretensão de converter filósofos em reis e reis em filósofos;³⁵ a divergência teórica em relação a Platão se deu, sobretudo no que pode ser visto no livro 6 da *Ética a Nicômaco*,³⁶ à percepção de que uma vida realmente boa só pode ser mesmo aquela orientada pela razão, mas esta não se reduz à razão teórica, tal como mais tarde a filosofia cartesiana aparentemente buscou reduzir (*cogito ergo sum*); nesse sentido, tanto um como o outro professor estava interessado em responder a uma questão que os atenienses discutiam naquele período, mas que fora colocada pela primeira vez não pelos que reivindicavam o *status* de filósofos, mas pelos poetas, a saber: qual a possibilidade de sermos bem-sucedidos em nossos projetos de felicidade, num mundo governado não pela vontade soberana dos humanos, mas pelo arbítrio

.....
34 LOMBARDI, L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 1-78.

35 Para uma boa introdução ao tema, ver BERTI, E. *As razões de Aristóteles*. Tradução de Davi Macedo. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998, especialmente o capítulo 3 sobre o método da filosofia prática.

36 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Maria Araujo e Julian Marias. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1970. 1139a-1139b.

da Fortuna (τύχη, *tyche*) que ao fim de tudo é quem governa o mundo?³⁷ É no fundo o que se vê do desabafo de Aquiles ao testemunhar a humilhação que o Rei Príamo sofria, qual seja, a de dirigir a ele a sua súplica para que deixe ao menos recolher o corpo de Heitor para os rituais do sepultamento, quando o nobre filho de Peleu dirá comovido que os deuses urdem o Destino (Μοῖρα, *Moir*a) atroz dos mortais, impondo-lhes muitas vezes sofrimentos imerecidos, enquanto eles próprios vivem uma vida folgada.³⁸

O verso de Homero parece ecoar um sentimento comum dos gregos, expresso de modo igualmente irresignado na lira de Arquíloco, reconstituída por Jaeger: “Muitas vezes a divindade eleva subitamente o homem esmagado pelo infortúnio ou atira de escantilhão o que está firmemente em pé”;³⁹ como tal é um sentimento de impotência que atravessa as diferentes gerações do pensamento grego, já que se é assim na poesia arcaica, ainda pode ser visto no humanismo de Luciano, este que, no seu tragicômico diálogo dos mortos, satiriza a indignação de Alexandre (que no fundo só serve para prolongar o riso cínico de Diógenes) por ter sido o que foi, conquistado o que conquistou, terminando ali debaixo da terra, como um traste qualquer, ao lado da “gentinha” que em vida ele subjugou.⁴⁰ O testemunho do pai da História, Heródoto, parece ao fim elucidativo quando nos conta a

.....
37 Para esta questão fundante da ética grega, onde o Destino aparece como o poder verdadeiramente soberano e a determinar a ação de deuses e humanos, ver PEREIRA, M. H. da R. *Fragilidad y poder del hombre en la poesía griega arcaica. Estudios Clásicos*, Murcia, n. 49, p. 301-318, 1966. Para uma excelente introdução a essa relação entre literatura e filosofia no pensamento grego, ver NUSSBAUM, M. C. *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*. New York: Cambridge University Press, 2001b. cap. 1.

38 HOMERO. *Iliada de Homero*. Tradução de Haroldo de Campos. 4. ed. São Paulo: Arx, 2003. canto 24, 525-526.

39 JAEGER, W. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Parreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 108.

40 LUCIANO. *Diálogo dos mortos*. Tradução de Américo da Costa Ramalho. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998. XIII.

desventura de Cresos,⁴¹ o lendário rei da Lídia que era adulado por todo mundo, dado não faltar a si mesmo, à família e aos súditos a pujança necessária para ser louvado como o homem mais feliz do mundo; querendo ouvir isto da boca de um dos sete sábios da Grécia, convidou Sólon, que estava de passagem por aquelas plagas, para um jantar em seu palácio, a quem mostrou a luminosidade de sua casa, o esplendor de sua família numerosa, a prosperidade de seu povo e a fartura de seus celeiros; após o suntuoso banquete, o sábio grego foi interpelado para que dissesse qual era o homem mais feliz que conheceu, mas entre as indicações feitas por Sólon e, inclusive, aquela que se deu na segunda chance que Cresos deu a si de ouvir o seu nome, não se encontrava o anfitrião, que antes de despachar de casa o hóspede pela desfeita que lhe fez (na verdade uma lição que Cresos só compreendeu após testemunhar a própria derrota para Ciro, a quem serviu como escravo, até a humilhação deste pela rainha egípcia quando mergulhou a cabeça do vencido em um balde de sangue, para que dele se saciasse, que obstinadamente derramou enquanto viveu), ouviu deste que mesmo sendo venturoso naquele instante, deveria considerar o fato de que, enquanto vivos, muitas desgraças podem ocorrer na vida de um humano etc.

Os primeiros a ensaiarem uma resposta a esta imprevisibilidade do Destino, como se disse, foram os próprios poetas: como Jaeger diz acerca da formação do homem grego (*παιδεία*, *paideia*), eles foram não somente os primeiros educadores da Grécia, sendo a poesia ela própria um instrumento de educação para a cidadania, de modo que as cidades-estados promoviam seus disputadíssimos concursos de poesia;⁴² está certo que na origem não era bem assim, pois, como Santo Isidoro diz da etimologia do termo “tragédia”, os poetas inicialmente

.....
41 HERÓDOTO. *Histórias*. Tradução de José Ribeiro Ferreira e Maria de Fátima Silva. Lisboa: Edições 70, 2002. livro 1, 29.1 et seq.

42 JAEGER, 1989, p. 204.

organizavam animados torneios, nos quais os vencedores ganhavam um bode (τράγος, *tragos*) de presente;⁴³ mas o que Jaeger nos dá a conhecer é que as cidades-estados iriam logo reconhecer o alto valor moral desta modalidade de criação, a ponto de sua finalidade não ser a de garantir ao espectador a fruição artística da obra e muito menos promover economicamente e socialmente o autor: buscava, tão somente, exaltar a grandeza e os valores comunitários da vida grega e criar um espírito público correspondente; a querela intelectual de Platão com esses poetas, cujo ápice da disputa resultou em uma alegórica expulsão de todos eles da cidade-ideal elaborada por aquele filósofo,⁴⁴ surgiu da avaliação séria que fez do modelo de vida pública elaborado pelos seus concorrentes e cujo método de ensino usava o palco como escola, mas que, segundo o autor da *República*, fracassava por exaltar o que há de pior no ser humano para guiar a sua vida e que são os sentimentos (πάθη, plural de πάθος, *páthos*), bem como por não aprofundar a discussão de como nos tornarmos autossuficientes humanamente,⁴⁵ o que apenas seria possível promovendo o que temos de melhor, qual seja, a razão (λόγος, *logos*), aqui entendida somente como aquilo que reside na alma e que portanto deveria merecer toda a atenção do educador; noutras palavras, essa oposição entre razão e emoção iniciada por Platão, se quisermos ainda a oposição entre mundo sensível e mundo inteligível, resultou para Nussbaum nas conclusões do filósofo grego de que o modelo de racionalidade prática que é intrínseco na poesia grega não era sequer um modelo racional de vida pública.⁴⁶

A resposta de Platão sobre como podemos evitar a fragilidade da bondade e que para ele existe somente no mundo das aparências,

.....
43 SAN ISIDORO DE SEVILLA, 1951, livro 8, cap. 7, n° 5.

44 PLATÃO. *A República*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 398a-b.

45 *Ibidem*, livro 10, 602b-603b.

46 Ver quanto a isto sobretudo NUSSBAUM, 2001, cap. 2, interlúdio 1.

pois no mundo inteligível que a pessoa realmente excelente alcança, toda imprevisibilidade pode ser evitada, ideia esta que percorre diferentes obras daquele filósofo; entretanto, parece ser no *Protágoras* que a questão específica de saber se na vida pública tanto quanto na vida privada é possível evitar de ser um joguete na mão dos deuses, tal como Nussbaum sugere, foi sistematicamente enfrentada;⁴⁷ o debate que ali se desenvolve, censurando não somente o modelo de deliberação moral dos poetas, mas igualmente desconstruindo a resposta sofisticada sustentada pelo autor que dá nome ao diálogo, defende a possibilidade e um saber especificamente deliberativo da vida social, capaz de oferecer aquela certeza que é própria dos saberes calculativos;⁴⁸ ao fim e ao cabo, elogia-se ali uma racionalidade que, uma vez dominada pelos agentes públicos, “eliminará esta fonte de erros e assentará a nossa vida sobre fundamentos firmes”.⁴⁹ Neste contexto de otimismo que Reale denominou de “Iluminismo greco”,⁵⁰ relativamente à capacidade humana de desviar da impetuosidade dos deuses sanguinários, fazer frente à indiferença deles para com os nossos problemas, como o queixoso Aquiles denuncia, é que Aristóteles elaborou um modelo de raciocínio prático e pelo qual tenho me interessado bastante, resultando numa virada teórica do mestrado para o doutorado: aquele que não se satisfaça com a quase irresignação dos poetas ante o poder irresistível da Moira (Μοῖρα, *Moira*),⁵¹ mas que também não

47 NUSSBAUM, 2001, p. 89 et seq.

48 PLATÃO. *Protágoras*. Tradução de Eleazar Magalhães Teixeira. Fortaleza: EUFC, 1986. 356-357c.

49 JAEGER, 1989, p. 440-441.

50 REALE, G. *Storia della filosofia antica*. 5. ed. Milano: Vita e Pensiero, 1987. v. 1, p. 220.

51 Esta questão de saber qual é a verdadeira posição dos poetas sobre a possibilidade de o Destino ser alterado é bastante controvertida, sendo certo que eu mesmo já fiz um esforço de compreender esta situação, tendo assumido ali e continuo tendo razões para seguir os que acham que aqueles mestres não quiseram propriamente sugerir que a resignação é a única coisa a fazer contra o decreto da Moira, ainda que importantes classicistas sejam mais pessimistas quanto a isto; neste sentido, ver SILVA, A. S. da. *Destino, humilhação e direito: a reinvenção narrativa da comunidade*. 2018. Tese

incorra na soberba intelectual de Platão, cujo ascetismo moral pretendeu eliminar a mortalidade humana e emplacou na filosofia ocidental a sua tese de que sendo bons de verdade, caso dizer desta forma não pareça demasiadamente vulgar, “nada que vem de baixo nos atinge”.⁵²

Deste modo é que o Estagirita, dando um passo à frente de Platão, emancipou o pensamento prático (πράξις, *praxis*) em relação ao pensamento teórico ou científico (θεωρία, *theoria*) e ao pensamento poético (ποίησις, *poiesis*), o que se por um lado conferiu dignidade a cada espécie daquela pluralidade de saberes que a alma humana comporta, por outro nos ofereceu algo de precioso e sem o qual talvez juristas não viriam existir alguns séculos mais tarde: deu vida própria àquele que desde então se designa por razão prática, dialética, raciocínio prático etc. que, atropelado pelo positivismo moderno-iluminista, voltou a despertar forte interesse na filosofia da segunda metade do século XX sob a designação de “movimento de reabilitação da filosofia prática”; os estudos mais avançados desta reaproximação com Aristóteles foram a tópico-retórica, a hermenêutica, parte das teorias da argumentação e uma parcela considerável, como não poderia aqui omitir, da narratividade;⁵³ numa breve síntese oferecida por Coelho,⁵⁴ as virtudes deliberativas (aquelas referidas à ética,

(Doutorado em Ciências Jurídico-Filosóficas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018. v. 1, p. 93 et seq.

- 52 Para o confronto deste modelo de racionalidade deliberativa defendido por Aristóteles com a racionalidade “científica” proposta por Platão, o texto mais importante me parece ser NUSSBAUM, 2001, cap. 10.
- 53 Para um contato prévio e para bibliografias a respeito, ver SILVA, A. S da. O jurisprudencialismo e o movimento de reabilitação da filosofia prática de Aristóteles no século XX: diálogos com a tópico-retórica, a hermenêutica e as teorias da argumentação. In: MONTEIRO, A. P. et al. *Jurisprudencialismo e idiomas vizinhos*: diálogos com Castanheira Neves. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020. p. 339-370.
- 54 COELHO, N. M. M. S. *Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles*. São Paulo: Rideel, 2012. cap. 6; para um estudo mais detalhado sobre a prudência (φρόνησις, *phronesis*) e os seus atributos no pensamento aristotélico, ver AUBENQUE, P. *La prudencia en Aristóteles*. Tradução de Maria José Torres Gómez-Pallete. Barcelona: Crítica, 1999; ainda sobre a virtude do bem julgar, inclusive naquilo que

à política, à economia, à justiça etc.) foram deslocadas pelo Estagirita do universo científico, onde o filósofo grego inclui os estudos que se ocupam de objetos que nunca mudam (objetos necessários) e conseguem atingir alto nível de certeza de seus resultados a ponto de o sujeito poder defendê-los adotando um raciocínio ou uma lógica demonstrativa, para o universo prático – isto é, aquele cuja pesquisa se ocupa de objetos que sempre mudam (objetos não necessários ou contingentes) e por isso os resultados que alcançam, gozando somente de probabilidade de acerto, podem ser defendidos pelo sujeito somente argumentativamente.

Do que vimos anteriormente, segue que temos diferentes espécies de conhecimentos e de racionalidades: a primeira racionalidade, restrita aos objetos necessários, diz respeito ao conhecimento teorético (*θεωρία, theoria*), cujo melhor exemplo é o da geometria, porque o sujeito que ouve a palavra “triângulo” não corre o risco de se confundir, visto que não há um triângulo para os egípcios e outro para os astecas, daí que se tenha aqui uma *racionalidade científica* (*ἐπιστήμη, episteme*) e cuja virtude de quem a domina é a de “contemplar” ou “especular”; a segunda racionalidade, referida agora aos objetos contingentes, trata do conhecimento produtivo; na verdade, um saber operativo (*τέχνη, techne*), cujo exemplo pode ser o do artesão que o é porque minha mãe fazia, com a mesma linha de algodão que fiava, tanto suas roupas de trabalhar na roça como outras peças de uso na casa, tudo a indicar aqui

assemelha e também difere da virtude da produção (*τέχνη, techne*), ver DUNNE, J. *Back to the Rough Ground: Practical Judgment and the Lure of Technique*. Paris: University of Notre Dame Press, 1997; para um estudo avançado sobre a assimilação-especificação da *phronesis* na constituição de uma *humanitas* do direito, pelo trabalho dos juriconsultos na autonomização do direito, ver LINHARES, 2013b. Importante ainda observar a respeito que Gadamer, no seu vigoroso “Verdade e Método”, a hermenêutica é assumida como uma autêntica filosofia, levando às últimas consequências o estudo da prudência em Aristóteles a ponto de ser acusado de reduzir o pensamento filosófico-prático do Estagirita à *phronesis*, tal como se vê em BERTI, E. Gadamer and the Reception of Aristotle’s Intellectual Virtues. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 56, n. 3/4, p. 345-360, jul./dez. 2000.

uma *racionalidade poiética* (ποίησις, *poiesis*) e cuja virtude de quem a domina é a de “produzir”; por fim, a terceira racionalidade, também relacionada com objetos que, por serem contingentes, não permitem demonstração dos resultados, diz respeito ao conhecimento prático (πράξις, *praxis*), em que um exemplo pode ser o da política – no caso de Aristóteles poderiam ser outras espécies de conhecimento deste gênero, tais como a ética, a economia, além do que se refere à solução de controvérsias passadas, ainda ali respondendo pelas exigências gerais de justiça, já que somente os romanos foram destacá-la desse holismo prático – porque o administrador público, dentro de sua margem de discricionariedade, pode construir uma escola ou um hospital com os recursos de que dispõe, daí que tenhamos neste caso uma *racionalidade prática* ou *prudencial* (φρόνησις, *phronesis*) e a virtude referida é a de “atuar”. Em outras palavras, a *razão teórica*, que não está ligada a nenhum fim e se pode dizer que é um conhecimento pelo conhecimento, a *razão poiética*, cujo conhecimento se dá em vista de um fazer, e a *razão prática*, na qual o conhecimento tem em vista melhorar a ação.⁵⁵

Se Aristóteles autonomizou o pensamento prático em relação ao pensamento teórico, coube aos romanos, como ensinam Linhares e, antes dele, Castanheira Neves,⁵⁶ convergindo com o que também Schulz ensinou e anteriormente me referi, secularizarem o estudo do Direito em relação aos outros saberes práticos que conhecemos: a preocupação deles não era mais a de saber se os deuses são piedosos, cruéis ou amorais, nem a de especular qual é o mundo ideal para vivermos, mas com a solução de controvérsias práticas, isto é, aquelas decorrentes

.....
55 Na sequência das indicações sobre a prudência, uma experimentação desta virtude na prática judiciária, ler o excelente ensaio de Nussbaum sobre o julgamento de Antígona, onde a simplificação das escolhas tanto por parte de Creonte como da heroína resultou no desastre que o cego Tírsias tentou evitar, com a sabedoria de vida que Aristóteles considerava apropriada àquele cuja função é deliberar e não contemplar ou produzir. NUSSBAUM, 2001, cap. 3

56 NEVES, 2008, p. 111 et seq.

de nossa vida em comum, num mundo partilhado por sujeitos que por um lado dão a si mesmos estatutos e assumem o ônus de escreverem o próprio projeto de felicidade nesse mundo, mas por outro reconhecem, nos outros sujeitos, dignidade igual; a emancipação humana em relação aos constrangimentos anteriores que estava sujeita, sejam eles práticos ou metafísicos, diferencia a cultura (*humanitas*) do Direito daquele holismo prático dos gregos, em que certo modo a razão e o mito (*μῦθος*, *mythos*) ainda se complicavam e a justiça, que ali está implícita, exigia do agente um catálogo de obrigações tanto humanas como inumanas;⁵⁷ como disse Castanheira Neves, ali “a humanidade como que se assumia a si própria em cada um”,⁵⁸ de modo que “o homem respondia pelas transgressões aos deuses tutelares, e portanto ao *nomos* comunitário, na imputação objectiva da acção violadora, com a sua exemplaridade e os seus efeitos”.⁵⁹

No sentido anterior, Castanheira Neves pensa o Direito como um projeto civilizacional e prático-cultural, como uma resposta a um problema humano historicamente situado, acerca desses desafios de nossa vida em comum,⁶⁰ resposta esta a ser dada por um lado recorrendo a uma dialética sistema-problema que faz frente à iniludível porosidade do sistema,⁶¹ por outro referindo aos diferentes estratos desse sistema (os princípios, as normas, a jurisprudência judicial e a jurisprudência doutrinal);⁶² mas não apenas juristas como ele, pois também classicistas como Pereira dão a palma do direito ao

.....
57 LINHARES, 2013b, p. 138 et seq.

58 NEVES, A. C. Pessoa, direito e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 6, n. 1, p. 9-43, 1996. p. 12.

59 *Ibidem*, p. 11.

60 *Idem*, 1993, p. 47.

61 NEVES, A. C. Pensar o direito num tempo de perplexidade. In: DIAS, A. S. et al. (org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p. 22 et seq.

62 *Idem*, 1993, p. 155 et seq.; *idem*, 1995d, v. 2, p. 331 et seq.; *idem*, 2009, p. 20 et seq., 155 et seq.

jurisconsulto romano, pelo fato de criar uma *praxis* autônoma e cultivar um saber específico desse direito: os gregos foram filósofos notáveis, mas não foram juristas, uma vez que se dedicaram da pesquisa sobre a justiça ideal para ser buscada, ao passo que os romanos se ocuparam de controvérsias-práticas, das soluções que estas exigem e dos critérios que convocam.⁶³ O direito emergiu, como diz Stein,⁶⁴ no momento que esses jovens romanos, percebendo que os problemas do cotidiano das pessoas não estavam fora do controle humano, não dependiam de os interessados fazerem oferendas aos deuses romanos, ficando sob o nosso encargo regular o curso desses problemas por meio de um método apropriado de trabalho.

Com efeito, o fato histórico que se costuma atribuir a esse impulso inicial, como Cruz nos ensina, foi a decisão de Tibério Coruncânio, o primeiro plebeu a se tornar o dirigente do Colégio dos Pontífices (*pontifex maximus*), de consentir que qualquer pessoa assistisse às sessões em que os conflitos eram tratados, independentemente dessa pessoa demonstrar qualquer interesse na solução da demanda;⁶⁵ tal como se deu com a conquista da Lei das XII Tábuas, a legislação que, sobretudo, conferiu estabilidade ao direito da plebe, a publicidade dos atos jurídicos (que aqui se inicia até ganhar os contornos constitucionais do presente) representou um avanço para esta classe social, por um lado impedindo que a interpretação jurídica continuasse a ser uma prerrogativa dos pontífices, mas por outro despertando a curiosidade e o interesse de jovens romanos que vieram a ser os precursores da civilização do direito: já sendo instruídos em filosofia nas escolas gregas e romanas, mas também o que por certo foi de todo decisivo, sendo derivados do segmento dos patrícios, o que lhes conferiu

.....
63 PEREIRA, 1990, p. 190 et seq.; NEVES, 2008, p. 112.

64 STEIN, P. G. The Roman Jurists' Conception of Law. In: PADOVANI, A.; STEIN, P. G. *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*. Dordrecht: Springer, 2007. p. 6. (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, v. 7).

65 Ibidem, p. 146 et seq.

o prestígio necessário para se legitimarem socialmente (*auctoritas*),⁶⁶ tudo a azeitar a dedicação a uma matéria até então inexplorada, cuja bem-aventurança é de resto evidente para nós juristas; mesmo havendo divergência doutrinária sobre se este ofício era remunerado, se se tratou de uma autêntica profissão etc.,⁶⁷ o certo é que o jurisconsulto não era, na sua origem, um advogado porque este ofício surgiu da atividade do orador e não da de jurista,⁶⁸ muito menos era juiz porque esta função não exigia um conhecimento especializado, além de que os juízes, tanto quanto os queixosos, recorriam aos práticos para que dessem uma solução para aquela controvérsia (*responsa*);⁶⁹ o papel do consultor era o de resolver um problema concreto, num contexto de escassa legislação, razão pela qual Viehweg, o primeiro a iniciar o movimento de ruptura com o normativismo kelseniano, já no limiar da década de 1950 formulando a sua tópico-retórica, afirma que o direito romano não era sistemático, mas sim casuístico,⁷⁰ sem prejuízo de ambicionar essa sistematização, o que claramente se vê com o *Codex* de Justiniano e na sua maioria com o Código de Napoleão (1804); os juristas romanos, na sua origem se revestiram, por causa disto, de um alto senso de responsabilidade pelas soluções que apon-tavam,⁷¹ empenhando o próprio nome numa sistemática elaboração

.....
66 LOMBARDI, 1967, p. 16 et seq., 36; sobre a influência da filosofia grega na obra dos jurisconsultos, ver COSTA, E. *La filosofia greca nella giurisprudenza romana*. Parma: Luigi Battei, 1892.

67 LOMBARDI, 1967, p. 1 et seq.; sobre esta questão específica, confrontar com a visão de Cruz, o qual não partilha da ideia de que a atividade do jurisconsulto seja exatamente uma profissão, já que exercida, gratuitamente. CRUZ, 1979, p. 157 et seq.

68 STEIN, 2007, p. 3.

69 CRUZ, op. cit., p. 161 et seq.

70 VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

71 STEIN, op. cit., p. 4.

de instituições, conceitos e respostas aos desafios humanos que lhes eram submetidos.⁷²

Desse modo, neste projeto, cuja promessa é um intenso diálogo sobre Direito e Literatura, não me descuidarei do pressuposto de que o primeiro, tendo o seu “*initium* luminoso”⁷³ na Roma clássica, constitui uma forma de vida tipicamente ocidental, comparativamente a outras compreensões da normatividade que se conhecem à volta do mundo e que acriticamente são também chamadas de direito, como se houvesse mesmo um “direito chinês”, “direito muçulmano”, “direito indígena” etc.;⁷⁴ como se sabe, parte desse equívoco se deve à episódica redução do direito à lei, feita pelo positivismo legalista do século XIX, cuja obstinação pela segurança jurídica subtraiu desse direito sua dimensão material, como na exemplar formulação de Beccaria (que de resto era experimentar no direito penal o desejo de Montesquieu de reduzir o juiz à “boca da lei”)⁷⁵ em que se demandou um raciocínio jurídico-decisório subsumindo fatos (premissa menor) a leis (premissa maior), operando desse modo um silogismo perfeito.⁷⁶

Ocorre, entretanto, que tudo não passa de um equívoco com cara de manifesto político-ideológico, evidentemente que justificado, dadas as preocupações dos filósofos iluministas, arautos dos interesses da burguesia de resistir ao despotismo dos reis e de seus juízes,

.....

72 STEIN, 2007, p. 5.

73 LINHARES, J. M. A. Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença? In: COELHO, N. M. M. S.; SILVA, A. S. da (org.). *Teoria do direito: direito interrogado hoje: jurisprudencialismo: uma resposta possível? estudos em homenagem ao doutor Antônio Castanheira Neves*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 155.

74 COELHO, L. F. *Teoria crítica do direito: uma aproximação macrofilosófica*. 5. ed. atual. Curitiba: Bonijuris, 2019. p. 404 et seq., 422 et seq.; RÁO, V. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158 et seq., 172 et seq., 177 et seq., 189 et seq., 192 et seq.; WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

75 MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 175.

76 BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 68 et seq.

quicá ainda à avareza do clero;⁷⁷ de modo que, metodologicamente, esse fetichismo legal foi desde logo seriamente contestado,⁷⁸ creio não ser exagerado dizer que se tratando de um autêntico reducionismo legal,⁷⁹ tratou-se apenas de um evento importante, mas não necessário, para ser levado tão a sério atualmente pela teoria da interpretação,⁸⁰ visto que empobrecedor da autêntica concepção do direito: como Santo Tomás de Aquino no século XII já anotara na sua *Summa*, com a acuidade que lhe era própria, numa síntese exemplar do pensamento greco-romano, legalidade e juridicidade são coisas muito distintas; de fato, para o escolástico, o direito (*ius/jus*) se expressa na forma de uma ordem humana, fundada imediatamente na ordem natural e mediadamente na ordem divina, justificada na necessidade de realizar

.....

77 Para um estudo abrangente sobre a formação da ideia de modernidade e da codificação jurídica, num contraponto essencial ao sistema de justiça do *ius commune*, mas também sobre o processo evolutivo que se dá a partir da discussão entre as duas maiores tradições universitárias, a escola dos glosadores e a escola dos comentadores, entre adeptos do *mos gallicus* e *mos italicus* etc., ver MARQUES, M. R. *Codificação e paradigmas da modernidade*. Coimbra: Edições do Autor, 2000. cap. 1, 5.

78 Nas críticas que se sucedem durante o século XIX e se aprofundam durante o século XX, possivelmente as mais significativas foram a escola da livre investigação do direito com Geny, a jurisprudência dos conceitos com Puchtae Windscheid, a escola histórica com Savigny, a escola do direito livre com o seu coletivo de juizes, a jurisprudência teleológica de Jhering, a jurisprudência dos interesses com Heck, a jurisprudência da valoração com Pawlowski e outros críticos, a doutrina do direito justo com Stammer; o realismo jurídico de Holmes, Benjamim Cardoso, Olivecrona etc.; as recriações críticas de pressupostos iluministas como a teoria pura do direito de Kelsen, mesmo que bem-sucedidas, sequer foram poupadas na segunda metade do século XX, como se vê exemplarmente do jurisprudencialismo de Castanheira Neves desde a década de 1960, das formulações hermenêuticas de Esser e Kaufmann etc.; não sendo aqui porém o objeto desta inquietação, contento-me em sugerir, como uma apreciação global destes clássicos e com alcance na hermenêutica contemporânea, a importante síntese de LAMEGO, J. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma "recepção"*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

79 Para um estudo detalhado da Escola da Exegese e que protagonizou a defesa de uma interpretação literal da lei, ver GAUDÊNCIO, A. M. S. O culto do texto da lei na escola da exegese: seu sentido e limites. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 79, p. 681-733, 2003.

80 BRONZE, F. J. *Metodologia do direito*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020. p. 266-300.

o bem comum humano, de modo que encontra na lei humana (*lex*) o instrumento dessa realização;⁸¹ a necessidade da lei ocorre, prossegue o então professor, porque ajuda a aclarar aquele princípio universal que somente as mentes mais brilhantes (e mesmo assim se concretamente for capaz de se desvencilhar das perturbações da contingência aplicativa) podem conhecer, de modo que a lei, sendo somente uma ferramenta e não a obra que tem por compromisso edificar, não tenha uma validade em si, como alguns já pensaram e pelo visto outros continuam a pensar.

Com efeito, muitas abordagens em Direito e Literatura se alimentam desse equívoco de confundir o direito com a lei, direito com norma, direito com texto (aqui não apenas assumindo o pressuposto positivista-legalista enquanto o criticam, mas também muitas das vezes sugerindo, de modo reverso, que o direito é mesmo texto e deve ser procurado no texto literário e não no texto jurídico) etc., incorrendo assim numa contradição insuperável: criticam esse reducionismo, mas ao justificarem seus interesses pelos textos literários na necessidade de “humanizar o direito”, como Nussbaum faz na sua “justiça poética”,⁸² acabam flertando com o que dizem repudiar;⁸³ ecoam com isto um antigo canto da sereia que, não encontrando em nós a sagacidade de Ulisses, a de nos prender em fundamentos filosófico-jurídicos apropriados, desde os albores do positivismo iluminista perturba a razão jurídica: o de que o direito precisa e deve ser redimido

.....
81 TOMÁS, de Aquino, Santo. Tratado de la ley (1-2 q. 90-108). In: TOMÁS, de Aquino, Santo. *Summa theologiae*. Tradução de Francisco O. P. Barbado Viejo et al. Madrid: BAC, 1956. t. 6, questões 95-96.

82 NUSSBAUM, M. C. *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. Boston: Beacon, 1995b. p. 83 et seq.

83 LINHARES, J. M. A. Imaginação literária e “justiça poética”: um discurso da “área aberta”? In: TRINDADE, A. K.; GUBERT, R. M.; COPETTI NETO, A. C. (org.). *Direito e literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010a. p. 287 et seq.

pela equidade, esquecendo-se de que ele é a própria equidade,⁸⁴ tal como o formulador deste conceito, Aristóteles, disse na sua teoria da justiça que, do ponto de vista humano, esta só é atingida se os juízes ajustarem à realidade humana e imperfeita em que atuam aquela regra universal que somente os deuses usam e porque atuam naquela ordem dos objetos imutáveis;⁸⁵ a metáfora utilizada é a dos “pedreiros de Lesbos”, eles que trabalhando numa cidade onde os materiais de construção são fisicamente deformados, incapazes portanto de se ajustarem à régua e aos demais instrumentos que são próprios deste ofício, desistiram daquela régua universal que exclui tudo e em todo lugar o que não ajusta ao seu império, salvaram a si e seus companheiros do fracasso, a estes de ficarem ao relento, àqueles de perderem a remuneração contratada: inventaram uma régua tão flexível quanto as coisas humanas, capaz de se ajustar à irregularidade dos tijolos, no que, mesmo nesta situação de irrepetibilidade, foi possível colocar de pé as edificações, cuja fachada representava a contingência de cada caso e as especificidades dos materiais utilizados.

Os discursos de “área aberta” que fundamentam seus estudos na indeterminação legal, abstração da realidade etc., comprometendo o sentido do direito enquanto tal, são inclusive questionáveis, porque muitas escolas metodológicas da segunda metade do século XX se distanciam claramente desses pressupostos equívocos com os quais o Direito e Literatura têm porfiado e flertado ao mesmo tempo, distanciamento esse que tem sido feito por meio de uma crítica interna do direito, isto é, sem recorrer aos discursos não jurídicos ou aos ditos “estudos interdisciplinares”;⁸⁶ vale lembrar a exemplo disso que o jurisprudencialismo de Castanheira Neves, cuja formulação já ocorria na década de 1960, não flerta nem de longe com reducionismos legal

84 LINHARES, 2010a, p. 288, 295; NEVES, A. C. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Policopiado, 1971. p. 88 et seq., 218, 244, 250.

85 ARISTÓTELES, 1970, 1137a-1138a.

86 LINHARES, 2012, p. 125 et seq.; NEVES, 1993, p. 115-154.

ou normativo; diferentemente, considerando que o ponto de partida (*prius*) metodológico da decisão é o caso concreto e não a norma, sustenta de modo esclarecedor uma dialética sistema-problema: aquela que reconhece que se norma goza de presunção de autoridade (decorrente da própria presunção de legitimidade do poder instituinte) e, portanto, não pode ser negligenciada, deve ser considerada apenas como um critério de justificação da escolha do julgador;⁸⁷ isso leva o autor a afirmar que sequer a constituição pode ser pensada como último fundamento (*ratio*) no processo decisório,⁸⁸ colocando em xeque inclusive reinvenções enganosas do normativismo, como é o caso do denominado “neoconstitucionalismo”.

A escola neoconstitucionalista é um exemplo significativo porque mostra as dificuldades de superar a concepção iluminista do direito sem incorrer nos mesmos equívocos, talvez, ainda, sem o risco de piorar o seu soneto: aparentemente devotada a um certo platonismo de regras e virtudes constitucionais, alimenta-se do autoengano de falar mal do normativismo (isso quando não o confunde com o próprio positivismo, esquecendo-se de observar que o normativismo é somente uma dentre as espécies do positivismo, tais como o positivismo legalista da Escola da Exegese, o positivismo consuetudinário da Escola Histórica de Savigny, o positivismo normativista de Hans Kelsen etc.; isso também

.....
87 É dizer com Linhares, as normas a gozarem da presunção de autoridade e a nos vincular enquanto autoridade político-constitucional, os princípios a se beneficiarem da presunção de validade e a vincular enquanto validade, a jurisprudência judicial a desfrutar da presunção de justeza e a vincular enquanto decisão concreta e justa, a jurisprudência doutrinária a desfrutar da presunção de racionalidade e a nos vincular prático-culturalmente nos limites discursivos de uma conclusão criticamente fundamentada. LINHARES, 2012, p. 158

88 NEVES, 2009, p. 18 et seq.; deste modo, “a irreduzível abertura do sistema impõe ainda que a realização do direito interrogue continuamente e se faça intérprete, no seu juízo normativo concreto, do *consensus* jurídico-comunitário das intenções axiológico-normativas da ‘consciência jurídica geral’, com as suas expectativas jurídico-sociais de validade e justiça – e daí também quer a indispensável e responsável mediação do ‘intérprete’, quer o momento filosófico-jurídico de toda a realização do direito”. Idem, 1993, p. 80; ver ainda *ibidem*, p. 129, 142, 155, 166.

quando não deixa de considerar outras espécies de normativismo além do kelseniano, como o da jurisprudência dos conceitos e o do jurseracionalismo, ambos do século XIX), mas não vai muito além de queimar incenso à norma constitucional, inclusive nos expondo ao arbítrio de seus intérpretes voluntariosos ou dos anti-heróis de Eco e por ele denominados “leitores empíricos”, isto é, os que leem os textos como se fossem deles e não do autor (este que já produz a estratégia de leitura para que o leitor não fracasse no modo como o texto foi feito para ser lido) promovem o que o autor italiano também chama de “excesso de interpretação”.⁸⁹ E mais, ainda, da crítica interna de Castanheira Neves: acentuando a superação do maniqueísmo direito natural *versus* direito positivo, por não haver direito que não seja direito historicamente e contextualmente situado, acentua também suas exigências de uma autotranscendentalidade prático-cultural.⁹⁰ O uso do termo direito, no sentido original que aqui busquei sintetizar, evita este equívoco de justificar o uso da obra literária para preencher uma deficiência que o direito realmente não possui, mas apenas uma certa concepção normativista do direito e que evidentemente o deformou, tudo o que somado ao uso do termo literatura naquele sentido que igualmente especifiquei parece contribuir um pouco com a reflexão sobre a questão colocada de início e que este livro pretende enfrentar.

II

Assentados, portanto, os sentidos que adotarei para o uso dos termos direito e literatura ao longo destes estudos, importa dizer que os diálogos seguintes sobre Direito e Literatura serão tão críticos quanto

.....
89 ECO, U. Superinterpretando textos. In: ECO, U. *Interpretação e superinterpretação*. Tradução de MF. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 53 et seq.

90 NEVES, A. C. O “jurisprudencialismo”: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. In: COELHO, N. M. S.; SILVA, A. S. da (org.). *Teoria do direito: direito interrogado hoje: jurisprudencialismo: uma resposta possível? estudos em homenagem ao doutor António Castanheira Neves*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 78 et seq.

intensos, pois sem deixar de reconhecer a importância da Literatura para o Direito e do Direito para a Literatura, talvez estarei assumindo posições menos canônicas sobre o tema, inclusive ao subscrever a tese da distinção entre racionalidade jurídica e racionalidade literária;⁹¹ por extensão de seus fundamentos, não se deixa de reconhecer o mesmo contributo oferecido à reflexão e à prática jurídica trazido pelas reiteradas discussões sobre direito e arte, direito e cinema, direito e música, direito e teatro etc.; devemos, inclusive, reconhecer que se trata atualmente de um dos campos mais promissores do ponto de vista da produção acadêmica.

O movimento denominado Direito e Literatura (*Law and Literature Movement*), prescindindo aqui das autonomizações que foram se dando ao longo dos anos para focarem em assuntos específicos, compreende um conjunto de pesquisas que são passíveis de classificação em pelo menos três frentes de atuação: direito *na* literatura (*law in literature*), em que o objetivo é estudar determinadas matérias de interesse jurídico a partir da análise de sugestivas obras literárias (a diferença entre moral e direito em *Crime e castigo* de Dostoiévski, o problema da invisibilidade e do reconhecimento no *Pagador de promessas* de Dias Gomes, a ideia de direito natural e a validade da lei positiva na *Antígona* de Sófocles etc.), tendo assim uma dimensão pedagógica; direito *como* literatura (*law as literature*), em que o propósito é estudar o problema prático-interpretativo do direito e o modo como os juristas pensam, apropriando-se de discussões que são próprias da interpretação literária, o que confere a estes estudos uma dimensão hermenêutica (o direito como um romance em cadeia de Dworkin, a justiça poética de Nussbaum, o direito como tradução de White e MacIntyre etc.); por fim, o direito *da* literatura (*law of literature*), agora com o foco nos estudos de direito positivo e relativos à proteção do autor e do leitor,

.....
91 NEVES, A. C. Dworkin e a interpretação jurídica: ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. In: NEVES, A. C. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2003b. p. 337 et seq., 364 et seq.

tendo desse modo uma dimensão dogmática (o direito fundamental à literatura, o direito à cultura, o direito autoral etc.).

Os estudos jurídicos literários, como uma vertente específica do pensamento jurídico contemporâneo, de acordo com Minda (que não deixa de reconhecer os precedentes investigativos não menos importantes de John Wigmore e de Benjamin Cardozo) consagraram-se em 1973 com a obra *The Legal Imagination*, de James Boyd White, um texto particularmente dedicado ao estudo do direito e da decisão judicial sob inspiração da atividade literária, tendo criado desde já diferentes possibilidades de interseção entre as duas disciplinas;⁹² no Brasil, como González nos lembra,^{93 94} os registros mais antigos que temos são das obras dos baianos José Gabriel Lemos Britto, *O crime e os criminosos na literatura brasileira* (1946), e Aloysio de Carvalho Filho, *O processo penal e Capitu* (1959) e *Machado de Assis e o problema penal* (1959), não sendo possível ignorar, entretanto, o papel decisivo que os estudos de Luis Alberto Warat, um argentino radicado no Brasil, tiveram no surgimento dos estudos no país, tendo inclusive escrito, já em 1975, a importante obra *A ciência jurídica e os seus dois maridos*,

.....

92 MINDA, G. *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*. New York: New York University Press, 1995. p. 149-166; para um estudo sobre as fronteiras do *Law and Literature Movement* e o *Critical Legal Studies*, este também como um dos estudos críticos de forte influência nos EUA, ver GAUDÊNCIO, A. M. S. *Entre o centro e a periferia: a perspectiva ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 199 et seq.

93 GONZÁLEZ, J. C. Subsídios para uma história da cultura literária do direito no Brasil: Francisco de Oliveira e Silva [1897-1989]. Tradução de André Karam Trindade. *Anamorphosis: revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 613-655, 2019. p. 614 et seq.

94 Para um excursão histórico interessante sobre os estudos jurídico-literários no Brasil, ver PRADO, D. N. do. Panorama dos estudos sobre "direito e literatura" no Brasil. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, n. 15, p. 143-160, 2008; TRINDADE, A. K.; BERNSTES, L. G. O estudo do "direito e literatura" no Brasil: surgimento, evolução e expansão. *Anamorphosis: revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 225-257, 2017.

contrapondo explicitamente a ordem jurídico-positiva oficial e o mundo “alternativo” de Dona Flor, a heroína do baiano Jorge Amado.⁹⁵

A própria diversidade de objetos de pesquisa, perceptível das três principais frentes de estudo que enumerei, torna quase impossível dizer qual é o objetivo do movimento; de acordo com Aguiar e Silva, pelo menos no que se refere à dimensão hermenêutica ou realizacional do direito, a abordagem em Direito e Literatura nos traz boas notícias sobre a conjugação de esforços para recuperar, na atividade jurídica, a segurança e as certezas que perdemos com as opções metodológico-jurídicas do século XIX;⁹⁶ num outro sentido, talvez especialmente considerando a pluralidade de vozes que testemunham o diferendo que hoje fere o pensamento jurídico, diz Linhares que há uma certa unidade discursiva entre os autores, isto é, a adoção de interpretações e de práticas que ajudam a construir um específico sentido do mundo.⁹⁷ Mas os interlocutores nesta área de estudos têm posições que

.....

95 No que se refere à influência destes primeiros trabalhos na vida acadêmica e na prática jurídica, dada a quantidade significativa de cursos jurídicos no país e a malha forense nesta nação continental, torna-se quase impossível dizer com segurança desde quando as coisas se deram; todavia, três eventos históricos relacionados parecem dignos de registro: os estudos entre hermenêutica jurídica e *performance* musical, da prof.^a Mônica Sette Lopes, desde os idos do ano 2000 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, o que aliás resvalou no programa de rádio intitulado *Direito é Música*, apresentado semanalmente pela pesquisadora; a criação, em 2005, da disciplina Direito e Literatura no curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia, pelo prof. Pedro Lino de Carvalho Júnior e pela prof.^a Maria de Fátima Noleto, sob a regência do primeiro; o lançamento do programa de TV intitulado *Direito e Literatura*, em 2008, pelos professores Lenio Streck e André Karam Trindade, ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Vale dos Sinos e à Rede Brasileira de Direito e Literatura.

96 AGUIAR E SILVA, J. *A prática judiciária entre direito e literatura*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 74. Para uma ótima síntese e crítica das teorias tradicionais da interpretação jurídica às quais a professora portuguesa se refere (a Escola da Exegese, a Jurisprudência dos Conceitos, a Escola Histórica etc.), ver BRONZE, 2020, p. 29-111; LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. cap. 1-3; NEVES, 1993, p. 85 et seq., 97 et seq.; ver também.

97 LINHARES, J. M. A. Law in/as Literature as Alternative Humanistic Discourse: The Unavoidable Resistance to Legal Scientific Pragmatism or the Fertile Promise of a *Communitas* without Law? In: SPECIAL WS ON LAW AND LITERATURE ELD AT 24th

variam desde a defesa mais entusiástica da aproximação entre julgar e poetizar, passando por aqueles que adotam posturas mais reservadas até aqueles que são muito críticos, alguns chegando a rejeitar a tentativa de comparar racionalidade jurídica com racionalidade literária.

Entre os que adotam uma postura mais apologética sobre a interface entre Direito e Literatura está o próprio White, para quem há uma certa identidade entre uma decisão judicial e um poema, independentemente da clareza desses escritos ou da evidência de seus enunciados,⁹⁸ inclusive porque também no direito inexisteriam princípios ou critérios seguros o bastante para guiarem o autor, restando aos juristas somente a responsabilidade de experimentarem seus textos no interior do sistema jurídico;⁹⁹ as compreensões ortodoxas do direito como um sistema aplicativo de regras já teria entrado em colapso,¹⁰⁰ exigindo que nos perguntemos a todo momento qual importância devemos dar àquilo que nós vemos;¹⁰¹ deveríamos superar a noção do direito como um sistema de regras ou como uma técnica a serviço de uma estrutura burocrática, pensando-o como uma “cultura do argumento”: um mundo onde não nos é dado contemplar os textos que alguém escreveu antes de nós, mas, ao contrário, um mundo onde desempenhamos uma atividade performativa, isto é, onde comporíamos nossas próprias histórias, que ao fim e ao cabo, determinam quem nós somos e qual pessoa nos tornaremos.¹⁰²

IVR WORLD CONFERENCE, 2009, Beijing. *Dossier* [...]. Bolonha: Italian Society for Law and Literature, 2010b. p. 22.

98 WHITE, J. B. *The Legal Imagination*. Chicago: The University of Chicago Press, 1985b. p. 241 et seq.

99 *Ibidem*, p. 235 et seq.

100 *Idem*. *From Expectation to Experience: Essays on Law and Legal Education*. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press, 1999. p. 47.

101 *Idem*. *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994. p. 223 et seq.

102 *Idem*. *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*. London: The University of Wisconsin Press, 1985a. p. 35.

O direito é para White uma cultura específica (*culture-specific*), pois consistiria numa atividade de criar novos significados para nossas práticas de linguagem, convocando, para isso, os cânones normativos;¹⁰³ disso decorre o interesse do autor pela obra literária, afirmando que toda atividade processual é, no fundo, uma atividade narrativa: nenhum material jurídico pode ser composto prescindindo de uma história real sobre pessoas reais, situadas em lugar e tempo reais; o papel que a “ética do tradutor” exerce sobre o autor americano é de fato determinante, já que segundo ele toda leitura, interpretação, decisão judicial etc. não é outra coisa senão a tradução de uma linguagem comum para a linguagem jurídica: o pensamento aqui entende a justiça como um exercício de tradução (*justice as translation*), isto é, uma arte de reconhecimento e de responsabilidade, experimentada pela prática linguística;¹⁰⁴ daí que, para ele, a aprendizagem jurídica não poderia se distanciar das humanidades:¹⁰⁵ o direito poderia ser pensado como um conjunto de textos e artefatos humanos, elaborados por outras culturas e dependentes de tradução para o universo do leitor, o que este faria confrontando o caráter e a *performance* do autor; ao fim, esta atividade exigiria dos juristas, aqui, um dos lances do autor americano na sua aposta no papel edificante da literatura, o mesmo engajamento dos poetas em seus textos, buscando melhorar a si próprios e o mundo onde atuam.¹⁰⁶

Conhecidas, assim, as “tábuas de Sinai”, onde White funda esta nova corrente do pensamento jurídico contemporâneo, importa agora conhecer a defesa ostensiva da interdisciplinaridade do direito com a literatura de outra autora, Nussbaum, talvez a mais ativa e eloquente que já surgiu; com efeito, desde a sua *Fragility* (1985), tem denunciado

.....
103 WHITE, 1985a, p. 35 et seq.

104 Idem, 1994, p. 230.

105 Idem, 1999, p. 102 et seq.

106 Idem, 1985a, p. 107.

o esquecimento da fragilidade da bondade e o desprezo pelas emoções na tradição filosófica ocidental, sabidamente iniciadas por Platão que colocou em xeque a educação grega até o século V a.C. fundada, basicamente, no mito (μῦθος), no que o *corpus* filosófico dessa autora constitui o mais combativo libelo acusatório que já foi escrito contra a deformação do desejo na vida, pública e privada. O que Nussbaum tem sustentado, com interesse para a filosofia moral como um todo, e para a filosofia jurídica especialmente, gira mais ou menos em torno da ideia de que os sentimentos, hostilizados por Platão, são em si mesmos irracionais, devendo ser enfrentados para saber quais e em que situação devemos levá-los em consideração;¹⁰⁷ nesse sentido é que, na sua justiça poética (*poetic justice*), defende que a literatura pode ajudar legisladores, administradores públicos e juizes a melhorarem as suas práticas;¹⁰⁸ antes disso, acredita que a literatura tem o papel de tutelar e promover a democracia¹⁰⁹ (diferentemente dos agentes econômicos, políticos, administrativos etc. que preferem esconder os problemas graves que precisamos resolver, os poetas têm um papel subversivo, o de exporem publicamente cada um desses desafios, daí que seriam os melhores árbitros da vida pública), razão pela qual deve constar nos currículos de uma nova educação liberal,¹¹⁰ inclusive nos currículos de Direito;¹¹¹ sua tese fundamental de que as habilidades literárias qualificam mais os juristas que outras propostas¹¹²

.....
107 NUSSBAUM, 2001c, especialmente os primeiros capítulos da terceira parte; sobre o tema específico das emoções no direito, ver *idem. Hiding from Humanity: Disgust, Shame and the Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006. cap. 1.

108 *Idem.* 1995b, p. 3.

109 *Idem. Not for Profit: Why Democracy Needs Humanities*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010.

110 *Idem. Cultivating Humanity: A Classical Defense of Reform in Liberal Education*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997, especialmente o capítulo conclusivo.

111 *Idem. Lawyer for Humanity: Theory and Practice in Ancient Political Thought. Nomos*, New York, n. 37, p. 181-215, 1995a.

112 Ver a propósito uma vigorosa discussão com a proposta de educação jurídica defendida pela análise econômica do direito, em NUSSBAUM, M. C. *The Costs of Tragedy*:

para o desafio do presente foi influenciada, como ela própria afirma, pelo modelo de juiz defendido por Smith na sua teoria dos sentimentos morais por ele denominado de “espectador judicioso” (*judicious spectator*);¹¹³ numa frase, a autora americana é movida por uma ideia fundante que aparece em todas as suas obras, qual seja, a de que a imaginação literária (*narrative imagination*) tem o poder de salvar a razão do empobrecimento a que foi submetida e a deliberação, na vida pública e privada, do fracasso que pode ocorrer nessas esferas ao tentar garantir-nos uma vida bem-sucedida.¹¹⁴

Uma posição menos ambiciosa que essas duas é a de Ost, autor fortemente conhecido nos estudos hermenêuticos pelas suas incursões literárias com o mito de Hermes, mas também pela sua contenda com Dworkin por causa do mito de Hércules. Com efeito, na discussão sobre o desafio da jurisdição em tempos de complexidade, não somente ao modelo interpretativo do normativismo, mas refuta também a proposta jurídico-narrativa de Dworkin: diz que tendo prevalecido durante a pré-modernidade, caracterizada como o período da história jurídica em que havia um alto consenso comunitário quanto aos bens necessários à plenitude da vida boa, um modelo de juiz cujo papel era servir a este projeto pacificando os conflitos entre indivíduos (*juiz pacificador*), a este se sucedeu durante a modernidade – que por sua vez é caracterizada pela desintegração desse propósito de edificar e conservar as virtudes, tudo em nome dos interesses egoísticos dos indivíduos e de neutralizar o poder do Estado e da Igreja, que eram os principais oponentes dessa burguesia europeia – um outro modelo de juiz que chamamos normativista porque reflete a aspiração iluminista

Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis. In: ADLER, M. D.; POSNER, E. A. (ed.). *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001a. p. 169-200.

113 SMITH, A. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 5 et seq., 51 et seq.

114 NUSSBAUM, 1997, cap. 3.

da neutralidade e tem por função arbitrar os conflitos desses anti-heróis que formaram o ideal de vida moderna (*juiz árbitro*).

Sabe-se que o *juiz Hércules* de Dworkin, como mais à frente retornarei, constitui um desses esforços de superar o esgotamento da concepção teórica da jurisdição e contra a qual muitos críticos, além dele, guerreiam (inclusive os heróis do Direito e Literatura), pois demanda um modelo decisório que ultrapassa aquele abismo que opõe legislador e juiz tanto quanto separa o pobre Lázaro do rico avarento, o que faz mobilizando um conjunto de virtudes que no tribunal é capaz de encontrar a resposta correta para casos difíceis (*hard cases*) nestes tempos de complexidade;¹¹⁵ ora, será contra essas pretensões ultrarracionalizadoras do autor americano que Ost oporá seu modelo de juiz, aparentemente flertando com aquela proposta de jurisdição iniciada no final do século passado por Pound¹¹⁶ e prosseguida, entre outros, por Albert,¹¹⁷ que outro não é se não o de pensar a prática jurídica como uma espécie de engenharia social (*social engineering*), com atributos superiores de otimizar os recursos existentes para reconstituir o tecido social que os conflitos de interesses desintegram. É que o autor belga mostrará que o modelo metodológico do normativismo, assim como a proposta de integridade interpretativa (direito como interpretação) de Dworkin, não está em condições de responder ao problema da contingência que hoje tira o sossego dos juízes; aos heróis dessas propostas, apresenta-nos seu *juiz administrador (juge-entraîneur)*, forjado já na passagem do Estado liberal para o Estado de providência, com o objetivo de gerir as crises decorrentes do conflito entre capital

.....
115 LINHARES, J. M. A. *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?* Coimbra: Coimbra Ed., 2015.

116 POUND, R. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Tradução de José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1950. p. 195 et seq.

117 ALBERT, H. *Critical Rationalism: The Problem of Method in Social Sciences and Law. Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, v. 1, n. 1, p. 1-19, 1988.

e trabalho, deixando seu lugar de espectador no teatro jurídico onde seu antecessor se sentava e assim gerir aquela crise etc., tudo agora nos desafiando a dar conta da multiplicação de sujeitos e demandas que o direito vem, a cada dia, sendo chamado a resolver.¹¹⁸

Neste contexto de discussões e de desafios assumidos é que Ost se torna um marco do projeto de Direito e Literatura, embora talvez não tão canônico como outros que anteriormente exemplifiquei, mas de fato tributando à literatura o papel de restituir ao direito suas dimensões social e cultural, o que segundo ele era intrínseco da prática jurídica, mas que teria sido embotado pela dimensão burocrática que acabou suplantando as outras duas;¹¹⁹ aparentemente, essa afirmação está em conflito com a sua tese hermenêutica em que sugere uma espécie de *juiz Hermes*, mas, de qualquer modo, importa aqui dar especial relevo à sua afirmação de que os juristas deveriam ser um novo Colombo, cuja humildade pretendida (a virtude que agora sabemos também ser a virtude do *juiz Hermes*) lhes permite revisar permanentemente os seus mapas, assumindo seu papel no que digna por “comunidade de narradores”: os cânones normativos que redigimos seriam na verdade um relato da moralidade política da tradição à qual pertencemos;¹²⁰ Os próprios preâmbulos dos documentos legais seriam um exemplo desse fio inquebrantável que liga a Constituição e o seu passado imemorial e fundador, como também os precedentes

.....

118 OST, F. *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur: Trois Modèles de justice. In: GÉRARD, P.; VAN DE KERCHOVE, M.; OST, F. (dir.). Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements.* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1983. p. 1-70; idem. *Jupiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez.* Tradução de Isabel Lifante Vidal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 14, p. 169-194, 1993; para uma ligeira introdução ao juiz tecnocrata de Ost, mas também no que ele tem em comum com o modelo da engenharia social (*social engineering*) proposta por Roscoe Pound e prosseguida por Karl Popper, Hans Albert etc., ver NEVES, 1993, p. 54 et seq.

119 OST, F. *Raconter la loi: aux sources de l’imaginaire juridique.* Paris: Odile Jacob, 2004. p. 48.

120 Ibidem, p. 22 et seq.

judiciais seriam uma prova dessa configuração narrativa da comunidade, revelando que a justiça sempre confabulou com a narrativa, aprendendo com a sua capacidade de mudar o significado das palavras e dos signos jurídicos.¹²¹

Mas Ost se recusa, mesmo assim, a confundir os mundos do jurista e do escritor; aliás, aponta quatro critérios para distinguir racionalidade jurídica e racionalidade literária:¹²² o direito fixaria estatutos e nominaria os sujeitos, enquanto a literatura só teria personagens, dando a si mesma a liberdade de mudar seus papéis no curso do tempo; o direito teria um compromisso com a segurança jurídica, com a estabilização de expectativas legítimas, ao passo que a literatura poderia se dar ao luxo de surpreender e criar possibilidades novas de se viver; o direito codificaria a realidade, enquanto a literatura fixaria outras “realidades ficcionais”, ensaiando novas possibilidades e experimentando-as; o direito de resto seria algo abstrato, ambicionando os universais (que suponho serem os aristotélicos e tomistas), enquanto a literatura se situaria no terreno do particular ou contingente.¹²³ Naturalmente que todas as distinções anteriores parecem evidentes, inclusive pelo que eu já disse alhures sobre teóricos do Direito e Literatura assumirem pressupostos do direito que eles mesmos criticam, mas o que parece determinante para considerar Ost relevante neste campo de pesquisa é o fato de ele se manter em vigília, evitando a confusão dos gêneros e mostrando que nem o direito, e nem a literatura, está isolado, recolhido em suas províncias de onde não sai nem recebe visita: quando o direito defende posições instituídas ele também as instituiria, ao passo que a literatura se apoiaria em posições instituídas para

.....
121 OST, 2004, p. 9 et seq.

122 Ibidem, p. 10 et seq.

123 Ibidem, p. 38.

atuar no imaginário instituinte;¹²⁴ de suas conclusões,¹²⁵ parece possível afirmar ser equívoco falar, como se diz na linguagem do foro para iludir o juiz com a falsa informação de que o pleito está imune à controvérsia, de uma “jurisprudência remansosa”: segundo o autor, o direito nunca será um rio tranquilo, ou melhor, nem existem rios pacíficos onde se pode mirar e alcançar facilmente a outra margem como o jagunço Riobaldo adverte,¹²⁶ mas ao contrário, esse direito é influenciado pelas narrativas que iluminam os códigos com a sua criatividade e o seu poder de desconcertar a experiência jurídica; o Direito e a Literatura estariam tão comprometidos, mais uma vez Ost dirá que, ao compartilharem um elemento comum, a linguagem, partilham também o mesmo destino.

As evidências de confabulação entre juristas e poetas não existiriam, pelo menos do modo como os três autores por quem passamos imaginam, caso se dê ouvidos a três grandes interlocutores-opositores, Castanheira Neves, Fish e Posner, especialmente na polêmica que estabelecem com Dworkin e sua metáfora do romance em cadeia (*chain novel*), a propósito de o direito ser compreensível numa perspectiva literária; mas, antes de tudo, parece importante dizer que, embora Dworkin tenha se tornado um expoente do Direito e Literatura, há alguma controvérsia quanto ser ele classificável nesta corrente do pensamento jurídico: tornou-se habitual, hoje, estudá-lo numa perspectiva hermenêutica; mas Castanheira Neves, por exemplo, diz que a racionalidade formulada pelo pensador americano não é nem hermenêutica e muito menos literária, sendo autenticamente uma racionalidade jurídica;¹²⁷ creio que o propósito deste prefácio dispensa desenvolver esta discussão, contentando-me somente

.....
124 OST, 2004, p. 15 et seq.

125 Ibidem, p. 19 et seq.

126 ROSA, J. G. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 35.

127 NEVES, 2003, p. 368 et seq., 394 et seq.

em destacar a relevância comum atualmente das diferentes escolas do denominado “movimento de reabilitação do pensamento prático aristotélico”, surgido no ambiente do pós-guerras e alimentado pela crise metodológica do normativismo: a tópico-retórica de Viehweg, a nova hermenêutica de Gadamer, a nova retórica de Perelman e agora a narratividade, nomeadamente com os nomes que assumem expressamente os pressupostos aristotélicos da prudência, tal como Nussbaum e MacIntyre.¹²⁸

Sabe-se que Dworkin¹²⁹ pensa o direito como um ramo da moral política, isto é, da grande árvore da qual florescem os mandamentos de como viver da melhor forma possível;¹³⁰ entretanto, viveríamos mergulhados, segundo ele, em convicções morais irrefletidas, as quais inevitavelmente constituiriam nossa compreensão da vida boa,¹³¹ mas não poderiam ser demonstradas (proposições morais e científicas diferem-se nesse ponto), no máximo poderíamos aspirar à coerência de nossas ações; a isso o autor dá o nome de “responsabilidade moral”, esta a exigir de nós uma habilidade interpretativa: a de tratar nossas convicções morais com um filtro eficaz, no sentido de que qualquer uma dessas convicções (honestidade, justiça, liberdade, direito etc.) possa ser justificada coerentemente com as demais;¹³² a isso o autor dá o nome de “direito como integridade”, sustentando que todos os conceitos morais que subscrevemos, inclusive o conceito de direito,

.....
128 BERTI, E. *Aristóteles no século XX*. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1997. cap. 4. Para uma breve contextualização da racionalidade hermenêutica no movimento de reaproximação com o pensamento prático aristotélico no período pós-guerras no mundo, ver SILVA, 2020, p. 348 et seq.

129 Para uma experimentação hermenêutico-interpretativo do autor, ver SILVA, A. S.; GUIMARÃES, J. K.; OLIVEIRA, P. J. O princípio da interpretação mais protetiva no direito ambiental: diálogos com Ronald Dworkin e sua hipótese estética das prescrições normativas. *Revista Parajás*, Montes Claros, v. 3, p. 123-163, 2020. p. 149 et seq.

130 DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 620.

131 Ibidem, p. 151 et seq.

132 Ibidem, p. 153 et seq.

será sempre um conceito interpretativo, sendo impróprio procurar uma decisão jurídica neutra a respeito dos valores substantivos que subjazem as nossas escolhas.¹³³

A teoria das fontes e a teoria da interpretação, para Dworkin, deveriam pensar o direito no limite, como se estivéssemos resolvendo um caso difícil (*hard case*), isto é, como um caso para o qual não existe uma regra clara de como deve ser resolvido, exigindo de nós a coragem e a habilidade de Hércules: deveríamos encontrar a decisão certa para cada caso (não existiriam duas soluções racionais para o mesmo problema, aposta esta que distancia Dworkin da ideia de conflito prático ou de “decisões trágicas”,¹³⁴ assumida por outros autores do Direito e Literatura, como Nussbaum, por exemplo, que dá grande importância a este gênero narrativo), sem recorrer aos juízos discricionários admitidos pelo positivismo clássico, sendo isto o principal dissenso de Dworkin para com eles;¹³⁵ assim, o autor demanda a atenção dos juristas para como as coisas se dão na interpretação literária e em outras formas de interpretação artística:¹³⁶ a interpretação jurídica subiria de patamar se se deixasse orientar pela “hipótese estética” que preside os trabalhos do produtor, como do crítico de arte, isto é, pela ideia de que estamos criando a melhor obra que é possível criar;¹³⁷ isto seria o mesmo que dizer aos juristas: trabalhem como se fossem aqueles escritores que combinassem de escrever o mesmo romance, o que exigiria deles inicialmente um plano de trabalho, incluindo a história que se vai contar, os objetivos a serem alcançados e o lugar de cada

.....
133 DWORKIN, 2014, p. 253 et seq.

134 Ibidem, p. 334 et seq.

135 Idem, *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127 et seq.

136 Idem. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 221.

137 Ibidem, p. 222, 229.

um no processo produtivo (*chain novel*);¹³⁸ as distinções iluministas entre legislador e intérprete e entre este e o aplicador do direito perderiam parte de sua importância, sem que os vínculos que os prendem, entretanto, sejam na prática dissolvidos: pela ordem estabelecida no projeto, cada autor que se apresenta para continuar o romance acresce a ele seu capítulo com a liberdade e o compromisso de corrigir os rumos da obra, mas nenhum dos intervenientes pode, inclusive o primeiro coautor, abandonar o projeto que de comum acordo foi concebido.

A tese de Dworkin sobre direito como literatura abre um duplo dissenso sobre a prática jurídica, protagonizado por Posner, um dos precursores e o mais bem-sucedido do *Law and Economics Movement*, autor este que no limite polemiza com seu colega americano em questões teórico-jurídicas gerais e inclusive sobre literatura, mas polemiza também com os autores do *Law and Literature* em geral por conta da aproximação entre a racionalidade jurídica e a racionalidade literária; de fato, para Posner, os estudos literários não acrescentam um naco de nada na discussão que lhe parece relevante para o Direito,¹³⁹ sendo incerto, inclusive, sua contribuição para melhorar a escrita judicial;¹⁴⁰ mas importa acentuar que este autor tem algo em comum com o movimento Direito e Literatura: a recusa da autonomia do Direito e do ensino jurídico, levando muito a sério a disputa com eles (sem que essa discussão com os defensores de uma formação humanística aqui tratados impeça de contestar a abordagem político-ideológica defendida pelo *Critical Legal Studies Movement*), a propósito da reforma do ensino jurídico americano;¹⁴¹ todavia, as perspectivas são

.....
138 DWORKIN, 2001, p. 235 et seq.

139 POSNER, R. A. *Law and Literature: A Relation Reargued*. In: LEDWON, L. (ed.). *Law and Literature: Text and Theory*. New York: Garland, 1996. p. 63.

140 *Ibidem*, p. 82 et seq.; *idem*. *Law and Literature*. Revised and Enlarged Edition. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998. p. 381 et seq.

141 *Idem*. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 473 et seq.; *Idem*. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 204 et seq.; *idem*, 2013, p. 18 et seq., 331 et seq., 334 et seq.

distintas, como disse Linhares, isto é, enquanto White, Nussbaum, Balkin etc. defendem uma reaproximação dos estudos jurídicos com as humanidades, o que Posner pretende é uma outra interdisciplinaridade, a dos saberes empírico-explicativos,¹⁴² nomeadamente uma interface do Direito com a Economia.¹⁴³

O pressuposto teórico adotado por Posner é o de que a atividade humana é racionalizável, mas por racionalidade ele não entende em termos mentais, mas sim em termos de adequação de meios para atingir determinados fins, estes por sua vez reduzidos aos interesses econômicos:¹⁴⁴ tudo o que escolhermos fazer seria precedido de um cálculo, em que buscamos maximizar os ganhos com essa ação, sejam eles monetários ou não;¹⁴⁵ noutras palavras, quando decidimos ser professores e não jogadores de futebol, quando o aluno resolve matar a aula para sair com os colegas, até mesmo quando o agente resolve cometer um crime etc., sempre se faria uma análise do custo-benefício dessa escolha; nenhum bem desejado pelo ser humano se excluiria dessa lógica, tal como o exemplo escandalizador de que, do ponto de vista da racionalidade, a masturbação é mais racional que a copulação, de modo que isso se pode dizer dos bens com os quais os juristas se ocupam; numa nota se diria que, para o autor e juiz americano, o direito seria um sistema que procura organizar nossas vidas no mercado e fora dele. O pragmatismo de Posner ambiciona, com isso, uma forte dose de objetividade nas decisões que os juízes tomam: acredita que os materiais jurídicos (normas, precedentes, princípios) estão sempre indeterminados, tal como pensavam os autores do *realismo jurídico*, sendo tais materiais pertencentes ao que chama “área aberta” e, como tais, ofereceriam um acervo de possibilidades discricionárias

.....
142 LINHARES, 2010a, p. 270 et seq.

143 POSNER, 2008, p. 237 et seq.

144 Idem, 1998, p. 182.

145 Idem, 2007, p. 473 et seq.

realmente significativo para o trabalho dos juristas, mas que Posner quer organizar segundo um critério, qual seja, o aumento da riqueza social, por sua vez passível de ser demonstrada com números, reduzindo com isto o arbítrio do julgador;¹⁴⁶ as produções mais recentes de Posner reduzem seu encanto com a possibilidade de maximização, denunciando a pobreza da formação jurídica e dos textos que ele próprio lê no tribunal onde atua, dando ultimamente mais relevo à dimensão formal do direito;¹⁴⁷ todavia, sua obstinação de ver os juízes colocando os mercados para funcionarem¹⁴⁸ faz com que ele desconfie que a literatura possa mudar alguma coisa no trabalho dos juristas; duvida que as consequências indiscutíveis que o contato com esses textos pode causar tenham relevância moral para o Direito, sirvam para classificar um texto como literário ou não literário,¹⁴⁹ cumpram outro papel que não o terapêutico¹⁵⁰ etc., já que inexistiria qualquer relação entre a discussão moral e a *performance* moral.¹⁵¹

Na sequência do que diz anteriormente, o autor não vislumbra qualquer disposição dos juristas para aprenderem alguma coisa com os poetas, não sendo possível dizer por qual motivo estes escrevem sobre o direito; do que diz, podemos concluir que seria temerário pressupor, como pressupõem os exercícios de direito *na* literatura que eu mesmo farei nos últimos capítulos, que Sófocles escreveu seu *Filoctetes* para

.....
146 LINHARES, J. M. A. A "área aberta" e a "predestinação pragmática"/A análise econômica do direito como "teoria compreensiva" (entre outras teorias compreensivas): o desafio e as reformulações de How Judges Think. In: ROSA, A. M. da; LINHARES, J. M. A. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 242 et seq., 262 et seq.

147 POSNER, R. A. *Reflections of Judging*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013; LINHARES, J. M. A. Decisão judicial, realismo de "complexidade" e maximização da riqueza: uma conjugação impossível?. *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, v. 57-58, p. 1753-1790, 2014.

148 POSNER, 2007, p. 500.

149 Idem, 1998, p. 305 et seq.

150 Ibidem, p. 330 et seq.

151 Ibidem, p. 318 et seq., 329 et seq.

mostrar a existência de direitos fundamentais da ordem jurídica, que Shakespeare escreveu seu *Mercador de Veneza* para ensinar alguma coisa sobre contratos ou como ser sagaz no tribunal, que Kafka escreveu *O processo* para denunciar o absurdo que é o sistema processual etc.; o prazer do leitor pela leitura, isso sim seria, segundo ele, algo de evidente na literatura,¹⁵² a qual, inclusive, se diferenciaria do direito porque ela seria um artefato e ele um programa, um ato político; de resto, o mundo seria um caos se cada juiz pudesse interpretar ao seu modo o direito, pois se a interpretação ambígua de um poema não tem lá grandes consequências, no Direito as coisas correm bem diferente;¹⁵³ deste modo e definitivamente o direito não seria um mundo à parte, não gozaria da autonomia pretendida pelas teorias ortodoxas, de modo que carecemos de ouvir outras vozes, mas estas não ecoam de textos das humanidades, mas da economia.¹⁵⁴

Outro crítico das pretensões do Direito e Literatura, Fish, acha insustentável o pretense argumento de Dworkin de comparar a obra jurídica à literária (*chain novel*), crítica esta que é feita confiando o destino do direito à institucionalização das práticas profissionais e ao consequente saber operativo dos juristas”,¹⁵⁵ o que mais uma vez frustra o projeto humanístico-jurídico do que já se chamou de “república de leitores”.¹⁵⁶ as razões que me levariam a acreditar que o leitor compreenderá este prefácio, de acordo com Fish, são exclusivamente as de que fazemos as mesmas coisas, temos os mesmos interesses e preocupações, nunca o fato de dominarmos determinada

.....
152 POSNER, 1998, p. 64 et seq.

153 Ibidem, p. 70 et seq., 80 et seq.

154 Ibidem, p. 84 et seq.

155 FISH, S. E. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham, NC: Duke University Press, 1989. p. 87, 98 et seq.

156 STOW, S. *Republic of Readers? The Literary Turn in Political Thought and Analysis*. New York: State University of New York Press, 2007. p. 41 et seq.

gramática ou de falarmos a mesma linguagem.¹⁵⁷ O ceticismo do autor, relativamente às pretensões reflexivas, “cálculo teorético” ou discursos fundacionistas,¹⁵⁸ leva não somente à recusa de uma teoria hermenêutica e de um formalismo interpretativo, mas também à desconfiança na interdisciplinaridade e demanda de autonomia do direito:¹⁵⁹ o sentido do texto deveria ser buscado dentro e não fora do contexto em que é lido (o direito será sempre o que a comunidade interpretativa dos juristas disser que ele é),¹⁶⁰ estando aqui uma espécie de “leitor configurado”,¹⁶¹ isto é, quem define que texto significa não é a obra ou o seu autor, mas as estratégias de leitura; estas que, por sua vez, são definidas não externamente ao contexto de cada prática linguística, mas pelo próprio desempenho profissional dos usuários de um texto ao qual nos dedicamos; como ele próprio diz, todo texto é uma “lousa vazia” sobre a qual leitores interessados e devidamente esclarecidos podem lançar qualquer significado.¹⁶²

Importa dizer, entretanto, que Fish nega qualquer forma de relativismo: a tese das comunidades interpretativas condena a comunidade dos juristas, tanto quanto a comunidade de escritores, de religiosos, de professores etc., a se sujeitar à contingencialidade de um autêntico nominalismo;¹⁶³ de outro modo, tem-se aqui uma “clausura profissional”,¹⁶⁴ pois, como disse Linhares, trata-se de uma autocon-

.....
157 FISH, S. E. *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980. p. 303 et seq.

158 *Idem*, 1989, p. 25 et seq.

159 LINHARES, J. M. A. *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007. p. 15 et seq.

160 FISH, S. E. *Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature*. In: LEDWON, L. (ed.). *Law and Literature: Text and Theory*. New York: Garland, 1996. p. 25 et seq.

161 AGUIAR E SILVA, 1983, p. 40.

162 FISH, 1980, p. 322 et seq.

163 AGUIAR E SILVA, op. cit., p. 40 et seq.

164 LINHARES, 2007, p. 16.

fiança institucional, na qual, por exemplo, as “práticas jurídicas” vão constituindo e se tornando capazes de criar e recriar seus códigos de leitura e de expectativas, dispensando com isso quaisquer pretensões metainterpretativas e considerando como improdutivos os discursos que problematizam a autonomia de tais práticas;¹⁶⁵ mas o próprio Fish assimila uma certa concepção de autonomia do direito, mas o faz somente, como afirma Linhares, enquanto se apropria internamente dos materiais heterogêneos, com os quais tanto repudia um formalismo interpretativo como se refugia num esoterismo ademais inconsistente.¹⁶⁶ Tudo o que parece possível concluir que uma característica fundamental da literatura para o autor seria a liberdade de criação de significados pelo leitor, o que no caso do direito resta explicitamente negada, já que o sentido dos materiais de trabalho dos juristas seriam pré-definidos institucionalmente pelas práticas irrefletidas desses profissionais, que se por um lado não são obrigados a segui-los, por outro, também não são livres para criarem as próprias significações;¹⁶⁷ vê-se disto, portanto, que a pretensão de Häberle de proclamar uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”¹⁶⁸ resta de todo aqui frustrada.

Uma outra avaliação crítica e juridicamente mais penetrante à medida que parte do sentido original do direito é a de Castanheira Neves, para quem a racionalidade jurídica se caracteriza pela “reconstituição crítica do sentido hoje do direito – que será *axiológico-normativa* nos fundamentos, *prático-normativa* na intencionalidade e *judicativa*

.....
165 LINHARES, 2007, p. 16 et seq.

166 Ibidem, p. 20 et seq., 37 et seq., 52 et seq.

167 FISH, 1989, p. 310.

168 HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 13.

no *modus* metodológico”,¹⁶⁹ o que convoca inegavelmente uma *techne* judicativa,¹⁷⁰ mas nem por isso se converte numa racionalidade literária; o fundamento da recusa está nos riscos de funcionalização do direito (o mesmo risco que talvez se possa dizer da instrumentalização da literatura, tal como sugerido, por vezes, por aqueles que se opõem ao reducionismo estético da obra de arte contra os herdeiros da tradição kantiana, no limite invocando explicitamente o seu papel político)¹⁷¹ hoje comum no pensamento jurídico – o risco não somente do cientificismo, mas também do economicismo, do politicismo, do moralismo, do tecnicismo etc., a resultar no esvaziamento do sentido do direito (esvaziamento daquele sentido axiológico irrecusável presente na fórmula de Hegel, invocada pelo autor português de pensar o direito como “o mandamento de ser pessoa e reconhecer no outro uma pessoa”, o que de outro modo tal esvaziamento se daria alterando aquela fórmula de Kant de que o direito é a garantia de que “o homem seja um fim e não um meio”)¹⁷² e da sua conversão num mero instrumento de afirmação de outras ordens inclusive aversas ao direito,¹⁷³ daí a necessidade de nos atentarmos para o “problema de direito”,¹⁷⁴ para a sua intenção normativo-material irrenunciável.¹⁷⁵ O “monismo narrativo” demandado por alguns autores do *Law and Literature Movement*, embora se tenha de reconhecer hoje a superação das pretensões lógico-dedutivas invocadas pela modernidade

.....
169 NEVES, 2012, p. 62-63.

170 Ibidem, p. 147.

171 NUSSBAUM, 1997, p. 102 et seq.

172 NEVES, 1996, p. 33.

173 Idem, 2008b, v. 3.

174 Idem, 2009, p. 27 et seq.

175 Idem, 1993, p. 14.

iluminista,¹⁷⁶ de acordo com Castanheira Neves, esvaziaria o direito de sua intencionalidade normativa.

A interpelação direta que Castanheira Neves faz a Dworkin, a propósito de a racionalidade narrativa ser capaz de responder ao problema normativo do direito, converge, até certo ponto, com a concepção desse direito que o autor português identifica no pensador americano, já que para o jurisprudencialismo a ordem jurídica é concebida como um projeto axiológico-normativo de constituenda realização;¹⁷⁷ todavia, os dois autores se distanciam, uma vez que o último afirma que a literatura determina os acontecimentos num todo integrante que alarga seu contexto pragmático,¹⁷⁸ mas seu fim é *narrar* suficientemente um caso e nos dar um exemplo paradigmático, enquanto o objetivo do direito é transfactual, de validade, de dever-ser, de modo que sua especificidade seria um ajuizar-se, assumir posição em relação à história narrada, *decidir* uma controvérsia jurídica; noutros termos, a pura compreensão de um fato narrado, ainda que suficiente para merecer o aplauso do leitor, não torna esse fato aceitável do ponto de vista da juridicidade,¹⁷⁹ daí que o problema da interpretação jurí-

.....

176 "Cremos mesmo que o deliberado abandono da intencionalidade normativa, da axiológica normatividade que diferencia o direito como direito, condena aquela intenção a um fracasso de raiz, na sua tentativa de redução narrativista. Deixemos de lado a reconhecível persistência do tradicional (e já hoje sabidamente superado) esquema silogístico-subsuntivo naquela comparação entre narrativas, em que se traduziria na sua estrutura a concreta decisão jurídica, não obstante a também afirmada unidade constitutiva entre 'interpretação' e 'decision-making': essa comparação poderá não ser já de tipo lógico-dedutivo e as premissas a articular na conclusão-decisão poderão ser obtidas de modo diferente do tradicional e com outra determinação, mas que a realização do direito se reduziria a uma 'aplicação' de regras gerais a factos particulares, determináveis em princípio umas e outros com autonomia entre si e para uma relação posterior ou sucessiva a essa dupla e autónoma determinação, é o que manifestamente continua a pensar-se – e todavia vimos já suficiente e fundamentadamente que não é isso validamente pensável". NEVES, 2003b, p. 407

177 Ibidem, p. 363.

178 Ibidem, p. 370.

179 Ibidem, p. 411.

dica seria de realização do direito e não de coerência narrativa ou de determinação do significado de textos jurídicos.¹⁸⁰

III

Dito isso, ofereço agora uma breve síntese dos conteúdos do livro. Importa dizer de início que a unidade do trabalho, como dito no *caput* do item I, está na questão de saber se o direito, pensado no seu sentido autêntico como uma *práxis* específica de solução de controvérsias passadas, entre sujeitos que se reconhecem mutuamente como iguais e responsáveis pelos próprios destinos, ainda está em condições de responder aos desafios que atualmente têm sido colocados ao pensamento prático em geral e ao pensamento jurídico em especial. Os trabalhos que seguem, exceto este prefácio que é somente um portal de entrada aos demais, são versões novas de trabalhos originalmente publicados ao longo dos últimos anos; esta seleção, mesmo reunindo conteúdos das três principais vertentes da abordagem em Direito e Literatura que enunciei, não é passível de classificação rigorosa por tal critério, uma vez que comumente abrange mais de uma destas vocações; entretanto, seria plausível alocar os capítulos 1 a 7 no domínio teórico e os demais no campo prático, sendo também aceitável considerar os capítulos 1 a 6 na discussão do direito *como* literatura, o capítulo 7 como direito *da* literatura e os capítulos 8 a 10 na categoria do direito *na* literatura.

Desse modo, o capítulo 1 reproduz, literalmente, o texto que foi lido perante o júri das minhas provas de doutoramento em Direito na Universidade de Coimbra, cuja tese tinha o problema atual do direito como questão condutora; nesta coletânea, embora de modo muito breve, confere unidade aos demais capítulos: ajuda a compreender o esforço de reconstituição do sentido da criação do direito pelos juristas

.....
180 NEVES, 2003b, p. 337 et seq., 364 et seq.

romanos, num tempo em que já se tinha uma ideia razoavelmente amadurecida da moralidade romana (*mores*) e uma consciência mais ou menos clara da justiça, assim também quando já estavam consagradas outras *praxis* normativas como a política, a religião, a economia etc.; a conclusão a que se chegou na pesquisa, o capítulo mostra, foi a de que o direito, tal como outras invenções humanas como a escultura, a navegação, a música, a religião, a política, a filosofia, a educação, a economia etc. (o primeiro capítulo buscou no arco, sempre retesado e percorrido dos poemas homéricos até a doutrina dos juriconsultos, uma intencionalidade normativa dessas invenções), nasceu do esforço de aliviar um pouco o sofrimento humano diante da humilhação do Destino; desse modo, confrontada essa *praxis* emancipadora de uma dimensão inconfundível da vida ativa do sujeito, com o cosmo narrativo da poesia oral do sertão (*praxis-poiesis*), reconstituído no segundo capítulo, a pretensão de autonomia do direito (assumida pelo jurisprudencialismo de Castanheira Neves com o objetivo de responder aos desafios do presente) se encontra hoje seriamente abalada, tal como se avaliou no terceiro capítulo da tese; por causa disso é que o narrativismo cosmopolita de Nussbaum, que embora não sendo poupado de uma crítica necessária e intensa, pareceu hoje em condições de nos levar mais adiante nas inquietações que nos movem.

O capítulo 2 deste livro é um esforço de pensar a relação entre racionalidade jurídica e racionalidade literária, focado numa questão hoje cada vez mais em evidência na filosofia moral como um todo e que é a do *conflito prático*. Com efeito, já invocadas com alguma frequência nos tribunais, as *escolhas trágicas* tendem a ser cada vez mais discutidas, visto ser uma das questões mais desafiadoras da atualidade no direito, na hermenêutica, na filosofia, na política, na administração etc. Há cerca de 40 anos, uma importante publicação, de Calabresi e Bobbitt, despertou grande interesse na filosofia prática ao apontar a escassez de recursos como um fato que expõe o agente moral a poderosos dilemas decisórios; para enfrentar esta situação,

o argumento econômico não precisa ser repudiado inteiramente; todavia, atrevo-me naquele capítulo a dizer que o desafio é agora outro mais difícil de ser resolvido: sendo nosso tempo aquele que celebra a pluralidade e a diferença, contingência moral e política essa que reduziu as pretensões filosóficas de universalidade e tornou muitos bens incomensuráveis, como podemos justificar nossas escolhas perante alguém que possui uma concepção da felicidade diferente da nossa, ou o que podemos fazer quando a escolha de uma alternativa decisória implicar, como se dá no dilema de Abraão, no abandono de outra em que o agente renuncia a outros bens igualmente valorosos para ele?

Com efeito, considerando que as dicotomias certo e errado, moral e imoral, justo e injusto etc. podem ser insuficientes, por exemplo, para justificar uma decisão; considerando que a ausência de uma regra universal de juízo exporia o julgador ao remorso, qualquer que seja a escolha que fizer dentre as alternativas disponíveis... o capítulo discute quais os critérios que julgadores, advogados, consultores etc. podem utilizar para saberem se a conduta implicada na controvérsia ocorreu sem constrangimentos que autorizam falar que sem tais infortúnios agiria de outro modo (se o agente estava diante de uma “questão trágica”) ou se tal conduta foi praticada de maneira desembaraçada e sem tais constrangimentos (se a discussão gira em torno de uma “questão jurídica”); a pesquisa avança no sentido de saber, também, se o julgador, concluindo que o agente era de fato um desditoso, teria diante desta questão trágica a obrigação de promover as capacidades humanas (*capabilities approach*) desse agente, violentadas pelo infortúnio, bem como sob qual fundamento o julgador pode reparar esse mal que arruinou a vida do agente.

O capítulo privilegia, na sua fundamentação, o diálogo com Castanheira Neves e com Martha Nussbaum, visando assim confrontar *questão jurídica* e *questão trágica*, no primeiro caso revisitando a doutrina dos juristas romanos e que distinguiram a *praxis* jurídica das demais já secularizadas por Aristóteles, no segundo ouvindo os

poetas gregos e latinos cujo gênio criativo representou, no teatro, os casos mais exemplares em que o herói trágico se expõe à arbitrariedade de seu Destino, materiais estes adequados para compreender corretamente as características de uma situação trágica autêntica. A conclusão a que chega é a de que se a situação atual, de pluralidade e de diferença, aumenta a exposição dos agentes a conflitos práticos iniludíveis, a doutrina e a jurisprudência, não obstante alguns esforços na criação de critérios para solucionar os casos *mais que difíceis* que vêm sendo suscitados na vida pública e privada, precisam distinguir claramente as duas questões; uma tal diferenciação se torna necessária, primeiramente, para não imputar injustamente ao agente uma responsabilidade quando atuou sob o domínio irresistível da Fortuna, depois para evitar o uso indevido desse argumento para exonerar tal agente da responsabilidade pelas próprias escolhas.

O capítulo 3 desenvolve o contraponto fundamental da racionalidade jurídica *versus* racionalidade literária, confrontando duas propostas que se desafiam mutuamente, sem no entanto se excluírem inteiramente, além de que tais propostas adotam concepções originais de direito e de literatura; com efeito, se pensado à luz do jurisprudencialismo de Castanheira Neves, fiel como se disse ao sentido do direito enquanto tal, o direito é a última instância crítica de que dispomos para nos proteger da arbitrariedade uns dos outros e até mesmo da arbitrariedade do Estado: se é verdade que hoje, face ao esvaziamento axiológico e a um processo cada vez maior de desontologização e funcionalização das práticas jurídicas, esse direito deixa de ser uma resposta *necessária* ao problema humano da nossa vida em comum, passando a ser apenas uma resposta *possível* e portanto se tornando uma entre outras alternativas; todavia, dentre as muitas que são colocadas (as da análise econômica do direito, da engenharia social, do funcionalismo político etc.), o direito restará sendo a única alternativa verdadeiramente humana.

A concepção de direito, pelo lado de Nussbaum, não tem essa preocupação com a autonomia – ao contrário, o direito é ali pensado no limite da filosofia, da ética, da ecologia, da política etc., experiências diversas que ela invoca para elaborar um projeto de justiça global, fazendo frente às injustiças praticadas contra humanos e animais não humanos. Daí que o capítulo vá confrontar as concepções de direito dos dois autores, no que eles têm em comum e no que colidem; em comum, tais pensadores têm alguns pressupostos comunitários que fundam a ordem jurídica, a crítica ao normativismo e à *Law and Economics* etc., além de se aproximarem dos modelos jurisdicionais de realização jurídica; a divergência mais acentuada entre os dois está exatamente na recusa por Castanheira Neves (como já se viu de sua querela com Dworkin) em aceitar a diluição da prática jurídica numa prática literária, ao passo que Nussbaum celebra essa interpenetração (*continuum*) de experiências: a autora americana acredita que as histórias têm um papel determinante na formação de nossa consciência moral, inclusive reconhecendo que os poetas, e não os juristas, economistas, políticos etc., são os melhores árbitros da diversidade, um estatuto moral e intelectual indispensável no nosso tempo.

O capítulo 4 se dedica a alguns temas frequentes no Direito e Literatura, tais como racionalidade das emoções, direitos humanos, felicidade e vulnerabilidade da vida humana etc., convergindo aqui no enfrentamento de outra questão que tem gerado alguma perplexidade na teoria do direito, qual seja, a do pretense direito dos animais; nesta discussão tomam parte tanto os que veem com desconfiança a pretensão de um estatuto jurídico aos denominados animais não humanos, como os que adotam uma postura mais apologética, sob diferentes perspectivas teóricas; nesse sentido, o capítulo, considerando o relevo que tanto a ética animal como os direitos humanos têm para Nussbaum, analisa o fundamento aparentemente comum aos dois assuntos e que ela adota para justificar suas teses tanto num caso como no outro; essa justificação moral assumida pela autora americana é

a da *fragilidade* de nossas vidas, o que de resto lhe parece comum com os outros animais; exigirá para os direitos humanos e tanto quanto para os direitos dos animais um catálogo de princípios que orientem nossas ações e reduzem nossa exposição ao arbítrio da Fortuna, algo que ela faz estabelecendo um diálogo negativo e estimulante com o contratualismo e com o utilitarismo, resultando na defesa ostensiva e na elaboração de uma lista de capacidades humanas (*capabilities approach*) a serem promovidas soberanamente por cada nação, mas sob a supervisão da Organização das Nações Unidas.

O capítulo 5 deve ser lido colocando a seguinte questão: qual a possibilidade, num tempo de pluralidade e de diferença como o atual, de procurarmos uma racionalidade universal, capaz de orientar as pretensões de felicidade de diferentes povos e compreensões da vida boa? De outro modo, a cultura oral pode ser levada a sério na expressão de um modelo de vida prática tanto quanto os estudos universitários? Com efeito, um escritor português, José Saramago, disse as seguintes palavras introdutórias ao discurso de sua premiação com o Nobel de Literatura de 1998, referindo-se ao seu avô, um camponês com quem teria aprendido as coisas mais importantes de sua vida: “O homem mais sábio que conheci não sabia ler nem escrever”. O que se tem neste capítulo é exatamente o texto proposto aos imortais da Academia de Letras da Bahia e proferido em palestra, em sua sede, atendendo ao simpático convite de seu então presidente, o prof. Edvaldo Boaventura; a ocasião e o auditório se tornaram oportunos para esta discussão a propósito de a oralidade ser considerada uma espécie de literatura e, portanto, digna de ser levada a sério pelos críticos; o exemplo levado àquela casa foi o da cultura do sertão, na qual se identificam uma certa sabedoria e específica compreensão do mundo, da justiça e da felicidade, materializadas nos diferentes gêneros de expressão literária (nas tragédias, epopeias, líricas etc.), mas uníssonas no testemunho da vulnerabilidade e de um Destino humanos contra os quais o sertanejo pelega todas as horas; a forma de vida que as narrativas do sertão

especificam e a “teoria do *ethos* sertanejo” que o capítulo sugerem não indicam a consciência do Destino como um pretexto de acomodação do agente moral, mas ao contrário exemplifica, com o caso do Vaqueiro Damião, a luta dos heróis sertanejos para superarem a adversidade com a qual têm de conviver. Os materiais explorados no estudo, a música caipira e os cordéis, se afiguram como uma oportunidade singular para refletirmos sobre temas candentes na atualidade, como a disputa entre liberais e comunitaristas sobre universalismo e particularismo; todavia, as conclusões do estudo são especialmente indicativas de que, sem prejuízo da abertura às demais, cada tradição tem respostas efetivas para aliviar o sofrimento do Destino, elaborando os recursos necessários (poiéticos e prudenciais) à redução dos efeitos desastrosos do seu arbítrio na vida das pessoas.

O tema enfrentado pelo capítulo 6 é de caráter teórico-prático, pois se retoma a discussão com os teóricos do direito animal, fazendo-o agora ao modo de uma experimentação em um mundo que expressa uma concepção inconfundível da vida boa: o mundo prático do sertão. Qual seria a natureza normativa das relações entre animais humanos e não humanos? Com efeito, se os humanos vêm aperfeiçoando, desde o mais remoto testemunho da civilização ocidental e que é o dos poemas homéricos, uma *razão técnica* (ποίησις-τέχνη, *poiesis-techne*), esta mesma humanidade se mostra por vezes indigente quanto à *razão ética* (ἦθος, *ethos*); um desses casos é a forma aviltante como os animais não humanos continuam a ser tratados em diferentes formas de intervenção humana na natureza. É certo, porém, que movidos pelo propósito de se reconciliar com aquela ordem natural (φύσις, *physis*) violentada pela soberba humana (ὑβρις, *hybris*), esta que segundo os próprios gregos desvirtua a convenção ordenativa da vida boa (νόμος, *nomos*), alguns autores têm procurado no direito (*ius*) a resposta que talvez somente a justiça (δίκη, *dike*, *iustitia*) possa dar para aquela violação no que tange aos animais, isto porque essa justiça, desde o

florescimento da razão (λόγος, *logos*) no mundo helênico, preservou sua força normativa e se impõe, inclusive, à revelia do direito.

O capítulo se volta, então, para a reflexão sobre o cosmo moral do sertão, em que a relação humana com os outros animais é visivelmente orientada por um nobre sentimento de justiça, mas aparentemente não configurando uma autêntica relação jurídica e sim um estatuto moral específico (*sui generis*); o olhar se volta, portanto, a um certo holismo prático que pessoalmente me parece constituir uma ética do trabalho rural, atualmente violentada de muitos modos pela tecnociência e pela urbanização da vida e que complementarmente dilaceram a vida no campo; os materiais privilegiados no estudo foram os da literatura oral (cordéis, música caipira, causos etc.), dada sua maior proximidade com o cotidiano do trabalho rural, sem prejuízo, entretanto, das referências a autores consagrados na academia; foram também analisados alguns textos da filosofia jurídica e do direito romano, os quais nos permitem refletir sobre o contexto de emergência daquela *praxis* especificamente jurídica da qual falamos anteriormente e de sua emancipação face a outras práticas normativas. A conclusão obtida, inclusive pelo estímulo de compreender melhor as fronteiras entre a ética, o direito, a justiça, a criação artística etc., foi que o discurso narrativo dos poetas do sertão brasileiro nos sugere algo mais promissor para a relação entre animais humanos e não humanos que a doutrina animalista pode oferecer: desembaraçando-se da controvertida discussão sobre a racionalidade ou sentimentos dos animais não humanos, desobrigando-se de ouvir os apelos enganosos ao estatuto da igualdade, libertando-se dos limites obrigacionais que a experiência jurídica impõe... a *praxis* sertaneja se orienta por um estatuto normativo cuja natureza é moral e não jurídica. A eticidade ali sugerida se funda, sobretudo, no reconhecimento humano da *mortalidade*, que é a única coisa que nos iguala aos animais não humanos, assim como numa concepção da vida boa que se por um lado nos responsabiliza pelo todo que constitui o *habitat* do sertão, por outro reconhece a especificidade da vida humana, inclusive,

no limite, a legitimidade de atuarmos como atuam os animais não humanos em defesa da própria vida e cujo esquecimento, refletida na pretensão de se elevar acima deles, aparentemente constitui uma outra forma de antropocentrismo.

O capítulo 7 é um caso típico de direito da literatura, talvez mais, de direito à cultura e de direito da educação. Com efeito, um poeta grego de nome Árquias foi acusado no século I a. C. de falsificar documentos para adquirir a cidadania romana; o advogado a quem confiou o caso foi Cícero, cujo discurso proferido no tribunal, *Em defesa do Poeta Árquias*, foi utilizado como ponto de partida para discutir a seguinte questão: existe mesmo, como Antônio Cândido defendeu, um direito fundamental à literatura, e, se a resposta for positiva, qual poderia ser o fundamento? A atuação de Cícero foi exitosa absolvendo o poeta, mas isto aqui tem menos interesse ao conteúdo, já que se trata de uma explícita e contundente defesa da obrigação do Estado no florescimento da cultura, das letras, da poesia; este compromisso justificava, de acordo com o advogado-filósofo, que se dispensassem as exigências impostas ao poeta, que a rigor estaria prestando um grande favor aos romanos: enquanto outras nações visitadas pelo poeta queriam-no a qualquer custo, Roma o tinha de graça e não queria. O capítulo aponta que a Constituição Federal de 1988, no seu art. 215, assegura o pleno exercício dos direitos culturais, nomeadamente os de expressão, criação e fruição dos bens culturais, sendo imperioso reconhecer que ali está implícito o direito à literatura; de outra forma, o art. 205 do diploma constitucional estabelece, entre outras coisas, que é papel da educação garantir o pleno desenvolvimento da pessoa; sustentou-se que existe um fundamento comum entre os dispositivos constitucionais da educação e da literatura, qual seja, o de que ambas contribuem na formação da nossa humanidade, tal como o filósofo romano e a educação liberal clássica acreditaram.

O capítulo 8 reproduz uma palestra de abertura de um seminário sobre a proteção legal das pessoas necessitadas de cuidados especiais,

na verdade um exercício de direito na literatura, por um lado destacando a importância de levar a sério a dimensão trágica do humano, por outro aludindo explicitamente à “ética do cuidado”; o texto que serve de reflexão é uma tragédia de Sófocles, *Filoctetes*, que retrata a vida do herói, um guerreiro jovem e promissor dentre os gregos que embarcaram para Tróia na missão de vingar o rapto de Helena, mas desavisadamente tocou o altar da deusa Crise, sendo insidiosamente picado pela serpente que o guardava, contraindo assim uma doença incurável; por ficar fora de combate, Filoctetes foi abandonado na ilha de Lemnos, dispondo somente da flecha que o deus Herácles lhe deu, instrumento este que anos depois se soube que era imprescindível para romper a fortaleza de Príamo; o argumento utilitarista de Ulisses tanto para abandonar como para enganar o herói e se apossar do seu arco, denunciado explicitamente no teatro grego, aparentemente antecipa o fundamento kantiano da dignidade da pessoa humana, o de tratar a pessoa como *fim* e não como meio; isto faz da peça uma importante oportunidade a desenvolver os trabalhos de uma disciplina de Direitos Humanos, inclusive iniciando pelo fundamento primeiro: o da nossa mortalidade e dos valores fundamentais da amizade e do cuidado para fazer frente à fragilidade da vida humana.

O capítulo 9 se dedica a um tema de filosofia da justiça e de fundamentos do processo, agora novamente recorrendo ao testemunho narrativo dos poetas do sertão, com um breve, mas necessário, paralelo à narrativa fundadora do sistema processual do Ocidente e que se encontra no teatro grego. Frequentemente dada como evidente pela dogmática processual, a distinção entre justiça e vingança já era tema controvertido no pensamento helênico: na tragédia, a narrativa laudatória de Ésquilo sobre o julgamento de Orestes se confronta com outra menos elogiosa, qual seja, a de Eurípides sobre a vingança de Hécuba contra seu hóspede infiel. Em que pese o contributo civilizatório de Atena pela instituição do tribunal, a crônica judiciária não dá somente boas notícias sobre a obediência à tercialidade do direito; assim, resta

em aberto a questão de saber se o selo do Estado por si mesmo garante uma decisão conforme a justiça, assim como se a inexistência desse selo nos expõe à fúria das Erínias e à sua sede de vingança. O capítulo, assim, experimentará, no limite, o *continuum* entre essas duas práticas na literatura oral do sertão, nomeadamente no cordel e na música caipira, em que supostamente a legitimidade da decisão não está no *procedimento* adotado (racionalidade processual), mas na conformidade com o *ethos* fundante de uma específica forma de vida (racionalidade material); a exploração dessas narrativas fundadoras de nossas práticas judiciais permitirão conhecer como a justiça (δίκη, *dike*) desde cedo se diferencia da vingança, mas a análise de alguns relatos orais do sertão permitirão também confrontar sua concepção do mundo prático com o legado cultural dos helênicos; ao fim, o estudo procura despertar nossa atenção para a fragilidade do critério diferenciador que identifica (acriticamente) a justiça com o que é estatal e a vingança com aquilo que escapa ao seu monopólio da jurisdição.

O capítulo 10 constitui um outro exercício de direito na literatura, explorando os fundamentos dos direitos humanos, face ao desafio presente. De fato, um tema recorrente da filosofia moral contemporânea é a acentuação da pluralidade e da diferença, diferentemente do que se deu na modernidade iluminista, em que se celebrou a igualdade e a universalidade. O confronto estabelecido, com alguma frequência, se depara com uma questão igualmente desafiadora: o sofrimento da invisibilidade do sujeito moral quando sua concepção da felicidade fracassa socialmente. Ser invisível, como Fabiano se sentia perante o soldado amarelo, personagens e metáforas que Graciliano Ramos utiliza para denunciar a inexistência de políticas inclusivas e de promoção da dignidade do homem do sertão, significa não obter o reconhecimento, como pessoa, do que é e do que acredita ser uma vida excelente. O estudo, desse modo, nos desafia a refletir sobre estas coisas, sendo seu principal objetivo encontrar, em tempos de multiculturalismo, novas perspectivas para pensar os direitos fundamentais.

A fundamentação que analisarei aqui é aquela oferecida por Sen e Nussbaum, dois autores que têm em comum certa crítica ao contratualismo e à sua concepção da justiça: o fundamento do desenvolvimento das capacidades humanas de ser e de atuar (*capabilities approach*); a análise do romance *Vidas secas* servirá de inspiração para esta reflexão.

IV

Um as palavras conclusivas apenas..., pois não tendo as virtudes do orador e do escritor, não mereço o que necessito e que Vieira merecia sem necessitar: o perdão por não ter tempo de ser breve. Lembremos que a discórdia espalhada por Platão a propósito da seriedade da poesia, como vimos mais cedo, deve ser encarada com reserva; de fato, refletindo sobre esta questão Aristóteles reconheceu uma dimensão filosófica da literatura, afirmando que comparada à história, aproxima-se mais da filosofia, pois, enquanto o historiador nos diz o que aconteceu, os poetas interrogam sobre o que poderia ter acontecido;¹⁸¹ não podemos esquecer que se o direito moderno-iluminista, do qual somos herdeiros diretos e cuja característica determinante como se sabe é a de negar o fundamento narrativo da tradição,¹⁸² foi ela própria fundada numa narrativa de evidência empírica nenhuma: a narrativa do contrato social, isto é, a que narra a criação do direito e do Estado a partir de um marco zero da civilização, o que de resto é uma fantástica reinvenção de outras narrativas fundadoras, sendo certo que aqui o humano é o grande demiurgo, que querendo assumir o lugar de Deus na história, brinca de criar o “tudo do nada” (*ex nihilo*); esta crença está tão entranhada nas nossas mentes que depositamos nesse acordo

.....
181 ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução de Ana Maria Valente. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. 1431a39-1431b6.

182 MACINTYRE, A. *Whose Justice? Which Rationality?* London: Duckworth, 1988. cap. 18. Observar que de acordo com este autor o Iluminismo, enquanto nega a tradição, transformou-se ele próprio numa tradição, qual seja, a tradição que nega a tradição.

hipotético, acriticamente, o fundamento do mandato político e do poder dos juízes. Não parece haver motivos para afastar a literatura da prática jurídica, pois temos muitas razões atualmente para reconhecer nela um papel importante na vida pública e privada, sendo o problema apenas de saber qual papel será este e daí a interrogação que está no título deste prefácio: “sobre o que”, ao que também poderia acrescentar “de que modo”, os juristas andam conversando com os poetas.

Mesmo sabendo que nem sempre os autores que recorrem ao fundamento narrativo do direito estão em harmonia uns com os outros, como é o caso de Nussbaum, que ao recusar as pretensões de regresso à ética das virtudes, acusa MacIntyre de negligenciar o papel das emoções e da própria razão na estruturação da comunidade ética,¹⁸³ creio não ser de todo um mal aqui invocar a afirmação do autor escocês de que o humano é, essencialmente, um animal que *conta* histórias;¹⁸⁴ seu libelo acusatório contra a razão iluminista não parece de todo desarrazoado, mesmo porque a modernidade foi contestada pela própria modernidade, como se dá exemplarmente com Vico que contra ela invocou originalmente a sabedoria poética, a qual, de acordo com ele, nos acompanharia desde nossa tenra existência, antecedendo na história humana a filosofia, a ciência, a ética e o direito.¹⁸⁵ As razões que eu mesmo tenho para subscrever em parte o projeto do Direito e Literatura são principalmente três: a primeira, a justificar minha predileção pela tragédia, está no fato de a literatura denunciar a fugacidade dos bens humanos, tal como denunciava aquela Erínia, Megera, cujo papel social era gritar a vida toda no ouvido dos humanos suas

.....
183 Sobre sua crítica a MacIntyre, ver NUSSBAUM, M. C. *Virtue Ethics: A Misleading Category?* *The Journal of Ethics: An International Philosophical Review*. Danvers, MA, v. 3, n. 3, p. 163-201, 1999c. p. 196 et seq., p. 200.

184 MACINTYRE, A. *Tras la virtude*. Tradução de Amelia Valcárcel. Barcelona: Crítica, 2001. cap. 15, especialmente p. 266.

185 VICO, G. *Princípios de (uma) ciência nova (acerca da natureza comum das nações)*. Tradução de Antônio Lázaro de Almeida Prado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 44, 46-47, 67, 79, 92, 113, 117, 126.

fraquezas, além de lembrar permanentemente aos jurados, enquanto durassem as audiências, a culpa do transgressor;¹⁸⁶ a segunda, extensiva a todos os gêneros literários, diz respeito à capacidade da literatura para desenvolver nossa capacidade de imaginar outras vidas, e, conseqüentemente, aumentar nossa capacidade de julgar diferentemente o mesmo caso;¹⁸⁷ a terceira, a admitir um certo *continuum* entre a virtude deliberativa (*φρόνησις*, *phronesis*) e a habilidade produtora (*τέχνη*, *techne*), está no fato de mesmo esta última não ser intrínseca à prática jurídica, desenvolve uma dimensão externa (a *comunicação* das escolhas sobre os bens em disputa) dessa prática, sem a qual sua dimensão interna (a *escolha* quanto aos bens de uma dada controvérsia) não se mostraria ao mundo.

No que se refere ao primeiro motivo de reconhecer um valor prestimoso no diálogo dos juristas com os poetas, mesmo não subscrevendo a tese de Nussbaum e White em um certo *continuum* entre decisão jurídica e crítica literária, estou de acordo com a primeira quando, mesmo sendo apanhada em algumas confusões teórico-jurídicas justificáveis por não ser uma jurista e sim uma filósofa e classicista (o que já não é pouco para um ser humano ambicionar), diz algo de muito substancioso e que ajudou a formar minha conclusão de que a invenção do direito é mais que uma das invenções clássicas para aliviar o sofrimento humano ante a humilhação de seu destino: o papel do direito, para ela, seria o de evitar que a Desgraça, sempre de espreita e à espera da melhor hora para atravessar o nosso caminho, impeça-nos de implementar nossos projetos de felicidade (*Law has the function of protecting us in areas of significant vulnerability*);¹⁸⁸ esta fundamentação do direito na fragilidade da bondade, por um lado, está coerente com o conceito de Destino que Aristóteles adotou ao

.....
186 BRANDÃO, J. de S. *Dicionário mítico-etimológico da mitologia grega*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 210 et seq.

187 NUSSBAUM, 1995, p. 1 et seq.; idem, 1997, cap. 3; idem, 2010, p. 95 et seq.

188 Idem, 2006, p. 11.

desvesti-lo de seu aspecto religioso ao dizer que se trata daquilo que “simplesmente nos acontece”,¹⁸⁹ mas, por outro, também é coerente com o fundamento da comunidade política utilizado pelo Estagirita: o de que as sociedades se formam, diferentemente da tese sofística que depois de Hobbes e demais contratualistas veio a prosperar no constitucionalismo ocidental, pela necessidade de evitarmos que a Necessidade (φύσις, *physis*), isto é, a Natureza fora do controle humano, arruíne as nossas vidas;¹⁹⁰ essa incerteza que nos move, entre nós assimilada por Guimarães Rosa,¹⁹¹ leva a autora a mais longe que o século IV a.C.: mostra na sua *Fragility*¹⁹² que uma teoria social com estes contornos foi formulada antes de tudo pelos poetas, não pelos filósofos; por causa disso é que a tragédia realmente pode nos ensinar algo importante no nosso tempo, cujo *debitum* de justiça é imensurável, ao passo que muitos credores podem não estar em condições de se submeterem à reciprocidade dos contratos, dado não terem culpa de não transporem o Liso do Sussuarão¹⁹³ que levam a vida a atravessar: a lição de que há uma grande diferença entre ser bom e ser realmente feliz, pois como Aristóteles também ensina ao conceituar a tragédia, diz que este gênero literário é aquele que leva o auditório a testemunhar pessoas boas fracassando, sendo acometidas de terríveis e injustificados infortúnios.¹⁹⁴

Desse modo, Nussbaum parece segura, não tendo eu razões para discordar, que tanto nos tribunais onde se julgam as controvérsias passadas, como na atividade política em que se administram nossos

.....
189 ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998. 1362a.

190 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Maria Araujo e Julian Marias. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1951. 1252a, 1253a.

191 ROSA, 2006, p. 522.

192 NUSSBAUM, 2001, p. 1-21.

193 ROSA, 2006, p. 506.

194 ARISTÓTELES, 2004, 1453a13-25, 1453b14-1454a2-3.

recursos e um futuro melhor para todos é planejado, devemos pensar o sujeito moral, sabidamente exposto a adversidades comprometedoras de suas escolhas, como um verdadeiro herói grego: como um Aquiles, que avisado pela deusa Tétis de que seguir para Tróia significaria sua morte, lutou homericamente contra a necessidade de escolher entre viver bem e ser lembrado após a morte,¹⁹⁵ o que também poderia ser exemplificado com os heróis de José de Alencar e Euclides da Cunha e cujo desafio permanente é o de resistir à vicissitude do sertão;¹⁹⁶ o que a autora adverte é mais ou menos o que a Virgem Advogada Nossa pede ao juiz para observar no julgamento de João Grilo, personagem deveras controvertida de Suassuna, mas que as circunstâncias naturais e sociais poderiam ter feito que o agente, intelectualmente prodigioso, pudesse paradoxalmente se tornar numa pessoa indigente no seu caráter.¹⁹⁷ Esta discussão sobre se os poetas trágicos trazem ao palco boas ou más notícias quanto à possibilidade de resistir ao capricho da Fortuna, tornou-se na filosofia moral bastante controvertido, mas nesse ponto eu estou inteiramente de acordo com Nussbaum, tal como já tratei noutro lugar.¹⁹⁸

Com efeito, creio na possibilidade de uma interpretação positiva da tragédia, apesar de autores importantes, como Williams, por exemplo,

.....
195 HOMERO, 2003, canto 9, 410-416.

196 “É um dos traços admiráveis da vida do sertanejo, essa corrida veloz através das brenhas; e ainda mais quando é o vaqueiro a campear uma rês bravia. Nada o retém; onde passou o mocambeiro lá vai-lhe no encalço o cavalo e com êle o homem que parece incorporado ao animal, como um centauro”. ALENCAR, J. de. O sertanejo. In: ALENCAR, J. de. *Til, O sertanejo*. [S. l.: s. n.], 1971. p. 218, 149-332; assim também “O sertanejo é, antes de tudo, um forte”. CUNHA, E. da. *Os sertões: campanha de Canudos*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 146. Para mais desenvolvimentos sobre a Fortuna do trabalho rural, ver nosso SILVA, A. S. da; NOGUEIRA, B. G. B. A eficácia social da Constituição de 1988 no campo: diálogos com Os sertões de Euclides da Cunha. In: SEMANA DE ALTOS ESTUDOS JURÍDICOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA, 1., 2019, Salvador. *Anais [...]*. Salvador: UFBA, 2019. v. 1, n. 1, p. 1-13.

197 SUASSUNA, A. *Auto da Compadecida*. 35. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2005. p. 156 et seq.

198 SILVA, 2018, v. 1, p. 93 et seq.

que de modo muito eloquente chamou a atenção para o excesso de otimismo de outros classicistas e filósofos;¹⁹⁹ está certo que no último e admoestador verso da *Antígona* de Sófocles aparentemente se profetiza a queda do homem ante a soberania dos deuses,²⁰⁰ assim como o desconcertante enredo do *Satyricon* de Petrônio parece sugerir que nada mais nos resta que procurar um mecenas que nos ajude a ecoar nossos Fados, já que aquelas forças superiores e inexoráveis que definem o curso da vida (*Fatum*) subtraem de nós a tocha que poderia evitar o desconforto de andar errante e ao fim cair no precipício;²⁰¹ todavia, tais testemunhos devem ser lidos com alguma reserva, pois seja na poesia grega, seja mais tarde nos escritores latinos, parece haver ótimos testemunhos do que MacIntyre chama de “racionalidade da tradição”, isto é, os esforços de cada uma delas para superar os conflitos práticos e seguir adiante na construção de seus projetos de felicidade;²⁰² como Homero mostra da irresignação de Aquiles com a morte, preferindo viver como escravo a reinar entre os mortos, bem como Luciano debocha dos queixumes do nobre filho de Peleu por estar ali debaixo da terra nivelado com os comuns e onde nem os troianos lhe respeitam,²⁰³ o poeta Ovídio sabia, mesmo optando por dar azo ao amor que tem no peito, que na sua tradição era mais honroso narrar os feitos de seus heróis;²⁰⁴ esta convicção de que devemos empregar toda nossa força para enfrentar a vicissitude do mundo

.....
199 WILLIAMS, B. The Women of Trachis: Fictions, Pessimism, Ethics. In: LOUDEN, R. B.; SCHOLLMEIER, P. *The Greeks and Us: Essays in Honor of Arthur W. H. Adkins*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 43 et seq.

200 SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 11. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2018. 1350.

201 PETRÔNIO. *Satyricon*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Abril Cultural, 1981. p. 79.

202 MACINTYRE, 1988, cap. 13.

203 LUCIANO, 1998, p. 15.

204 OVÍDIO. *Amores*. Tradução de Carlos Ascenso André. Lisboa: Cotovia, 2006. livro 2, p. 29-38.

é que tanto Horácio²⁰⁵ como Cícero²⁰⁶ são defensores exemplares daquela tese de que os romanos superaram os gregos na cultura, isto é, que diferentemente destes últimos que sobressaíram na literatura e filosofia, os primeiros empregaram suas energias melhorando o mundo, dedicando-se ao direito e à política.

O mais épico e mais prodigioso dos heróis virgilianos, Enéias, se por um lado nos é apresentado como um juguete na mão dos deuses, por outro pode ser compreendido, como disse Pereira,²⁰⁷ como exemplo de pessoa cuja persistência floresceu na posteridade: depois de sofrer longos suplícios pela terra e pelo mar, transportando seus antepassados e seus deuses, garantiu à descendência as condições de edificar uma Roma soberba, com poderes que se estenderiam para além das muralhas de sua cidade. Como disse Leão,²⁰⁸ persistente na literatura desde Hesíodo e constitutiva do imaginário da pessoa comum, a Fortuna teve inicialmente, entre os romanos, uma atenção reduzida, mas por conta da influência dos deuses olímpicos, passou a reinar quase que impoluta na opinião de que controla a vida dos homens;²⁰⁹ entretanto, seus diálogos com outros classicistas, a propósito de eventual neutralização do poder dessa deusa pela Providência, são bastante esperançosos: como se vê de Jiménez,²¹⁰ o testemunho histórico

.....
205 HORÁCIO. *Arte poética*. Tradução de R. M. Rosado Fernandes. Lisboa: Livraria Clássica, [1969?]. p. 322-329.

206 CÍCERO. *Dos deveres (De officiis)*. Tradução de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000. 1.2, 2.4-5; idem. *Em defesa do poeta* Árquias. Tradução de Maria Isabel Rebelo Gonçalves. 3. ed. Mem Martins: Inquérito, 1999. 3.5, 9.23; idem. *Tratado da República*. Tradução de Francisco de Oliveira. Lisboa: Círculo de Leitores, 2008. 1.30.

207 PEREIRA, 1990, p. 244 et seq., 264 et seq.

208 LEÃO, D. F. *As ironias da fortuna: sátira e moralidade no Satyricon de Petrónio*. Coimbra: Colibri, 1998. p. 119.

209 Ibidem, p. 119.

210 JIMÉNEZ, A. P. La providencia como salvaguarda de los proyectos históricos en las Vidas paralelas. In: FRAZIER, F.; LEÃO, D. F. *Tychè et pronoia: la marche du monde selon Plutarque*. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2010. p. 169 et seq.

de Plutarco mostra que na civilização grega os deuses não anulam, ao contrário, estimulam a decisão e participação humana nos projetos divinos; de outro modo, o autor assegura que há ali uma convicção inabalável: a de que os humanos têm responsabilidades irrecusáveis e intransferíveis no planejamento e controle de suas vidas.²¹¹

A interpretação generosa da tragédia que Nussbaum faz, portanto, parece encontrar eco entre outros classicistas, tal como Jaeger, que compartilha desta opinião de que Sófocles, por exemplo, não é nenhum alcoviteiro de notícias ruins e nem interpela seus concidadãos a resignarem ante a impetuosidade de seus destinos;²¹² desse modo, também Pereira, que a propósito da repreensão de Hera no canto XVI à fraquejada de Zeus, que por um instante cogitou atender ao pedido dos deuses simpáticos a Sarpédon e protegê-lo da surra que estava levando dos troianos, diz que isto coloca em xeque a hipótese mais pessimista sobre a irrevogabilidade do decreto destinal, pois os versos indicam que se o chefe dos deuses quiser, pode reescrevê-lo e dar outro fim à história em que atuamos;²¹³ assim também é que Kitto afirmará que a prova maior de que os gregos não se curvaram diante do arbítrio do Destino (de outro modo Riobaldo, o herói do *Grande sertão*, diria que não se deve aceitar que o Diabo nos coloque sela),²¹⁴ estavam tão longe de aceitar que somos somente um brinquedo na mão dos deuses, está no fato de que sempre tinham de lembrar a si mesmos que não eram um deus.²¹⁵

Sobre esta dimensão positiva da tragédia, mais uma vez reforçando este primeiro motivo para reconhecer o valor da literatura na atividade jurídica, importa dizer que ela parece nos perguntar o tempo inteiro

.....
211 JIMÉNEZ, 2010, p. 178.

212 JAEGER, 1989, p. 230.

213 PEREIRA, 1966, p. 313.

214 ROSA, 2006, p. 491.

215 KITTO, H. D. F. *Os gregos*. Tradução de José Manuel Coutinho e Castro. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1990b. p. 98 et seq.

se a contingência vivida não determina o caráter e a ação das pessoas, como Eurípides na sua *Hécuba*; um texto importante para refletir sobre a (in)corruptibilidade do caráter parece desafiar o espectador a pensar: nela, a rainha de Tróia resiste conscientemente à vicissitude de perder pátria e família sem perder a virtude, mas sucumbe ao final quando depara com a traição fatal de um até então amigo de sua casa que assassinou seu último filho, o infante Polidoro,²¹⁶ apropriando-se do dote recebido das mãos de Príamo quando pressentiu o aniquilamento de Tróia e confiou ao amigo a conservação da descendência troiana; como disse Plutarco sobre a vida de Fócion, um magistrado que governou Atenas em tempos de crises, a Fortuna pode impedir que uma pessoa tenha uma vida exuberante, mesmo sendo excelente, pois a deusa apenas por capricho sabota seus projetos e lhe obriga a abortar suas capacidades de ser e de atuar;²¹⁷ isto é o que Nussbaum e, antes dela, Sen acreditam que a política, a economia, o direito etc. têm o compromisso de evitar, ou pelo menos reduzir, os riscos a que os heróis plutarcos se submetem, o que aqueles filósofos dizem reabilitando a teoria da justiça de Aristóteles, pensando o desenvolvimento não como progresso econômico, mas como qualidade de vida das pessoas;²¹⁸ na sua essência, o regresso à concepção aristotélica da felicidade (εὐδαιμονία, *eudaimonia*), que diferente daquela de resto empobrecedora e que mais tarde veio a se firmar com a descoberta da psicanálise, aponta para uma atividade permanente da alma e de florescimento de todas as potencialidades humanas e que levam uma

.....
216 EURÍPIDES. *Hécuba*. In: EURÍPIDES. *Duas tragédias gregas: Hécuba, Troianas*. Tradução de Christian Werner. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 681-701.

217 PLUTARCO. *Foción*. In: PLUTARCO. *Foción y Catón, El Menor*. Tradução de Antonio Ranz Romanillos. Barcelona: Iberia, 1959. 1.

218 NUSSBAUM, M. C. *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. New York: Cambridge University Press, 2000; SEN, A. *Capability and Well-Being*. In: NUSSBAUM, M. C.; SEN, A. (ed.). *The Quality of Life*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 30-53; idem. *Sobre ética e economia*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

pessoa a viver como é próprio de um ser humano viver, noutras palavras, uma vida em todo seu esplendor e beleza;²¹⁹ toda a dimensão política do pensamento de Nussbaum passa por este ponto.

A ética aristotélica adota como ponto de partida essa dimensão trágica da vida humana, indicando que uma vida realmente feliz depende muito do esforço do agente, mas a sua plenitude depende ainda de um pouco de Sorte (Μοῖρα, *Moira*): uma pessoa muito feia, desprovida de recursos, morando numa cidade governada por gente medíocre, sem amigos ou com parentes que não prestam para nada, não pode prosperar de jeito nenhum, mesma situação em que se encontraria aquela pessoa que tenha feito boas amizades ou gerado bons filhos, mas que apesar disso já tenham todos morrido.²²⁰ A tradição filosófica ocidental, como lembra Ricœur, foi encorajada por Platão e seguiu confiante sua trajetória, negando a ocorrência de dilemas morais;²²¹ antecipei isso com o exemplo de Dworkin, um herdeiro da moral kantiana, mas apesar da boa-fé intelectual desses autores, acredito ser necessário atualmente levar a sério este problema, seja quanto aos sujeitos jurídicos, seja em relação aos juízes que julgam suas controvérsias: o “duelo de rostos” e de identidades que testemunhamos expõe o juiz à indecidibilidade de Hamlet, ao constrangimento de não confrontar sujeitos nem práticas, comparação esta sem a qual não há direito e nem tribunais;²²² a escolha generosa do pai do Filho Pródigo

.....
219 ARISTÓTELES, 1970, 1097b-1098a.

220 Ibidem, 1099b.

221 RICŒUR, P. *O justo ou a essência da justiça*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1995. p. 192 et seq.; ver ainda, quanto ao referido juiz-Hércules, DWORKIN, 2007, p. 164 et seq.; idem. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 309 et seq.

222 Para uma reflexão sobre a perplexidade do direito em face de uma pressuposta “responsabilidade sem limites” em Lévinas e Derrida, da inevitabilidade da comparação a fazer do direito uma *praxis* inconfundível, mas também sobre os esforços de tratamento da diferença que os apelos à singularidade têm se refletido no pensamento ético-jurídico contemporâneo, ver LINHARES, J. M. A. *Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: os enigmas de force de loi*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008b.

ao recebê-lo de volta em casa talvez seja mais atraente que a do seu irmão que chegava do campo,²²³ mas somente a deste último se pode dizer que é verdadeiramente jurídica, por comparar práticas e reconhecer limites de responsabilização; por isso mesmo que em outro lugar sustentei que, apesar de reconhecer o valor de outras reinvenções do pensamento prático como a tópica, a retórica, a hermenêutica, a teoria da argumentação etc., a experiência narrativa hoje pode nos levar mais longe, fazendo frente aos desafios que se colocam à filosofia do direito, inclusive ao do “silêncio eloquente”, ante a incomensurabilidade de bens e face a pretensões que no máximo podemos oferecer um ombro amigo ao queixoso.²²⁴

Com efeito, a aflição diante dos casos trágicos se tornou hoje não somente um latifúndio de nossa consciência moral, estendendo seus domínios desde os campos da bioética, dos afetos, das finanças etc.; frequente no pensamento econômico desde algum tempo, essa preocupação ainda é de fato insipiente no pensamento jurídico, mas já o bastante para levar eloquentes defensores de outras espécies do pensamento prático a confessarem seus constrangimentos, tal como o faz Ricœur na hermenêutica e Atienza na teoria da argumentação: de acordo com este último, para além do que argumentação jurídica pode oferecer, pode dar-se o caso em que o juiz se depare com situações em que não há decisão certa ou errada, levando-o a hesitar entre muitas alternativas decisórias que lhe pareçam adequadas, de modo que não é possível escolher uma sem violar de algum modo a ordem

p. 660 et seq. (Stvdia Ivridica, 90). Para uma leitura das perplexidades morais suscitadas pelos heróis de Shakespeare e as inquietações que despertam no tempo presente, ver os estudos de GHIRARDI, J. G. *O mundo fora de prumo: transformação social e teoria política em Shakespeare*. São Paulo: KDP, 2021. p. 132-148, no qual nos deparamos com Hamlet e os constrangimentos a que somos submetidos.

223 LUCAS 15,11-32. In: *BÍBLIA Sagrada: edição pastoral*. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. 9. imp. São Paulo: Paulinas, 1993.

224 SILVA, 2018, v. 1, p. 438 et seq.

normativa que sente obrigado a proteger;²²⁵ de outro modo, esta situação abraâmica é que leva Ricoeur a dizer que o juiz estará envolto a dificuldades que Dworkin imaginou o juiz Hércules desvencilhando com dificuldade, mas sem o risco de perder o sono mais tarde, quando o remorso instalar feito um posseiro na memória de seus feitos passados: nas situações trágicas não existe a tal “resposta correta” que o autor americano julga existir para cada “caso difícil” (*hard case*), existindo, diante de tal miserabilidade humana, apenas o desafio de evitar o mal maior;²²⁶ aquele que for apanhado pela Moira nessa rede, afirma de outro modo Izzo, não tem nada de racional para justificar uma escolha em detrimento de outra;²²⁷ como Nussbaum sugere, estamos aqui no “poço escuro” que a razão platônica não consegue penetrar, faltará ao destituito juiz a luminosidade que evitaria o arrependimento pelo que fez.²²⁸

O agente moral que não aceita a própria miséria, acreditando de boa-fé que dispõe de recursos suficientes para fazer o próprio desagravo e fazê-lo à altura do insulto de que é vítima, assume o risco do próprio fracasso, caindo na armadilha mais insidiosa que a Fortuna prepara para os incautos: a de deixar que nossos planos deem certo por algum tempo, uma conhecida estratégia de jogo que encoraja o inimigo a avançar destemidamente, sem as cautelas de estudar o terreno e conferir os materiais de que dispõe; imaginando-se no controle da situação, sua autoconfiança simplifica a situação, julgando-se capaz de remover qualquer ataque. O ultrarracionalismo de Dworkin tem muito disso, deveras fiel às crenças tanto religiosas como intelectuais que partem de Platão, passam pelos estoicos e cristãos até alcançarem

.....
225 ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997a. p. 252.

226 RICŒUR, 1995, p. 144 et seq., 192 et seq.

227 IZZO, V. N. Il giudice di fronte ai casi tragici. In: POMARICI, U. (cur.). *Il diritto come prassi: i diritti fondamentali nello Stato costituzionale*. Napoli: Scientifica, 2010. p. 163.

228 NUSSBAUM, 2001, p. 27 et seq.

seu apogeu na filosofia do sujeito (ressalvadas exceções como a de Rousseau que queria educar o jovem Emílio para os riscos da surpresa),²²⁹ em que a trajetória da razão resultou no hipostasiamento daquela razão teórica (ἐπιστημονικὸν, *epistemonikon*); teremos aqui, numa fórmula que já era a de Boécio, a Sorte seria apenas um vulto enganoso que, no máximo, pode turbar as nossas mentes, não podendo suplantar a consoladora filosofia, ainda que já estejamos arruinados e com a morte à cabeceira da cama.²³⁰ No fundo, sempre um risco a ser debitada; na conta dos heróis platônicos, pois, como diz a “sabedoria” popular (δόξα, *doxa*) que Platão tanto recusou, sempre um risco a ser debitado na conta dos heróis platônicos.

Mas os que levam a sério as escolhas trágicas, considerando a complexidade de nossas teorias morais, possuem, ao que me parece, três saídas da enrascada: o agente deposita suas esperanças na Providência, como faz Abraão ao confiar que Deus proverá sua dificuldade de “escolher” entre sacrificar o seu filho para dar prova da sua fé e poupá-lo para não violar o primeiro artigo do decálogo;²³¹ o agente simplifica o problema, como fez Agamenon ao reconhecer a complexidade da escolha entre perpetrar um crime contra a própria casa para que os ventos lhe sejam favoráveis e não vingar o crime de hospitalidade cometido contra a casa de Menelau, mas imediatamente se recompõe e imola Efigênia, sob a censura do Coro, sem resistir à desdita e como se a filha fosse apenas uma cabrita;²³² o agente faz o que apostamos que a literatura ajuda a fazer, isto é, recorre à tulha onde guarda a colheita das próprias realizações ou dos feitos de seus heróis,

.....
229 ROUSSEAU, J.-J. *Emílio ou Da educação*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 304 et seq.

230 BOÉCIO. *A consolação da filosofia*. Tradução de William Li. São Paulo: Martins Fontes, 2012. I.1, IV.11.

231 GÊNESIS 22,1-19. In: BÍBLIA Sagrada, 1993.

232 ÉSKUULO. Agamémnon. In: ÉSKUULO. *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*. Tradução de Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992a. p. 205-235.

seja como diz Nussbaum no seu conceito de livro como um amigo que, embora distante, sempre irá confortar o nosso espírito,²³³ seja como nos fala Benjamim do autêntico narrador: aquele que aprendeu com a vida e por isto está em condições de dar conselhos.²³⁴ Não podemos negligenciar o fato de que se as tentativas de colonizar o raciocínio jurídico com a crítica literária é metodologicamente pouco convincente, sua relevância pedagógica parece muito verossímil; como disse Benjamim, a narrativa parece aquela experiência de vida em que a justiça encontra a si mesma, pois enraizado numa forma de vida, o narrador extrai dela seus tesouros e os dá a seus ouvintes.²³⁵ O “saco de experiências” que poetas arraigados numa tradição têm a ofertar, como Guimarães Rosa, Elomar Figueira, Patativa do Assaré, Cora Coralina etc., para ficar num exemplo muito peculiar que eu mesmo tenho observado, está cheio de “sabença”, que é difícil não reconhecer.

Os conflitos morais que têm lugar no pluralismo do nosso tempo, por vezes, podem ser tratados somente experimentando um sofrimento exemplar, como disse Nussbaum, uma vez que os esforços do sujeito ou do juiz para protegê-lo, inexoravelmente, impõe-lhes o abandono de pelo menos um outro que seria valoroso proteger;²³⁶ disto decorre a minha segunda razão de subscrever em parte o diálogo do direito com a literatura, visto que tais infortúnios exigem uma sabedoria de vida exemplar. Com efeito, continuando a discussão sobre a razão deliberativa, a conclusão que Aristóteles chegava era de que se é evidente que um jovem pode ser um grande geômetra, astrônomo, engenheiro etc., isso não seria possível dizer quanto às magistraturas (juiz, legislador, administrador ou qualquer outro profissional cujo

.....
233 NUSSBAUM, 1997, p. 100.

234 BENJAMIN, W. O narrador: reflexões sobre a obra de Nikolai Lesskov. Tradução de Maria Amélia Cruz. In: BENJAMIN, W. *Sobre arte, técnica, linguagem e política*. Lisboa: Relógio D'Água, 1992. p. 27 et seq.

235 Ibidem, p. 48 et seq.

236 NUSSBAUM, 2001, p. 25 et seq.

ofício exija fazer escolhas), pois se quanto aos objetos daquelas o tempo e conhecimento que temos dele não os alteram e por isto trabalhamos com deduções, no que basta a razão intelectual e a idade não alteram sua configuração, os objetos das magistraturas estão alterando o tempo todo e o que aprendemos deles também pode modificar o seu rumo, daí que o que trabalha com eles depende mais de sentir como em cada caso esses objetos se mostram, por isto que a razão mobilizada é a prudencial, como já vimos, e aqui basta acentuar: será sempre decisivo consultar a memória dos casos passados, não apenas dos outros, mas fundamentalmente os que testemunhamos.²³⁷

Consideremos, portanto, que viver bastante, repetir várias vezes a mesma ação ou produção (tocar um instrumento, fazer uma audiência, escrever um texto, julgar uma matéria etc.) é fundamental para fazer direito; mas tenhamos em conta que o filósofo grego dizia isto num contexto em que o número de cidadãos era limitado, além de que as sociedades eram muito homogêneas em termos de concepções da felicidade (cultuavam os mesmos deuses, admiravam os mesmos líderes, aspiravam mais ou menos as mesmas glórias, tinham ideias muito parecidas do que era o belo e o justo etc.), nem de longe comparável às divergências que possuímos quanto ao fim último da vida, aos compromissos morais (passados, presentes e futuros), às noções do belo, do bom e do justo etc.; o “desacordo razoável”²³⁸ que aceitamos hoje, como ensina Rawls, será o preço a pagar pela proteção de outros bens em que há certo consenso de seu valor e da necessidade de preservar,

.....
237 *“La causa de ello es que la prudencia tiene por objeto también lo particular, con lo que uno llega a familiarizarse por la experiencia, y el joven no tiene experiencia, porque es la cantidad de tiempo lo que produce la experiencia. Uno podría preguntarse también por qué un niño puede indudablemente ser matemático y no sabio, ni físico. ¿No será porque los objetos matemáticos son el resultado de una abstracción mientras que los principios de los otros proceden de la experiencia, y de cosas así los jovens hablan sin convicción, mientras que les es patente el ser de los primeros?”*. ARISTÓTELES, 1970, 1142a, 1095a

238 RAWLS, J. *O liberalismo político*. Tradução de João Sedas Nunes. Lisboa: Presença, 1997. p. 71 et seq., 142 et seq.

tais como a igualdade, a liberdade, a democracia etc.; estamos aqui diante do custo de se viver numa sociedade plural, um tributo que a teoria do direito, a hermenêutica etc. não podem negligenciar.

Com efeito, algumas escolas que referimos, por vezes, parecem negligenciar a necessidade de enfrentar o pluralismo, tal como se dá com os casos exemplares de Posner que, diante dessa complexidade, crê que promover a riqueza é o único valor social que o juiz está em condições de fazer; o caso de Fish que, diante dessa situação, prefere que os juízes façam de seus valores os de todo mundo, como também o de outras escolas que não foram referidas, pois, embora não discutam diretamente com a experiência literária, também tentam negligenciar esta discussão de como as divergências devem ser compostas; neste caso o exemplo mais esclarecedor é o de Luhmann, que inventa para si uma própria concepção da *poiesis* jurídica:²³⁹ aquela, inspirada não na imaginação-*poiesis* literária, mas na imaginativa *poiesis* dos sistemas biológicos, o que faz por reconhecer a irreversível situação de entropia social em que vivemos – e também para predicar ao direito uma função estabilizadora da pluralidade incontornável de pretensões que isto gera, sem descurar da responsabilidade de proteger o próprio direito da complexidade do seu entorno; de tudo o que também se deve pontuar que a autonomia aqui pretendida não demanda dos juristas uma celebração dessas diferenças, mas sim para atuarem no interior de uma clausura operatória (o direito seria cognitivamente aberto mas operativamente fechado), desafiando-os a pensarem o direito exclusivamente como um programa que possibilita decisões concretas, cabendo portanto a eles guardarem as fronteiras entre o direito e o não direito, pontuarem aos que estão de fora irritando o sistema jurídico a diferença que existe entre esse sistema jurídico, o sistema social

.....
239 LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate et al. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 73 et seq., 88 et seq., 119 et seq., 133 et seq., 401 et seq., 471 et seq.

ao qual pertencem e os outros subsistemas com que se irmanam, mas não se confundem.

Os desafios de hoje impõem aos juízes o desafio com o qual Aristóteles não contava: a nossa pólis agora é quase um mundo, como disse Castanheira Neves, vivemos um tempo de encontros e desencontros, mas de “encontro humano-dialogante das culturas”,²⁴⁰ de modo que os juristas têm pela frente o desafio de ajuizar-se sobre outras formas de vida diferentes das que constituíram sua compreensão do mundo, quer dizer, não podem se dar ao luxo de pensar que as coisas que herdaram de suas províncias e aprenderam a amar são as mesmas pelas quais seus jurisdicionados estão dispostos a defender; em vista disto, certamente que em tempos de tecnologia, a literatura está longe de ser o maior, mas certamente é um dos recursos mais promissores para ajuizarmos sobre outras formas de vida. É que, como se sabe, desde o século XX que o tema da pluralidade vem sendo acentuado, o que se dá de diferentes maneiras: com Wittgenstein apontando a inexistência de uma linguagem universal por meio da qual nossas diferenças possam ser tratadas, a sugerir que não podemos ir muito além de falar para “convertidos” uma dada linguagem (a acentuação dos “jogos de linguagem”);²⁴¹ com Lyotard denunciando o aprofundamento dessa heterogeneidade radical, a exigir que se declare um estado de coisas pós-moderno, a insistir que essa ausência de um referente comum nos expõe ao risco de não reconhecer o sujeito da frase e, conseqüentemente, não poder tratar essas diferenças (a situação de *diferendo*);²⁴² com Derrida apontando a situação de assimetria que experimentamos, a exigir que o Outro seja tratado como um Absoluto e evitemos comparações entre práticas e sujeitos, a vaticinar da sua

.....
240 NEVES, 2008, p. 101 et seq.

241 WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. Tradução de M. S. Lourenço. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. n° 7, 19.

242 LYOTARD, J.-F. *La diferencia*. Tradução de Alberto L. Bixio. Barcelona: Gedisa, 1999. n° 12, 22.

discussão com Habermas que a simples tolerância nos impede de fazer justiça à singularidade (a “ética da hospitalidade” e a demanda de uma responsabilidade “sem limites”)²⁴³ etc.

Diante desses desafios de celebrar a pluralidade, ademais testemunhados de maneira recorrente na atualidade, como vimos, encontramos a afirmação de Lyotard de que o gênero narrativo, uma vez que renuncia à pretensão de realizar juízos e dar conselhos, contentando-se somente em testemunhar o diferendo, seja o único entre os demais gêneros discursivos (o ético, o jurídico, o político, o científico, o econômico etc.) que está em condições de nos salvar do desastre linguístico no qual nos encontramos;²⁴⁴ não creio que possamos nos dar por satisfeitos com o testemunho da singularidade, com o fascínio muito atual pela irrepetibilidade do sujeito e da qual se alimentam os discursos identitários, na sua forma mais lograda a nos propor a invenção de uma nova ética como Ferry denuncia:²⁴⁵ aquela que testemunhando a necessidade de nos libertarmos das exigências comunitárias que exteriormente nos são impostas, pois, afinal, a única obrigação que haveremos de ter é a de estarmos diante de nós mesmos, decreta a morte do direito (no mínimo a substituição dos “direitos humanos” pelo “direito à diferença”) e dos discursos normativos indistintamente, confiando à psicologia a missão salvífica de curar nossa ansiedade e nossas culpas.

.....
243 DERRIDA, J.; DUFOURMANTELLE, A. *Da hospitalidade*. Tradução de Antonio Romane. São Paulo: Escuta, 2003. p. 23-25; sobre o confronto hospitalidade x tolerância procedimental, ver; para um ensaio derridiano de hospitalidade e literatura, ver NOGUEIRA, B. G. B. ∞. *Anamorphosis*: revista internacional de direito e literatura, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 371-386, 2015.

244 Ibidem, p. 62 et seq.

245 FERRY, L. *Homo aestheticus*: a invenção do gosto na era democrática. Tradução de Miguel Serras Pereira. Coimbra: Almedina, 2003. p. 286 et seq.

Mesmo reconhecendo a importância de ouvir o diferendo, não estamos condenados a viver mergulhados em diferendos,²⁴⁶ renunciando aos esforços de uma vida em comum; como disse Rawls, estamos de fato profundamente divididos em nossas concepções de felicidade, de filosofia, de religião etc., tudo o que não permitiria que ambicionemos hoje uma moral abrangente, tal como deu no Iluminismo;²⁴⁷ mas isso também não nos autorizaria a refugiar em nossas províncias;²⁴⁸ daí que acredito estarmos em condições, como Nussbaum quer e na medida que isto se torna possível sob o farol das humanidades, retomar as discussões de Aristóteles sobre as habilidades judicativas; tenho a mesma impressão da autora americana de que o “consenso de sobreposição” (*overlapping consensus*) sugerido pelo neocontratualismo de Rawls é insuficiente para tratar com a devida justiça as narrativas de vida que os novos sujeitos jurídicos possuem;²⁴⁹ atenta a isso e num diálogo que tem se mostrado promissor com Sen, a autora aprofunda uma concepção de direitos humanos como desenvolvimento de capacidades (*capabilities approach*), encorajando-se, inclusive, a ir além do filósofo indiano nesta particularidade de atribuir à literatura um papel significativo nessa cruzada: o de promover o florescimento de uma justiça global, cujo projeto incluiria não somente os humanos em situação de vulnerabilidade (naturais, sociais, econômicas e políticas), mas também os animais não humanos.²⁵⁰

A proposta de Nussbaum é encorajadora, mas creio que precisamos antes disso nos libertarmos dos excessos, pois me parece que

.....
246 LINHARES, J. M. A. A representação metanormativa do(s) discurso(s) sobre o juiz: o “testemunho” crítico de um “diferendo”? *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias: Estudos e Ensaio*s, Lisboa, n. 12, p. 101-120, 2008a.

247 RAWLS, 1997, p. 15 et seq., 159 et seq., 175 et seq.

248 Idem. *O direito dos povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 159 et seq.

249 NUSSBAUM, 2007, p. 14 et seq., 69 et seq.

250 Idem, 2000.

reconhecer a importância da literatura para enfrentar os desafios da justiça no tempo presente não requer a subscrição de teses muito controvertidas como a de onerar a leitura com uma missão política ou lhe conferir um papel edificante da nossa moralidade; sobre o risco e a injustiça de instrumentalizar a literatura e o direito, já falamos, restando agora questionar a pretensão de ver nela essa espécie de avatar que ao fim e ao cabo redimiria os sistemas político e judiciário de suas crises, tal como Nussbaum²⁵¹ e White,²⁵² exemplarmente, por vezes sugerem; não estou confiante de que assistindo *Os Simpsons* uma criança se identifique com Lisa e sua esperança num mundo de solidariedade e compromisso, talvez até simpatize mais com a amoralidade de Homer ou com o sonho de Bart de viver num mundo onde não haja livros nem escolas;²⁵³ embora não tendo aqui que subscrever sua pragmática do livro²⁵⁴, talvez possa, pelo menos em parte, aceitar a tese de Rorty de que devemos dar por satisfeitos com a distinção entre os “livros que nos tornam mais autônomos” daqueles “livros que nos ajudam a ser menos cruéis”;²⁵⁵ isto é o que para ele um “ironista liberal” faria, isto é, fazer algo mais na vida que rastrear a origem da “marca cega” de suas ações:²⁵⁶ sabe que a crueldade é a pior coisa que alguém pode fazer, daí que o dito ironista liberal desconfia a todo momento do seu vocabulário final, isto é, aprende e coloca em prática outras palavras além das que emprega para justificar seus atos, crenças ou convicções da vida; a rigor, não considera seu próprio vocabulário

.....
251 NUSSBAUM, 2001, p. 387; idem, 1995, p. 36.

252 WHITE, 1985b, p. 239; idem, 1999, p. 47.

253 Excelentes estudos de filosofia moral, adotando a série americana como base de apoio, podem ser vistos em SKOBLER, A. J.; CONARD, M. T.; IRWIN, W. *Os Simpsons e a filosofia*. Tradução de Marcos Malvezzi Leal. São Paulo: Madras, 2004.

254 RORTY, R. A trajetória do pragmatista. In: ECO, U. *Interpretação e superinterpretação*. Tradução de MF. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 105 et seq.

255 Idem. *Contingência, ironia e solidariedade*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 239 et seq.

256 Ibidem, p. 63 et seq., 133 et seq.

como algo de especial, menos ainda um instrumento que pode usar para responder àquelas dúvidas.

O que parece indispensável é “ouvir” a defesa eloquente que Nussbaum faz de nossa “república de leitores”, destacando o contributo da imaginação literária, nestes tempos de multiculturalismo, na criação de outros distintos dos que conhecemos;²⁵⁷ noutras palavras, o privilégio da leitura nos conferiria a oportunidade de exercitar a simpatia (συμπάθεια, *sympatheia*) – no dizer da autora americana, a capacidade de ver o mundo com os olhos de outra pessoa.²⁵⁸ O que ela faz, na verdade, numa tradução direta do grego aristotélico e numa interpretação bastante original, não é mais que reabilitar a clássica teoria da ação animal desenvolvida pelo filósofo ateniense, no âmbito de suas obras morais, mas que parte do movimento animal em geral para compreender a ação humana especificamente. De fato, o Estagirita queria saber se há algo em comum nos movimentos realizados pelo pássaro enquanto voa, pelo peixe enquanto nada, pelo cavalo enquanto marcha etc.;²⁵⁹ importa, portanto, para o mundo animal as conclusões a que chegara nas suas pesquisas anteriores sobre o motor imóvel (o que move tudo sem antes ser movido por ninguém), analisando pormenorizadamente agora a mecânica do movimento (κίνησις, *kinesis*) animal.²⁶⁰

Toda coisa que se move, de acordo com Aristóteles, tem potência e força, sendo certo que nos animais essa virtude é nata²⁶¹ e dispõe de

.....
257 *“It is the political promise of literature that it can transport us, while remaining ourselves, into the life of another, revealing similarities but also profound differences between the life and thought of that other and myself and making them comprehensible, or at least more nearly comprehensible”*. NUSSBAUM, 1997, p. 111

258 NUSSBAUM, 2010, p. 96.

259 ARISTOTLE. *On the Movement of Animals*. Tradução de Martha C. Nussbaum. In: NUSSBAUM, M. C. *Aristotle’s de motu animalium*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1985. 698a5.

260 *Ibidem*, 698a-700b.

261 *Ibidem*, 703a9.

mecanismos próprios que o filósofo grego investigou detalhadamente. A parte que ali se encontra e que me parece de fato o argumento mais consistente nas defesas da cooperação entre prática literária e atividade jurídica é a reflexão sobre o fenômeno da imaginação. A argumentação do Estagirita parte de um pressuposto básico: o de que todo animal se move e é movido por algum fim;²⁶² o que levaria um animal a se mover seriam *pensamento* (νοῦς, *nous*) e *desejo* (ἐπιθυμία, *epithymia*),²⁶³ ao modo de uma comunhão de propósitos, levando o autor de o *De motu animalium* a concluir que aquele animal que não desejasse (mas também evitasse) alguma coisa, apenas poderia se deslocar do ponto A para o ponto B sob coação de outrem.²⁶⁴ E mais, a indicar o contributo importantíssimo da imaginação (φαντασία, *phantasia*) na realização de nossos projetos: o movimento e a ação têm como causa primeira o desejo, este que por sua vez é despertado pela sensação, imaginação ou pensamento,²⁶⁵ sendo certo ainda que as transformações ocorridas neste último, de fato, são decisivas no impulso da ação animal.²⁶⁶

Desse modo, diz Nussbaum que a tese de Aristóteles, no conjunto de sua obra, mostra que a sensação faz o animal tomar gosto por alguma coisa, enquanto a imaginação desperta nele a consciência de um objeto enquanto tal, pertencente a determinada classe de objetos;²⁶⁷ mas a sensação precisa de uma faculdade que leve o agente a realizar uma

.....
262 ARISTOTLE, 1985, 700b15. A propósito, ver também ARISTÓTELES. *Da alma (De anima)*. Tradução de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2001. 433a9-433b30.

263 Ibidem, 1985, 700b19. Idêntica explanação consta em ARISTÓTELES, 2001, 432b8 et seq.

264 O que o autor faz aqui, ao que parece, é reduzir o que em outro lugar (idem, 1970, 1139a) dissera ser a inteligência, a imaginação, a escolha, a vontade e o apetite; isto dizendo por considerar, primeiro, que a imaginação e a sensação ocupam o mesmo lugar no pensamento, depois que valor e apetite se relacionam com o desejo, e depois ainda que a escolha é comum ao *raciocínio* e ao *desejo*. ARISTOTLE, 1985, 700b19-23.

265 Ibidem, 701a34-38.

266 Ibidem, 701a3-4.

267 NUSSBAUM, 1985, p. 257 et seq.

seleção. Tomada aqui no sentido da ação animal em geral, verdadeiramente, a imaginação seria o mecanismo que nos faz tomar consciência da existência de um objeto ou da ocorrência de um fato, despertando nosso desejo na direção dessa coisa ou acontecimento, tudo isso independentemente de podermos alcançá-los ou não. O estudo da ação animal pelo filósofo grego, tanto no seu *De motu animalium*²⁶⁸ como no livro 3 de seu *De anima*,²⁶⁹ indica que todo animal atua mobilizando uma razão desejante, colocando o desejo no início e o pensamento no fim da ação, mas sempre em regime de cooperação entre essas duas faculdades do agente.²⁷⁰ Mas, embora acentuando, o ser humano é uma criatura de amor e desejo, o Estagirita não deixará de anotar que ação não se reduz somente num impulso bestial: pressupõe uma atenção seletiva dos objetos disponíveis no mundo, assim como uma consciência de nossa incompletude, o que de resto distancia Aristóteles dos heróis platônicos, autossuficientes e capazes da plenitude de uma vida contemplativa: distinguindo *imaginação sensitiva* e *imaginação deliberativa*, o Estagirita afirma que esta última é uma prerrogativa dos seres dotados de razão, o que lhes torna capazes de formar uma única imagem a partir de muitas outras que selecionam.²⁷¹

Dada esta tese de Aristóteles, utilizada por Nussbaum para mostrar a relevância da imaginação literária para o raciocínio prático em geral, creio poder sustentar um terceiro motivo para defender a ocupação poética de juristas. Com efeito, diz Pereira, que a origem da poesia está diretamente associada aos esforços humanos, seja de garantir a justiça de seus atos, seja no que lhes é mais caro antes de tudo: desafiar a incerteza do futuro que a Moira assenta nos autos registrais das

.....
268 ARISTOTLE, 1985, p. 24-55.

269 ARISTÓTELES, 2001, p. 89-121.

270 Ibidem, 700b, p. 14-19.

271 Ibidem, 434a05-10.

criaturas;²⁷² deste modo, tanto na ação política em que porfiou pela glória (κῦδος, *kudos*) como na manifestação artística em que materializou suas angústias e desejos, o que de fato o grego arcaico buscou foi um sentido para sua existência: se não podemos desviar do Inferno (Ἅιδης, *Hades*) para o qual seremos arrastados a qualquer instante, contra a nossa vontade, como ironiza Luciano na representação tragicômica dos que só entram na mansão dos mortos com o cão Cérbero mordendo seus calcanhares,²⁷³ se nossa vida vai ser arruinada mesmo, podemos ainda assim triunfar sobre a morte, aproveitando bem as horas que ainda nos restam, mobilizando nosso próprio engenho para não cairmos no esquecimento; neste mesmo sentido é que Conche diz que, para além da característica humana da inevitabilidade da morte,²⁷⁴ há uma Sina (Μοῖρα, *Moira*) individual de cada um e que nos é dado cumprir: o de realizar uma obra,²⁷⁵ oportunidade que nos é dada de amenizar este sofrimento, pois se o Destino é incerto e implacável, isto nos estimularia a preservar nossas faculdades deliberativas.²⁷⁶

Creio ser importante explorar isto porque se é certo que Sófocles, no coro de *Antígona*, se mostra muito comedido em relação ao maravilhoso (δαίμων, *daimon*) que há no humano,²⁷⁷ creio que isto deve ser entendido não como oposição a todas as formas de criação humana, tanto quanto parece não haver uma rejeição à ação política quando coloca no cego Tirésias uma língua felina que denuncia a soberba de

.....
272 PEREIRA, 1966, p. 318.

273 LUCIANO, 1998, XIII, XXI.

274 CONCHE, M. *Temps et destin*. Paris: Mégare, 1980. p. 75.

275 "Alors une telle vie a de l'intériorité, de la profondeur: elle mérite d'être étudiée, dans son unité indissociable avec l'œuvre – car pourquoi la beauté s'est-elle réalisée de cette façon, pourquoi la vérité a-t-elle été vue de cette façon? Alors l'homme a un destin personnel: le destin de son œuvre." Ibidem, p. 81.

276 Ibidem, p. 58 et seq.

277 SÓFOCLES, 2018, p. 332-375.

Creonte de não reconhecer outro demiurgo que não ele próprio:²⁷⁸ tanto num como no outro caso o que aparenta ali é um apelo à prudência, uma admoestação contra a soberba, naquilo que esta também tem de próprio, isto é, a virtude de reconhecer o seu lugar e não ambicionar, como diz Aristóteles, uma vida de bem-aventuranças que somente os deuses estão em condições de desfrutar, contentando-se com as que foram reservadas aos mortais;²⁷⁹ como disse Heidegger, sobre a relação da vida humana com o espetáculo do ser, dito a propósito desta específica passagem da tragédia, “para que o homem possa participar no acontecimento deste aparecimento e desta percepção, terá o próprio homem de ser si mesmo, de pertencer ao Ser”.^{280 281}

Não podemos, deste modo, dar qualquer “chance” ao Azar (Τύχη, *Tyche*), ao contrário, devemos sempre pensar o trabalho da Moira de urdir o nosso futuro, o trabalho de determinar nosso quinhão na vida sem recorrer a um critério racional e fazendo-o de maneira completamente aleatória (pela posição dos fios na roda no instante em que o agente, para usar aqui um dogma civilístico, dá o seu primeiro suspiro), naquele “contraponto” essencial que a função desta entidade mitológica tem com o papel exercido pelo Acaso (Καιρός, *Kairos*), no que Demóstenes parece nos ajudar a contrapor:²⁸² encorajando

.....
278 SÓFOCLES, 2018, p. 990-1090. Para uma excelente interpretação do diálogo entre o rei tebano e o cego Tíresias, ver NUSSBAUM, 2001, p. 79 et seq.

279 ARISTÓTELES, 1970, 1101a-b, 1154b.

280 HEIDEGGER, M. *Introdução à metafísica*. Tradução de Mário Matos e Bernhard Sylla. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 154.

281 *Ibidem*, p. 167.

282 Sobre a ideia do *destino* na literatura e filosofia na trajetória do Ocidente, ocupei-me noutro lugar (SILVA, 2018, v. 1, p. 9 et seq., v. 2, p. 572-588), no que prescindindo das sutilezas mais afeitas aos classicistas, podemos dizer que o contraste mais importante é o de Moira (com sentido mais ou menos parecido com os de *Alea*, Sorte, Destino, Sina e Fado), que a rigor significa “parte”, aquilo que nos é reservado para a vida e por isto indicando algo de fixo etc., com o de Acaso (com sentido muito próximo ao de Fortuna, sendo certo que no trabalho referido, o verbete foi utilizado como equivalente de Sertão, este por sua vez no sentido que Guimarães Rosa utiliza), tem sentido de algo que nos ocorre casualmente, indicando deste modo algo que não está determinado,

os gregos, na luta contra Felipe da Macedônia, o orador ateniense ensina que os deuses às vezes dão aos humanos a oportunidade de atuarem, participando ativamente e antecipadamente dos acontecimentos futuros, moldando com isto a própria história de vida.²⁸³ O espírito público de Demóstenes, revelado no seu empenho de retirar sua cidade do infortúnio a que estava submetida, em comparação com outras cidades-estado daquele período, contou com a sua *performance* oratória para animar seus concidadãos; isto mostra que o papel da literatura não é excludente no sentido de revisar nossas habilidades judicativas, tal como já dito quanto às outras modalidades de razão prática, devendo ser pensada como uma *praxis* cujos instrumentos têm contribuições importantes a fazer dentre os esforços comuns de enfrentar os desafios do direito no nosso tempo.

Acerca disto, creio que não é mesmo o caso de excluir da nossa simpatia teorias jurídicas ou jurídico-hermenêuticas que convocam outros pressupostos que não propriamente os aristotélicos que tenho perseguido até aqui, como é o caso dos estudos de direito e artes performativas (música, teatro, ópera etc.) com Levinson e Balkin,²⁸⁴ de algum modo aqui já referido e cujos interlocutores privilegiadamente convocados são os da semiótica, da ética, da política etc., mas que guardando a lealdade com os discursos humanísticos procuram fugir do lugar comum da interpretação jurídica, de um lado desconstruindo

podendo circunstancialmente ser alterado; no discurso de Demóstenes, como aliás é comum no pensamento grego, está sendo utilizado no sentido de "oportunidade".

283 DEMÓSTENES. *Primera Olintíaca*. In: DEMÓSTENES; ESQUINES. *Discursos completos*. Tradução de Francisco de P. Samaranch e Julio Pollí Bonet. Madrid: Aguilar, 1969. p. 123-137.

284 BALKIN, J. M.; LEVINSON, S. V. Law and the Humanities: An Uneasy Relationship. *Yale Journal of Law and the Humanities*, New Haven, CT, v. 18, p. 155-187, 2006. p. 182 et seq. Para um estudo global sobre esta questão, ver LINHARES, J. M. A. O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do *ethos* e do *pathos*: da convergência com a literatura (*Law as Literature, Literature as Law*) à analogia com uma *poiesis-technê* de realização (*Law as Musical and Dramatic Performance*). *Boletim da Faculdade de Coimbra*, Coimbra, v. 80, p. 59-135, 2004.

a interpretação tradicional que considera os materiais jurídicos como critérios determinados e capazes de a eles serem subsumidos fatos para se extraírem decisões, por outro se distanciando de teorias críticas que consideram tais materiais irremediavelmente indeterminados e a partir dos quais se pode encontrar tudo e nenhuma coisa ao mesmo tempo; a proximidade crítica que a *poiesis* performativa tem com o Direito e Literatura, por eles próprios reconhecida, será sempre a de mostrar, da interação entre autor, intérprete e auditório, a inevitabilidade do contexto interpretativo, de modo que os agentes são desafiados a permanentemente se reinventarem na determinação dos sentidos dos materiais que interpretam.

Mas creio, ainda, que não é o caso sequer de excluir de nossos interesses outras teorias que se autoexcluem de nossa crença comum na relevância dos estudos literários, como é o caso de Posner, que já sabemos as razões de sua recusa em levar adiante esta discussão, já que um diálogo conosco poderia nos ensinar, por exemplo, a pensar os custos atuais de promover as capacidades humanas, mas principalmente poderia iluminar-nos nos cálculos dos danos que a omissão de não promovê-las provoca na agenda dos direitos humanos; nesse mesmo sentido, não se deve ignorar a contribuição de Unger²⁸⁵ à ideia de imaginação e de criação, pois embora comprometido com outras heranças filosóficas (entre as quais o pragmatismo, a teoria crítica e o realismo jurídico), embora denunciando o que chama de “análise jurídica racionalizadora” e o fetichismo iluminista e pós-iluminista das teorias sobre o juiz etc., propõe que nos ocupemos de uma “*poiesis* institucional” (na luminosa e original interpretação de Pedro Lino)²⁸⁶ no sentido de (re)pensarmos as instituições jurídicas

.....
285 UNGER, R. M. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 11 et seq., 71 et seq., 134 et seq., 141 et seq.

286 CARVALHO JÚNIOR, P. L. de. *Direito e imaginação institucional em Roberto Mangabeira Unger*. Salvador: Edufba, 2020. p. 32 et seq., 153 et seq., acerca dos limites da análise jurídica racionalizadora.

não no que elas são, mas no que deixaram de ser, desde o instante em que começamos a encenar a tragédia da democracia, esquecendo as que seriam as autênticas funções do direito: as de ser o garante das condições efetivas das capacidades dos cidadãos, cortar o nó górdio que embaraça o autogoverno popular e frustra o gozo efetivo dos direitos; noutras palavras, cultivar a imaginação institucional, neste sentido que também é na globalidade o dos *Critical Legal Studies* e dos quais Unger é um dos mais proeminentes fundadores, seria antes de tudo recusar a diferença entre direito e política e entre prática e teoria, mas fundamentalmente dar vazão à incontornável rebeldia intelectual que nos move, pensar os juízes como assistentes do cidadão, não como seus tutores.

Mas, por ora, mantendo o foco em nosso projeto da comunhão de esforços entre o direito e a literatura, nesta terceira razão que nos move, importa dizer que, se desde as origens a poesia e a ação foram coirmãs nessa empreitada de fazer a nossa vida mais interessante, não há motivo para acreditar que agora essa cooperação deva ser interrompida. Não estou certo do que disse Benjamin sobre uma certa diluição entre a narrativa e o direito, mas creio ser possível sustentar que as diversas modalidades de criação artística podem contribuir de algum modo com a deliberação jurídica, quiçá com a própria efetivação da justiça. Isso é o que realmente ocorre com o Boiadeiro Punho de Aço, um herói daquelas narrativas exemplares da genuína música sertaneja do Brasil: regressando de longa ausência em que no mundo ganhou dinheiro e prestígio laçando boi, com a intenção de fazer justiça ao seu pai, na verdade a pessoa com quem aprendeu o ofício e de quem ganhou o laço no momento que foi embora de casa, o herói sertanejo o salvou da correnteza na qual se afogava, sem saber, entretanto, de quem se tratava;²⁸⁷ a indispensável contribuição da *performance*

.....
287 O MINEIRO e o italiano. Compositores: Nelson Gomes e Teddy Vieira. Intérpretes: Tião Carreiro e Pardinho. São Paulo: Sertanejo/Chantecler, 1964. 1 LP.

artística do boiadeiro para realizar sua deliberação parece se ajustar naquela premissa de que as diferentes racionalidades, descritas por Aristóteles, cumprem o papel de reduzir os malefícios da Fortuna em nossas vidas; no que se refere à razão produtiva, parece inclusive haver um interesse recíproco entre a racionalidade produtiva e a irracionalidade do Destino, quiçá uma atração fatal entre as duas: de acordo com o Estagirita, a Fortuna ama a criação e a criação ama a Fortuna.²⁸⁸

Nisso, o saber produtivo tem algo em comum com o saber deliberativo ou prudencial:²⁸⁹ tal como aquele capitão do navio cuja experiência de navegação não consegue evitar que a tempestade o arraste, mas emprega sua sabedoria de vida na seleção dos bens que podem ser descartados, aliviando com isso o barco e retomando seu controle; tal como aquele general, cuja tropa está no limite da resistência ao poderio do inimigo, emprega sua experiência para usar corretamente os recursos de que dispõe, realizando o melhor combate que a circunstância permitia realizar; igualmente a esses dois exemplos da racionalidade prudencial, um sapateiro que recebe a encomenda de um bom sapato, mas não tem um couro adequado, emprega sua experiência de fazer sapatos, produzindo um novo, o qual na verdade é o melhor que, naquelas circunstâncias, um sapateiro poderia fazer; os exemplos dados pelo Estagirita mostram quanto à prudência com relação à produção, que pesa sobre nossos ombros o encargo de mergulhar no mundo que de fato não controlamos, retirando o melhor partido das adversidades, sendo certo que, por vezes, estas embotam e até interditam os nossos planos. A semelhança entre as duas virtudes, no labor de proteger o agente de sua Desgraça (Τύχη, *Tyche*), parece aqui verossímil; razoável ainda é a hipótese de que ambas podem cooperar nessa empreitada: se o herói da *Travessia do Araguaia*, cuja experiência de outras travessias o qualificou para enfrentar o perigo

.....
288 ARISTÓTELES, 1970, 1140a.

289 Ibidem, 1101a, 1110a.

que as piranhas representavam para os animais e peões, deu ordem ao ponteiro para empurrar no Rio o boi mais velho da tropa e com isso abriu passagem para a comitiva,²⁹⁰ o Boiadeiro Punho de Aço, cujo tempo e treino desenvolveram nele a perícia de laçar o mais arisco animal e nas condições mais impróprias para fazê-lo, permitiu que, mesmo na escuridão da noite e na insidiosa correnteza do rio, manejassem eximamente o laço, salvando seu pai do infortúnio; note-se que o fracasso nesta perícia de laçar importaria também no fracasso da deliberação de voltar para casa e fazer justiça ao pai e responsável por tudo que tinha e sabia.

Diante disso, se pudermos persistir na defesa de que o direito foi somente uma dentre outras respostas à aflição do Destino,²⁹¹ se bem que para os juristas a mais relevante de todas, tudo o que tenha a ver com a dor e o desespero humanos escondidos atrás dessa invenção, como disse Craft,²⁹² deve merecer nossa atenção e cuidado; devemos permanecer em vigília o tempo inteiro dentro desse “Sertão de coisas movediças”, que nos cercam por todos os lados como a sabedoria exemplar de Riobaldo aconselha, pois o Cujo é um onipresente: “em cada virada de campo, e debaixo de sombra de cada árvore, está dia e noite um diabo, que não dá movimento, tomando conta”;²⁹³ subscrever um elogio à literatura e admitir, por exemplo, um “por-menor do direito na literatura do sertão”, como eu mesmo me atrevo a sustentar, não impede de reconhecer que a racionalidade jurídica é prudencial e não poética, de lembrar o que foi dito atrás: que o direito tem caráter *normativo* como advoga Castanheira Neves e não *performativo* como White tem demandado. É que o próprio autor português

.....
290 TRAVESSIA do Araguaia. Compositores: Décio dos Santos e Dino Franco. Intérpretes: Sérgio Reis e Almir Sater. Rio de Janeiro: Som Livre, 1996. 1 CD.

291 SILVA, 2018, v. 1, cap. 1, p. 93 et seq., v. 2, excursão 16.

292 CRAFT, G. A. The Persistence of Dread in Law and Literature. *The Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 102, p. 521-546, 1992-1993. p. 522.

293 ROSA, 2006, p. 288.

reconhece que a deliberação judicial pressupõe uma operatória (τέχνη, *techne*) ou uma específica e apropriada elaboração, na qual se busca e exterioriza as “razões” e fundamentos de suas escolhas.²⁹⁴

Creio ser possível dizer com isto que a deliberação jurídica tem duas dimensões distintas, mas indissociáveis: a dimensão interna ou material que está no próprio ato de escolher uma entre outras alternativas decisórias, sendo o que realmente há de intrínseco porque se ausente não se estaria ante uma *ratio* decisória, mas que requisita um entre outros instrumentos de manifestação social – pois, como diz a sabedoria hebraica e que nos foi sugestivamente transmitida pela pedagogia da parábola, ninguém acende uma lâmpada para colocar debaixo da cama,²⁹⁵ assim como a dimensão externa ou instrumental, exteriorizada pelas diversas formas de expressão humana e pelas quais comunicamos com os nossos auditórios; com efeito, uma boa decisão se cumpre nela própria quando o agente realiza a escolha adequada para o caso, mas se o advogado ou o promotor é confuso ou prolixo ao expressar suas pretensões, se o magistrado é pouco imaginativo num interrogatório ou se escreve mal suas decisões etc., o melhor dos casos pode se transformar no melhor exemplo de como não se deve prescindir da elegância de expressão, tal como disse Cícero a propósito de seu elogio às humanidades e à arte retórica, pois essa arte pode evitar que juristas e políticos vejam fracassarem seus objetivos.²⁹⁶

Creio que o próprio sistema jurídico protege a deliberação judicial tanto da obtusidade e confusão mental dos juristas como da falta de elegância que deles se espera, tal como se vê dos institutos da inépcia da petição inicial, da anulabilidade da decisão não fundamentada adequadamente etc.; deste modo é que parecem justificados até certo ponto os esforços da retórica para ensinar aos juristas a desenvolverem

.....
294 NEVES, 1993, p. 147.

295 LUCAS 8,16-17. In: BÍBLIA Sagrada, 1993.

296 CICÉRON. *De L'Invention*. Tradução de G. Achard. Paris: Societé d'Édition "Les Belles Lettres", 1994. livro 1.1.

suas capacidades performativas, assim como os da literatura para nos ajudar a fazer ótimos relatos, a escrever de modo escoreito etc.; faz toda diferença em um caso ser tratado por um profissional e não por outro, ser assumido por um afortunado Midas que traz sucesso a tudo que toca e não por um desastroso Sadim que leva à Desgraça tudo de que se aproxima, tanto quanto faz diferença uma personagem da novela ser representada por um ator que quando entra em cena tem domínio do tempo e do espaço por outro que somente faz um papel; parece assim compreensível, embora se deva aqui preservar minha desconfiança em seu “platonismo reverso”, que o movimento Direito e Literatura ambicione despertar no jurista a vocação de escritor.

Neste sentido é que Cícero, na defesa do Poeta Árquias, diz aos juízes que as virtudes da escrita e da oratória que lhe são devotadas, tanto no foro como no Senado, ele as deve aos poetas, pois teria desenvolvido com a leitura não somente uma vasta gama de conteúdos, mas também a capacidade de imaginar e de expressar eloquentemente.²⁹⁷ Se quisermos ouvir um experiente narrador, Riobaldo, a propósito do que a excelência narrativa pode fazer de nós, nada melhor que encerrar este prefácio ouvindo as lições que o protagonista aprendeu com a reinvenção da história de Davidão e Faustino, aqueles jagunços que pactuaram de um morrer no lugar do outro quando a Sina outrora assentada no *Livro das Eras* de cada um se representasse: as narrativas enchem o mundo com outros movimentos, sem os erros e os volteios da vida real. O herói de Guimarães Rosa pensou naquele momento como que sua vida seria diferente se tivesse a mesma Fortuna narrativa daquele rapaz da cidade que veio pescar no Rio, quando inventou um final mais sustante para o que realmente aconteceu, emocionando nosso narrador com aquele desfecho inventado em que o “promitente morredor”, que era corajoso, garrou ter medo da morte e travou na faca com o companheiro, que continuava mofino e recusava aceitar o

.....
297 CÍCERO, 1999, 6.12-14.

distrato: “A quanta coisa limpa verdadeira uma pessoa de alta instrução não concebe! Aí podem encher este mundo de outros movimentos, sem os erros e volteios da vida em sua lerdeza de sarrafaçar [...] No real da vida, as coisas acabam com menos formato, nem acabam”.²⁹⁸

.....
298 ROSA, 2006, p. 85.

ORAÇÃO AO JÚRI DE DOUTORAMENTO NA SALA DOS CAPELOS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA¹

Certamente que este candidato não vem a Coimbra nesta primavera de 2018 pelos motivos que Tio Cosme, personagem do *Dom Casmurro* de Machado de Assis, pensou colocar Bentinho em um navio e pela Porta Férrea introduzi-lo na Faculdade de Direito de Coimbra; muito menos seu ingresso no mestrado em 2001 ambicionava o que somente se aplica a egressos como Eça de Queiroz, quando, renunciando à vida boa de seus heróis de *A cidade e as serras*, atravessou muitas vezes a Via Latina e fez de seus estudos aqui uma outra forma de vida; e não foi pelos desígnios que unem esses dois autores, o de proclamar ao mundo a grandiosidade da república portuguesa de leitores, que se depositou para exame esta dissertação que mobiliza um conjunto de textos específicos de uma forma de expressão literária: dirijo-me a vós, membros do Júri destas provas de doutoramento, apenas como quem não conteve a própria soberba (ὑβρις, *hybris*) e adentrou esta

.....

1 O texto, que agora se publica, é rigorosamente o discurso proferido perante o Júri das provas de doutoramento em Ciências Jurídico-Filosóficas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na Sala dos Capelos ou Sala dos Grandes Actos, com a tese intitulada *Destino, humilhação e direito: a reinvenção narrativa da comunidade*. O Júri constituído pelo Conselho Científico e designado do Senhor Reitor foi composto pelos senhores professores António Pinto Monteiro, Universidade de Coimbra, presidente; António Pedro Barbas Homem, Universidade de Lisboa, vogal; Joana Aguiar e Silva, Universidade do Minho, arguidora principal; José de Faria Costa, Universidade de Coimbra, vogal; Fernando José Bronze, Universidade de Coimbra, vogal; José Manuel Aroso Linhares, Universidade de Coimbra, orientador; e Mário Reis Marques, Universidade de Coimbra, arguidor principal.

Sala dos Capelos, manejando miseravelmente os recursos da nossa língua e o ofício da escritura.

Foi provavelmente por um desígnio da Fortuna (Τύχη, *Tyche*) que aqui nos encontramos, e se o foi, isto se deu apenas para reafirmar seu poder arbitrário que Arquíloco, mais que todos os gregos e latinos, disse ser capaz tanto de “atirar para um canto da vida os que estão firmemente em pé como para elevar subitamente aquele esmagado pelo próprio infortúnio”. Rogo que vejam nesta insolência apenas uma necessidade de levar a sério aquela coragem que o jagunço Riobaldo, protagonista do *Grande sertão: veredas* de Guimarães Rosa, disse ser irrenunciável para quem acredita ser possível resistir à vicissitude do sertão. Em três notas o digo:

1. Como alguém que primeiro desafiou a própria Sorte (Μοῖρα, *Moirá*), distanciando-se dos destinos dos seus pais e primeiros mestres que, não conhecendo as letras, escreveram no chão da terra com uma enxada seu projeto de felicidade no mundo;
2. Como alguém que, encorajado por outro mestre da vida e dos estudos, o Senhor Doutor António Castanheira Neves na ocasião de suas provas de mestrado, aceitou o desafio de refletir com mais atenção sobre o Destino do direito nos dias agônicos que nós atravessamos;
3. Como alguém que desafiando muitas outras vicissitudes humanas realizou seu trabalho num percurso de 13 anos.

E fugindo agora da pretensão de defender um texto escrito, como desde Platão já se fez advertir, o que se atreve aqui é somente apresentar os resultados de uma investigação sobre o problema atual do direito e do pensamento jurídico; uma inquietação que, embora pudesse ser perseguida de outra forma, se conduziu como um exercício muito contextualizado de Direito e Literatura (*Law and Literature Movement*), dialogando sempre criticamente com o jurisprudencialismo de

Antônio Castanheira Neves e com o narrativismo ético-jurídico de Martha C. Nussbaum. Uma escolha que, recaindo sobre as narrativas do sertão por influência da própria experiência de vida do candidato, constituiu numa oportunidade singular, primeiramente, de refletir com a autora americana sobre a possibilidade de refundar os pressupostos de nossa vida em comum mobilizando os recursos de uma racionalidade narrativa, mas ao mesmo tempo de experimentar, no limite, a continuação do projeto cultural do direito cuja ameaça na contemporaneidade do pensamento jurídico o autor português denuncia.

O texto, na sua globalidade, talvez espelhe um autor indefeso face àquela perplexidade jurídica que Riobaldo nos expõe quando reporta ao julgamento de Zé Bebelo: “O mundo é à revelia!” Assim é que se entende o contraponto entre o discurso filosófico-prático dos gregos e prático-prudencial dos romanos, ensaiado no capítulo I, com o discurso prático-narrativo dos poetas do sertão brasileiro, levado a cabo no capítulo II; também é assim que talvez se deva entender a integração que o capítulo III tentou realizar entre essas duas experiências culturais distintas, mas aqui aproximadas pela aflição humana diante do capricho do Destino (Τύχη, *Tyche*): face aos desafios que têm ocupado o pensamento prático atual (o desafio de redescobrir o espírito das instituições, de refundar a lei e a noção de soberania, de reorganizar a agenda dos direitos humanos, de superar a invisibilidade e promover o reconhecimento humano, de reformar a educação liberal, de definir com clareza a imaginação jurídica etc.), não deveríamos reconhecer a fragilidade da autonomia jurídica celebrada pela jurisprudência romana (*iurisprudencia*), admitindo que outras experiências práticas sejam mais eficientes, sejam mais profundas etc.?

Sendo assim, ocupamos à partida no capítulo I da investigação sobre a emergência do direito e do pensamento jurídico enquanto tais, movidos pela suspeita de que essa criação (*inventio*) romana tem que ver com a preocupação, testemunhada pelos autores gregos e latinos, dos humanos com a Moira (Μοῖρα, *Moira*). Isto se dá em

três blocos. O primeiro se dedicou às raízes mitológicas, literárias e filosóficas do discurso aristotélico sobre a vida ativa humana (πράξις, *praxis*), investigando como a discussão primeira entre poetas e filósofos sobre a lei (νόμος, *nomos*), a razão (λόγος, *logos*) e a virtude/excelência (ἀρετή, *arete*) foi fruto de uma concepção específica da vida boa; dedicou-se ainda à ruptura antropológica protagonizada inicialmente pelos tragediógrafos gregos (nomeadamente Ésquilo, Sófocles e Eurípides), que fizeram do conflito prático uma questão central da educação grega (παιδεία, *paideia*) e, depois, pelo esforço de Platão na defesa da autossuficiência humana, na elaboração de uma *techne* (τέχνη) da vida prática e no esboço, no seu *Protágoras*, do primeiro projeto de racionalidade pública da tradição ocidental.

O segundo bloco mostra o esforço de Aristóteles no diálogo com a sua tradição de reconstituir um modelo de vida prática que nega tanto a pretensão de autossuficiência humana perseguida por Platão como a completa exposição ao capricho do Acaso (Καιρός, *Kairos*), que foi um traço predominante da *paideia* grega desde Homero até o surgimento da sofística; ali fizemos um esforço de mostrar como o Estagirita, sobretudo no livro VI da *Ética a Nicômaco*, respondeu claramente à questão grega da deliberação moral e de uma vida conforme a excelência, autonomizando o discurso prático (φρόνησις, *phronesis*) em relação ao pensamento teórico (ἐπιστήμη, *episteme*).

Por fim, o terceiro bloco, que se ateu à passagem dessa secularização do pensamento prático em geral, feita por Aristóteles, para a autonomização do pensamento jurídico pelos juristas romanos, discutiu como que o jurisconsulto, face aos desafios de um tempo próprio – os de responder concretamente tanto ao problema da controvérsia prática entre cidadãos romanos, na medida de sua igualdade e responsabilidade, como ao da controvérsia que tinha lugar nas relações extramuros da cidade (*civitas*) romana – e movido por uma concepção da felicidade que ainda prestava culto à Fortuna, mobilizou valores propriamente romanos para edificarem uma *praxis* diferenciada, aliviada

até certo ponto da especulação grega sobre a idealidade da justiça e comprometida com a atividade de resposta a uma consulta (*responsa*) e conseqüente solução de controvérsias-caso.

O florescimento de um discurso autônomo do direito como um momento luminoso da discussão sobre a *praxis* na tradição greco-romana sobre a imprevisibilidade de nossas vidas se mostrou, todavia, discutível na medida em que levamos a sério uma outra tradição. Deste modo é que fomos buscar no capítulo II, sobre a literatura do sertão e a sua comunidade de vida (*communitas*) inconfundível, um estímulo para realizar um contraponto ao resultado do primeiro capítulo, visto que também ali encontramos o testemunho do desespero humano com a Fortuna, mas a resposta já não mais seria dada pelo isolamento (*Isolierung*) ou pela virtude prático-prudencial do jurisconsulto, e sim por um conjunto indissociado de excelências (*continuum*) exemplarmente dominadas pelo jagunço Riobaldo. O exame aqui de uma específica forma de vida se deu em quatro blocos.

O primeiro se concentrou no testemunho do Destino e na limitação externa de uma vida humana feliz, assim como na recusa do herói de Guimarães Rosa em deixar que o Diabo lhe coloque sela, mesmo admitindo que “a vida humana vai em erros, como um relato sem pé e nem cabeça”. O segundo investigou o testemunho de vida de Riobaldo, assim como o dos poetas da tradição oral do sertão (notadamente os do cordel e da música caipira), todos a conferirem à arte narrativa o papel de dar sentido à falta de sentido do mundo. Aqui, o *continuum* entre justiça, sabedoria prática e narrativa institui uma verdadeira credibilidade (*auctoritas*) narrativa, capaz de edificar um modo de vida especificamente sertanejo.

O terceiro bloco esboçou o que chamamos de uma “teoria do *ethos* sertanejo”, nucleada por uma suspeita alarmante que profana o patrimônio cultural do direito: a de que ao contrário da tradição greco-romana, em que o projeto do direito se impõe, aqui ele aparece como um simples pormenor da cultura! Sobre o sertão, diz insistentemente

Riobaldo, sabemos apenas por alto, daí que a concepção do humano e do mundo sertanejo é a de quem vive em um lugar onde todos os caminhos são incertos. A especificação jurídica da *phronesis*, que instituiu o homem humano (*homo humanus*) do direito, aqui aparece diluída num holismo de virtudes: de fato a “travessia do Araguaia” requisita uma espécie de sabença daquele chefe da comitiva que manda o ponteiro da tropa jogar um boi velho na água, isto para que as piranhas deixem passar a boiada; mas essa “decantação suprema de uma experiência de vida” só se dá no terreno de uma *praxis-poiesis*, capaz de reconciliar o saber deliberativo (*φρόνησις*, *phronesis*) com o saber produtivo (*ποίησις*, *poiesis*), tal como se dá com o Boiadeiro Punho de Aço que faz justiça ao pai que lhe ensinou tudo que sabia e fez dele um homem excelente, salvando aquele peão desconhecido da correnteza do rio, mas essa justiça só foi possível porque manjava eximamente o laço.

O último bloco se dedicou à teoria da comunidade que se depreende do cosmo moral do sertão. Dialogando privilegiada e negativamente com o romance jornalístico *Os Sertões* de Euclides da Cunha, sem renunciar ainda aos contributos imaginativos de Mário Vargas Llosa em *A guerra do fim do mundo*, de João Ubaldo Ribeiro em *Viva o povo brasileiro* e de outras narrativas orais do sertão, discutimos a abertura da cultura sertaneja ao diálogo com outras tradições, sem a renúncia de sua própria concepção da vida boa. Examinamos o confronto entre a tradição do litoral, inspirada nos valores do positivismo e representada pela guarda republicana, com uma tradição rural orientada por princípios católicos e messiânicos dos que seguiam o Conselheiro e aguardavam a volta do Rei Dom Sebastião.

O capítulo III procurou integrar as duas narrativas da vida boa humana, motivado pela pergunta que nos parece fundamental atualmente: se quisermos ir além do testemunho do *diferendo* que fragmenta o pensamento jurídico atual e enfrentar os desafios do nosso tempo, será ainda o *direito* a resposta da qual precisamos? De fato, a heterogeneidade radical do nosso tempo testemunhada por Lyotard

não deixa intocada, como afirma Linhares, os discursos sobre o direito; só que as feridas abertas no pensamento jurídico, quando o confrontamos no capítulo II com o holismo prático do sertão, nos estimularam a buscar no pensamento prático de Nussbaum as possíveis respostas às demandas da justiça no nosso tempo. E o fizemos intensa e criticamente, embora situando a discussão em dois grandes blocos: o primeiro discutindo seu projeto de uma “república de leitores”, que contém tanto a sua concepção de racionalidade prática como seu esboço de uma justiça global para os humanos e os animais não humanos; o segundo examinando sua proposta da reforma da educação liberal e o proveito desta reabilitação das humanidades na formação dos juristas, o que fizemos rediscutindo as habilidades judicativas descritas por Aristóteles e retomadas por alguns autores do movimento Direito e Literatura.

Importou esclarecer, recorrendo a algumas imagens sobre a invenção e a crise do contratualismo moderno-iluminista (*societas*), que o pensamento de Nussbaum não somente deixa de problematizar o direito em seu exame sobre os desafios da justiça, mas também se desenvolve um pouco à margem da discussão comum entre liberais e comunitaristas, defendendo (criticamente) o cosmopolitismo contra o nacionalismo. Sua defesa eloquente de um certo “cosmopolitismo de raiz” nos obrigou a confrontá-lo, ainda que de modo bastante incipiente, com a leitura de outros autores sobre o problema da universalidade da justiça: com os discursos da tolerância e as políticas da diferença em Walzer e Taylor, com a procura de um consenso moral em Habermas e Rawls, com a ética da singularidade de Derrida, com a ética da tradução de MacIntyre e com a crítica jurisprudencialista à falta de problematização do sentido desse direito que se quer universal.

As exigências atuais a que fomos levados de superar o dualismo nacionalismo *versus* cosmopolitismo e situarmos a discussão sobre o nosso passivo (*debitum*) universal da justiça num terreno de fronteiras,

morada original da divindade fundadora da Justiça (Δίκη, *Dike*), levou-nos a endossar a crítica de Nussbaum ao contratualismo, a apostar na consagração de um catálogo de capacidades humanas (*capabilities approach*) de ser e de atuar, numa específica noção de reconhecimento fundada no cuidado e na fragilidade da vida humana. Deste modo é que, mesmo reconhecendo com Castanheira Neves a diferença entre racionalidade jurídica e racionalidade literária, admitimos, sem nenhuma máscara, a urgência de uma teoria literária do direito, mas isto tão somente para fazer frente à ausência de respostas, na perspectiva autônoma do direito, para muitos dos problemas da humanidade atual.

E isto implicou mais uma vez a discussão com a autora americana sobre a reforma da educação jurídica, só que agora em diálogo também com Boyd White, a propósito do que um jurista pode aprender com um poeta (ποιητής, *poietes*) sobre as pessoas e sobre o mundo onde atuamos. Distinguindo uma “questão trágica” de uma “questão jurídica” (depois de distinguirmos “decisão que declara” de “decisão que promove” as capacidades humanas), defendendo com Nussbaum e por vezes contra ela a dimensão filosófica da literatura e a racionalidade das emoções... pareceu razoável sustentar, do exemplo extraído das tradições sertaneja e greco-romana que somente uma boa dose de imaginação e de simpatia (συμπάθεια, *sympatheia*) pode fazer justiça a tantas concepções da felicidade (εὐδαιμονία, *eudaimonia*) que disputam a nossa atenção. Um tributo talvez difícil de pagar, tanto quanto foi difícil ao juiz “ceder seu anel a um condenado para expiar a sua culpa”, naquela narrativa do sertão que a dupla Liu e Leu agregou à nossa pesquisa, mas uma quitação devida por vezes em um mundo profundamente dividido na sua concepção de felicidade que já não estamos em condições de recriar e cujos diferendos, talvez, a racionalidade narrativa seja a única incapaz de violentar”.

O QUE É REALMENTE UM "CASO TRÁGICO" E UMA "ESCOLHA TRÁGICA" NO DIREITO, NA POLÍTICA E NA ADMINISTRAÇÃO?¹

Portais

No umbral deste trabalho vemos Abraão sendo posto à prova, sacrificando seu filho Isaac para confirmar sua fé:² abstraindo a questão da fé – que não admite de jeito nenhum o dilema, porque o patriarca dos hebreus nunca teve dúvida de qual era o seu compromisso – e ficando

-
- 1 Esta pesquisa, aqui com uma nova versão mais de estilo que de conteúdo, foi originalmente publicada sob o título "Questão trágica e questão jurídica: decisões que declaram e decisões que promovem 'capacidades' humanas", no bicentenário *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 96, p. 291-327, 2020.
 - 2 A referência pode ser encontrada no Gênesis 22,1-19; invocar aqui uma narrativa bíblica, entretanto, para suscitar uma questão trágica, pode ser feito apenas como um exercício de tradução, tal como MacIntyre e White ensinam a fazer MACINTYRE, 1988, p. 349 et seq.; WHITE, 1994. p. 229 et seq.: uma revisitação possível de um texto na linguagem de outro. Isso pode ser feito somente abstraindo daquela exegese bíblica ou, mais especificamente falando, daquela dimensão religiosa que tanto a tradição hebraica quanto a hebraico-cristã exigiria considerar. Nosso interesse é apenas literário, com um esforço de compreendê-lo no conjunto de outros textos que, independentemente dos cânones normativos aos quais o agente está exposto, o caso que levantam suscita sempre um dilema para o agente. Há, aqui, um grande risco de empobrecer a profundidade da mensagem: talvez não se trate de um autêntico dilema porque em nenhum momento Abraão duvida do que tem de fazer; sua fé, aliás, mostra-se irretocável quando Isaac lhe pergunta pelo cordeiro que será imolado: "Deus providenciará, meu filho"! No mais, a tentativa de compreender esta narrativa fundadora dos povos bíblicos paralelamente às tradicionais narrativas trágicas, que costumamos tomar dos textos clássicos com a particularidade de ser feita por alguém que não ignora a fé judaica, pode ser encontrada em: NUSSBAUM, 2001b, p. 35

somente com os aspectos literários do diário do Êxodo, estamos todos assistindo, por um portal onde os acontecimentos são atemporais, uma das cenas mais elucidativas de situações embaraçosas nas quais um agente moral pode se envolver. Como se viesse do Coro de uma tragédia bem-arranjada, uma voz penetrante nos pergunta:

– O que ocorreria com você quando fosse obrigado a escolher entre dois bens igualmente valorosos, sabendo que, não importando qual escolher, o remorso e o sofrimento por descartar o outro lhe serão inevitáveis?

Agora voltemos à reflexão. O que testemunhamos da experiência do pai dos hebreus não é uma coisa trivial como pode parecer. Apenas para ilustrar, lembremos que isso ocorre também com Agamênon, quando tem de escolher entre a lei que manda vingar os crimes de hospitalidade e o mandamento que proíbe matar sua filha; com Etéocles, quando tem de escolher se protege Tebas do inimigo ou se honra seu irmão com quem deverá medir suas forças; com Antígona, quando tem de decidir se cumpre a lei da cidade ou sepulta o corpo de Polinices; e com o dono da Besta Ruana, que tem de escolher se cuida do animal com a dignidade que merece ou o poupa da agonia de perder as quatro pernas.³ Todas essas narrativas, extraídas de tradições muito distintas, expõem seus agentes à fragilidade da vida humana, aliás, uma condição que de fato iguala todas as pessoas: sujeitar-se a uma perda, às vezes irreparável, buscando salvar outro bem, que demanda igualmente nossa atenção, ocorre a cada um por causa da nossa mortalidade. Trata-se de um conflito prático ou de uma questão trágica que,

.....
3 Para cada uma das tragédias gregas referidas, além de sua revisitação, recomendam-se importantes comentários de Nussbaum na obra já referida, capítulos 1 e 2; para a narrativa brasileira, ver BESTA Ruana. Compositores: Tonico e Ado Benatti. Intérpretes: Tonico e Tinoco. São Paulo: Continental, 1949. 1 78RPM, e sobre o sentido que evoca no holismo prático do sertão, ver SILVA, A. S. da. Destino, ação e sabedoria na literatura oral do sertão. *Revista da Academia de Letras da Bahia*, Salvador, n. 50, p. 125-140, 2011.

por regra, nem os deuses podem revogar.⁴ Mas qual relação ela tem com a questão jurídica? Veja o leitor-espectador que o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário nº 580.252, proveniente do estado do Mato Grosso do Sul e julgado em 16 de fevereiro de 2017, enfrentou questão suscitada pelo governo daquele estado, na qual se pretendia reconhecer igual embaraço: a impossibilidade de aquele réu responder civilmente, como pretendia o autor, pela violência física e constrangimento psíquico ocorridos no interior do estabelecimento penal, dado que não dispunha de recursos suficientes para salvar os bens pretendidos pelo ex-detento, no que teria aquela Administração optado por satisfazer outro bem que lhe pareceu mais importante, isto é, a segurança pública, violentada pelo sentenciado.

A responsabilidade daquele ente estatal, reconhecida pela Corte Constitucional do Brasil, afigura-se como importante: mostra, por um lado, que as escolhas trágicas não podem ser ignoradas, mas, por outro, adverte que argumentos desta natureza não podem ser manejados de qualquer modo pelo agente, tal como Plutarco acusa Demades de fazer para se eximir da própria culpa pela gestão ineficiente que recaiu sobre Atenas durante seu governo.⁵ De outro modo, a decisão afirma que não podemos simplificar nossas escolhas – muito menos o agente público –, selecionando de qualquer modo quais os bens que merecem proteção e os que podem ser preteridos. Como disse Nussbaum, identificar quando um julgador está diante de uma questão trágica é importante tanto para saber se quem julgamos poderia deliberar de outra maneira, a exemplo do que ocorre com Filoctetes e outros heróis cuja Desgraça – Τύχη, *Tyche* – impediu que florescessem suas capacidades de viver como é próprio de um humano –

.....
4 Acerca da controvertida discussão sobre a possibilidade de o agente, pela virtude, modificar seu Destino, ver especialmente PEREIRA, 1966, p. 316 et seq.

5 PLUTARCO, 1959, 1.

capabilities –,⁶ como para saber se tal agente simplificou o processo deliberativo, a exemplo do que se deu com Agamênon que não resistiu suficientemente à exigência da deusa de sacrificar sua filha e por isto foi censurado pelo Coro.⁷

Os quatro primeiros tópicos que seguem neste trabalho têm por objetivo confrontar uma questão jurídica com uma autêntica questão trágica, o que farei especialmente recorrendo a Castanheira Neves para compreender a natureza e o sentido da experiência jurídica – *praxis* –, autonomizada pelos romanos em face de outras dimensões da vida ativa – πράξις, *praxis* – já secularizadas por Aristóteles séculos atrás em relação à filosofia e à poesia – ποιήσις, *poiesis* –,⁸ assim como, servindo-me de Nussbaum, para penetrar o sentido ético da tragédia, esta que, antes mesmo da filosofia florescer nas ilhas jônicas, representou no teatro grego as situações mais embaraçosas do agente, na tentativa às vezes vã de levar adiante seu projeto de felicidade em um mundo cujo sucesso independe do próprio esforço. Mas este trabalho também, no limite do que distingue a experiência jurídica de outras *praxis* importantes da vida humana – talvez como que reconhecendo o próprio limite do direito para dar conta dos desafios hoje postos aos juristas –, apontará a importância de considerar os “custos da tragédia” que não parece razoável exigir que alguém suporte,⁹ o que de resto onera o julgador com a responsabilidade de corrigir a desdita ocorrida com essa pessoa: trata-se da decisão que “promove capacidades humanas”, ousando ir além daquelas decisões mais mezinhas do juiz e que em outro lugar¹⁰ denominei de “decisões que declaram capacidades”, nas quais se reconhece que o agente não atuou como

6 NUSSBAUM, M. C. Invisibility and Recognition: Sophocles' Philoctetes and Ellison's Invisible Man. *Philosophy and Literature*, Baltimore, MD, v. 23, n. 2, p. 257-283, 1999a.

7 ÉSQUILO, 1992a, 205-228.

8 ARISTÓTELES, 1970, 1129a et seq.

9 NUSSBAUM, 2001a, p. 197 et seq.

10 SILVA, 2018, v. 1, p. 388 et seq.

um joguete na mão dos deuses e, por isso, não se exime da responsabilidade pelas escolhas que realizou.

Devo dizer que a relação entre o Direito e a Literatura, aqui pressuposta de algum modo, não é de todo evidente como alguns autores parecem crer.¹¹ Entretanto, ouvir os poetas, se não é decisivo para formar bons juristas, pelo menos pode ser importante para enriquecer nossa compreensão do mundo, especialmente em tempos de multiculturalismo e de afirmação de identidades, exigindo de nós mais atenção para o que acontece fora de nossas províncias intelectuais. Nesse caso, sobre a ação trágica, revisitar os clássicos parece fundamental, visto serem eles os criadores desse gênero discursivo e seus casos, bastante exemplares. De outro modo, reconhecer quando um evento se deu à revelia do agente – como, aliás, o jagunço Riobaldo interrogará sobre a culpa que possui pelos crimes que cometeu –¹² evita a banalização de um argumento importante na política, no direito e na administração.

De fato, há sempre um risco de simplificar a noção de tragédia, embora a sistematização de Aristóteles ainda seja um legado importante: combinando algumas passagens da *Poética* e da *Retórica*, percebemos algumas características que parecem essenciais nesse gênero narrativo.¹³ Diz o Estagirita que uma experiência trágica encenada no palco é aquela que representa uma ação humana, onde o agente sofre tão ardentemente que desperta no espectador forte temor e compaixão, pois percebe que a personagem não merece aquela desdita; mas que desperta também a simpatia do auditório, porque tal agente se assemelha a qualquer espectador que testemunha o seu sofrimento.¹⁴

.....
11 Para uma síntese interessante desta discussão sobre a importância da literatura para os juristas, ver OST, 2004, p. 7-49.

12 ROSA, 2006, p. 283.

13 A sugestão é da classicista portuguesa cuja sistematização pode ser vista em PEREIRA, M. H. da R. Prefácio. In: ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução de Ana Maria Valente. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 14-15.

14 ARISTÓTELES, 2004, 1449b24-28, 1453a5-7; idem, 1998, 1382a-1382b, 1385b-1386.

As tragédias mais autênticas seriam aquelas nas quais pessoas boas incorrem em grandes erros, causando danos irreversíveis a um ente muito próximo, enquanto as tragédias genuínas são aquelas em que, no geral, pessoas admiráveis amargam grandes “infortúnios”.¹⁵

Mas, de qualquer modo, a descrição de uma questão trágica não é tão simples como parece, mesmo porque, segundo Jaeger, não existe um conceito universal de tragédia. No máximo é possível encontrar, no mundo trágico dos gregos, alguns traços que são fundamentais a um evento dessa natureza:

a representação clara e vívida do sofrimento nos êxtases do coro, expressos por meio do canto e da dança, e que pela introdução de vários locutores se convertia na representação integral de um destino humano, encarnava do modo mais vivo o problema religioso há muito candente, do mistério da dor enviada pelos deuses à vida dos homens.¹⁶

A delimitação de uma questão jurídica, entretanto, também não é um somenos que o cotidiano do foro tenha a resposta, sendo certo que o próprio esforço de dar conta disso pode mergulhar o pensamento jurídico atual numa experiência trágica sem precedentes: a do diferendo, que Linhares tem denunciado, das teorias atuais do direito e do potencial que têm de nos expor a conflitos insuperáveis – embora o autor português não invoque as categorias da tragédia.¹⁷ Em vista disso, a promessa desta pesquisa é bastante modesta:

.....
15 ARISTÓTELES, 1951, 1453a13-25, 1453b14-1454a2-3.

16 JAEGER, 1989, p. 206. A centralidade do problema do Destino nesse gênero narrativo, não obstante as diferentes interpretações que dão ao sentido do trágico, parece ser percebida pela generalidade dos classicistas, tal como se pode ver em KITTO, H. D. F. *A tragédia grega: estudo literário*. Tradução de José Manuel Coutinho e Castro. Coimbra: Arménio Amado, 1990a. v. 1, p. 98 et seq.; LESKY, A. *História da literatura grega*. Tradução de Manuel Rosa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 257 et seq.; PEREIRA, M. H. da R. *Estudos de história da cultura clássica: cultura grega*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. v. 1, p. 337 et seq.

17 LINHARES, 2012, p. 125 et seq.

delimitar uma questão jurídica partindo da sugestão de Castanheira Neves, o qual, sem perder de vista o legado cultural da jurisprudência romana, distingue “questão de fato” de “questão de direito”. Uma questão jurídica – *quaestio juris* –, nesse caso, seria aquela que nos interroga sobre “validade jurídica” ou sobre o “sentido jurídico” dos “dados reais ou factuais de uma problemática juridicidade” – *quaestio facti*.¹⁸

Sendo assim, meu esforço de diferenciação toma como referencial teórico, para esclarecer o que é originalmente uma questão trágica, algumas peças do teatro clássico e de seus estudos literários, visto que foi nelas que essa discussão se iniciou no pensamento ocidental, moldando nossas instituições morais, jurídicas e políticas. No que se refere à questão jurídica, a referência será a concepção de direito que Castanheira Neves oferece, formulada a partir da experiência originária de secularização da *praxis* jurídica, logradamente desenvolvida pelos jurisconsultos romanos: falo daquela *Isolierung* que, pela primeira vez na tradição ocidental, levou a prática jurídica a ser pensada autonomamente pela mediação judicativo-racional que, enquanto se revestia de certa intersubjetividade-reciprocidade, enquanto envolvia “homens humanos” virtuosos – iguais e responsáveis – e suas respectivas máscaras de *sui iuris*, enquanto alimentava uma condição de *tercialidade* etc., emancipava-se das outras práticas que, se eram igualmente integradoras do agente na sua *communitas* pré-moderna, tinham intencionalidades distintas como as da política, da religião, da economia, da filosofia etc.

.....

18 Para uma breve leitura da diferenciação feita pelo autor entre questão de fato – *quaestio facti* – e questão de direito – *quaestio juris* –, ver NEVES, A. C. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista. In: NEVES, A. C. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Ed., 1995a. v. 1, p. 483-530; a referência expressa à validade, impondo-se à simples faturalidade e assim tornando-se uma nota especificadora do direito, pode ser vista na página 510.

Da emergência de um evento trágico e da formulação de uma questão jurídica

É possível diferenciar um caso trágico de um caso jurídico por diferentes critérios. Iniciemos, portanto, pelo seu fato gerador. Com efeito, a emergência de um caso trágico dá-se totalmente à revelia do agente, seja na vida do lar, como mais drasticamente se vê no teatro grego, seja no segundo *bios* – βίος – que um ser humano tem, a vida política, o Destino – Μοῖρα, *Moir*a –,¹⁹ sempre lhe sobrevém: é esse o testemunho de Sófocles sobre as desgraças que se abateram sobre a casa de Laio,²⁰ de Demóstenes sobre a fatalidade da Sorte – Τύχη, *Tyche* – humana e a responsabilidade dos cidadãos atenienses na guerra com Filipe da Macedônia,²¹ de Ésquilo sobre o fracasso dos persas por causa de sua soberba – ὕβρις, *hybris* – que agrava a má-Sorte

.....

19 Prescindindo aqui das sutilezas que a modéstia deste trabalho não permite explorar, parece ser possível utilizar esta palavra em um sentido mais ou menos similar ao que se utiliza na linguagem corrente para Sorte, Azar, Fortuna, Acaso, Fado, Moira e Providência. Com efeito, Moira – Μοῖρα – significa, rigorosamente, parte, porção, lote, possibilitando entendê-la como aquilo que cabe a cada um em Sorte na vida, isto é, seu Destino; o Acaso – Καῖρός, *Kairos*/Τύχη, *Tyche* –, um termo bem próximo do que a língua latina traduziu por *Fortuna*, corresponde àquilo que nos vem casualmente, contingentemente, de modo um pouco diverso da noção de Moira que sugere às vezes algo fixo, inamovível; a Providência – *Pronoia* – é um termo particularmente desenvolvido pelos estoicos, no sentido daquela intervenção dos deuses para ajudar os humanos na realização dos projetos da divindade; o Fado – *Fatum* – surge no latim para designar aquelas forças superiores e inexoráveis que definem o curso regular da natureza. A ideia fundamental que a imagem de Destino evoca é a do confronto entre a noção de responsabilidade do homem, pelos atos que pratica, com uma ordem que lhe é adversa e que não pode controlar. Suspeito que Guimarães Rosa, no sugestivo romance *Grande sertão: veredas* onde incorpora outros elementos que vieram a constituir a cultura sertaneja, às vezes emprega os termos Diabo e Sertão no mesmo sentido utilizado para Sorte, Sina e Destino: como imprevisibilidade da vida e como risco de estar no mundo, como alguma coisa que possui uma astúcia muito própria e subtrai do agente moral a possibilidade de controlar a própria vida no sertão e implementar seus projetos de felicidade.

20 O momento culminante desse evento parece estar em SÓFOCLES. *Rei Édipo*. Tradução de Maria do Céu Zambujo Fialho. Lisboa: Edições 70, 2012. 726-754.

21 DEMÓSTENES, 1969, p. 123-137.

– ἀνάγκη, *ananke* –,²² de Heródoto sobre a derrota pessoal e política de Crespo depois de ignorar os conselhos de Sólon,²³ e de Plutarco sobre o governo de Fócion, muito aquém de suas capacidades por causa das inúmeras calamidades que o tempo trouxe aos atenienses naquele período, impedindo que se florescessem todas as virtudes do administrador.²⁴ Poucos, além de Jaeger, deram conta tão bem dessa falta de soberania humana em face das forças poderosas que nos oprimem, essa que, reivindicada já por Platão, a filosofia do sujeito mais tarde veio a consolidar, notando que “a *tyche* é onipotente na vida do homem e na da coletividade”.²⁵ Segundo Leão, o império religioso que a Moira exerceu sobre a religiosidade grega a difundiu em toda a cultura como a mola propulsora de toda ação,²⁶ um poder igual ao de sua equivalente romana, Fortuna, que também reinou quase como senhora absoluta do Destino humano.²⁷

A distância de uma questão trágica para uma questão jurídica é de fato muito grande; sabe-se que uma das justificativas de Aristóteles para considerar o desespero e a piedade, despertados no auditório, como elementos determinantes para distinguirmos uma cena trágica e outra mais comezinha é o fato de o agente envolvido estar sob o jugo de outrem.²⁸ São os deuses que nos dão e nos retiram as coisas quando bem lhes aprouverem;²⁹ como Aquiles diz a Príamo – o rei que se humilha diante de quem assassinou o seu filho –, são os deuses que antes de tudo urdem o Destino atroz dos mortais, impondo a estes um

.....
22 ÉSQUILO. *Persas*. Tradução de Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 800-842; ver ainda importante comentário em JAEGER, 1989, p. 210 et seq.

23 HERÓDOTO, 2002, 6-94.

24 PLUTARCO, 1959, 1.

25 JAEGER, 1989, p. 916, grifo do autor.

26 LEÃO, 1998, p. 119.

27 *Ibidem*, p. 119 et seq.

28 ARISTÓTELES, 1998, 1382b.

29 JAEGER, 1989, p. 126 et seq.

amargo sofrimento, enquanto eles próprios vivem uma vida folgada.³⁰ Deparar-se com uma cena trágica é reconhecer nela uma fatalidade que o agente não prescreveria a si próprio, caso pudesse escolher antes de agir. Como Nussbaum afirma, o mais categórico do evento trágico é que pessoas boas são levadas a fazerem coisas hediondas, decorrentes de circunstâncias ou fatores que não residem nelas e que, em outras situações, seriam repugnantes ao seu caráter e aos seus compromissos morais.³¹ O mundo encontra-se, assim, estranhamente arranjado,³² de um modo como certamente o agente não ordenaria, caso lhe fosse permitido escolher.

Sabe-se que a emergência do “direito”, na jurisprudência romana, deu-se graças àquela intuição original dos gregos que confrontou a lei imanente no cosmo – φύσις, *physis* – com a lei positiva – νόμος, *nomos* – consagrada pela ação política na pólis – πόλις, *polis* –,³³ trata-se de uma descoberta que, mais tarde com os juriconsultos romanos, veio a se emancipar. Isto é, se apenas na modernidade a lei se torna em definitivo um prescritivo da razão, já na *civitas* romana é possível perceber os traços da sua secularização: obtém aquela função plástica que desde então orienta a prática jurídica por fundamentos e critérios, por meio da comparação entre práticas e sujeitos, seus atributos e iguais responsabilidades. Mas se é certo que na representação trágica a noção de *nomos* já está presente, sinalizando para a necessidade de agir de forma coerente com aquela ordem racional e necessária existente no cosmo, até essa noção da lei ainda está presa à de que todas as coisas têm uma origem divina.³⁴ De fato, o herói trágico atua sempre

.....
30 HOMERO, 2003, v. 2, canto 24, 525-526.

31 NUSSBAUM, 2001, p. 25.

32 Ibidem, p. 27.

33 Para um estudo detalhado e historicamente situado, ver NEVES, A. C. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983. p. 493 et seq.

34 JAEGER, 1989, p. 91 et seq., 143.

em conformidade com aquilo que os deuses prescreveram, sendo-lhe difícil e até impossível, às vezes, agir de outra maneira, ainda que essa ordem seja arbitrária. Ora, se é certo que um evento trágico admite, pelo menos em alguns deles, que o humano acresça alguma coisa ao próprio Destino, ou que este seja modificado pelos deuses, nada muda o fato de que o acontecimento trágico mais emblemático, tomando por base a sistematização de Aristóteles já mencionada, é aquele em que a obrigação de fazer ou de não fazer alguma coisa é previamente fixada pela Moira – Μοῖρα, *Moira* –, dependendo da posição que os fios de sua roda estiverem no nascimento do agente. Ainda que um decreto venha a ser revogado, como se admite às vezes em algumas passagens exemplares,³⁵ tal revogação igualmente origina de uma fonte exterior, pela decisão dos próprios deuses. Como Williams ensina, a descrição de um caso trágico, originariamente posta pela literatura grega, não impede que floresça em nós certa dose de sabedoria para fazer frente ao Acaso – Καῖρός, *Kairos* – de nossas vidas, mas uma tal virtude, ainda assim, está comprometida com os mistérios e com as forças contra quem não é nada fácil resistir.³⁶

A decisão humana efetivamente trágica, nos seus sentidos linguístico e filosófico originais, parece de fato ser aquela em que nossos papéis se reduzem à mera execução de uma ordem que os deuses prescrevem antes de um querer do agente, como se vê em Enéias que, desde o desmoronamento de Troia até a edificação de Roma, arrasta sua família, deuses e pertences, realizando passo a passo o roteiro que a Moira escreveu para ele encenar.³⁷ A atividade do agente, quando surpreendido pela sua Fortuna – Τύχη, *Tyche* –, dá-se sempre no

.....
35 HOMERO, 2003, canto 6, 440-443, acerca do diálogo entre Zeus e Hera sobre a possibilidade de retirar Sarpédon da luta para não sucumbir; e canto 22, 179-181, a propósito do diálogo entre Zeus e Atena sobre a Sorte de Heitor.

36 WILLIAMS, B. *Shame and Necessity*. Berkeley, CA: University of California Press, 2008. p. 149 et seq.

37 PEREIRA, 1990, v. 2, p. 244 et seq.

limite do perigo da impiedade para com aqueles deuses, uma vez que tal atividade se desenvolve dentro de um conflito inevitável de valores;³⁸ isso lhe impõe um sofrimento exemplar, pois a única forma de fazer justiça à identidade de cada um desses bens é reconhecer, pelo menos potencialmente, que ambos colidirão.³⁹ Mas, se assim são as coisas, o modo como uma questão jurídica emerge é bem distinto – se bem que nela a dimensão do trágico não está terminantemente afastada.⁴⁰

De fato, uma questão jurídica emerge distintamente de uma questão trágica, porque o direito não é uma ordem previamente posta e à revelia da atividade humana, mas, no dizer de Castanheira Neves, algo que diz respeito à autonomia cultural do homem, devendo ser entendida como

uma resposta culturalmente humana (resposta, por isso, só possível, não necessária e histórico-culturalmente condicionada) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ontológica, mas antes com a historicidade e a condicionalidade de toda cultura.⁴¹

Não é nem um tipo de prescrição pura e simples de uma ordem, seja ela natural ou positiva;⁴² no seu geral, o direito não é algo exterior ao humano, como uma capa protetora e estrutura heterônoma.⁴³ A determinação de um caso jurídico envolve sempre uma valoração de quem o compreende.⁴⁴ O direito surge de algum modo, mas não sem a sua objetivação por um princípio axiológico-normativo,

.....
38 NUSSBAUM, 2001, p. 74 et seq.

39 Ibidem, p. 67 et seq.

40 NEVES, 2009, p. 3-28.

41 Idem, 1993, p. 47.

42 Idem, 2008c, v. 3, p. 102.

43 Idem, 1971, p. 258.

44 Idem, 1993, p. 234.

de uma “consciência jurídica geral” relacionada com uma concreta comunidade histórico-cultural, a qual depois de tudo pode se converter na última *ratio*, como fundamento inclusive de modificação de seus cânones normativos naqueles casos de situação problemático-concreta, em que sua aplicação representaria uma afronta ao pensamento jurídico.⁴⁵ Sendo assim, o direito apenas pode ser compreendido como sentido civilizacionalmente específico de uma das dimensões da *praxis* humana e como sentido de liberdade, cuja determinação é tarefa do pensamento jurídico e não mais de ninguém.⁴⁶

O direito coloca-se, na dialética da história, como exigência humana de transcender-se, mas põe-se como um problema. Não um problema metafísico a interrogar-nos sobre o sentido do mundo – decerto também relevante –, mas como um problema prático a nos perguntar sobre o “sentido do encontro do homem com os outros homens”⁴⁷ dentro desse mundo. Este é um problema que não se nega já estar posto antes, mas Castanheira Neves reconhece que somente com a *iurisprudencia* é que uma *praxis* verdadeiramente jurídica foi compreendida enquanto tal, visto que ali o agente se libertou de outras exigências às quais se submetia naquele holismo prático dos gregos, obtendo então na obra do jurisconsulto um sentido específico de direito.⁴⁸

.....

45 NEVES, 1993, p. 49, 277. Uma “consciência jurídica geral” a entender-se como “a síntese de todos os valores e princípios normativos que nessa comunidade dão sentido fundamental ao direito ou que verdadeiramente lhes conferem o *sentido de direito*” (Ibidem, p. 280, grifo do autor), admitindo diferentes níveis de compreensão: um primeiro abrangendo aqueles valores, princípios éticos, intenções ético-culturais, concepções sociais sobre o válido e o inválido etc., que informam o *ethos* ou o espírito comum de uma determinada comunidade em um tempo determinado, constituindo sua unidade integrante, seu *consensus omnium* ou a consciência pública que prescreve os padrões de ação dentro dessa comunidade – bons costumes, usos do tráfego e do comércio, prova lícita, obrigações parentais etc. –; e um segundo nível, já de natureza jurídica, abrangendo os princípios que, num tempo específico e cultura, postulam o sentido último do direito como direito – o valor da pessoa humana, da justiça, da segurança etc.

46 Idem, 2009, p. 10 et seq.

47 Ibidem, p. 4.

48 Idem, 2008, p. 112 et seq.

Segundo o autor português, a noção anterior de autonomia e liberdade, filosoficamente transdeterminada, passou a ser autonomamente assumida e responsabilizada no contexto social. Esta especificação da *praxis* encontrou depois no pensamento cristão-medieval a sua síntese: aquela ocorrida entre o direito em sentido filosófico e identificado com a justiça ético-política, dos gregos, e o direito em sentido de experiência prático-prudencial, dos juriconsultos romanos;⁴⁹ mas que ainda restou especificada no pensamento moderno, onde a *praxis* jurídica incorporou aquela concepção secularizada do humano, na qual a razão se identifica com a própria subjetividade e o pensamento prático deixa de ser teórico-especulativo para ser auto-constituente: a subjetividade projetou-se como legisladora e como responsável pelo sentido da juridicidade, sendo ela própria o grande demiurgo que organiza o poder e confere a ele sua legitimidade.⁵⁰

A autonomia humana, diz Castanheira Neves, é uma marca indelével da nossa civilização, tendo o direito assumido o compromisso de tutelar essa autonomia⁵¹ na medida em que se constituiu como um projeto humano-cultural específico. O jurídico, só o temos quando, antes de tudo, afastamos as perturbações à determinação de seu sentido, entre as quais agora importa considerar⁵² aquelas modalidades de compreensão do direito como um objeto e não como um problema,

.....
49 Com quais consequências? As de resultar numa perspetivação teológico-filosófica do legado grego do direito natural, numa dialética autonomia-responsabilidade axiologicamente radical – enquanto filhos de Deus nossa liberdade é absoluta, tem como correlato necessário a responsabilidade e a culpa – e numa concepção do direito como *lex* e não só como *ius*, uma *lex* cujo sentido ético imprescindível só pode ser apreendido por uma prática nova: a prática hermenêutica, a quem cabe o papel de fixar o sentido do texto, o texto jurídico recebido do direito romano e que, juntamente com os escritos sagrados, ajuda a compor um sentido cultural próprio, isto é, o da autoridade e do texto. (NEVES, 2008, p. 112 et seq.)

50 Ibidem, p. 114 et seq.

51 Ibidem, p. 115.

52 Sobre os outros obstáculos da determinação do sentido do direito, quais sejam suas abordagens como discurso e como função, ver NEVES, 2009, p. 12 et seq.

como uma questão teórica e não como um problema prático. Depois, o acesso ao sentido do direito só nos seria permitido quando compreendemos o porquê do direito, o que de outro modo significa apropriar-se das “condições constitutivas de sua possibilidade” e das “dimensões constitutivas da sua específica normatividade”.⁵³ Creio podermos acentuar, neste caso e para o fim deste primeiro ato, que para Castanheira Neves a emergência do direito como direito dá-se diante de três condições: a condição mundanal, a condição antropológico-existencial e a condição ética,⁵⁴ sendo certo que esta última indica que tal direito somente pode ser compreendido – no que o torna inconfundível – na afirmação da *pessoa* e do seu reconhecimento recíproco no espaço comunitário, onde liberdade e responsabilidade se coimplicam; se esta última faz emergir a primeira das dimensões da normatividade do direito – a dimensão ética – a validade é a segunda dessas dimensões axiológico-normativas, constitutivas desse direito.⁵⁵

A (in)certeza e a (in)determinação dos critérios de deliberação do agente no direito e na tragédia

A distinção entre uma questão jurídica e uma questão trágica pode ser enfrentada ainda de outra forma: a da elaboração dos critérios de solução e da (in)certeza que tais critérios oferecem ao agente, no instante em que ensaia uma resposta, ao deparar-se com cada uma dessas questões. É que uma cena trágica representa o agente atuando em um mundo onde tudo é turbacão e incerteza, pois, às vezes,

.....

53 NEVES, 2009, p. 11 et seq.

54 Idem. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito. In: NEVES, A. C. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008a. v. 3, p. 13 et seq.

55 Idem, 2009, p. 10 et seq.

“a divindade eleva subitamente o homem esmagado pelo infortúnio ou atira de escantilhão o que está firmemente em pé”.⁵⁶ A única certeza que se tem é que a expiação da falta ocorrerá em algum momento, tal como as Erínias justificam a – indeclinável – perseguição contra Orestes:⁵⁷ para alguns criminosos, ela vem logo, para outros, mais tarde, mas sempre vem... sendo certo ainda que quando o criminoso escapa da maldição, seus filhos ou os filhos dos seus filhos pagarão em seu lugar.⁵⁸ O mundo trágico é aquele onde a

Moira torna fundamentalmente inseguros todos os esforços humanos, por mais sérios e coerentes que pareçam, e não há previsão que possa evitar essa Moira [...] É totalmente irracional a relação entre o nosso esforço e o nosso êxito. Quem se esforça mais por proceder bem colhe fracassos frequentemente, e a divindade permite a quem começa mal fugir às consequências da sua insanidade. Qualquer ação humana vem acompanhada de riscos.⁵⁹

A advertência que Sólon faz a Creso evidencia esse estado de insegurança no qual as coisas se dão num cenário de tragédia: por mais que a vida nos dê motivos para se alegrar com o sucesso que obtivemos, nunca se pode contar com a duração dessa boa-Fortuna, pois, enquanto estamos vivos, muitas desgraças podem nos acontecer.⁶⁰ Seja na vida do lar, seja na condução dos negócios públicos, a *Tyche* caprichosa está sempre à frente, dissimulada muitas vezes, para surpreender o agente quando ele menos espera que um Desastre – Τύχη, *Tyche* – lhe ocorra. A preocupação com a justiça, tal como diz Pereira,

.....
56 JAEGER, 1989, p. 108.

57 ÉSQUILO. Euménides. In: ÉSQUILO. *Oresteia*: Agamémnon, Coéforas, Euménides. Tradução de Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992c. p. 173-236.

58 JAEGER, 1989, p. 126.

59 Ibidem, p. 126.

60 HERÓDOTO, 2002, 29.1 et seq.

encontra-se presente nas discussões dos tragediógrafos, juntamente, é claro, com os temas da piedade, da relação entre os homens e entre estes e os deuses;⁶¹ mas o que importa dar conta é que nessa discussão a certeza da justiça é uma questão que está sempre em aberto.

Em verdade, quando Aristóteles define a tragédia, afirma que o temor despertado no espectador é um elemento imprescindível nesse tipo de drama, uma vez que o auditório se depara com um acontecimento em que males não têm conserto ou são de difícil reparação.⁶² E o que dizer da compaixão que uma questão trágica desperta? Sentimos compaixão pelo agente, diz o Estagirita, porque o que lhe aconteceu nos desestabiliza, deixando-nos inseguros ao pensar que tudo pode acontecer conosco;⁶³ tanto melhores e bem-sucedidas forem as pessoas arruinadas pelo Destino, mais ficamos desesperados, com medo de que isto possa nos ocorrer ou afetar alguém que amamos.⁶⁴ A incerteza do agente quanto ao que fazer, o erro grave que comete ao atuar, a mudança súbita de uma situação confortável para outra em que a Desgraça prevalece, tudo isso é da natureza do caso trágico, e é exatamente assim que desperta em nós o terror e a compaixão.⁶⁵ O diálogo entre Édipo e Teseu, a propósito da fugacidade da vida, mostra-nos, efusivamente, essa incerteza que a Moira semeia nos espaços público e privado.⁶⁶

Ocorre que o direito, tal como emerge e se torna inconfundível com outras práticas humanas, é incompatível com a incerteza e a indeterminação dos critérios que se constituem para a organização da nossa vida,

.....
61 PEREIRA, 1980, p. 335.

62 ARISTÓTELES, 1998, 1382b.

63 Ibidem, 1385b.

64 Idem, 2004, 1453a13-17.

65 Ibidem, 1453a12-17, 1454a1-3.

66 ZANIRATTO, C. P. *Tradução, comentário e notas de Édipo em Colono de Sófocles*. 2003. Dissertação (Mestrado em Linguística) – Instituto de Estudos da Linguagem, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2003. p. 607-615.

pelo menos nos termos que configura o evento trágico: na deliberação jurídica o agente tem de ter algum controle da situação, pois encontra no diálogo entre o sistema – embora inevitavelmente poroso – e o problema a resposta do direito, dada pelo momento histórico-concreto, inclusive formulada considerando a juridicidade no que transcende à própria positividade.⁶⁷ O direito, como Castanheira Neves o concebe, é a última instância crítica por meio da qual os homens se socorrem da arbitrariedade dos outros homens e até mesmo da arbitrariedade do próprio Estado.⁶⁸ Isso é possível dizer, segundo ele, porque o direito pode ser identificado não somente quando media nossa coexistência ou nos leva a transcender nossa própria existência no mundo, mas também quando tal direito reluz ao afirmar-nos como *pessoa*, implicando talvez numa ordem de validade... validade normativa que faz com que a juridicidade não seja apenas um sistema de prescrições aleatórias, expondo-nos ao risco de provar o fruto amargo da *voluntas* e de outras incertezas que precisamos evitar.⁶⁹

A dimensão da validade, pelo que vai dito anteriormente, não prescinde de uma clara determinação da normatividade referível e invocável, embora se possa admitir uma possível e concreta indeterminação normativa:

o sistema jurídico não é, nem pleno (sem lacunas), nem de todo consistente (sem equivocidades e sem contradições), nem fechado (autossuficiente), mas, antes, necessariamente poroso,

.....
67 NEVES, 1993, p. 212 et seq., 228 et seq.

68 “E para ser ele [o direito] aquilo que verdadeiramente deve ser e para que possa cumprir a sua autêntica função de direito – afirmar-se como a última *instância crítica* (axiológico-normativamente crítica) da comunidade, através da qual o homem se afirmará na sua dignidade indispensável à prepotência do poder, seja do poder dos outros homens, seja o poder do poder político”. Idem. A redução política do pensamento metodológico-jurídico: breves notas críticas sobre o seu sentido. In: NEVES, A. C. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995b. v. 2, p. 413, grifo do autor

69 Idem, 2009, p. 15 et seq.

de uma insuperável indeterminação e permanentemente aberto, a exigir por isto uma contínua reintegração e reelaboração constitutivas através de uma dialética da sua realização histórica.⁷⁰

Ela requer uma determinação normativa perfeitamente possível, diga-se, em três planos:⁷¹ um de natureza sociológico-cultural, o terreno no qual a ordem de validade sofre as vicissitudes e as variações da positividade; o outro de caráter intencional-principiológico, em que o direito encontra seu sentido de direito; o último de material axiologia humano-comunitária, onde a dialética entre o *suum* e o *commune* manifesta-se. De resto, a validade em causa tem seu próprio fundamento, o qual já foi procurado no Ser, na razão e no contrato – ou até já se prescindiu dessa busca. Todavia, o que a prática humano-cultural ou a comunicativa existência humana convoca são valores e princípios, abrigados no interior de um *ethos* fundamental ou de um pensamento prático histórico-cultural específico... sempre resultante do aprendizado que o homem faz da sua humanidade.

A racionalidade do sistema permite que a deliberação jurídica se oriente por critérios rigorosos, sistemática e metodologicamente controláveis;⁷² já por ocasião da emergência do direito enquanto tal, na doutrina dos jurisconsultos – uma vez que ali o *ius suum cuique tribuere* ou *respondere* aos casos juridicamente relevantes –, significou buscar a justiça prática ou o justo concreto, enquanto identificava ou comparava sujeitos comparáveis;⁷³ caracterizando-se por reconstituir controvérsias jurídicas e enunciando de resto o *núcleo* do mundo prático do direito. Desse modo, no universo jurídico, o sistema é

.....
70 NEVES, 1993, p. 212.

71 Idem, 2009, p. 16 et seq.

72 Idem, 1993, p. 237 et seq.

73 LINHARES, 2013b, p. 180 et seq.

irremediavelmente aberto, mas o direito é determinável,⁷⁴ algo que nem de longe se pode ver no palco da tragédia. Nem se há de imaginar que a certeza ou segurança jurídica seja valor do qual se possa prescindir, quer diretamente pelo direito, quer pelo pensamento jurídico.⁷⁵ Nem mesmo se diria que uma decisão, por carecer de revisão quando tomada à margem da justiça consagrada pela positividade jurídica, significa expor o direito à insegurança, visto que “a solução que parece favorecer imediatamente a certeza é a solução justa”.⁷⁶ A pluralidade ou a tensão irrecusável de diferentes caminhos não se expõe a qualquer indecidibilidade, sendo certo que, sem ter que renunciar a tal dinamicidade, é possível institucionalizar as respostas necessárias e integradas numa – determinada – comunidade de juristas.⁷⁷

A (im)previsibilidade da resposta concreta e o tratamento da surpresa no processo deliberativo

Mas o que foi dito anteriormente ainda não é tudo, pois podemos prosseguir na distinção a que me propus entre uma questão trágica e questão jurídica, partindo da abertura do sistema para respostas com as quais o agente não contava, pelo menos até a emergência do problema. Com efeito, o fato de a questão trágica deixar em aberto a resposta provável para o problema que ela põe permite que haja muitas surpresas no processo deliberativo. Uma coisa central na tragédia é a advertência contra o excesso de autoconfiança, assim como a denúncia contra a

.....
74 NEVES, A. C. *Apontamentos complementares de teoria do direito: sumários e textos*. Coimbra: Policopiado, [2005?]. p. 67.

75 *Idem*, 1971, p. 205.

76 *Ibidem*, p. 216.

77 LINHARES, 2012, p. 162.

simplificação das escolhas.⁷⁸ Isso não significa necessariamente uma indecidibilidade, mas o reconhecimento de que a harmonia do sistema, quando alcançada às custas da simplificação, pode ser onerosa ao agente, tal como as harmonizações desastrosas que Creonte, Antígona e Agamênon fizeram.⁷⁹ A abertura para o horizonte do improvável, portanto, não viola o sistema, embora o fustigue, permanentemente; este é um preço a pagar pela garantia de que nenhuma questão ficará sem resposta, pois, segundo Nussbaum, o reconhecimento de que outras soluções não estão descartadas abre uma janela para escaparmos da traição própria da contingência, do remorso por simplificarmos a questão.⁸⁰

De fato, o que parece garantir que a abertura do sistema não provoque uma indecisão, assim como o que garante que uma resposta reduza ao mínimo um possível e futuro desconforto é o seu apelo, antes de tudo, para a justiça, esta que não é a do direito, mas a da experiência mais profunda da capacidade de amar. Não nos disse Unamuno que o amor pode ser considerado o mais trágico de tudo que há, o remédio que na vida social nos ajuda seguir adiante, olhando para além da pessoa amada?⁸¹ Como ignorar o porvir do amor?⁸² Não existem aqui, portanto, casos sem resposta, mas, simplesmente, casos trágicos e que, como tais, devem ser resolvidos; o que há de distinto em relação ao caso jurídico, diz o autor espanhol, é que a tragédia possui uma capacidade penetrante de levar o homem a experimentar o que ele tem de mais profundo: sua espiritualidade.⁸³

.....
78 NUSSBAUM, 2001, p. 52.

79 Ibidem, p. 64 et seq.

80 Ibidem, p. 50.

81 UNAMUNO, M. de. *Del sentimiento trágico de la vida*. Buenos Aires: Longseller, 2004. p. 171. et seq.

82 Ibidem, p. 229.

83 JAEGER, 1989, p. 207.

Tenhamos em vista que o surpreendente – δαίμων, *daimon* –, o admirável, o estranhamento, o fascínio diante do mundo etc., tudo é da natureza de uma decisão trágica. A resposta bem elaborada para uma questão difícil não constitui uma simples conformação do fato a um cânone preestabelecido, tal como Creonte tenta fazer quando abandona o corpo de Polinices aos cães e abutres; não é somente, ainda, uma declaração de pesar como Agamênon faz ao concluir que sacrificar Efigênia é a resposta certa para seu problema. Uma solução bem elaborada manifesta uma grande capacidade de antever e de sofrer – antecipadamente – remorso pelo que o agente está em via de fazer, de mobilizar emoções adequadas para se adiantar aos danos que pode causar, caso aja da forma como pretende agir.⁸⁴ O apelo final de uma história trágica é para a compaixão, sendo ela quem, em última instância, fecha a porta para o caos e para o sofrimento desmedido. A esperança de reduzir os riscos do fracasso é a única universalidade que a questão trágica parece permitir, na comunhão com outros códigos; no mais, tudo é escuridão e incerteza: “Não possuindo tochas para iluminar-nos o caminho, erramos ao acaso”.⁸⁵

A questão jurídica, porém, também está aberta, mas disposta a encerrar o caso de um modo bem distinto: apelando para a própria juridicidade e realizando sua crítica interna, isto é, para uma noção de direito como circularidade normativa e que mantém sempre em aberto o diálogo sistema-problema, reconstituindo-se na própria e continuada realização.⁸⁶ Mas isso não significa qualquer

.....
84 NUSSBAUM, 2001, p. 43.

85 PETRÔNIO, 1981, p. 79.

86 NEVES, 2009, p. 18 et seq. Desse modo, “a irredutível abertura do sistema impõe ainda que a realização do direito interogue continuamente e se faça intérprete, no seu juízo normativo concreto, do *consensus* jurídico-comunitário das intenções axiológico-normativas da ‘consciência jurídica geral’, com as suas expectativas jurídico-sociais de validade e justiça – e daí também quer a indispensável e responsável mediação do ‘intérprete’, quer o momento filosófico-jurídico de toda a realização do direito”. *Idem*, 1993, p. 80

casuísmo,⁸⁷ apenas um “processo de institucionalização internamente *assumido* pelo mundo prático do direito”.⁸⁸ A dimensão da validade jurídica ou a dimensão axiológica-normativa implicada convoca outras três dimensões que estruturam o sistema jurídico:⁸⁹ uma dimensão dogmática que converte as exigências de validade em abstrata objetivação das soluções ou pré-soluções para os problemas hipoteticamente previstos, em outras palavras, soluciona prudencialmente a concreta indeterminação dos regulativos postos pela validade; uma dimensão problemático-dialética que expressa aquele *novum* problemático e irreduzível à previsibilidade dos esquemas dogmáticos, em face do que é a concretude e a originalidade da experiência jurídica; e uma dimensão praxística que se traduz na realização crítico-judicativo-decisória do regulativo na prática histórico-social concreta.

Ocorre, ainda, que a validade não se completa apenas quando se expressa numa estrutura, sendo certo que vai exigir também que essa estruturação se organize pela racionalidade de um sistema, específico, por sinal...⁹⁰ Um sistema assumidamente complexo, disposto a integrar, pela própria dinâmica da realização, os diferentes estratos normativos dele mesmo e a definir o conteúdo do direito. Quais estratos? O primeiro constituído por *princípios* – positivos e transpositivos, em que se incluem as cláusulas gerais mais relevantes, e os suprapositivos –, definindo o momento de validade fundamentante ou intenção de *transcendens* constituinte que impede que o direito seja somente *ordinatum/normatum*/objeto, mas sim, *ordinans*.⁹¹ É por meio de tais princípios

.....
87 Ibidem, p. 147 et seq.

88 LINHARES, 2012, p. 156.

89 NEVES, 2009, p. 18 et seq.

90 Idem, 2009, p. 20 et seq., 155 et seq.; Idem, 1993, p. 155 et seq.

91 Os princípios jurídicos, como dispostos pelo jurisprudencialismo de Castanheira Neves, decerto que não oferecem uma solução acabada, mas orientações de solução; não se confundem, assim, com os chamados “princípios gerais” do direito positivo que são particulares orientações extraídas internamente de uma também específica ordenação, sendo aqueles translegais e não necessariamente pressupostos nestes.

que a validade axiológico-normativa se funda e se expressa, o que lhes permite gozar da presunção de validade.

O segundo estrato é constituído por *normas*, opções político-estratégicas, cuja vinculação advém da legitimidade e autoridade instituintes, de qualquer modo indispensável, porque o regulativo de validade não dispensa uma determinação, sendo sempre o apelo de uma

Tais princípios, assimilados por Linhares (LINHARES, 2012, p. 163 et seq.) inclusive a partir do ensinamento oral do seu mestre, têm sua doutrina enriquecida com o apoio que vai buscar em outros interlocutores externos... desde logo encontrando na distinção entre *critérios* e *fundamentos* o *status* de direito; princípios como autêntico *ius*, a encontrarem nas imagens do farol – Cornell – e da bússola – Cortina – a possibilidade de pensar a controvérsia juridicamente relevante como uma travessia sobre um território desconhecido... sempre por percorrer e a exigir a invenção de um caminho irrepitível; o que denuncia a impossibilidade de pensar a solução da controvérsia-caso como uma pura *inventio*, desprovida de orientações trans-subjetivas ou de mapas elaborados por caminhantes anteriores – legisladores, juízes, doutrinadores... –, cujo patrimônio indiscutivelmente é precioso para cada percurso novo; o resguardo de tais mapas evitaria que se percorressem caminhos que afastam o viajante do seu destino, ao passo que sua descrição, ainda que pormenorizada, não deixa que tais mapas se confundam com o caminho novo a percorrer: antecipam, apenas, situações-problemas, propondo soluções plausíveis e alternativas. Uma tal assimilação dos princípios, pelo autor português, ajuda-nos a compreender bem o lugar que ocupam dentro do sistema que o jurisprudencialismo nos mostra; isso para fazer ver que tais princípios, pensáveis como compromissos prático-comunitários ou como exigências humano-concretas de *ser-com-os-outros*, exigem ser tratados como autêntico *ius*, sob pena de falharem se fossem tratados como critérios amplamente indeterminados. Como? Distinguindo a visão dos princípios como *ius* das demais que a ele se socorreram; primeiramente dos princípios como *racio*, como condições epistemológicas de uma racionalização cognitivo-sistemática de normas legais, dado que tal concepção, herdeira da tradição normativista dos princípios gerais de direito, frustra-se em uma tal compreensão uma vez que reduz o direito ao estrato das normas e os princípios a normas mais abstratas e gerais... tudo para aumentar o domínio cognitivo do sistema de modo que tais princípios nada acrescentariam no momento prático-decisório e em nada poderia conflitar com as normas; mas distinguindo-se, também, da noção de princípios como *intentio*, fruto do kantismo de Stammler, dado que os pensa como intenções prático-normativas, mas que só adquirem força vinculante se forem assimilados pelas normas legais, ou pelos precedentes, nunca sendo, porém, direito vigente. A que isso tudo nos levaria? À forma de poder pensar os princípios de duas maneiras, invocáveis conjunta ou isoladamente: como intenções *regulativas*, isto é, como manifestação de expectativas sociais ou compromissos comunitários que não têm um caráter jurídico, mas que podem orientar diretamente a construção de critérios jurídicos; como intenções *regulativas* com caráter metodológico, e que não constituindo direito vigente, servem de apoio para interpretar uma norma legal ou um critério jurisprudencial, mormente nos casos omissos a que o sistema por vezes se expõe.

contingente realidade histórico-social que tem para com a validade uma relação de possibilidade e não de necessidade; as normas dizem respeito àquela categoria geral da objetivação dogmática, por meio das quais os critérios de solução do problema são positivados, o que lhes confere uma presunção de autoridade. A *jurisprudência* constitui o terceiro estrato, o momento em que posições divergentes – e não necessariamente excludentes – suscitadas pela argumentação em concreto, objetiva e estabiliza uma já experimentada realização problemático-concreta do direito, adquirindo presunção de justeza. Por fim, a *dogmática* – resultado da “elaboração livre” da normatividade –, sustenta-se na própria racionalidade fundamentada e decisiva objetivação do sistema; a elaboração doutrinal realiza sua inteligibilidade última, sobretudo, pela avocação dos princípios, desfrutando desse modo de uma presunção de racionalidade.

O direito não contempla diretamente nenhuma contingência, nem mesmo uma contingência positiva.⁹² É que o direito positivo não oferece, por si só, os critérios e os fundamentos normativo-jurídicos exigidos pela sua realização;⁹³ pode-se dizer que nem mesmo o sistema jurídico, no conjunto de seus estratos, seja em si autossuficiente, expondo-se a uma necessária abertura e constante reconstituição, tomando o caso como *prius* e como autônomo aos saberes anteriores, ao passo que se sujeita a uma crítica que, para ser jurídica tal e qual, só pode ser de natureza interna.⁹⁴ A abertura do sistema jurídico seria a nota fundamental de sua própria universalidade? Diz-se que a única universalização possível da experiência jurídica é o seu problema, nunca podendo ser encontrado nas soluções que a ele são atribuídas; assim, para o jurisprudencialismo de Castanheira

.....
92 NEVES, 2008, p. 110.

93 Idem, 1993, p. 29 et seq., 176.

94 NEVES, 1993, p. 159 et seq.

Neves, o direito é uma realização concreta, histórica e problemática-mente situada, sugerindo diferentes respostas para iguais problemas.⁹⁵

Irresponsabilidade pelo Desastre, autodisponibilidade humana e responsabilidade pelas escolhas morais

Se assim são as coisas, como pensar a questão trágica em relação à questão jurídica, no tocante à responsabilidade do agente perante o caso e a autodisponibilidade humana? Esse é um terceiro e último critério possível de diferenciação entre as duas questões. Como os classicistas ensinam, o surgimento da tragédia permitiu que o debate sobre a razão – λόγος, *logos* – continuasse seu percurso iniciado já em Homero, este que, para alguns, inclusive, foi o primeiro a suscitar a discussão.⁹⁶ De fato, se compararmos o episódio no qual Aquiles recolhe sua espada, após a primeira reação à insolência de Agamênon,⁹⁷ com outro em que Créúsa e o Velho discutem sobre onde e como matar o enteado,⁹⁸ temos de fato a impressão de que houve um progresso das discussões rumo àquele *logos*: no primeiro caso, o agente volta atrás na sua decisão, mas o faz obedecendo a um comando exterior, o apelo de Atena, a deusa por quem tem uma grande consideração; no segundo, ao contrário, os agentes discutem entre si o que fazer. Todavia, como Pereira adverte, a diferença mais significativa é que na primeira cena as

.....
95 “E aí se saberá que o direito é só uma *resposta possível* (civilizacional-culturalmente tão condicionada como frágil) a um humano-social *problema necessário* e a que por isso mesmo não ficam excluídas respostas diversas enquanto eventuais *alternativas* ao direito – embora se deva bem esclarecer o que por essas alternativas humanamente se ganhará ou perderá”. Idem. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Ed., 2003a. p. 14. grifo do autor

96 PEREIRA, 1980, p. 337 et seq.

97 HOMERO, 2003, canto 1, v. 193-222.

98 EURÍPIDES. *Íon*. Tradução de Frederico Lourenço. Lisboa: Colibri, 1994. v. 978-1045.

coisas são colocadas no plano divino, enquanto na segunda, no plano puramente humano – subsistindo, nas duas situações, a tensão entre vontade e Destino que não afasta, de modo algum, a fatalidade ou as maldições que levam ao fracasso de nossos projetos.⁹⁹

A cena trágica, de fato, compromete, significativamente, a responsabilidade, embora pareça não a impedir por completo. Sabe-se que, para os gregos, o cosmo – κόσμος, *kosmos* – era um todo ordenado segundo leis bastante rígidas, o que leva a classicista portuguesa anteriormente citada – a propósito ainda da questão do *logos* – subscrever a opinião de outros especialistas no sentido de que aquilo, o sugerido pela tragédia, é o reconhecimento, por parte do homem, que existe um poder exterior a ele e que o opõe à sua vontade.¹⁰⁰ De acordo com Lesky, há na tragédia, inclusive, uma apropriação até mais profunda dos deuses sobre os mortais.¹⁰¹ Ora, isso permite interpretar o caso trágico como aquele no qual a decisão do agente é formulada de um modo muito complexo, possível, muitas vezes, somente mediante certa gama de sofrimento pessoal.¹⁰² A liberdade de escolha fica comprometida aqui, como se vê na angustiante decisão de Orestes, quando decide matar a própria mãe para vingar a morte do pai:

Não, não me vai trair o poderoso oráculo de Lóxias, que me ordena que corra este risco, eleva sem cessar a sua voz e me anuncia desastres capazes de me fazer gelar o sangue, se eu não perseguir os responsáveis pela morte de meu pai, tratando-os como eles o trataram, matando quem matou, vingando, com a fúria de um touro, a perda dos nossos bens. Caso contrário, pagarei com a própria vida, no meio de múltiplas e cruciantes dores.¹⁰³

.....
99 PEREIRA, 1980, p. 338 et seq.

100 Ibidem, p. 339.

101 LESKY, 1995, p. 256.

102 NUSSBAUM, 2001, p. 44 et seq.

103 ÉSQUILO. Coéforas. In: ÉSQUILO. *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*. Tradução de Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992b. 269-277.

Uma das características que Aristóteles aponta na tragédia, com o potencial de despertar no espectador um sentimento de compaixão, é exatamente o fato de o agente não merecer sua desdita.¹⁰⁴ A dificuldade de admitir a culpa aqui é de fato significativa, visto que sua própria noção de Destino, como já vimos no prefácio, diz respeito às situações em que o agente está exposto a fatores que ele mesmo não controla,¹⁰⁵ a exemplo de Édipo, cujo edital de nascimento já fixara que mataria seu pai e esposaria sua mãe. As desgraças que se abateram sobre seus filhos, Etéocles, Polinices e Antígona, também já estavam predestinadas: por mais valorosos que esses heróis tenham sido, não puderam evitar o fracasso que era parte do quinhão recebido da roda da Fortuna. O humano aqui não tem aquele lustre que mais tarde a filosofia do sujeito lhe daria, pois, como disse Nussbaum, muitas vezes o agente moral é representado como qualquer um dentre os seres da natureza; tal como as plantas, somos igualmente dependentes de circunstâncias que não estão dentro de nós, nossa boa ou má-Sorte escorre por entre os dedos quando tentamos agarrá-la.¹⁰⁶ A humilhação do homem pelo Destino é de resto o que o drama trágico expõe diante dos olhos do espectador: pessoas boas são facilmente arruinadas, não pelo querer livre delas, mas em razão de coisas que simplesmente lhes acontecem, que elas não controlam.¹⁰⁷

Mas a responsabilidade e a culpa não estão inteiramente afastadas. É que, de acordo com Kitto, o fato de a tragédia atribuir aos deuses a causa de todos os males não significa propriamente para os gregos uma evasão consciente de responsabilidade, mas apenas o reconhecimento de que as coisas que nos ocorrem fazem parte do nosso quinhão, devendo cada um perseguir os bens que valem a pena

.....
104 ARISTÓTELES, 2004, 1453a5-7.

105 Idem, 1998, 1362a.

106 NUSSBAUM, 2001, p. 1 et seq., p. 70.

107 NUSSBAUM, 2001, p. 25.

buscar, embora o preço a pagar possa ser somente lágrima e destruição.¹⁰⁸ Jaeger concorda que a discussão sobre a responsabilidade não está ausente no mundo trágico dos gregos, tendo sido suscitada primeiramente em *Odisseia*, na qual foi devidamente aprofundada e, mais tarde, com Sólon, perfeitamente admissível.¹⁰⁹ A culpa não está descartada dentro de uma experiência de vulnerabilidade, diz Nussbaum, mas admitida no sentido de que o agente deve resistir nos limites que sua humanidade lhe permite.¹¹⁰

O que dizer, porém, da Providência ou daquele auxílio que os próprios deuses prestam ao humano, evitando que caiam em Desgraça? Isso tudo não nos redime da humilhação à qual estamos dispostos, uma vez que o homem continua a merecer os favores desses deuses de natureza antropomórfica que podem não dar a mínima para nossos problemas, como Aquiles anteriormente se queixou. A Providência, quando vem, não atua em proveito pessoal do agente, e até mesmo pode deixá-lo perecer, salvando apenas sua honra – τιμή, *time* – e evitando que maiores males lhe sobrevenham.¹¹¹ Seriam verdadeiras as interpretações de Jiménez acerca da admissão, em Plutarco, da responsabilidade do humano perante a Sorte?¹¹² Penso que são bastante razoáveis seus argumentos, levando-nos a reconhecer que há, sim, alguma responsabilidade humana, mas ela é, no máximo, partilhada com os deuses, o que em termos de direito e da autodisponibilidade humana não é uma autêntica responsabilidade. Se podemos admiti-la, é preciso saber que ela ocorre dentro de um limite, visto que a imagem do Destino está sempre associada à ideia de soberba – ὕβρις, *hybris* –, isto é, a má-Sorte do agente pode ser ainda mais

.....
108 KITTO, 1990a, v. 1, p. 103.

109 JAEGER, 1989, p. 124 et seq.

110 NUSSBAUM, 2001, p. 41 et seq.

111 JIMÉNEZ, 2010, p. 178 et seq.

112 JIMÉNEZ, 2010, p. 176 et seq.

humilhante quando ele extrapola o lugar que um humano não deve nunca ultrapassar; a temperança – σωφροσύνη, *sophrosyne* – é a virtude que encurta nossas rédeas e evita que se percam de vista os limites humanos de pensar e de atuar, evita que o homem tenha inveja dos deuses e queira viver como eles vivem.¹¹³

O que eu disse ainda deve considerar que a situação trágica é muitas vezes agravada, pois em alguns casos o infortúnio traz um sofrimento àquele que realizou uma ação, como se dá com Filoctetes quando, involuntariamente, viola o santuário da deusa Crisís e a serpente pica o seu pé.¹¹⁴ Em outros, esse mal é causado a terceiros, como se dá com Creonte quando insiste em não enterrar Polinices e, com isso, atrai todo tipo de males para seu palácio;¹¹⁵ nem se diga que alguns desses estragos são inteiramente irreparáveis, como se dá no último caso, que nada mais resta ao monarca a não ser lamentar os seus mortos. Mas o modo como a questão jurídica encaminha a responsabilidade é diferente disso. Devo lembrar que a invenção do direito pelos romanos, como ensina Castanheira Neves, distanciou-se da concepção trágica do mundo, por isso o autor português rejeita a possibilidade de reconciliarmos-nos com o holismo prático dos gregos, no qual “a humanidade como que se assumia a si própria em cada um”,¹¹⁶ e “o homem respondia pelas transgressões aos deuses tutelares, e portanto ao *nomos* comunitário, na imputação objectiva da acção violadora, com a sua exemplaridade e os seus efeitos”.¹¹⁷ Mas evitar esse regresso não significa para o autor aderir ao hipertrofiamento moderno da liberdade – de resto assimilado pelo direito e pelo pensamento jurídico –, mas pensar o homem como ser de responsabilidade antes de tudo. Entenda-se: se a juridicidade,

.....
113 JAEGER, 1989, p. 201 et seq.

114 SÓFOCLES. *Filoctetes*. Tradução, introdução e notas de José Ribeiro Ferreira. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013.

115 Idem, 2018, 582-602.

116 NEVES, 1996, p. 12.

117 Ibidem, p. 11.

entre os modernos, foi pensada ao nível puramente das liberdades e da mais absoluta individualidade, agora somente pode ser pensada naquela dimensão comunitária de que o *homo juridicus* se esquivou; por outras palavras, esse homem não pode mais hoje ser compreendido à margem de sua responsabilidade comunitária, sendo esse compromisso inerente à pessoa: “a pessoa, pela simples razão de ser, se vê investida não só em *direitos*, mas igualmente em responsabilidade – a pessoa é chamada a *respondere* em termos comunitários – já que os *deveres* são para ela tão originários como os *direitos*”.¹¹⁸

De fato, parece que evitar as más notícias da tragédia significaria, de acordo com o que Castanheira Neves talvez admitisse, apostar naquela intersubjetividade ou bilateralidade atributiva que possibilita a comparação entre sujeitos de direitos e obrigações. Propõe-se uma ruptura significativa com aquela concepção de humano assumida pelo Iluminismo jurídico, sem com isso ter que regressar àquela *humanitas* pré-moderna. Uma ruptura que nos permite distinguir o homem, enquanto *sujeito*, do homem enquanto *pessoa*: o homem enquanto sujeito-indivíduo, um conceito formulado pelo pensamento moderno e que de resto hipertrofiou o polo do *suum*, leva em conta somente nossa dimensão antropológica, por isso que o estatuto de liberdade que se atribuía a esse indivíduo não era fator impeditivo à sua renúncia e para a sujeição da humanidade de um pela humanidade de outro homem;¹¹⁹ e o humano enquanto pessoa: tal como se acentua no jurisprudencialismo e na dialética *suum/commune*, tem sentido cultural e sugere uma conquista axiológica, sendo certo que a dignidade que lhe é imputada – primeiro recobrando Kant com a impossibilidade de ser o humano um meio ao invés de puro fim – notabiliza-se no reconhecimento que Hegel muito especialmente tinha em conta,

.....
118 Idem, 2008a, v. 3, p. 868.

119 NEVES, 1996, p. 33.

ou seja, no *ser* pessoa e *ver* no outro uma pessoa igualmente merecedora daquele reconhecimento.

A dimensão ética aqui colocada leva o autor português a pensar o direito sem confundi-lo com um simples regulatório prescritivo em face das contingências econômicas, sociais, políticas ou científicas de um momento, como um *posterius* de regressiva funcionalização – a instrumentalização do direito pelas teorias funcionalistas é atualmente um fato preocupante –, postulando, assim, ser um constitutivo normativo-axiológico, de validade e de autônoma e prévia problematidade.¹²⁰ O fundamento autêntico e último do direito é a liberdade, e nem mesmo o processo coativo que lhe é inerente a contradiz: a coação permite conciliar a liberdade de cada um com a de outro, certo ainda que ela não tem apenas um sentido negativo-formal, mas também, positivo como responsabilidade;¹²¹ de resto, a coação é entendida como um “instrumento de que as coletividades organizadas se servem para impor ao arbítrio a vinculação jurídica válida”.¹²² Só temos uma questão jurídica diante da emergência de um problema no qual a dialética entre direito e responsabilidade é presente:

[...] estaremos perante um problema de direito – ou seja, um problema a exigir uma solução de direito –, se, e só se, relativamente a uma concreta situação social estiver em causa, e puder ser assim objeto e conteúdo de uma controvérsia ou problema práticos, uma inter-acção de humana e exigível correlatividade, uma relação de comunhão ou de repartição de um qualquer espaço objectivo-social em que seja explicitamente relevante a tensão entre a liberdade pessoal ou a autonomia e a vinculação ou integração comunitária e que convoque num distanciador

.....
120 *Idem*, 2009, p. 6.

121 *Idem*, 1971, p. 252 et seq.

122 *Ibidem*, p. 262.

confronto, já de reconhecimento (a exigir uma normativa garantida), já de responsabilidade (a impor uma normativa obrigação), a afirmação ética da pessoa (do homem como sujeito ético).¹²³

O problema jurídico é “o problema do histórico-social encontro, se não desencontro, humano no nosso espaço de coexistência e convivência”.¹²⁴ Isso faz com que o nosso direito seja um projeto civilizacional cuja tocha foi acesa pelos romanos, como já se disse. Mais que reconhecer nesse direito o projeto civilizacional europeu de raízes greco-romanas e judaico-cristãs e humano – que se afirma hoje como resposta possível para um problema necessário –,¹²⁵ o jurisprudencialismo vê nele uma verdadeira alternativa humana, “uma dimensão capital, e irrenunciável, da humanidade do homem”,¹²⁶ embora seja apenas uma alternativa entre as diferentes vozes que, no confronto entre os projetos da *societas* e da *communitas*, assume, ainda que em perspectivas inconfundíveis e com consequências muito distintas, os pressupostos deste último – enquanto dialoga criticamente com o primeiro –¹²⁷ e persegue uma reabilitação do pensamento prático.

Vulnerabilidade, declaração e promoção de capacidades humanas

Vistos, portanto, possíveis critérios de diferenciação entre direito e tragédia, com os seus corolários distintivos entre uma escolha genuinamente trágica e uma escolha indesculpavelmente jurídica, importa

.....
123 NEVES, 2012, p. 77.

124 Idem, 2008, p. 105.

125 Idem, 2003, p. 146.

126 Ibidem, p. 147.

127 LINHARES, 2012, p. 161.

agora perguntar: certificado de que o agente moral agiu – na prática jurídica, na ação política, na atividade administrativa etc. – sob o jugo dos poderes destinais, irresistíveis e capazes de excluí-lo da responsabilidade pelas escolhas, o que deve o juiz fazer numa tal situação? Tenho defendido que as deliberações morais parecem ser de dois tipos bem diversos: as que “declaram” e as que “promovem” as capacidades humanas. A distinção é necessária porque, tratada no plano exclusivamente moral, ela parece nos proteger das instrumentalizações do direito pela política, pela economia, pela engenharia etc.¹²⁸ Como vimos anteriormente, a análise de um caso qualquer permite saber se estamos diante de uma escolha trágica ou jurídica; esse primeiro juízo que fazemos pode-se aqui chamar, por falta de uma designação melhor, de deliberação que simplesmente “declara capacidades”. Quando a escolha do agente acontece sem o constrangimento que define uma questão trágica, podemos afirmar que esse agente é inteiramente responsável pelas consequências da sua decisão; mas quando a declaração não é de capacidade e sim de incapacidade, o juízo da situação precisa ser aprofundado, embora devemos reconhecer que estamos aqui no limite entre o direito, a política, a administração etc.

Com efeito, não seria contrário ao nosso senso de justiça – justiça, aqui, considerada no seu amplo sentido – darmos conta de que o agente foi acometido de constrangimentos, que não podia evitar, fortes o suficiente para suprimir suas capacidades de ser e atuar, mas, ainda assim, permanecermos insensíveis a isso e não aprofundarmos nossa avaliação a fim de reabilitá-las, tal como Aristóteles diz ser o primeiro dos objetivos das instituições?¹²⁹ Se a resposta for positiva, parece ser adequado falar num segundo tipo de deliberação moral: aquela que “promove capacidades”. Não preciso aqui, ao que parece, entrar na discussão sobre “judicialização da política”, “ativismo

.....
128 Para uma importante análise desta questão, ver NEVES, 1995, p. 379-421.

129 ARISTÓTELES, 1970, 1099b.

judicial” etc.,¹³⁰ pois não é disso que se trata; quero apenas sugerir que a situação presente pode expor o direito ao constrangimento de, ao fim de tudo, abrir uma janela a juízos práticos que não lhe sejam intrínsecos, mas que, pelos contrastes decorrentes disso, tornem difícil dizer com clareza quando começa ou termina uma questão jurídica. Creio que cabe aos juristas algum esforço de delimitação entre o direito e o não direito, e não estou falando naquele sentido de Luhmann,¹³¹ em que os juristas, buscando reduzir a complexidade do mundo presente, refugiam-se numa autoclausura operativa, esvaziando esse direito de sua indeclinável dimensão material e pensando-o somente como um programa no qual decisões concretas se tornam possíveis. O exercício de diferenciação que falo é o modo como o juiz despachará o caso: determinando a quem cabe o ônus do desagravo à humilhação experimentada pelo agente, circunscrevendo pela exploração concreta dos contrastes “direito” *versus* “não direito” o mapa das ações possíveis para reabilitar as capacidades do agente que de fato comprometeram sua dignidade.

Nossa tradição jurídica, fortemente influenciada pela filosofia contratualista do período iluminista, pressupõe não somente a autonomia do sujeito e a sua liberdade de escolha, mas ainda, uma igualdade radical entre os sujeitos de uma relação jurídica.¹³² Isso impede – não obstante a releitura do contratualismo feita por Rawls, que admitiu a intervenção do Estado para compensar as desigualdades reais – levar a sério as vulnerabilidades das quais falamos na questão trágica; disso decorrem certas compreensões meramente procedimentais da justiça, soando estranho a esses autores dizer que o direito tenha

.....
130 Sobre esta questão, ver MACHADO, F. C. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina, PR: Thoth, 2020. p. 26 et seq., 372 et seq., 391 et seq.

131 LUHMANN, 2002, p. 93 et seq.

132 Para uma crítica ao contratualismo e à sua incapacidade de responder aos grandes desafios que o direito tenta responder, inclusive aqueles decorrentes de vulnerabilidades iniludíveis, e considerando a vigorosa renovação que Rawls fez com a teoria contratualista, ver NUSSBAUM, 2007, p. 9 et seq., 176 et seq., 224 et seq.

outras obrigações além de garantir o exercício desembaraçado dos direitos pelo cidadão. Aristóteles, todavia, tinha outro fundamento para a comunidade política: reconhecendo que a plenitude da felicidade e uma vida bem-sucedida dependem, pelo menos em parte, de um pouco de Sorte,¹³³ o Estagirita sugere que a sociedade foi criada por causa da nossa vulnerabilidade comum; portanto, o Estado e o direito têm o papel de nos proteger dos constrangimentos da Fortuna, das coisas que simplesmente ocorrem com o agente, ainda que ele tenha atuado com a devida precaução.¹³⁴

Tenho-me dedicado à pesquisa sobre o sentido atual do direito, o que me fez debruçar sobre a própria emergência desse direito na civilização ocidental. Parece-me que a invenção da *praxis* jurídica decorreu dessa necessidade de aliviar um pouco o sofrimento humano diante da humilhação do Destino, no que a história das instituições e do direito positivo testemunham o esforço de nos proteger contra toda ameaça à dignidade e à realização de nossos projetos de felicidade. Nesse sentido, embora não se dedicando filosoficamente sobre o assunto, o voto do ministro Celso de Mello parece reconhecer a existência de uma esfera moral do sujeito com a qual não podemos transigir e que não pode ser negligenciada pelo Estado, seja na deliberação jurídica, seja no terreno das escolhas administrativas: os direitos fundamentais, disse o magistrado, impõem-se por si mesmos e independem de qualquer juízo de valor que fazemos sobre o agente sob avaliação.

De resto, sugiro que, não deixando de admitir uma certa dose de procedimentalismo nas decisões que tribunais e agentes políticos devem tomar,¹³⁵ devemos nos interessar concretamente pelos bens

.....
133 ARISTÓTELES, 1970, 1099b.

134 *Idem*, 1951, 1252a, 1253a.

135 A decisão que promove capacidades não pode arbitrar modelos de vida boa a qualquer um, limitando-se somente a dizer, partindo de uma dada experiência da vida ética e de uma agenda consagrada dos direitos humanos, o que é devido ao agente para que

que serão especificados na decisão, mesmo porque, somente assim, pode-se avaliar corretamente se juízes, administradores, políticos etc. são capazes de reabilitar o agente nas funções interditas pela má-Sorte. Nesse particular, a literatura, nomeadamente a tragédia, pode nos mostrar a complexidade das escolhas, evitando que a contingência do Destino impeça os humanos de serem arruinados definitivamente e suas capacidades, de florescer, como ocorre a todos, permitindo-lhes ter uma vida que valha a pena ser vivida.

Epílogo

A discussão sobre escolhas trágicas é uma das mais controvertidas na filosofia moral como um todo, encontrando hoje um forte apelo argumentativo na política, no direito e na administração. Pelo que vimos neste trabalho, devemos entendê-las como decisões que, uma vez tomadas, como Nussbaum ensina, resultam no abandono de alternativas suficientemente plausíveis para que a dor da perda se imponha, qualquer que seja o bem preterido pelo agente.¹³⁶ Quando o julgador está diante dela, como Ricoeur afirma, não tem ao alcance da mão a chamada “resposta correta”, que o juiz Hércules encontraria de acordo com o modelo decisório, sugerido por Dworkin, para casos difíceis – não exatamente “casos trágicos”, pois a tradição filosófica do autor não admite a existência de dilemas morais e, portanto, não tem respostas para elas.¹³⁷ Por isso mesmo Atienza vê, aqui, uma situação-limite no processo de deliberação, pois nem mesmo uma teoria da argumentação iluminaria a escolha e evitaria o remorso

.....
suas capacidades violadas pelo Desastre – Τύχη, *Tyche* – possam florescer em toda sua plenitude!

136 NUSSBAUM, 2001, p. 27 et seq.

137 RICCEUR, 1995, p. 192 et seq.; ver ainda, quanto ao referido juiz Hércules, DWORKIN, 2007, p. 164 et seq.; idem, 2003, p. 309 et seq.

de deixar pelo caminho um bem valoroso tanto quanto o que foi prestigiado.¹³⁸

Os testemunhos de Abraão e de Agamênon foram bastante exemplares, permitindo enxergar as dimensões do problema e a relevância de seu estudo: no primeiro, para dar prova de sua fé, o mais virtuoso dos hebreus é desafiado a imolar o próprio filho, enquanto no segundo, para guardar o mandamento de punir o crime cometido contra o lar, o maior dos atidas é constrangido a sacrificar sua filha como uma

.....

138 ATIENZA, 1997a, p. 252. Importa atentar-se a esse autor, pois, se por um lado estamos falando de uma das vozes mais eloquentes da teoria da argumentação no pensamento jurídico atual, por outro, é quem admite explicitamente os limites invencíveis dessa argumentação, quanto a questões que nos têm sido colocadas; sua contribuição ao debate sobre escolhas trágicas, inclusive, decorre do reconhecimento das dificuldades que se impõem à interpretação jurídica (Idem, Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 6, p. 7-30, abr. 1997b. p. 8 et seq.): disposto a levar até o limite a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, aponta a necessidade de enriquecer seu debate... o que faz acrescentando novas categorias distintivas, concentrando-se naqueles casos jurídicos perante os quais "no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral" (Ibidem, p. 19). Trata-se de testemunhar o constrangimento do juiz em não poder julgar o caso sem violentar a ordem jurídica: o caso trágico-jurídico emerge do contraste da ordem jurídica com a ordem moral, mas, como as razões morais são a última *ratio* de qualquer raciocínio prático, há um paradoxo, embora, como mostra Linhares, o próprio autor espanhol acaba por relativizar a situação. LINHARES, 2015, p. 151. De qualquer modo, o enfrentamento da acrítica distinção entre casos fáceis e casos difíceis, desafiando-nos a pensar sobre os casos trágicos, significa, de uma forma, denunciar o que chama de "ideologia conservadora" do pensamento jurídico, que pressupõe que no Estado de direito contemporâneo sempre é possível fazer justiça pelas vias do direito, mas, de outro modo, questiona se é verdade que o direito nos Estados democráticos institucionaliza o melhor dos mundos jurídicos existentes – disso não resulta que seja o melhor dos mundos imagináveis. ATIENZA, 1997a, p. 13 et seq. O que, depois de tudo, não nos deixa sem respostas para tais situações dilemáticas...; é que, para Atienza, diante dos casos trágicos, no mínimo estaremos em condições de optar pelo mal menor, de recorrer aos critérios de razoabilidade oferecidos pela filosofia moral e política, de reconhecer que a circunstância atual de pluralismo é propícia para o aumento dos conflitos morais, e, talvez, o que me parece mais estimulante aqui registrar: quando os juristas se expõem a um dilema ou a um caso sem solução no plano jurídico, não se inviabiliza a realização da justiça, ao contrário, nos estimula a sermos também bons cidadãos e a melhorarmos as nossas práticas, evitando que a tragédia possa triunfar no mundo. Ibidem, p. 25 et seq.

simples cabritinha.¹³⁹ Mas nos dois, como Nussbaum acentua, o próprio agente moral experimenta um sofrimento exemplar, pois a proteção de um bem lhe impõe, inexoravelmente, o abandono de pelo menos um outro que lhe é fortemente valoroso.¹⁴⁰ Trata-se de uma experiência dilemática, incapacidora de quem, por acaso, seja alcançado pela desdita, pois, como disse Nitrato Izzo, o julgador não tem razões para afirmar se uma escolha é ou não preferível.¹⁴¹

A pesquisa mostrou a importância atual de identificar as situações que de fato expõem o agente moral a situações as quais não controla facilmente,¹⁴² seja para evitar a exposição ou reduzir seus efeitos – como esperamos da ação política, econômica e administrativa –, seja para avaliar a responsabilidade daquele agente enredado a uma trama destinal – como se espera do trabalho dos juristas e filósofos morais. É de se reconhecer que não é fácil, por exemplo, para um magistrado, sobretudo numa tutela de urgência, determinar ao administrador público o tratamento de um paciente em nome do direito fundamental à saúde garantido na Constituição, quando tem a clareza de que isso implicará, por vezes, o sequestro de parcela significativa do orçamento que deveria prover o atendimento de outros pacientes. Idêntica situação abraâmica acontece quando uma autoridade ambiental depara-se com a necessidade de suspender a licença de uma mineradora que coloca em risco ecossistemas naturais e até a vida humana de seu entorno, mas sabendo que estava em suas mãos a manutenção de empregos, da arrecadação tributária local, do incremento econômico dessa comunidade etc.

.....
139 ÉSQUILO, 1992a, 205-235.

140 NUSSBAUM, 2001, p. 25 et seq.

141 IZZO, 2010, p. 163.

142 Neste sentido, o conceito secular de tragédia introduzido por Aristóteles, permitindo com isso uma transição entre a discussão religiosa original para o plano filosófico e literário, quiçá aplicável também hoje, como defendo aqui na mesma linha de Nussbaum, no plano filosófico-prático. ARISTÓTELES, 1998, 1362a.

Os exemplos anteriores se avolumam, mas em todos eles os agentes envolvidos carecem de um saber apropriado para lidar com questões mais que difíceis, um saber prudencial – φρόνησις, *phronesis* –, como Aristóteles especificou com clareza,¹⁴³ dando como exemplo o caso do capitão de um navio, arrastado para dentro de uma tempestade, apesar de toda perícia adotada para singrar uma outra rota: ele tentará salvar sua embarcação, recorrendo à sabedoria que acumulou no trabalho e ao longo da sua vida, fazendo escolhas difíceis e moldando cada uma delas a partir da contingência na qual fatidicamente está mergulhado.¹⁴⁴ Mas este trabalho pode sugerir também que juízes, políticos, administradores etc. carecem hoje, especialmente, de uma teoria moral, jurídica, política e administrativa, capaz de enfrentar as tragédias humanas e justificar racionalmente suas decisões; na esfera pública, a sabedoria decisória é um distintivo necessário para o agente, sobretudo nos países onde os serviços públicos essenciais – como diria Sarmiento, a propósito da viragem interpretativa da Constituição de 1988 pelo STF – ainda estão por implementar.¹⁴⁵

Nesse sentido, apesar da nossa tradição ocidental negligenciar fortemente o conflito prático na discussão sobre a deliberação racional – especialmente por conta da arenga de Platão com os poetas, a qual, mais tarde, encontraria fortes ecos no estoicismo, na filosofia kantiana etc. –, a filosofia prática atual tem admitido a relevância desse problema.¹⁴⁶ Não é diferente na filosofia jurídica, como apontei neste trabalho inicial, esforçando-me para levantar uma questão que me

.....
143 ARISTÓTELES, 1970, 1139-1145.

144 Ibidem, 1110a.

145 SARMENTO, D. O mínimo existencial: The Right to Basic Conditions of Life. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016. p. 1669 et seq.

146 Sobre haver razão na negatividade em casos nos quais mais de uma resposta nos parece adequada para um problema, partindo da disputa intelectual de Platão com os poetas e prosseguindo ao longo dos séculos, ver NUSSBAUM, 2001, p. 28 et seq., e IZZO, 2010, p. 165 et seq., inclusive sobre a atual discussão entre monismo e pluralismo moral.

parece fundamental à vida prática de juristas, administradores, legisladores etc., ou seja, o que caracteriza uma questão trágica e a torna inconfundível com uma escolha jurídica. Fiz isso, primeiro, testemunhando situações genuínas em que os agentes se expõem a uma pluralidade infinita de dilemas que lhes obrigam a formular decisões mais complexas, depois, estimulando a reflexão sobre a iniludível e intransferível responsabilidade de atuarem, cada um nas tribulações que lhes são próprias, para reduzir o risco e reparar eventual infortúnio em nossas vidas.

Ademais, o diálogo intenso com Castanheira Neves, e com o seu desafio de refletir se o direito ainda tem respostas para os problemas colocados aos juízes, pode sugerir que a própria questão jurídica está sob interdição...¹⁴⁷ restando-nos, talvez, os escombros de sua própria tragédia e o testemunho do fracasso dos juristas. Mas não há, aqui, espaço para tal discussão, nem foi o propósito deste capítulo – um desenlace mal acabado –; contentei-me apenas em acentuar o seguinte: sem prejuízo, enquanto juristas, em identificar situações trágicas tais e quais, prevenindo os cidadãos da Desgraça – como Aristóteles sugere –, devemos reconhecer que o direito tem seus limites e não cura todas as feridas da sociedade; quiçá, ouvindo o filósofo grego, agora na distinção que faz entre a atividade jurídica, atividade política e o espetáculo,¹⁴⁸ tornou-se urgente impedir que outras dimensões da vida ativa, como a política, a economia, a moralidade etc., sejam violentadas pelo direito, sendo imprescindível perguntarmos se é ainda de questão jurídica que estamos falando em muitas dessas arengas as quais os juristas se envolveram nos últimos tempos.

.....
147 NEVES, 2008, p. 121.

148 ARISTÓTELES, 1998, 1358b-1360a.

A IMAGINAÇÃO LITERÁRIA E O DIREITO: A (IM)POSSIBILIDADE DE UM MODELO JURÍDICO-DECISÓRIO NOS ARGUMENTOS DE A. CASTANHEIRA NEVES E DE MARTHA C. NUSSBAUM¹

Prólogo

O direito, quando adequadamente o compreendemos na perspectiva jurisprudencialista de Castanheira Neves, é a última instância crítica por meio da qual os humanos se socorrem da arbitrariedade uns dos outros e até mesmo do próprio Estado.² Mais que reconhecer nesse

-
- 1 Trata-se aqui de uma comunicação oral realizada em outubro de 2008 no I Seminário Internacional de Filosofia do Direito de Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil, estudos em homenagem ao senhor professor doutor António Castanheira Neves, tendo sido publicada originalmente (com o mesmo título) no coletivo do evento COELHO, N. M. S.; SILVA, A. S. (org.). *Teoria do direito: direito interrogado hoje: jurisprudencialismo: uma resposta possível?* Estudos em homenagem ao doutor António Castanheira Neves. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 211-230; foi mais tarde traduzido e publicado no Uruguay sob o título "La imaginación literaria y el derecho: la (im)posibilidad de un modelo jurídico-decisionario en los argumentos de A. Castanheira Neves y de Martha C. Nussbaum". *Ruptura*, Montevideo, ano 8, n. 9, p. 159-176, 2019, com tradução de Ramiro Castro e Matías Calero, a quem agradeço pelo interesse neste estudo. Nesta versão foram feitas algumas alterações no texto original, visando a uma maior clareza, assim como alternativas de leitura.
 - 2 "E para ser ele [o direito] aquilo que verdadeiramente deve ser e para que possa cumprir a sua autêntica função de direito – afirmar-se como a última *instância crítica* (axiológico-normativamente crítica) da comunidade, através da qual o homem se afirmará na sua dignidade indispensável à prepotência do poder, seja do poder dos outros homens, seja o poder do poder político". NEVES, 1995b, v. 2, p. 413, grifo do autor

direito um projeto civilizacional – europeu, de raízes greco-romanas e judaico-cristãs – e humano que se afirma hoje como resposta possível para um problema necessário,³ o jurisprudencialismo vê neste projeto uma verdadeira alternativa humana: “uma dimensão capital, e irrenunciável, da humanidade do homem”.⁴ Disso decorre que aquela compreensão teórica, ante as implicações práticas da sua realização, volve-se também – e com justiça! – num terreno metodológico para reconhecer o método jurídico como um problema fundamental da filosofia do direito.⁵ E neste terreno se revela como uma das muitas “imagens do julgador” que Linhares – testemunhando aquele *diferendo* que hoje fragmenta o pensamento jurídico e buscando um fio de inteligibilidade para esta fragmentação⁶ – e Bronze – retomando a crítica do Mestre à “anestésica tranquilidade” do paradigma moderno-iluminista e acentuando o caráter analógico da racionalidade jurídica⁷ – bem em tempo souberam compreender.

Uma compreensão difícil para uma inteligência limitada e um resultado certamente precário para esta intervenção de neófito.

.....
3 NEVES, 2003a, p. 146.

4 Ibidem, p. 147.

5 Idem. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 9.

6 Para os sinais dessa fragmentação, na perspectiva da decisão jurídica, conferir especialmente LINHARES, 2008a, pt. 1; para uma exploração daquele testemunho, conferir a mesma obra na sua parte 2; e mais que isso: para uma esperança e para o contributo a uma teoria do direito que não se contente apenas em acrescentar mais um fio à teia de Penélope que Dunkan Kennedy denuncia, no horizonte de uma proposta radical que se interroga a si mesma e quer se afirmar como um projeto cultural e humano entre outros projetos, conferir igualmente a obra citada em toda a sua parte 3. Para um estudo suficientemente detido acerca do estatuto ontológico do *diferendo*, e ainda sobre a sua presença na composição dos litígios e na solução das controvérsias judiciais, conferir idem. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade: Imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 316 et seq.

7 BRONZE, F. J. Breves considerações sobre o estado actual da questão metodológica. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 69, p. 177-199, 1993. p. 185 et seq.

Daí que quando aceitei o convite para participar deste painel de discussões sobre o jurisprudencialismo não o fiz com a certeza de estar à altura de inscrever o meu nome entre aqueles que nestes dias, com experiência e destreza, têm refletido sobre o tema da razão prática e especialmente sobre os problemas agudos que o direito tem experimentado neste nosso tempo. Eu o fiz, certamente, na mais pura das convicções de poder contar com a intervenção direta e com mais este gesto de paciência dos mestres de Coimbra,⁸ os quais, durante esses anos, têm me dispensado uma generosa e igualmente profunda atenção na construção da minha trajetória acadêmica. É, portanto, com a humildade da reflexão, e bem assim com a expectativa do devido e oportuno reparo, que proponho aqui apresentar umas poucas considerações sobre o problema específico da realização do direito, especialmente sobre a sua (im)possibilidade na perspectiva de um modelo narrativo-decisório.

Cumpre-me, acima de tudo, colocar o assunto na perspectiva de um *problema* e não propriamente de uma resposta, uma vez que o estudo não somente irá lidar com as inúmeras controvérsias da proposta em si, mas também com a dificuldade de analisar a questão do ponto de vista de dois pensamentos que se têm alguma coisa em comum; expõem também profundas e visíveis dessemelhanças: o jurisprudencialismo de Castanheira Neves e o narrativismo ético-jurídico de Martha Nussbaum. Dois pensamentos que levam, certamente, a conclusões igualmente distintas: o primeiro para denunciar a imprestabilidade de um modelo narrativo no universo próprio do direito, o segundo

.....

8 O evento contou com a participação integral e ativa do senhor professor António Castanheira Neves, desde a sua conferência de abertura, sendo importante registrar que os seus comentários a este trabalho continuaram mais tarde em Coimbra; a atenção maior ao pensamento de Nussbaum e à tragédia, cuja intenção de fazê-lo foi à época adiantada, fez-se sentir claramente, o que de resto iluminou decisivamente o desfecho da minha tese de doutoramento, afinal, orientada também pelo esmerado mestre de meus estudos de pós-graduação, o senhor professor doutor José Manuel Aroso Linhares, igualmente presente e participante ativo no inspirador evento de Ouro Preto.

para convocar os pressupostos da narratividade como instrumentos auxiliares, mas decisivos para a solução adequada das controvérsias judiciais. Propostas e conclusões distintas que decorrem, é claro, de diferentes concepções de homem, de comunidade, e, consequentemente, de diferentes concepções de justiça. E isso me obriga a percorrer estes caminhos antes mesmo de refletir sobre o que cada uma das diferentes propostas tem a dizer sobre o modo como o juiz deve decidir um caso jurídico.

A dimensão antropológica e a perspectiva comunitária do direito: proximidades e distanciamentos das propostas

Como temos visto em outras ocasiões neste seminário, a concepção jurisprudencialista de Castanheira Neves na sua dimensão antropológica propõe uma ruptura muito profunda com aquela que se infere do pensamento moderno, sem em razão disto regressar àquela *humanitas* que prevaleceu na idade pré-moderna. Uma ruptura que nos permite distinguir o homem enquanto *sujeito* e enquanto *pessoa*: o homem enquanto sujeito, tal como nele insistia o pensamento moderno, era representado simplesmente como um dado natural ou antropológico, daí que o estatuto de liberdade que se lhe atribuía não era fator impeditivo à sua renúncia e para a sujeição da humanidade de um pela humanidade de outro humano.⁹ O homem enquanto pessoa, tal como vemos acentuado no jurisprudencialismo, sugere uma conquista axiológica, e a dignidade que lhe é imputada, primeiro reabrindo Kant com a impossibilidade de ser o homem um meio ao invés de puro fim, se notabiliza no reconhecimento que lhe atribuía Hegel: no *ser* pessoa e *ver* no outro uma pessoa igualmente dignitária daquele

.....
9 NEVES, 1996, p. 33.

reconhecimento. De outro modo, a ideia do *homem-pessoa* sugere uma aquisição axiológica que admite várias respostas na dialética *suum/commune* e permite com isto enxergar no discurso da modernidade uma hipertrofia do *suum* em prejuízo da *commune*.

A compreensão do homem que encontramos em Castanheira Neves não prescinde do conceito de liberdade, ainda que este se diferencie do que se abre da modernidade iluminista e que mais adiante terei a oportunidade de retomar. E assumir o humano enquanto tal nos remete para um campo um pouco diferente daquele que Nussbaum prefere trilhar: a compreensão do homem sem a inteira recusa daquela dimensão trágica que encontramos na literatura clássica. É certo que não há de todo uma incompatibilidade entre os dois pensamentos, mas a acentuação e o papel que a professora de Chicago dá à leitura das tragédias podem nos levar a conclusões muito diferentes sobre o direito.

Parece-me oportuno nesta ocasião considerar as lições de Jaeger, e veremos com isto que não existe propriamente um conceito universal de tragédia, sendo possível, entretanto, reconhecer os traços fundamentais que os poetas clássicos lhe imprimiram:

a representação clara e vívida do sofrimento nos êxtases do coro, expressos por meio do canto e da dança, e que pela introdução de vários locutores convertia-se na representação integral de um destino humano, encarnava do modo mais vivo o problema religioso há muito candente, do mistério da dor enviada pelos deuses à vida dos homens.¹⁰

Mas Nussbaum destaca sempre uma característica comum dos poetas gregos, consistente em abordar a condição humana de um modo muito semelhante à de outros seres da natureza: tal como as plantas, somos igualmente dependentes de circunstâncias que não

.....
10 JAEGER, 1989, p. 206.

estão dentro de nós e, inclusive, a beleza da excelência reside mesmo nessa vulnerabilidade.¹¹

Com efeito, a abordagem antropológica que a autora de *The Fragility of Goodness*¹² nos apresenta é certamente uma concepção trágica do homem, não significando necessariamente uma aposta na irracionalidade da vida humana. Chama especialmente a nossa atenção para o caráter complexo das nossas decisões, muitas das vezes apenas possíveis mediante certa gama de sofrimento pessoal.¹³ Sabemos que já mesmo Aristóteles em seu conceito de tragédia a descrevia como sendo uma imitação das ações humanas cuja origem na boa e na má-Fortuna das pessoas, suscita o terror e a piedade no auditório, alcançando com isto a purificação das nossas emoções (κάθαρσις, *katharsis*).¹⁴

Não deixa de estar aqui um distanciamento da proposta jurisprudencialista – e talvez do próprio direito –, uma vez que pressupõe uma ação humana não totalmente inserida num contexto de liberdade e de escolha, subjugada ao arbítrio do Destino (Μοῖρα, *Moira*) como vemos na angustiante decisão do Orestes de Ésquilo, que terá de matar a mãe para vingar a morte do pai:

Não, não me vai trair o poderoso oráculo de Lóxias, que me ordena que corra este risco, eleva sem cessar a sua voz e me anuncia desastres capazes de me fazer gelar o sangue, se eu não perseguir os responsáveis pela morte de meu pai, tratando-os como eles o trataram, matando quem matou, vingando, com a fúria de um touro, a perda dos nossos bens. Caso contrário, pagarei com a própria vida, no meio de múltiplas e cruciantes dores.¹⁵

.....
11 NUSSBAUM, 2001b, p. 1 et seq., 70.

12 Ibidem.

13 Ibidem, p. 44 et seq.

14 ARISTÓTELES, 2004, 1449b-1450a.

15 ÉSKUILO, 1992b, 269-277.

Parece-me certa essa divergência, uma vez que Castanheira Neves, da sua concepção de homem-pessoa, infere uma concepção de comunidade, ainda que também fundada na ideia de responsabilidade, mas de modo muito diferente daquela que encontramos na tragédia. E o autor rejeita expressamente a possibilidade de uma refundação do direito partindo dessa concepção arcaica “em que a humanidade como que se assumia a si própria em cada um”,¹⁶ dado que nela “o homem respondia pelas transgressões aos deuses tutelares e, portanto, ao *nomos* comunitário, na imputação objectiva da acção violadora, com a sua exemplaridade e os seus efeitos”.¹⁷ A aposta do jurisprudencialismo é naquela subjetividade que possibilita a comparação entre sujeitos de direitos e obrigações, e isso nos mostra que se ambos os pensamentos aqui analisados têm em comum uma visão de direito que propõe um regresso da comunidade, numa crítica assumida a alguns dos pressupostos que herdamos da tradição liberal, outras são, no entanto, as consequências advindas de cada um deles.

E disso também se retira outra concepção de direito. Com efeito, disse-nos Castanheira Neves¹⁸ que as condições de emergência do direito como direito são a *condição mundanal* – as inter-relações subjetivas de direito se dão pela mediação do mundo, pela correspondência de direitos e obrigações na partilha de um só mundo para muitas pessoas –, a *condição antropológico-existencial* – a inespecialização do homem para lidar com os desafios da sobrevivência lhe impõe a tarefa de “acabar-se”, de construir o seu próprio mundo humano pela ação e pela cultura, de se abrir para o futuro e a superar a si mesmo –, a *condição ética*, esta que eu já disse na abertura e que agora me parece importante acentuar: o direito somente se compreende na afirmação da pessoa, no reconhecimento recíproco dessa condição. Decorre dessa

.....
16 NEVES, 1996, p. 12.

17 Ibidem, p. 11.

18 Idem, 2008a, v. 3, p. 13 et seq.

observação que a juridicidade, entre os modernos tendo sido pensada ao nível puramente das liberdades e da mais absoluta individualidade, recobra agora aquela dimensão comunitária da qual o *homo juridicus* se distanciou. A concepção de homem que se proclama não mais se compreende fora da comunidade: a responsabilidade é inerente à pessoa, isto é, “a pessoa, pela simples razão de ser, se vê investida não só em *direitos*, mas igualmente em responsabilidade – a pessoa é chamada a *respondere* em termos comunitários – já que os *deveres* são para ela tão originários como os *direitos*”.¹⁹

É claro que a autora estadunidense também postula uma compreensão da justiça que se inscreve na responsabilidade da pessoa para com a sua comunidade, do que penso ser possível dizer que é uma recusa do simples direito sem obrigações. Assim o é uma vez que sugere certo regresso (crítico)²⁰ às virtudes clássicas,²¹ como também assim o é na medida em que recusa uma “análise econômica do direito” e as demais compreensões tecnicistas do direito. Ela mesma relaciona os seus estudos do direito com o seu comprometimento pessoal em outras práticas sociais,²² num apelo à compreensão da justiça enquanto responsabilidade social, mas também decididamente convencida de seu papel na construção da dignidade da pessoa humana.²³

É importante frisar que a perspectiva social da justiça encontrada em Nussbaum a distancia de certo modo da proposta de Castanheira Neves, não porque este a compreenda como uma realidade a-histórica e divorciada da realidade social,²⁴ mas porque faz a necessária distin-

.....
19 NEVES, 2008, p. 868.

20 NUSSBAUM, 1999c, p. 200.

21 Ibidem, p. 180, 200.

22 “I also become involved in public life in a completely different area.” Idem, 1995b, p. xv.

23 Ibidem, p. xviii; além de idem, 1997, cap. 2, 4, 5 e 6; idem. *Sex and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999b; idem. *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. New York: Cambridge University Press, 2000

24 “O homem habita e comunga o mundo numa condição social...”. NEVES, 2008, p. 844

ção do direito para com as outras dimensões da racionalidade prática. Com efeito, o autor português não somente insiste em nos mostrar a dimensão do “ser-com-outros” imbricada no direito,²⁵ mas também põe à prova e sustenta a sua especificidade enquanto projeto autônomo de realização da experiência humana.²⁶ Disso decorre que, enquanto na autora americana temos uma compreensão da justiça que sugere uma certa diluição do direito num *continuum* de experiências da vida prática, o jurisprudencialismo nos adverte para os riscos da instrumentalização do direito e da sua convocação para justificar um *qualquer* projeto, inclusive contrário à ordem de direito. Basta saber o quanto em sua *Frontiers of justice*²⁷ não somente discute as teorias atuais da justiça partindo da já conhecida concepção de justiça social, mas também a aborda sempre no limite de um território indiviso em que a filosofia, a política, a ética animal e o direito se convergem na construção de um novo projeto global que faça justiça àquelas pessoas que física e mentalmente estão excluídas da cidadania, bem como aos “animais não humanos” e às pessoas do mundo inteiro.

Não é demais também acentuar, na oportunidade que a leitura de Nussbaum nos conduz, para mais uma observação que a distancia da proposta jurisprudencialista: o problema da universalidade do direito. É que a nossa autora, especificando naquela publicação que referi um projeto desenvolvido em outras obras,²⁸ assume como um problema altamente relevante a extensão da justiça para todos os povos da terra, buscando justificar como podemos implementar uma proposta universal de justiça em que as questões acidentais de

.....
25 NEVES, 2008, p. 848 et seq.

26 Para esta questão, conferir especialmente Idem. O direito como alternativa humana: notas de reflexão sobre o problema actual do direito. In: NEVES, A. C. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995e. v. 1, p. 287-310.

27 NUSSBAUM, 2007.

28 Sobre a questão da mundialidade, conferir da autora especialmente idem. *For Love of Country: In a New Democracy Forum on the Limits of Patriotism*. Boston: Beacon, 2002.

raça e nação não sejam impedimentos à fruição das oportunidades de realização humana (*capabilities approach*).²⁹ É certo que, tal como vemos em Castanheira Neves,³⁰ o pensamento de Nussbaum recusa expressamente aquela concepção puramente procedimental da justiça encontrada sobretudo no neocontratualismo de Rawls,³¹ mas do autor português também aqui se distancia. É que para o jurisprudencialismo o direito é uma experiência concreta, histórica e problematicamente situada que sugere diferentes respostas para iguais problemas.³² Com isso, pode-se dizer que a única universalização possível no direito é a do seu problema, nunca a das soluções, concretamente indicadas para seus problemas.

Disto tudo é que diferentes métodos de realização são sugeridos para o direito.

.....
29 NEVES, 2007, p. 2.

30 Idem, 2003, p. 69 et seq.

31 *"I argue that the classical theory of the social contract cannot solve these problems, even when put in its Best form. It is for this reason that I focus throughout the book on Rawls, who to my mind expresses the classical Idea of the social contract in its strongest form and makes the strongest case for its superiority to other theories"*. NUSSBAUM, 2007, p. 2

32 "E aí se saberá que o direito é só uma resposta possível (civilizacional-culturalmente tão condicionada como frágil) a um humano-social problema necessário e a que por isso mesmo não ficam excluídas respostas diversas enquanto eventuais alternativas ao direito – embora se deva bem esclarecer o que por essas alternativas humanamente se ganhará ou perderá". NEVES, 2003, p. 14, grifo do autor

A procura do método: uma ruptura com o paradigma moderno da decisão jurídica e as diferentes imagens do juiz que os dois autores proclamam

A concepção de imaginação literária

A imaginação literária (*the narrative imagination*), tal como Nussbaum afirma, é a capacidade de transportarmos nós mesmos para outros mundos, sem a renúncia da nossa individualidade; noutras palavras, a literatura nos convida a sair do sossego provinciano das nossas vidas para conhecermos outros mundos, de libertarmos das próprias cegueiras e aprendermos com outras formas de vida, de nos tornarmos mais compreensíveis para com aqueles que são diferentes de nós.³³ É que, segundo ela, só o acúmulo de conhecimentos em nossa memória não basta para em nossas relações intersubjetivas fazermos escolhas adequadas.³⁴

O que a autora disse ali corresponde à sua concepção de racionalidade pública, sustentada, de maneira recorrente, desde a sua *Poetic justice*.³⁵ E lá, a autora se esforça para dizer que um objetivo político não é o único que a literatura nos proporciona, mas que ele seria adequado

.....
33 "It is the political promise of literature that it can transport us, while remaining ourselves, into the life of another, revealing similarities but also profound differences between the life and thought of that other and myself and making them comprehensible, or at least more nearly comprehensible". NUSSBAUM, 1997, p. 111

34 "Marcus Aurelius insisted [...], we must not simply amass knowledge; we must also cultivate in ourselves a capacity for sympathetic imagination that will enable us to comprehend the motives and choices of people different from ourselves, seeing them not as forbiddingly alien and other, but as sharing many problems and possibilities with us". Ibidem, p. 85

35 "It is, instead, to present a vivid conception of public reasoning that is humanistic and not pseud-scientific, to show how a certain type of narrative literature expresses and develops such a conception, and to show some of the benefits this conception might have to offer in the public sphere". Idem, 1995, p. xviii

e urgente, especialmente para nos mostrar a situação das pessoas que, em um determinado momento e por circunstâncias muito diversas, vivem de modo muito diferente do que vivemos.³⁶ E parece mesmo muito convencida de que esse olhar empático (συμπάθεια, *sympatheia*) sobre o outro que ocupa um lugar diferente do nosso nos permite enxergar como as circunstâncias condicionam as ações da pessoa, suas aspirações, desejos, esperanças, temores e amor-próprio. Insiste na acentuação de que essa abertura ao problema alheio permite melhorar a qualidade das nossas decisões em relação àqueles sobre os quais temos a obrigação de pronunciar.

A insistência de Nussbaum no papel da literatura nas deliberações públicas tem uma explicação: acredita no poder das histórias para formar a nossa consciência moral e inclusive de nos levar a encontrar um papel dentro de tais histórias.³⁷ Aqui também está presente não apenas a adesão da autora ao aspecto filosófico da literatura que Aristóteles expressamente se referiu, mas também ao que acredito poder chamar de uma dimensão agregadora ou de uma função pública que a literatura ocupa em nossas vidas: como disse o filósofo grego na sua *Poética*,³⁸ a Literatura é mais filosófica que a História, uma vez que o historiador nos ensina o que aconteceu, e o poeta nos faz pensar naquilo que poderia ter acontecido. Fazer que imaginemos outras formas de vida seria também um contributo inestimável dos poetas, relativamente ao *dever-ser* que seria intrínseco à racionalidade pública. E nisto pode-se dizer também que a literatura teria um caráter subversivo (*a manner that subverts that science's norm of rationality*) que não encontramos,

.....
36 NUSSBAUM, 1997, p. 88.

37 “[...] the moral and social aspects of these literary scenarios become increasingly complex and full of distinctions, so that they gradually learn how to ascribe to others, and recognize in themselves, not only hope and fear, happiness and distress – attitudes that are ubiquitous, and comprehensible without extensive experience – but also more complex traits such as courage, self-restraint, dignity, perseverance, and fairness”.
Ibidem, p. 90

38 ARISTÓTELES, 2004, 1431a39-1431b6.

por exemplo, na economia e nas outras disciplinas que têm em vista orientar as decisões no espaço da política.³⁹

Nesta tese do papel da literatura na vida pública, a autora americana busca responder também, especialmente atraída pelos romances de Dickens, a questão do *por que* romances (*why novels*) e de *quais* romances (*which novels*). Seu objetivo é esclarecer, inicialmente e partindo da análise concreta de sua nação, que esse gênero narrativo supera os demais, seja porque está mais engajado na cultura americana, seja porque nos leva a fantasiar,⁴⁰ imaginar outras realidades e experiências possíveis além daquelas que até então tínhamos registro: os romances exploram o cotidiano das pessoas comuns, contribuindo decisivamente para o estabelecimento da igualdade democrática.⁴¹ Depois disto, a autora busca resolver uma questão mais complexa: a simples leitura de romances por si só seria bastante para instruir o julgador no momento da decisão? Mas a essa questão retornarei mais adiante quando tentarei confrontar essa ideia com a compreensão jurisprudencialista do direito como sistema.

Por ora importa considerar mais uma questão pressuposta na abordagem de Nussbaum sobre a imaginação literária: a racionalidade das emoções. Sabe-se que o final do século XX reascendeu as discussões acerca desta questão, especialmente com as descobertas científicas no campo da psicologia e da neurociência, só para lembrar dois importantes estudiosos: o neorologista português António Damásio e o psicólogo americano Daniel Goleman, respectivamente os autores de *O erro de Descartes* e *Emotional intelligence*. Não é propriamente daí que a autora elabora suas teses sobre o assunto, mas

.....
39 "Literature expresses, in its structures and its ways of speaking, a sense of life that incompatible with the vision of the world embodied in the texts of political economy; and engagement with it forms the imagination and the desires in a manner that subverts that science's norm of rationality". NUSSBAUM, 1995, p. 1

40 "ability to see one thing as another, to see one thing another". Ibidem, p. 36.

41 Ibidem, p. 4 et seq.

se soma aos que colocam em questão o paradigma racional moderno, tendo, pelas suas próprias vias, tornado uma respeitada estudiosa da matéria.⁴²

Com efeito, desde Platão a cultura ocidental olhou com desconfiança o mundo das aparências (φαινόμενον, *phainomenon*), governado pelos sentidos, dignificando sobremaneira o mundo das essências (οὐσία, *ousia*), governado pelo intelecto. A tentativa de rever o papel dos sentimentos (πάθος, *pathos*) na construção das decisões é, segundo a autora, recuperar uma tese que Aristóteles já suscitava na discussão com seu mestre e também com os poetas: o humano é frágil demais para dele se pretender uma deliberação baseada exclusivamente em critérios científicos (ἐπιστήμη, *episteme*).⁴³ A razão moderna hipertrofiou a razão intelectual (θεωρία, *theoria*), praticamente desprezando a razão prática (φρόνησις, *phronesis*) que o Estagirita investigou detalhadamente no Livro VI da sua *Ética a Nicômaco*.⁴⁴ Mas importa com isso anotar que a racionalidade narrativa, da qual Nussbaum é apenas uma das autoras,⁴⁵ é também apenas uma das propostas de reaber-

42 Para uma breve apreciação da proposta da autora, ver especialmente NUSSBAUM, 1995, p. 35 et seq.; para um desenvolvimento maior da questão, ver idem. *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; idem, 2001c, pt. 3, dedicada ao estudo de Aristóteles.

43 Para o estudo destas conclusões da autora, conferir a parte 3 de sua *The Fragility of Goodness*, dedicado ao estudo de Aristóteles, especialmente o capítulo 8.

44 A partir daquela investigação vê-se como Aristóteles realizou seu exercício de autonomização da *praxis* do discurso filosófico no seu tempo, abrindo as portas para uma abordagem completamente nova do discurso prático na tradição ocidental, especialmente para o seu tratamento no universo do direito e da qual os juristas romanos puderam se servir. Com efeito, o contraponto “virtudes morais/virtudes intelectuais” caracteriza o *logos* nas suas dimensões geral e específica, o primeiro abordando os elementos constitutivos da excelência humana e as respectivas orientações dadas pelos hábitos e pela reta razão, e o segundo atentando para a dualidade constitutiva da dimensão intelectual: seja pelo ponto de vista do tratamento dos objetos necessários, seja do ponto de vista dos objetos contingentes, a imagem que o Estagirita nos dá é de que a nossa dimensão ativa tem seus modos específicos de realização e de fins, mas tecem entre si uma teia indissociável de exigências e de compromissos.

45 Para um conhecimento da ideia central desta escola, vista a partir da ideia jurisprudencialista de racionalidade prática, num diálogo especial com James Boyd White,

tura do debate sobre a razão prática,⁴⁶ justificada pela crise da razão moderna e da qual Castanheira Neves é atualmente um dos críticos mais autorizados no campo do Direito.

A pressuposição do direito como sistema e a idêntica recusa do sistema moderno de legalidade

Permitam-me agora analisar esta concepção de deliberação prática formulada por Nussbaum, partindo de sua concepção ético-jurídica da racionalidade das emoções (*rational emotions*). E isso significa, primeiramente, enxergar ali uma certa recuperação da tese do “espectador judicioso” (*judicious spectator*) de Adam Smith e, em segundo lugar, significa interrogá-la dentro do universo decisional e específico do direito que Castanheira Neves insiste em convocar. E aqui parece que encontramos alguma coisa em comum entre os dois autores: a preocupação de pensar a decisão jurídica dentro de um universo muito mais amplo que aquele encontrado nas propostas reducionistas dessa decisão. Como tive a oportunidade de dizer anteriormente, a autora não acredita que a simples leitura de um romance, ou ainda a empatia do julgador, seja suficiente para uma boa deliberação: suas lições sinalizam que está pressupondo a existência de um sistema jurídico em que a decisão ao fim de tudo repousa.⁴⁷

Com efeito, a proposta jurisprudencialista aponta para uma compreensão do direito e de sistema jurídico: não um qualquer sistema, até porque não se confunde com o sistema positivo de legalidade,

ver LINHARES, 2004. Para uma abordagem geral desta escola, ver MINDA, 1995, p. 149-166.

46 BERTI, 1997, cap. 4.

47 “But the subtle differences between those theories need to be thrashed out by philosophical arguments. Novel-reading all by itself will not supply those arguments, which might at some points lead us to reject the insights of our reading itself [...] As I said in the preface, novel-reading will not give us the whole story about social justice, but it can be a bridge both to a vision of justice and to the social enactment of that vision”. NUSSBAUM, 1995, p. 12

um artefato da modernidade, nem com outras teorias sistêmicas da atualidade; é, sim, um específico *sistema de direito* que dialoga em concreto com o problema, de modo que podemos dizer que a decisão jurídica é igualmente um momento constitutivo do direito. Partindo da compreensão do homem e da comunidade que já fiz referência anteriormente, o autor português recusa aquela vinculação ontológica que vai pressuposta do jusnaturalismo, aquela autonomia formal e alienante do direito moderno-iluminista, assim como o instrumentalismo dissolvente dos sistemas atuais. Isso tudo para propor uma autonomia que assume “uma validade normativa material que numa prática problemática e judicanda se realiza, e se orienta por uma perspectiva polarizada do homem-pessoa, que é o sujeito dessa prática”.⁴⁸

Uma genuína atividade jurisprudencial (*iurisprudencia*), diz o autor, que seja axiológico-normativa nos fundamentos, prático-normativa na intencionalidade e judicativa no *modus* metodológico.⁴⁹ Com os apelos a um sistema que lhe é inerente, isto é, àquela “unidade de totalização normativa que se analisa em quatro elementos – os elementos constitutivos da sua normatividade, organizados em quatro estratos distintos e entre si relacionados num todo integrante”.⁵⁰ Um conceito de sistema, vale dizer, que tem em conta os princípios de direito, a jurisprudência, a dogmática jurídica e as normas desse direito. E aqui posso destacar um ponto em comum entre Castanheira Neves e a autora americana: a recusa da norma jurídica como critério único e decisivo do caso em concreto. É que, para o jurisprudencialismo,

.....
48 NEVES, A. C. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 74, p. 1-44, 1998. p. 32.

49 Ibidem, p. 32.

50 Idem, 1993, p. 155.

a norma é “só um ponto de partida, apenas um factor (factor-critério) da dialética judicativo-decisória do caso concreto”,⁵¹ uma vez que

uma proposição jurídica nunca será uma definição axiomatizada, mas sempre uma proposição com aquela intencionalidade aberta (indeterminada) que corresponde à sua função normativa referida ao concreto – intendendo para a realidade e o sentido históricos dos casos concretos a que visa se aplicar.⁵²

Ora, também em Nussbaum posso ver essa pressuposição de um sistema jurídico que leva em conta, primeiramente, a necessidade de normas e precedentes, já que não sugere que os juízes se convertam nos heróis de uma trama jurídica, devem partir sempre de um direito existente na ordem jurídica.⁵³ Depois do reconhecimento de que seu espectador judicioso precisa de uma diretriz normativa, reconhece ao mesmo tempo a incompletude e a imprestabilidade de tais normas quando interpretadas à revelia do contexto em que o fato está ocorrendo.⁵⁴ Tanto quanto Castanheira Neves⁵⁵ nos mostra que os fatos juridicamente relevantes não são quaisquer fatos cujo objeto se apreende empiricamente, mas são fatos humanos, acontecimentos práticos e que como tais o julgador deve estar aberto à compreensão.⁵⁶ E com isso apela para Aristóteles, na sua elaboração da ideia de equidade, para nos mostrar que a regra jurídica não tem em si mesma a medida

.....
51 NEVES, 1993, p. 154.

52 Ibidem, p. 173.

53 *“In all cases, the law must first of all be there, or no judge can do anything”*. NUSSBAUM, 1995, p. 117

54 Ibidem, p. 115.

55 NEVES, 1998, p. 40.

56 *“The relevant facts, then, are human facts of the sort the literary judge is well equipped to ascertain”*. NUSSBAUM, 1995, p. 105

apropriada para a justiça que busca realizar,⁵⁷ daí que, além do perfeito domínio dos recursos técnico-legais, o bom julgador deve dispor de um bom conhecimento dos precedentes judiciais,⁵⁸ em outras palavras, daquele “momento de objectivação e estabilização de uma já experimentada realização problemático-concreta do direito”⁵⁹ (jurisprudência) da qual nos fala Castanheira Neves. E também, neste ponto em particular, nota-se mais uma aproximação entre os dois autores: levando em conta a simpatia do autor português pelo sistema jurisdicional dentre os três tipos de experiência jurídica – a consuetudinária, a legislativa e a jurisprudencial – pela natureza prático-prudencial do seu juízo,⁶⁰ levando em conta a simpatia da autora americana pelo sistema *common law* pelo fato de este permitir a necessária imparcialidade do julgamento⁶¹ etc., pode-se dizer que ambos dão um grande relevo ao papel da jurisdição na realização constitutiva do direito.

A idêntica rejeição do utilitarismo econômico e a divergência quanto ao problema da autonomia do direito

Postas então estas breves considerações sobre os dois pensamentos aqui analisados, resta-me partir para a etapa final que é o momento da decisão jurídica, na perspectiva da imaginação literária que a autora americana nos propõe. Primeiramente devo esclarecer que o principal alvo de seu projeto, ao que parece, é a análise econômica do direito (*Law and Economics Movements*), especialmente na proposta de Posner que há muito declarou uma guerra em bloco contra Direito e Literatura. E não posso deixar de assinalar aqui (apenas assinalar!) mais este ponto

.....
57 NUSSBAUM, 1995, p. 80, 86, 108.

58 Ibidem, p. 121.

59 NEVES, 1993, p. 156.

60 Idem, 1995d, v. 2, p. 28 et seq.

61 NUSSBAUM, 1995, p. 82.

de contato entre Nussbaum e o jurisprudencialismo, não pelos motivos que são muito distintos e neste último caso já muito bem analisados por Linhares⁶² e pelo próprio Castanheira Neves,⁶³ mas pela rejeição em si que alimenta uma forte divergência entre os nossos autores e a proposta metodológico-jurídica do Direito e Economia.

Mas esta afinidade de oposição ao juiz Posner, nem por isto coloca Castanheira Neves e Nussbaum no mesmo lugar quando se fala da concreta realização jurídica, vale dizer, no que se refere aos critérios convocados pelo juiz no momento de decidir uma controvérsia jurídica. Com efeito, a *Law and Economics* é acusada pelo autor português de reduzir os problemas da decisão jurídica a problemas de eficiência que o juiz haveria de solucionar: “aos valores e outros factores a que tradicionalmente se imputava a determinação do direito substituíam-se nessa mesma determinação um valor ou factor económico, o da eficiência definido pela economia”.⁶⁴ E dirigindo-se especialmente a Posner, denuncia a indiferença deste aos postulados da justiça da decisão, isto para perspectivá-la, somente, no horizonte dos critérios maximizadores da riqueza.

É outra, porém, a motivação que leva Nussbaum a se insurgir contra a análise econômica do direito, mas igualmente lhe opõe sérias objeções metodológico-jurídicas. Refere-se a este movimento como sendo uma forma derivada de *utilitarismo* que vê as pessoas como coisas ou lugares em que se realizam desejos, dores, prazeres..., mas diferindo da modalidade clássica por subtrair dele toda forma de altruísmo (segundo ela encontrável na formulação de Mill) e pensar as ações

.....
62 LINHARES, J. M. A. A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício: um diálogo com a Law and Economics Scholarship. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 78, p. 65-178, 2002.

63 NEVES, [2005?], p. 17-22.

64 *Ibidem*, p. 17.

humanas apenas na perspectiva da realização de interesses pessoais.⁶⁵ A autora também acusa aquela escola de colocar sempre a quantidade no lugar da qualidade, de ignorar a complexidade da vida humana e de empobrecer as escolhas humanas, tratando seus agentes como se não fossem pessoas, mas máquinas.

Mas se assim é na objeção comum ao modelo economicista da decisão jurídica, parece que daqui para diante os autores seguem caminhos distintos. Primeiramente, há que considerar uma profunda divergência entre o jurisprudencialismo e a *poetic justice*, entre o juiz prático-prudente de Castanheira Neves e o juiz escritor de Nussbaum. Com efeito, a racionalidade narrativa proposta por esta última não tem em vista, exclusivamente, a prática jurídica, mas, como esta insiste em dizer, pretende guiar os processos deliberativos nas demais esferas da vida pública: tanto quanto a racionalidade poética precisa de um critério prescritivo jurídico, o legislador precisa exercer a imaginação literária,⁶⁶ de modo que esta ajuda o juiz a julgar, o legislador a legislar e o administrador a encontrar a medida adequada para implementar suas políticas atuais e futuras, no sentido de garantir a qualidade de vida das pessoas.⁶⁷

Disso tudo, verifico que a crença em um modelo decisório que faça frente a todas as espécies de deliberação pública não é, certamente, a mesma que Castanheira Neves defende em sua claríssima antifuncionalização da *praxis* jurídica. Não vejo aqui a possibilidade de se falar de uma autêntica instrumentalização do direito pela literatura, mas talvez mais uma instrumentalização da literatura pelo direito, quando fica claro que a autora vê nos poetas um instrumento daquela

.....
65 NUSSBAUM, 1995, p. 14 et seq.

66 Ibidem, p. 117.

67 "I shall focus, then, on the characteristics of the literary imagination as a public imagination, an imagination that will steer judges in the judging, legislators in their legislating, policy makers in measuring the quality of life of people near and far". Ibidem, p. 3

justiça que acredita ser urgente implementar.⁶⁸ Não obstante, a pesquisa por um método específico do direito, levada a cabo pelo jurisprudencialismo, exige que separemos os problemas do jurídico em relação aos do político, do econômico, do científico, do ético etc.⁶⁹ E o que vejo na autora americana não é exatamente isto, ainda mais com a nota já anteriormente referida da inclinação de seu modelo decisório à construção de uma justiça social, objeto que mais propriamente se imputa a uma ordem político-administrativa e do que ao direito.

A divergência dos autores quanto à pertinência de uma racionalidade narrativa no direito

Mas uma outra divergência se evidencia entre os dois autores estudados, sobre a qual herei de deter um pouco mais: a (im)prestabilidade de uma racionalidade narrativa para o direito, em outras palavras, sobre o que se pode esperar de um espectador-judicioso diante de uma controvérsia que haverá de decidir. De fato, depois de construídos os pressupostos filosófico-jurídicos do seu modelo de decisão, no capítulo 4 da sua *Poetic justice*, Nussbaum passa a analisar especificamente a figura do julgador; partirá do pressuposto de que o poeta é o melhor árbitro da diversidade, sendo talvez o agente hoje em melhores condições para passar daquela universalidade e abstração da regra jurídica

.....

68 "[...] Here Whitman summarizes his account of the poet's democratizing mission. It is a mission of imagination, inclusion, sympathy, and voice. The poet is the instrument through which the 'long dumb voices' of the excluded come forth from their veils and into the light". NUSSBAUM, 1995, p. 119

69 "[...] perante o funcionalismo, na sua perspectivação macroscópica da realidade social em que o direito é visto só como um elemento de organização e de administração-direcção gerais da sociedade considerando a própria decisão concreta inserida no quadro estratégico dessas organização e direcção", o jurisprudencialismo "traz ao primeiro plano de preocupação os concretos problemas práticos, os conflitos e as controvérsias prático-problematicamente concretos, que naquela perspectivação macro-social iam pura e simplesmente omitidos". NEVES, 1998, p. 34

para o contexto específico do julgamento,⁷⁰ não estando de modo algum comprometido com a irracionalidade como dizem os críticos do Direito e Literatura. O escritor seria, portanto, o mais talentoso arquiteto da vida pública, o depositário de certa excelência moral que lhe transforma na mais completa expressão da racionalidade política. Não é demais lembrar que a autora americana, em todas as suas obras, encara sempre os poetas como porta-vozes das pessoas que não têm voz, que de algum modo estão excluídas dos interesses políticos ou só marginalmente são considerados: as mulheres, os negros, os *gays*, os estrangeiros, os pobres, minorias diversas e todas as vítimas do sofrimento humano.

No dizer de Nussbaum, quando o juiz se liberta da visão pseudomatemática da decisão jurídica, não está avocando para si outro papel que não o de julgar, mas observando a singularidade do caso, tal como já se vê na concepção aristotélica da vida prática e que preserva a riqueza da diversidade, inerente à vida humana enquanto tal.⁷¹ De fato, a autora rejeita, como o faz também Castanheira Neves,⁷² qualquer opção jusnaturalista ou meta-histórica, recusando a equiparação do pensamento jurídico com o discurso científico-tecnológico

70 "[...] Whitman, like Aristotle, claims that this flexible context-specific judging is not a concession to the irrational, but the most complete expression of the politically rational: not 'in him' but 'off from him' things 'are grotesque, eccentric, fail of their full returns'". NUSSBAUM, 1995, p. 80

71 NUSSBAUM, 1995, p. 81 et seq. Atente-se aqui para este paradoxo de muitos autores do Direito e Literatura, destacado no prefácio deste livro, oculto nesta crença do normativista que Nussbaum por exemplo assimila acriticamente: a contradição de criticar uma concepção que ela mesma pressupõe como verdadeira, isto é, a de que o direito são normas, divorciados da realidade social, esquecendo-se de que ele é originalmente a concretização-especificação dos universais aristotélicos, como este mesmo diz e Santo Tomás reforçaria, acessível somente aos deuses e às poucas mentes mais afeitas ao raciocínio abstrato, daí que a maioria dependa de uma regra clara que diga o que pode fazer e o que deve evitar.

72 Para uma análise desta passagem do direito natural ao direito positivo, bem como da "superação" de ambos por um novo movimento de reabilitação da filosofia prática, ver NEVES, 2003, p. 23 et seq.

que resulte numa espécie de automação de normas jurídicas.⁷³ O direito é, insiste Nussbaum, uma disciplina humana, tal como Aristóteles supostamente teria mostrado ao negar a possibilidade da aplicação dedutiva do direito, apontando a necessidade de o julgador observar as circunstâncias históricas e a particularidade do caso. E disto restaria claro que o direito, enquanto domínio da cultura, não poderia ser inscrito em outro ramo do conhecimento que não o das humanidades.

Mas a pesquisa de um método de decisão estranho ao que é proposto pelo modelo científico não significa dizer que a decisão jurídica haverá de se curvar ao relativismo da vida.⁷⁴ A autora americana parte do pressuposto de formação de uma “comunidade de leitura”, capaz de superar o ceticismo de Fish, quando este nega a ausência de justificação para as nossas crenças políticas e jurídicas; a própria experiência da convocação dos precedentes judiciais comprova, segundo ela, a falácia do discurso da indeterminação legal. Além disso, o espectador judicioso não julgaria em prejuízo da imparcialidade que é esperada dos juízes.⁷⁵ Insiste em dizer que a “justiça poética” é um modelo “quase científico” [sic] que garante tanto a imparcialidade como o cultivo das outras habilidades necessárias ao papel institucional do julgador.⁷⁶

O que a experiência trágica ou de leitura nos mostra é que a vida é feita de sucessos e de insucessos nos quais todas as pessoas podem estar envolvidas e a literatura nos permitiria ver os acontecimentos que nunca tínhamos visto antes.⁷⁷ Isso não significa subjugar o direito aos sentimentos do julgador,⁷⁸ mas sim criar um mundo de possibi-

.....
73 NEVES, 2003, p. 83 et seq.

74 Ibidem, p. 84 et seq.

75 Ibidem, p. 86.

76 Ibidem, p. 82.

77 Ibidem, p. 86.

78 *“In none of the cases do I suggest that ordinary legal reasoning, including prominently the consideration of precedent, should be subordinated to untethered sentiment. The judge is not a legislator, and is imagination must conform to tight institutional constraints.”* Ibidem, p. 118

lidades para que o juiz possa olhar com interesse para o problema daqueles que de algum modo sofreram uma injustiça, algo diferente de dizer que ele deve ceder a eventuais interesses de alguma das partes do processo ou de qualquer grupo de pressão. As emoções (πάθος, *pathos*) que o espectador judicioso mobiliza, nele próprio, não são as mesmas dos interessados no caso, mas aquelas de quem vai além daqueles sentimentos para enxergar, do seu próprio ponto de vista, o sofrimento das pessoas que julga e o impacto desse sofrimento nas suas ações.⁷⁹ Melhor exemplo para ela seria o que vemos no *Filoctetes*, a tragédia de Sófocles em que leva o coro a experimentar com simpatia a dor de um agente completamente desfigurado e vilipendiado na sua dignidade pessoal e humana.⁸⁰

No intuito de exemplificar as possibilidades concretas da sua proposta, a autora analisa o resultado de diferentes processos, com um caso particularmente surpreendente: uma decisão de Posner, no exercício da atividade jurisdicional. É que do estudo desse julgado,⁸¹ percebe-se que o juiz reconheceu, em grau de recurso, o assédio sexual sofrido por Mary J. Carr no ambiente de trabalho da Allison Gas Turbine Division/General Motors Corporation; neste caso, Nussbaum constata que enquanto o magistrado academicamente nega a relevância da literatura para prática jurídica, na vida do foro o que ele faria era um julgamento poético; de acordo com ela, a decisão revelou não somente que o juiz reconheceu as narrativas do processo como sendo acontecimentos verdadeiramente humanos, mas igualmente aprecia, empaticamente, o caso julgado: comparou a narrativa de vida da autora com outras narrativas humanas e processuais.

.....
79 "The judicious spectator must go beyond empathy, assessing from her own spectatorial viewpoint the meaning of those sufferings and their implications for the lives involved." NEVES, 2003, p. 90

80 Ibidem, p. 103.

81 Ibidem, p. 104 et seq.

De todos os lados que posso olhar, vejo que Nussbaum elabora um verdadeiro sistema de decisão e parece não ser possível imputar a ela um reducionismo poético.⁸² Mas será oportuno agora perguntar, como provavelmente Castanheira Neves perguntaria, se o peso dado às emoções basta para qualificar uma decisão jurídica, especialmente diante dos desafios do presente e da urgência do futuro. Com efeito, ele mesmo interpela Dworkin, dirigindo-lhe a seguinte questão: será a racionalidade narrativa a mais adequada para a solução de uma controvérsia jurídica? O direito é, segundo o autor americano, um projeto axiológico-normativo de constituenda realização⁸³ em que tem lugar um holismo interpretativo: “na interpretação jurídica converge a pluralidade das dimensões, e numa sua consideração globalmente integrada, que participa no todo prático-normativo da manifestação concreta do direito – o caso, as normas positivas (os critérios jurídicos positivos), os princípios fundamentalmente constitutivos da normativa validade jurídica”.⁸⁴

De fato, a escola jurisprudencialista reconhece que o caso é certamente um elemento de peso na decisão, mas não seria possível aceitar como critério último da decisão a tese da “integridade narrativa” que um juiz Hércules haveria de implementar.⁸⁵ É que Castanheira Neves começa por caracterizar o que se poderia tomar por racionalidade narrativa: aquela que determina os acontecimentos num todo integrante que alarga o contexto pragmático, não se reduzindo, assim, ao discurso das ciências.⁸⁶ Seu objetivo é o de narrar bem um caso e fornecer um exemplo paradigmático, enquanto a racionalidade jurídica é outra coisa inteiramente diferente: dispõe de uma intencionalidade

82 De tudo que já tive oportunidade de referir, ver novamente NUSSBAUM, 1995, p. 82, 117, 120.

83 NEVES, 2003b, p. 363.

84 Ibidem, p. 365.

85 Ibidem, p. 367.

86 Ibidem, p. 370.

transfactual, de validade, de dever-ser, cujo objeto final é decidir uma controvérsia jurídica. A simples compreensão de um fato narrado não o torna aceitável do ponto de vista da juridicidade.⁸⁷

Esta é, portanto, uma clara advertência da insuficiência puramente narrativa do processo. O autor português, tal como Nussbaum, acredita que negligenciar a normatividade levaria esse “monismo narrativo” a um fracasso absoluto, embora o modelo silogístico e lógico-dedutivo esteja hoje visivelmente superado.⁸⁸ Mas, já pelo que acabei de dizer, posso ver uma clara distância que separa os dois autores. É que Castanheira Neves não entra no mérito de uma imaginação literária, do valor da simpatia na construção do juízo decisório, tal como Nussbaum faz. Ele centra a sua análise na questão da coerência narrativa e no problema da validade, e ela, por sua vez, não faz de Dworkin seu oponente principal e, conseqüentemente, não entra diretamente na discussão sobre a integridade. Mas uma coisa é certa: ambos pressupõem a existência de normas validamente integradas num sistema de direito, ao passo que reconhecem a insuficiência de um reducionismo narrativo.

.....
87 NEVES, 2003b, p. 411.

88 “Cremos mesmo que o deliberado abandono da intencionalidade normativa, da axiológica normatividade que diferencia o direito como direito, condena aquela intenção a um fracasso de raiz, na sua tentativa de redução narrativista. Deixemos de lado a reconhecível persistência do tradicional (e já hoje sabidamente superado) esquema silogístico-subsuntivo naquela comparação entre narrativas, em que se traduziria na sua estrutura a concreta decisão jurídica, não obstante a também afirmada unidade constitutiva entre ‘interpretação’ e ‘decision-making’: essa comparação poderá não ser já de tipo lógico-dedutivo e as premissas a articular na conclusão-decisão poderão ser obtidas de modo diferente do tradicional e com outra determinação, mas que a realização do direito se reduziria a uma ‘aplicação’ de regras gerais a factos particulares, determináveis em princípio umas e outros com autonomia entre si e para uma relação posterior ou sucessiva a essa dupla e autônoma determinação, é o que manifestamente continua a pensar-se – e todavia vimos já suficiente e fundamentadamente que não é isso validamente pensável”. Ibidem, p. 407

Fecho

E agora tenho de concluir. E penso ser possível fazê-lo lembrando que é na constatação final da divergência dos autores que podemos enxergar o principal valor das duas propostas: o de mostrar quão longe estamos de uma pacificação dos juristas e do pensamento jurídico no que tange a um método jurídico-decisório. Neste caso o juiz nunca estará “órfão” de uma diretriz para julgar, estando, entretanto, e iniludivelmente, “relativamente incapaz” de encontrar um caminho seguro para deliberar judicialmente. O igual reconhecimento do papel das regras gerais – as normas jurídicas e os precedentes judiciais – e de sua experimentação prática – as decisões dos tribunais –, combinado com a pressuposição de uma consciência jurídica geral da qual nos fala Castanheira Neves, assim como a combinação com aquela fragilidade dos bens humanos,⁸⁹ aqueles limites pessoais, a pressuposta humildade cultural e intelectual do julgador e as exigências de se colocar no lugar das partes e sentir o que cada um está sentindo no processo..., tudo isso do que nos fala Nussbaum não constitui certamente uma resposta definitiva ao problema da decisão, mas penso poder reconhecer a legitimidade deste ponto de partida, cuja continuidade imputa a cada um de nós a urgência sempre presente de repensar.

Urgência porque certamente a imaginação literária pode fazer diferença no momento de julgar,⁹⁰ tal como Nussbaum tem insistido, e há de reconhecer mesmo que o poeta é mesmo genial! Mas é de se perguntar como ficamos diante das lições de Benjamin: o narrador, o autêntico narrador, é o depositário e transmissor daquela experiência comunitária que anda de boca em boca.⁹¹ É ele uma figura pública hoje

.....
89 NUSSBAUM, 2001, p. 1-21.

90 Idem, 1995, p. 117.

91 BENJAMIN, 1992, p. 27 et seq., 48 et seq.

em extinção, daí que o romance seja o primeiro indício de morte da autêntica narrativa, o fruto do isolamento e da perda de autoridade sobre os sentimentos.⁹² E se uma primeira vez a magna poesia lusa – a dos feitos lusitanos ou de *Os lusíadas* – começava o primeiro canto camoniano por invocar os próprios limites do narrador para contar a grandiosidade daqueles feitos,⁹³ penso ser necessário prestar atenção uma vez mais nas lições do jurista luso que até aqui tentei colocar em diálogo com a filósofa americana: o mundo do direito pode ser narrado, mas a narração por si só omite o sentido axiológico-normativo, amputando a decisão jurídica daquela qualificativa e intransferível tomada de posição diante do fato narrado.⁹⁴ A exigência de assumir um lugar diante de uma narrativa qualquer, ante o futuro do direito, é o que acredito ser de um lado e de outro o maior apelo que cada um dos autores hoje nos dirige.

.....
92 BENJAMIN, 1992, p. 32 et seq.

93 CAMÕES, L. de. *Os lusíadas*. 5. ed. Braga: Ulisseia, 1997. Canto 1, 2 e 5.

94 NEVES, 2003, p. 402 et seq.

UM FUNDAMENTO COMUM DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS NO PENSAMENTO DE MARTHA C. NUSSBAUM¹

Umbrais

A *Ilíada* e a *Odisseia*, assinadas por Homero, são os primeiros estatutos da moralidade ocidental, encontrando-se ali os preceitos fundamentais de uma vida conforme a bondade, a beleza e a justiça; na segunda obra² se estabelecem fronteiras entre uma vida apropriada a um humano, cujo modelo sabidamente é a do homem grego, e a vida que é indigna de ser buscada, exemplificada pelo modo como os bárbaros viviam; a superioridade do humano em relação ao inumano era ali sua capacidade de razão (λόγος, *logos*), de linguagem, sendo certo que cabia à educação (παιδεία, *paideia*) modelar esse tipo de homem: foi exatamente essa capacidade de usar adequadamente uma linguagem que permitiu a Ulisses – pequeno, mas sagaz – se impusesse sobre Polifemo, gigante no tamanho e na ignorância; mas foi também o

-
- 1 Esta pesquisa teve sua versão original publicada na *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, v. 28, n. 2, p. 121-146, jul./dez. 2018. As modificações que aqui se fazem não alteram, na essência, o que lá já continha, apenas especifica alguns pontos para deixar as conclusões mais claras sobre o pensamento da autora a propósito de sua fundamentação dos direitos dos animais não humanos.
 - 2 HOMERO. *Odisseia*. Tradução de Trajano Vieira. 3. ed. São Paulo: Ed. 34, 2014. canto 9.

próprio Homero que colocou em xeque a superioridade do homem relativamente à Natureza (φύσις, *physis*): no canto XXIV da *Ilíada*, dá notícias da humilhação de Aquiles pelo seu Destino (Μοῖρα, *Moirá*),³ ao passo que no canto XVII da *Odisseia*, registra a capacidade do cão de Ulisses para memória e afeto, registro este, aliás, bastante exemplar, já que no palácio é a única criatura a reconhecer o amo e prestigiá-lo 20 anos após partir para a guerra.⁴

A *Odisseia*, aliás, no seu conjunto é um banho de acontecimentos ruins a uma pessoa com as virtudes de Ulisses, registrando seus dez anos de odisseia no mar, tentando achar o rumo de casa, tudo por não reconhecer a própria insignificância perante os deuses. Essas narrativas todas sugerem que diferentemente do que se dá na filosofia moderna, em que autonomia e razão intelectual são de fato celebradas, no que se refere aos gregos pode ser muito apressado concluir que existe um distanciamento claro entre o mundo humano e o dos animais não humanos. Reconhecer isso significa denunciar desde cedo a fragilidade da bondade de nossas vidas, com a qual Platão antes de todos, na tradição filosófica ocidental, pretendeu edificar sua cidade ideal.⁵ O pensamento grego é construído dessa tensão insuperável entre Fortuna (Τύχη, *Tyche*) e *logos*,⁶ sendo mesmo com esses materiais que Nussbaum escreveu boa parte de sua obra, de maneira original e desconcertante;⁷ é também nesse ambiente de exposição ao Acaso (Καιρός, *Kairos*) que concebe, como pretendo discutir neste capítulo, sua pretensão de justiça para os animais não humanos.

.....
3 HOMERO, 2003, v. 2, canto 24, 525-526.

4 Idem, 2014, canto 17, 290-323.

5 PLATÃO, 2001, 592b-608b.

6 PEREIRA, 1966, p. 307.

7 Veja sobre isto especialmente NUSSBAUM, 2001b, cap. 1, o livro que parece ter conferido à autora a distinção acadêmica que faria dela uma das mais importantes intelectuais do nosso tempo.

O que o leitor encontrará a seguir não pretende ser, entretanto, um estudo conclusivo sobre o pensamento da autora sobre o tema, mesmo porque ela própria parece reconhecer que muita coisa ainda precisa ser discutida; o estudo também não fará uma análise comparativa com outras teorias sobre o direito dos animais, muito menos suscitarei as minhas próprias angústias discutidas com outros colegas, com posições divergentes à minha, como os amigos Heron Gordilho, Thiago Pires e Tagore Trajano; contento-me apenas em estudar, no conjunto das ideias que a autora tem defendido em matéria de filosofia e de direito, uma suspeita que tenho: a de que existe um fundamento comum na sua concepção de direitos humanos e no seu projeto de justiça para os animais não humanos, qual seja, nossa vulnerabilidade comum e a necessidade de promover as capacidades (*capabilities approach*) que temos de ser e de atuar. Tratarei disso nos tópicos seguintes, mas iniciarei por uma breve referência à tradição filosófica grega na qual Aristóteles tomou parte, defendendo uma certa concepção do homem que parece não estar emancipado totalmente de uma animalidade comum, tal como ocorre na filosofia do sujeito no advento do Iluminismo.

O diálogo com Aristóteles e com a tragédia sobre a fragilidade da bondade

O homem de Aristóteles, assim como o dos tragediógrafos gregos, está longe de ser equiparado a um deus;⁸ como ele próprio afirma, não somos de modo algum a criatura mais admirável que existe.⁹ É certo que aponta uma distinção fundamental entre nós e os outros animais, qual seja, dispormos simultaneamente de percepção (*αἴσθησις*, *aisthesis*) e compreensão (*γνώσις*, *gnosis*), o que segundo ele nos confere

.....
8 AUBENQUE, 1999, p. 95.

9 ARISTÓTELES, 1970, 1141a.

“capacidad de sensación y de pensamiento”;¹⁰ todavia e de modo recorrente em suas obras morais, reconhece nossa vulnerabilidade e dependência, condição que nos equipara, isso sim, aos animais e às plantas.¹¹

O próprio conceito de ética que o Estagirita elabora tem suas origens etimológicas no mundo animal: originalmente a palavra “ética” (ethos) era escrita com a inicial “êta” (ἦθος), significando a “casa onde um animal vivia”, abrigava da chuva, do frio, do ataque de outros animais etc.; com o tempo, passou a designar os costumes de uma casa, de um grupo social qualquer, inclusive a comunidade humana, de qualquer modo costumes esses indispensáveis à segurança, prosperidade, etc. de cada grupo ou de seus membros individualmente falando; incorporado ao vocabulário humano, “ethos” passou também a ser grafado com a inicial “épsilon” (ἔθος), acrescentando assim outro significado ao original – a constância desses costumes na vida e ação do indivíduo, nesse caso específico aparecendo como sinônimo de caráter, habituação, já que designa a disposição desse indivíduo de viver em conformidade com o código de vida da sua comunidade.¹² Nesse holismo metafísico da criação e atuação que a vida ética se desenvolve, o humano se dilui dentro de um todo ordenado que envolve céu, terra, honra e Estado (κόσμος, *kosmos*),¹³ sendo certo que somente ali pode realizar seu projeto de felicidade.

Creio ser possível dizer, como Nussbaum diz,¹⁴ que embora a capacidade intelectual seja para Aristóteles uma prerrogativa dada ao humano, sua ética não está circunscrita, exclusivamente, nesta faculdade humana. Com efeito, o filósofo grego analisa o fenômeno

.....
10 ARISTÓTELES, 1970, 1170a.

11 Ibidem, 1102a, 1118b, 1147b, 1155a, 1170a, 1176a.

12 Ibidem, 1103a.

13 PEREIRA, 1980, v. 1, p. 216 et seq.

14 NUSSBAUM, 2001, p. 264.

da ação do ponto de vista dos animais como um todo e não do humano exclusivamente; isso me parece claro no livro III do *De anima* e no *De motu animalium* no seu todo.¹⁵ As conclusões sobre o motor imóvel (aquele que move tudo sem antes ser movido por ninguém), obtidas de sua física, são avaliadas nessas obras com o objetivo de compreender a particularidade do movimento animal (κίνησις, *kinesis*).

A conclusão à qual Aristóteles chega, sobre a causa primeira da ação, é a de que todos os animais se movem em vista de um fim,¹⁶ sendo certo, primeiro, que isso se torna possível pela mediação do pensamento (νοῦς, *nous*) e do desejo (ἐπιθυμία, *epithymia*); segundo, que esse desejo participa de algum modo do ato de pensar; terceiro, que pensamento e desejo tomam parte nas nossas escolhas; quarto, que o desejo, enquanto gosto por alguma coisa, é antecedido pela imaginação (φαντασία, *phantasia*), uma faculdade que desperta o animal para a existência de um bem que é digno buscar; quinto, que a imaginação pode ser sensitiva ou deliberativa: alguns animais têm somente a primeira, relacionada com a capacidade de sentir dor e prazer, ao passo que a segunda constitui uma prerrogativa dos animais dotados de razão. Se é certo que o Estagirita estabelece alguma diferenciação entre o homem e o animal não humano, parece certo também que reconhece o valor das diferentes possibilidades de agir e atuar, uma questão amplamente explorada por Nussbaum em sua teoria do direito animal.¹⁷

A iniludível fragilidade animal que nos é de todo comum, de acordo com o filósofo grego, exige um conjunto de atenções que são prestadas entre amigos e família em toda espécie animal, reconhecendo, embora, que a vida humana tem exigências muito mais complexas que aquelas encontradas em outros animais: além da procriação e outras

15 ARISTÓTELES, 2001; ARISTOTLE, 1985, p. 24-55.

16 Idem, 1985, 700b15, 700b19-23; idem, 2001, 432b8, 433a9-434a10.

17 NUSSBAUM, 2007, p. 338 et seq., na sua crítica ao reducionismo utilitarista dos bens, especialmente p. 344.

necessidades vitais, recai sobre nós a responsabilidade de providenciar o necessário para toda uma vida, emergindo daí o fundamento da comunidade política (πόλις, *polis*).¹⁸ A justiça aqui inclusive é sugerida como uma exigência de cuidado que os membros de uma comunidade humana partilham entre si, conscientes da irrevogabilidade da condição destinal e das necessidades dali advindas, o que não ocorre com os animais e os deuses: de fato muitos bens, segundo Aristóteles diz e Nussbaum ecoa, só existem na esfera do limite, como os valores éticos, jurídicos e políticos, os quais nem os animais, muito menos os deuses, têm o privilégio de experimentar.¹⁹

O imaginário social em que a filosofia moral grega floresceu, como Jaeger ensina, levou bastante a sério as palavras de Arquíloco de que a divindade (Μοῖρα, *Moira*), muitas vezes, eleva subitamente o homem esmagado pelo infortúnio, enquanto os que estão firmemente em pé são abandonados pelo caminho.²⁰ Tal como Nussbaum ensina,²¹ a tradição filosófica da qual a ética aristotélica emerge está longe de ser o teatro antitrágico de Platão, visto que o Estagirita soube ouvir os poetas quando denunciavam a diferença substancial entre ser bom e ser realmente feliz: os deuses, por mero capricho, podem deixar que os bons fracassem enquanto os maus alcancem seus objetivos. Nesse terreno de incertezas é que Aristóteles elabora sua teoria da felicidade (εὐδαιμονία, *eudaimonia*), mas diferentemente de seu mestre que decreta o exílio dos poetas de sua cidade ideal para não corromperem a alma, afirmando que em certos casos ela não pode nos apoiar muito, reconhece que uma vida realmente bem-sucedida depende de um pouco de Sorte (καῖρός, *kairos*); muito mais que reconhecer que nossa

.....
18 ARISTÓTELES, 1970, 1097b, 1162a.

19 Ibidem, 1136b, 1178b; idem, 1951, 1252a et seq.; NUSSBAUM, 2001, p. 341 et seq.

20 JAEGER, 1989, p. 108.

21 NUSSBAUM, 2001, p. 122 et seq.

alma possui naturalmente uma parte incapaz de razão,²² reconhece também e explicitamente que nossas escolhas morais são feitas, até certo ponto, como os outros animais escolhem, isto é, mobilizando recursos comuns, como a paixão e o desejo.²³

Contratualismo versus capabilities approach

O diálogo que Nussbaum estabelece com a razão prática de Aristóteles, em que se reconhece um certo *continuum* de vulnerabilidades entre vidas animal e humana por causa da inexorabilidade da Fortuna, impõe um confronto com a teoria jurídica moderna, na qual o direito aparece emancipado de qualquer outro poder exterior à razão (entenda-se, a razão *intelectual*). É isso que a autora realmente faz, colocando sob suspeita, pelo menos em parte, tanto o contratualismo moderno como o neocontratualismo de Rawls. Como é de todo sabido, o jusracionalismo e a filosofia contratual romperam com a concepção ético-metafísica pré-moderna, dissolvendo aqueles vínculos comunitários (*communitas*) que a reflexão sobre a justiça comumente se reportava; instituiu, desse modo, uma nova ordem em que o direito é concebido como um conjunto de artefatos humanos (*societas*), elaborados numa concertação de interesses dos signatários do contrato social.²⁴

Creio ser possível afirmar²⁵ – seja em Hobbes em que o contrato social é um derivativo daquela lei da razão que impõe a todos o dever de procurar a paz, significando assim uma concordância de cada um com cada outro em abdicar de seu direito a todas as coisas, pondo fim ao estado de guerra permanente que existia entre eles; seja em Locke em que esse contrato aparece como um expediente a partir do qual o

.....
22 ARISTÓTELES, 1970, 1139a.

23 Ibidem, 1096a, 1098b.

24 NEVES, 2003a, p. 100 et seq.

25 SILVA, 2018, v. 2, p. 526 et seq.

cidadão, privando a si mesmo de sua liberdade natural, institui uma liberdade civil, enquanto se une a outros cidadãos para com eles viver confortavelmente, usufruindo de suas propriedades e se protegendo contra os não signatários do pacto; seja também em Rousseau que o pensa como um meio de resistir a tudo aquilo que prejudica nossa conservação no estado de natureza, constituindo-se num corpo moral em que cada um, unindo-se a todos os outros, preserva a liberdade original que possuía; e seja ainda em Kant em que é pressuposto como “uma vontade universalmente legisladora” que, somente por causa disso, obriga os cidadãos dentro do Estado... – que o sujeito moral é o autêntico demiurgo, instituindo seu projeto de vida boa humana, orientado como Nussbaum gosta de dizer, pelos pressupostos da razão, autossuficiência, reciprocidade e mútua vantagem.²⁶

O liberalismo atual e que Rawls parece ser o principal formulador, na sua discussão com os comunitaristas, tem buscado rever alguns axiomas do contratualismo moderno; o desafio fundamental que se pretende enfrentar, de acordo com aquele autor, é o pluralismo de concepções da felicidade que hoje existe e com o qual os autores modernos não contavam.²⁷ Mas não obstante esse esforço, os pressupostos anteriormente apontados parecem não estar suficientemente respondidos, daí que outros pensadores, entre eles a própria Nussbaum, têm interpelado esses neocontratualistas com o que se designa por desenvolvimento das capacidades (*capabilities approach*); sua demanda principal parece ser o enfoque nas capacidades que o sujeito possui e não propriamente no que ele tem sido realmente. Importa considerar isso brevemente, porque é a partir disso que Nussbaum elabora sua teoria da justiça e traduz posteriormente, para o campo animal, o que foi originalmente elaborado para promover os direitos humanos.

.....
26 NUSSBAUM, 2007, p. 14 et seq.

27 RAWLS, 1997, p. 15.

Trata-se de uma abordagem com grandes consequências para o pensamento prático, desde o momento em que Sen, considerado o formulador desta proposta que mais tarde seria criticada e desenvolvida por outros autores,²⁸ foca seus estudos sobre a qualidade de vida nos estudos aristotélicos sobre a felicidade e o florescimento humano; com isso, o autor indiano dá muito menos relevo à análise pura das necessidades e das condições da vida humana.²⁹ Distancia-se deste modo de outras compreensões do mundo prático, sobretudo daquelas focadas na utilidade, na riqueza e na liberdade negativa do agente. Volta-se, portanto, para a concepção aristotélica do bem como uma atividade da alma em vista da excelência que todos nós podemos e devemos realizar;³⁰ por causa disto é que a noção de *capabilities approach* em Sen aparece imbricada com o conceito de *functionings*, isto é, de uma realização humana decorrente da operação de várias coisas que cada pessoa pode ser ou fazer ao longo de sua vida;³¹ neste sentido, *capability* vem a ser a habilidade desse agente para realizar uma dada função, o que por sua vez igualmente se associa com os conceitos de *freedom* e *values*, sucessivamente a possibilidade de escolher entre alternativas disponíveis em uma dada situação e a seleção de realizações que parecem mais adequadas para serem perseguidas pelo agente. As preocupações do autor não se esgotam na procura de coisas úteis à vida do ser humano, não restringem à análise de situações de pobreza existente no mundo:³² ocupa-se do bem-estar em geral, da construção de oportunidades para toda uma vida e da promoção de cada humano indistintamente.³³

.....
28 NUSSBAUM, 2000, p. 11.

29 SEN, 1993, p. 46 et seq.

30 ARISTÓTELES, 1970, livro 7, 1097b-1098a.

31 SEN, 1993, p. 31 et seq.

32 SEN, A. *A ideia de justiça*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 288 et seq.

33 Ibidem, p. 267 et seq.

A partir dessas primeiras abordagens é que Nussbaum desenvolverá sua própria concepção das *capabilities*, sobretudo conferindo uma maior especificação ao catálogo que Sen originalmente ofereceu; institui assim uma lista de capacidades centrais que se diz, por um lado, exigíveis para uma vida humana decente, e por outro, capazes de orientarem princípios políticos básicos, estes a serem incorporados aos direitos humanos e assimilados internamente pelos direitos constitucionais e legislações direcionadas ao desenvolvimento humano.³⁴ As principais diferenças que a própria autora reconhece quanto à teoria original são:³⁵ avaliação de como as *capabilities*, por meio de um estrato principal delas, podem estabelecer um rol de princípios constitucionais exigíveis pelos cidadãos em relação aos governos locais, ao passo que Sen se ocupou mais em definir um certo universo de capacidades em torno do qual a discussão sobre a qualidade de vida seria mais bem-sucedida; consideração de todas as capacidades como fundamentais para uma vida realmente auspiciosa, não privilegiando a liberdade como o autor indiano faz, apondo sua concordância à teoria rawlseana da justiça; compreensão das capacidades como um verdadeiro princípio universal que sirva de parâmetro para avaliar se uma nação está considerando cada pessoa como um fim em si mesmo, diferente da teoria original que não assumia explicitamente uma posição contra o relativismo cultural.

A autora também considera que tem outras diferenças pouco profundas para com Sen, especialmente: deixando se influenciar mais por Aristóteles e por Marx; não considerando indispensável distinguir bem-estar de atividade e liberdade de realização como ele faz; abordando narrativamente essas capacidades, quando a teoria original não se ocupa disso; admitindo até certo ponto a compreensão

.....
34 CLARK, D. A. *The Capability Approach: Its Development Critiques and Recent Advances*. *Global Poverty Research Group/Economic and Social Research Council*, Manchester, p. 2-18, 2006. p. 6 et seq.

35 NUSSBAUM, 2000, p. 11 et seq.

do direito como um *side-constraints* em que as *capabilities* aparecem no lugar dos *rights*, de modo que as capacidades tidas como centrais nunca possam ser violentadas a pretexto de outros tipos de vantagem social.³⁶ No que se refere a esta última “divergência”, isto é, quanto à relação entre direitos e capacidades, insiste em mostrar que, embora a linguagem do direito seja importante na realização do fim humano que o discurso prático busca, ela seria equívoca o bastante para desafiar-nos a ir para além dessa linguagem.

O fundamento da justiça, oferecido por Nussbaum, desafia a transcender a limitadíssima narrativa que o contratualismo nos deu. As *capabilities* miram uma qualidade de vida para as pessoas, insistindo na construção de uma sociedade liberal e pluralista, afastando de certo modo as fundamentações puramente procedimentais e recusando também a fundamentação preconizada pelo utilitarismo econômico em geral.³⁷ A autora diz que as políticas atuais não se preocupam com a distribuição das riquezas produzidas pela sociedade, além do que tratam muita gente como um meio para consecução daqueles fins; tal como Rawls, ela pontua os defeitos do utilitarismo: acusa essa escola de ignorar as liberdades políticas e religiosas, pontuando especialmente a sua insuficiência teórica; além do mais, censura os utilitaristas por ignorarem a existência de pessoas com debilidades e vulnerabilidades, assim como por não ouvirem todas elas sobre o que podem ser e fazer.

A proposta de Nussbaum, nesse sentido, não preconiza nenhuma utopia jurídica, procurando fazer uma abordagem consistente das *capabilities*:³⁸ aquela que, partindo sempre do princípio de que a vida não se vive sem nenhum risco ou surpresa, toma a dignidade humana como um bom paradigma para a sociedade liberal, a inspirar,

.....
36 NUSSBAUM, 2000, p. 13 et seq.

37 Idem, 2007, p. 69 et seq.

38 Idem, 2001a, p. 199.

deste modo, nosso planejamento e ações.³⁹ E isto ela acredita que pode ser traduzido para outra linguagem, ajudando a compreender a complexa discussão sobre o direito dos animais,⁴⁰ possibilitando não somente respondermos às teorias que negam tal estatuto, mas também para defender tais direitos melhor que aqueles que as admitem, mas sob o fundamento duvidoso da compaixão. É sobre essa questão específica que o tópico seguinte pretende desenvolver, tendo por argumento principal, primeiro, que a autora pressupõe um certo *continuum* de vulnerabilidades entre o humano e o animal não humano; depois, que a autora proporá, tal como se fez para promover os direitos humanos, um catálogo adequado de proteção da dignidade animal.⁴¹

Dignidade e justiça aos animais não humanos

Importa dizer de início que a tese sustentada por Nussbaum está longe de ser uma adesão acrítica a um estatuto jurídico dos animais: sua defesa de uma agenda positiva, seja de ações no campo político, seja na teoria do direito, decorre de uma reflexão cuidadosa como antes vimos e que ao fim reivindicará um verdadeiro compromisso

.....
39 "This, it seems to me, is a good way to proceed in a liberal society, by which I mean one based on a recognition of the equal dignity of each individual, and the vulnerabilities inherent in a common humanity. If we cannot fully achieve such a society, we can at least look to it as a paradigm, and make sure that our laws are the laws of that society and no other.," NUSSBAUM, 2006, p. 18

40 Torna-se impossível aqui explorar as controvérsias acerca do direito animal, primeiro porque o objetivo ao qual me propus foi apenas o de enfrentar o fundamento filosófico-teórico que Nussbaum utiliza para discutir criticamente a questão, depois porque já existem importantes trabalhos e que tratam de maneira sistemática e lograda de autores e escolas que mais têm se destacado no meio acadêmico; creio que tanto para uma abordagem apologética como para uma avaliação crítica do assunto, são indispensáveis ARAUJO, F. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003; BALLESTEROS, J. *Ecologismo personalista*. Madrid: Tecnos, 1995; GORDILHO, H. J. de S. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução, 2008; LINHARES, J. M. A. A ética do continuum das espécies e a resposta civilizacional do direito. *Boletim da Faculdade de Coimbra*, Coimbra, v. 78, p. 197-216, 2003.

41 NUSSBAUM, 2007, p. 356, 426.

dos juristas com a causa animal. Mesmo tendo por principal alvo o utilitarismo, como de resto é comum em seus escritos sobre outras questões, não me parece adequado situá-la no lugar dos estudos mais canônicos sobre o direito dos animais; isto se dá porque não se importa em reconhecer o valor de diferentes argumentos críticos e alguns equívocos de outros que têm um caráter mais apologético. Sempre disposta a rever suas posições e advertindo para o caráter inconclusivo de suas pesquisas, assume o risco antropocêntrico de dialogar com o “consenso de sobreposição” de Rawls e de estabelecer um catálogo de princípios políticos básicos a serem implementados;⁴² além disso, está sempre alerta para outros dois grandes riscos: o de romantizar a natureza, sugerindo que as coisas ficariam melhores se deixássemos de interferir no mundo e renunciássemos a todos os cânones normativos humanos, assim como o de, a pretexto de defender acriticamente os direitos dos animais, impor a eles a nossa própria visão do mundo.⁴³

Mas é da teoria das *capabilities* que antes vimos que a autora irá buscar a resposta para sua inquietação, reconhecendo existir ali um vazio para a causa animal (vazio esse que ela quer preencher), pois na sua concepção original essa abordagem foi concebida como uma forma específica de liberalismo para promover os direitos humanos.⁴⁴ Mas antes vejamos que o discurso da autora nos traz uma crítica extensa e razoavelmente fundamentada das teorias negadoras dos direitos dos animais. O que faz começando por um ponto que me parece significativo para compreender os argumentos que ela adota: quando apela aqui para a simpatia (συμπάθεια, *sympatheia*) com o sofrimento animal,⁴⁵ persistindo em seu modelo de *justiça poética*,⁴⁶ me parece que

.....
42 NUSSBAUM, 2007, p. 357, 388 et seq., 392 et seq.

43 Ibidem, p. 352, 367.

44 Ibidem, p. 346, 388 et seq.

45 Ibidem, p. 325.

46 Idem, 1995b.

seu texto tem uma dimensão muito mais ético-política que propriamente jurídica (a teoria das capacidades não defende que conflitos de interesses dos animais entre si e entre eles e os animais não humanos possam ser eliminados, daí que somente um adequado planejamento de vida pode nos proteger da exposição à Fortuna, tal como Aristóteles expôs ao resolver a discussão filosófica entre Platão e a poesia trágica grega);⁴⁷ chego às vezes a me perguntar se parte do que ela pretende ver assumido pelo direito positivo⁴⁸ seria de fato necessário se não frequentasse o lugar comum de alguns juristas e filósofos: o da inadequada confusão entre lei (*lex*) e justiça (*iustitia*).

A questão fundamental da justiça, para Nussbaum, é assegurar uma vida decente para a diversidade de criaturas,⁴⁹ daí que a filosofia moderna, nomeadamente Kant, quando rompe definitivamente com o paradigma aristotélico da dignidade animal, deva ser refutada juntamente com as tradições estoica e hebraico-cristã.⁵⁰ Não é muito diferente quanto ao neocontratualismo, visto que admitir na *capabilities approach* uma certa aproximação com a teoria da justiça de Rawls não significa aderir à sua tese de obrigações puramente morais com os animais não humanos.⁵¹ O neoaristotelismo da autora também, mesmo reconhecendo na moral utilitarista um juízo mais adequado da questão animal, comparativamente ao que se vislumbra das teorias contratualistas na sua globalidade, não deixa de rejeitar os fundamentos que esse utilitarismo adota.⁵²

.....
47 NUSSBAUM, 2007, p. 400 et seq.

48 Ibidem, p. 372 et seq., 400 et seq.

49 Ibidem, p. 350. Importa observar que o procedimentalismo aceito até certo ponto pela autora em outros textos para fazer frente ao pluralismo moral atual, aparece aqui na sua concepção de justiça, já que para ela devemos focar num conjunto de princípios básicos para promover as capacidades próprias de diferentes animais, e não adotar uma concepção abrangente da vida boa animal. Ibidem, p. 352

50 Ibidem, p. 427 et seq., 347, 363.

51 Ibidem, p. 430 et seq., 352 et seq.

52 Ibidem, p. 338 et seq.

O julgamento que faz do utilitarismo em geral é de que, primeiro, tanto a versão que reduz a ação valorosa à maximização do prazer e minimização da dor (o hedonismo de Bentham), como a que promove interesses de quem é atingido por uma dada ação (o utilitarismo de preferência de Singer), são avaliações meramente consequencialistas que ignoram a pluralidade de bens existentes e dignos serem perseguidos; segundo, tratam pessoas como meios e não como fins, pois partem do princípio de que uma ação valorosa é aquela ordenada pela soma de prazeres e dores socialmente relevantes; terceiro, a visão substantiva do bem que possui ignora a pluralidade de bens, nomeadamente aqueles que não residem na capacidade de sentir. Todavia, o utilitarismo de Mill teria um mérito particular, dado que reconhece uma esfera da inviolabilidade da pessoa e a heterogeneidade qualitativa de prazeres, diferentemente de Singer e Bentham, que defendem a homogeneidade e comensurabilidade de bens no espaço de trocas.⁵³

A centralidade que a concepção plural do bem assume na proposta de Nussbaum, nos mesmos passos de Aristóteles quanto à questão da vida boa e que de resto já sabemos, faz que ela parta, aqui, de um outro ponto essencial para compreendermos o embasamento teórico que adota: toda criatura de uma dada espécie é dotada da dignidade própria dessa espécie, ainda que não disponha, circunstancialmente, das capacidades básicas para que floresçam, cabendo ao direito garantir a fruição dessa dignidade.⁵⁴ Tal como se dá em relação aos direitos humanos em que a pesquisa sobre nossas capacidades inatas é fundamental, oferecendo-nos as informações sobre quais delas têm um lugar central para uma vida bem-sucedida e quais as que ameaçam uma vida com dignidade (isto para promover as primeiras e inibir as segundas), devemos reconhecer o *continuum* da vida que há entre humanos e animais não humanos e aprofundar nosso conhecimento

.....
53 NUSSBAUM, 2007, p. 34 et seq.

54 Ibidem, p. 347.

sobre estes, evitando tanto a romantização da natureza feita pelo discurso da continuidade das espécies como a simplificação da vida defendida pelo utilitarismo.⁵⁵

O filtro avaliativo (*moral evaluating*), proposto por Nussbaum, parece ser antes de tudo uma resposta ao ecologismo profundo (*deep ecology*), pois a autora afirma que devemos avaliar nossa relação com a natureza, o que desde logo não é fácil e nem evidente: o mundo natural não é harmônico e sábio, mas, ao contrário, faz coisas desagradáveis não só aos humanos, mas a outros animais e a tudo que nele existe;⁵⁶ os animais causam danos tanto quando atacam diretamente um outro como quando indiretamente o atinge provocando doenças, alterando suas condições de subsistência etc., mesmo que façam isso apenas para cuidar da própria vida; disso se conclui que nenhuma dessas capacidades de causar danos, em princípio, devem ser protegidas. Mas essa irrecusável avaliação moral atinge também o individualismo e igualitarismo moral do utilitarismo: esta escola, uma vez que dedica sua atenção na capacidade animal de sentir dor ou prazer, entende que o pertencimento a uma espécie é irrelevante para as práticas de justiça, tendo por consequência a defesa de que todos os animais sencientes devem ser tratados de modo igual.⁵⁷ Esta tese da dignidade igual entre as espécies seria uma ideia metafísica que espalha muita discórdia, impedindo a convivência entre concepções morais razoáveis e passíveis de subscreverem um consenso de sobreposição sobre os animais, devendo de pronto ser substituída por outra, focada no juízo de adequação.

A autora parece defender uma espécie de “mínimo existencial” (*basic justice*) dos animais, diferentemente de outras abordagens teóricas, visto que insiste num valor intrínseco de cada animal e que deve

.....
55 NUSSBAUM, 2007, p. 357 et seq., 366 et seq.

56 Ibidem, p. 366 et seq.

57 Ibidem, p. 357 et seq., 380 et seq.

ser protegido pela política e pelo direito.⁵⁸ A noção de dignidade dos animais não humanos lhe parece controvertido e difícil de abordar, assim como é difícil e até fantasiosa, dada a profunda assimetria de nossa relação para com eles, a transposição da teoria do contrato social para a justiça animal.⁵⁹ A metodologia adotada pela *capabilities approach* se afasta tanto do contratualismo e da sua ideia de reciprocidade, inerente ao homem, como do utilitarismo e do seu individualismo moral, extensível aos animais, mas sem impedir que a realização de funções, próprias de cada um deles, seja frustrada em razão de interesses que não são seus.⁶⁰ O foco é avaliativo e voltado para as espécies: devemos respeitar a complexidade de vidas e funções que a pluralidade de criaturas possui, de modo que condicionar seus direitos à capacidade de sentir dor ou prazer soa injusto de modo semelhante ao de negá-los a qualquer animal.

O discurso de Nussbaum, como temos visto desde início, tem uma dimensão trágica insofismável, daí que a abordagem das capacidades em matéria dos direitos dos animais não humanos tem um custo: aquele a ser suportado pelas escolhas morais que precisamos fazer, por vezes tragicamente, mas também aquele cujo cálculo tem um peso econômico e visa criar as condições de existência adequada à espécie.⁶¹ Um enfoque baseado na adequação, diferente do que se baseia na igualdade, significa mais que uma abordagem normativa da vida animal, constituindo numa verdadeira exigência de substituir o discurso da natureza pelo da justiça;⁶² a simplificação do discurso dos direitos negativos e positivos, tanto quanto aos direitos humanos quanto aos dos animais não humanos, deve ser evitada: cabe ao

.....
58 NUSSBAUM, 2007, p. 366 et seq.

59 Ibidem, p. 326, 333 et seq.

60 Ibidem, p. 352 et seq., 358 et seq.

61 Ibidem, p. 363 et seq.

62 Ibidem, p. 400.

Estado implementar uma agenda positiva que promova um modo de vida adequado para cada espécie.

Com efeito, mitigando o procedimentalismo que em parte defende, a autora realiza uma forte guinada na direção da justiça material, estabelecendo um catálogo de dez “direitos não humanos”, passíveis de serem entendidos como um elenco de capacidades básicas e exigíveis na esfera judicial:⁶³ os direitos à 1. *vida*, sejam os animais sencientes ou não, protegendo-os do aniquilamento gratuito; 2. *corpo saudável*, defendendo-os da crueldade, negligência e maus-tratos; 3. *integridade do corpo*, independente da sujeição ocorrer com ou sem dor, garantindo seu funcionamento adequado; 4. *sentidos, imaginação e pensamento*, evitando que sejam privados do prazer, da realização de atividades próprias da espécie e do desejo de levar uma vida diferente da que vive; 5. *emoções*, a fim de resguardar sua capacidade de amar, cuidar de seus iguais e sentir a alegria de viver; 6. *razão prática*, uma analogia quase forçada com a humana, mas admitida para, sendo o caso, assegurar a liberdade de escolha, o planejamento e a defesa dos próprios projetos de vida; 7. *afiliação*, protegendo suas associações com os membros de sua espécie e defendendo-os de qualquer humilhação “pública”; 8. *relação com outras espécies*, garantindo a liberdade de formarem outras afiliações; 9. *lazer*, garantindo-lhes condições adequadas de vida, companhia de outros membros da espécie e outras condições que permitam a recreação apropriada; 10. *controle sobre o ambiente em que vive*, garantindo a autodisponibilidade sobre o próprio *habitat*, sua defesa contra exposições vexatórias e atividades forçadas.

Esses direitos básicos relacionados ou, como já se disse, o “mínimo existencial” a uma vida com a dignidade da espécie têm caráter experimental e uma base humana de reflexão como a autora nos diz, isto com o objetivo de elaborar alguns princípios políticos balizadores da atividade legislativa, administrativa e jurídica; neste último caso,

.....
63 NUSSBAUM, 2007, p. 393 et seq.

suponho por minha própria conta e risco que seja assim, visto que se a autora não esclarece como esses “princípios políticos” influenciariam a atividade dos juízes, creio a partir de outros textos seus que isso ocorreria por meio de juízos hermenêuticos apropriados à causa animal: aqueles juízos obtidos pelo exercício da imaginação literária (*narrative imagination*) e de um julgamento que somente o “espectador judicioso” (*judicious spectator*),⁶⁴ o “juiz escritor” concebido numa “justiça poética”, estaria em condições de realizar. Mas como exercer esses direitos na esfera dos tribunais? Nisto, a autora denuncia tanto a negligência do contratualismo, que reduz nossas obrigações com os animais a um derivativo de obrigações com os nossos iguais, como a cegueira utilitarista que não reconhece o interesse pela vida que cada criatura requer: afirma que devemos avançar (sob os auspícios, inclusive, de tratados internacionais) para além do que hoje dispomos, admitindo os animais como autênticos sujeitos de direito;⁶⁵ essa capacidade jurídica, todavia, não é de todo completa, visto que dependente do expediente tutelar para ser exercida.

A figura processual de que socorre é a representação (os direitos dos animais serão *argued by a guardian*), já o sabemos; mas a autora não tem isso como de todo evidente, já que seria uma ideia antropocêntrica que sempre deixa em aberto a pergunta sobre “o que o tutor pode requerer em nome dos animais não humanos”; o único paliativo que isso tem é o de considerar que o tutor é capaz, por meio da própria boa-fé, de avaliar qual é o bem adequado a cada espécie animal.⁶⁶ A solução lhe parece adequada porque não se distanciaria muito do tratamento dispensado às crianças e adultos com capacidade mental reduzida, sendo sempre uma alternativa decente para lidar

.....
64 NUSSBAUM, 1995, p. 1 et seq., 79 et seq.

65 Idem, 2007, p. 351 et seq., 401.

66 Ibidem, p. 389.

com esses tipos de vulnerabilidade, permanentes ou temporárias.⁶⁷ Com efeito, o exercício inteligente da tutoria pode cultivar espaço para a autonomia do tutelado, sendo certo que esse benfeitor se orientará sempre por juízos de adequação dos bens apropriados à espécie e ao florescimento de suas capacidades. Em todos esses casos, seguindo o raciocínio da autora, estariam preservadas as diferentes formas de dignidade, visto que possibilita ver o tutelado não como uma coisa: seriam vistos, como disse Aristóteles, a autora sempre invoca e nós vimos no início, como um entre os muitos seres que integram um *continuum* de vida, expostos inexoravelmente ao mesmo desígnio da Fortuna... o de ter as suas vidas arruinadas e a felicidade interrompida quando não têm a oportunidade de florescer suas capacidades.

Termo

E assim tenho que concluir. Gostaria de acentuar que este capítulo não tinha por objetivo um estudo comparativo da autora em relação a outros autores, mas apenas procurar os fundamentos filosóficos que adota para dizer que os animais têm direito a serem tratados com justiça. Paguei o preço, entretanto, de, em algum momento, estabelecer tais relações, o que fiz apenas focando a opinião da autora sobre os autores que porfiam com ela sobre essas questões. Nesse sentido, espero ter tocado os pontos básicos de seu texto, o qual não nos apresenta uma ideia conclusa sobre a matéria; não obstante, sua fundamentação teórica me pareceu esclarecida, visto que é coerente com outros textos elegantemente escritos sobre política, moral e direito.

Foi possível perceber, quanto à reflexão de Nussbaum sobre o direito dos animais, que a autora em sua discussão com o utilitarismo vai diferenciar o ato de sentir compaixão pelos animais da ação de

.....
67 NUSSBAUM, 2007, p. 375 et seq.

quitar nosso *debitum* de justiça para com eles; o dissenso se estabelece aqui porque ela, embora reconheça nesses filósofos a sensibilidade pela causa animal, não restringe o espaço da simpatia jurídica às espécies capazes de sentir dor ou prazer: a abordagem das capacidades (*capabilities approach*) tem em consideração o desejo (constitui um equívoco elaborar qualquer projeto de mundo ignorando o papel que os sentimentos exercem em nossos projetos de felicidade),⁶⁸ mas considera, além disso, que todos os animais são dotados de dignidade, pois esta decorre da capacidade de realizar funções próprias da espécie.

Quanto ao contratualismo, a discussão ocorre tanto com Kant que não vê dignidade alguma nos animais, como com Rawls que tem por eles alguma simpatia, mas igualmente os deixa fora do contrato social. Sua resposta, sobretudo a este último, é a de que a despeito do caráter antropocêntrico do consenso de sobreposição (*overlapping consensus*), é possível estabelecê-lo entre doutrinas razoáveis e simpáticas de algum modo com a causa animal. Em comum as duas doutrinas têm para Nussbaum a inadmissível limitação de não dar a devida atenção para a oportunidade de toda vida animal florescer as capacidades que lhe são próprias.⁶⁹ E as correções que a autora quer implementar têm apelo internacional, sendo isto mesmo que aquele catálogo do que talvez possam ser chamados de “direitos não humanos”, visto que elaborado em analogia ao que anteriormente vimos se tratar de inspiração para a agenda dos “direitos humanos”, quer de fato experimentar nas constituições internas de cada país (com o selo do direito internacional).

O que de resto parece fundamental acentuar é que o texto, ao passo que argumenta originalmente e convincentemente no campo filosófico, nele não consigo encontrar respostas jurídicas claras tanto para questões de ordem material como processual; talvez esse relevo

.....
68 NUSSBAUM, 2007, p. 370.

69 Ibidem, p. 405 et seq.

ético-político se justifique pela própria formação original da autora, ela que, não sendo jurista, é de fato uma filósofa e classicista de notória reputação acadêmica. Como foi possível ver, o *prius* de sua argumentação é a nossa vulnerabilidade comum, partilhada com os animais não humanos; nesse aspecto, a autora é feliz em privilegiar o diálogo com Aristóteles, pois ele responde bem a essa questão de uma vida conforme a excelência, num mundo em que os humanos não dominam inteiramente e se equiparam, muitas vezes e como vimos anteriormente, aos animais e às plantas.

A resposta de Nussbaum a esta importante questão atual da teoria do direito (talvez uma das mais importantes da atualidade, visto que outras discussões sobre novas personalidades e direitos nos obrigam a talvez revisar nossos velhos conceitos jurídicos fundamentais!), partindo de Aristóteles, deve ser sempre entendida como um exercício de aprendizagem com o esforço do Estagirita para reconciliar aquela soberba intelectual e com a qual Platão ambicionou construir uma cidade justa e feliz, com a aparente (apenas aparente!) resignação moral que os poetas, os primeiros educadores da Grécia, encenaram no teatro clássico, interpelando o auditório sobre o excesso de autoconfiança que o humanismo de seu tempo ostentava.

Nisto talvez se pudesse esperar, do ponto de vista jurídico, algo mais da argumentação de Nussbaum. É que se hoje sabemos que os gregos foram exímios ao refletirem sobre a justiça e não lhes tendo faltado instituições onde dela reclamassem; é que não ignorando que foram os romanos a criarem uma reflexão jurídica enquanto tal,⁷⁰ procurei e não encontrei na autora uma resposta para uma questão que me parece de todo fundamental nesse debate sobre o direitos dos animais: se é de justiça que se trata (essa me parece a questão fundamental da autora), talvez ela pudesse nos dizer por qual motivo a resposta dos gregos, neste holismo discursivo que ela agora retoma,

.....
70 NEVES, 2008c, v. 3, p. 111 et seq.

não nos serve mais e temos que recorrer ao direito, o qual ninguém duvida ser limitado para responder todas as questões aflitivas que temos e é urgente refletir; este é caso, como me parece, do nosso *debitum* de justiça com nossos amigos muito fraternais: “os animais diferentes de nós”.

DESTINO, AÇÃO E SABEDORIA NA LITERATURA ORAL DO SERTÃO¹

Entradas

“O homem mais sábio que conheci em toda a minha vida não sabia ler nem escrever”.² Estas foram as palavras introdutórias do discurso proferido pelo Nobel de Literatura de 1998, o escritor português José Saramago, cujo feito mais memorável – ao que me parece – não foi o de restaurar o prestígio da língua portuguesa no mundo, mas o de fazer “ver” as diferentes vozes que ela possui e as diferentes formas por meio das quais ela pode ser expressa.

A frase de Saramago é responsável pelo meu atrevimento ao aceitar o generoso convite do prof. Edivaldo Boaventura para lhes falar nesta tarde. Isso porque a importância que o poeta luso atribuía ao seu avô em sua formação literária me confortava, afinal, nesta decisão de ocupar os vossos ouvidos com o tema “Destino, ação e sabedoria na literatura oral do sertão”. É que, se por um lado o tema pressupõe que a oralidade é capaz de instituir um verdadeiro modelo de literatura,

.....

1 A pesquisa relativa a este capítulo se refere exatamente àquela apresentada em conferência feita aos imortais da Academia de Letras da Bahia em 5 de agosto de 2010. Os meus eternos agradecimentos, primeiro ao prof. Edivaldo Boaventura (*in memoriam*) que na qualidade de presidente daquela Casa me formulou esse honroso convite, depois aos demais integrantes daquela Academia pela presença e pelo interesse nas discussões; o trabalho foi publicado, originalmente, na própria *Revista da Academia de Letras da Bahia*, Salvador, n. 50, p. 125-140, set. 2011; foi publicado depois na *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador, ano 16, n. 18, p. 215-226, 2011-2012.

2 SARAMAGO, J. *Discursos de Estocolmo*. Lisboa: Caminho, 1999. p. 11.

por outro, ele também identifica certa sabedoria e certa visão de mundo. E, desse modo, a minha pretensão aqui – e talvez não passe de uma simples pretensão! – é fazer um ligeiro mergulho em uma comunidade específica de narradores que, por meio da oralidade, testemunha uma experiência civilizacional também muito delimitada: a do sertão brasileiro.

Com efeito, se atentarmos para as lições de Walter Benjamin, haveremos de reconhecer que os narradores dos quais falo e outros já falaram talvez façam parte de uma experiência do passado, mas nem por isso menos importantes para a compreensão da comunidade ética em que vivemos e da complexidade de nossas vidas. É que para o autor alemão, o narrador – o autêntico narrador – é o depositário e o transmissor daquela experiência comunitária que anda de boca em boca.³ É ele aquela figura pública, hoje em extinção, cuja morte encontra seu primeiro indício no surgimento do romance – por causa do seu isolamento e da conseqüente perda da experiência⁴ – e se aprofunda com o surgimento da informação, uma vez que esta substituiu o fantástico e o distante pelo realístico e imediato. O narrador é sempre quem sabe dar conselhos ao ouvinte, e o conselho é cingido pela substância da vida vivida; é sabedoria que se tornou antiquada no nosso tempo. Assim é que, pelas mãos de Luís da Câmara Cascudo, Sílvio Romero, Juvenal Galeno, Leonardo Mota, Elomar Figueira etc., os trabalhos de recolha e sistematização deste acervo literário tão expressivo da nossa brasilidade advertem para aquilo que disse Câmara Cascudo no prefácio de seu *Contos tradicionais do Brasil*: ao lado do pensamento intelectual letrado, correm as águas paralelas e solitárias da memória e da imaginação popular, mas tão poderosas como as outras na arte

.....
3 BENJAMIN, 1992, p. 27 et seq., 48 et seq.

4 Ibidem, p. 32 et seq.

de contar vivamente a história, a etnografia, as ideias, os julgamentos e as decisões de um povo.⁵

Assim sendo, não pretendo de modo algum dar conta da imensidão de questões suscitadas pelo tema tratado, uma vez que são, muitas vezes, controvertidas, algo que uma simples intervenção de neófito jamais poderia esgotá-las. Isso me obriga, certamente, a invocar aquela humildade cultural e humana que o jagunço Riobaldo, a personagem ilustre do *Grande sertão: veredas* por meio da qual Guimarães Rosa me aproxima de uma interpretação muito autêntica do mundo, também invoca em seu favor perante aquele que pacientemente lhe escuta: “Eu sei que isto que estou dizendo é dificultoso, muito entrançado. Mas o senhor vai avante. Invejo é a instrução que o senhor tem”.⁶ Assim, o que o herói rosiano quer mesmo é decifrar as coisas que são importantes, e, nesta empreitada, qualquer sabença – no dizer de Patativa do Assaré⁷ – apresenta um valor intrínseco, o que me permite falar desta linguagem como uma partilha e como uma forma de vida. Desse modo, no item seguinte desta apresentação, tecerei comentários sobre a concepção trágica da vida que permeia o imaginário narrativo dos poetas da oralidade sertaneja, para a seguir abordar as consequências diretas que essa imaginação exerce na visão da ação moralmente boa encontrada nas narrativas daqueles poetas.

A morte de João Major e a lição de Dona Inácia

*Quando João Major morreu no chifre de um cuiabano
A viúva Dona Inácia ajoelhou no chão chorando
Nesta lida tão infame tenho um filho inclinando*

5 CASCUDO, L. da C. *Contos tradicionais do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Global, 2004. p. 12.

6 ROSA, 2006, p. 100.

7 PATATIVA DO ASSARÉ. *Inspiração nordestina*. São Paulo: Hedra, 2006. p. 14.

Mas nem Deus que é poderoso há de cortar os meus plano
O dinheiro compra tudo
Ele há de ter estudo
Pra ser Seu doutor fulano.
Pra não contrariar sua mãe com bem dor de coração
O rapaz tirou a espora e pendurou lá no galpão
Meu filho na sociedade terá boa educação
Não lhe faltará dinheiro pra cumprir sua missão
Seja tarde ou seja cedo
Terá um anel no dedo
Invêis de um laço na mão
Depois que o moço foi embora
Seis anos tinha passado
Os fazendeiros vizinhos viviam tudo alarmado
Um bando de desordeiro vinha ali pra roubar gado
Atravessavam o rio pra vender no outro Estado
Igual a palma da mão
Esse bando de ladrão
Conhecia aqueles lado.
Com mais de cem peão armado a polícia reuniu
E fizeram uma tocaia na outra banda do rio
O cerco foi tão perfeito nem um bandido fugiu
Dona Inácia com a notícia de satisfação sorriu
Tomara que o delegado
Surre de laço dobrado
Esse bando de vadio.
Nisso bate à sua porta todo afobado um peão
O doutor diz pra senhora ir prestar declaração
A viúva nem por sonho desconfiou da situação
Mas chegando na cadeia deu um grito de aflição
É que seu filho adorado
Lá estava encarcerado
Da quadrilha era o chefão.
Dava pena a gente ver aquele tão triste quadro
A viúva entre as grade abraçando o filho amado
Aconteça o que acontecer estarei sempre a seu lado

*Tanto dinheiro gastei pra te fazer um homem honrado
Meu orgulho Deus quebrou
Invêis de um filho doutor
Formei um ladrão de gado.*⁸

Esse clássico sertanejo, gravado pela dupla Liu e Léo e intitulado “Ladrão de gado”, foi composta por Nelson Gomes e Teddy Vieira na década de 1950 e expressa uma concepção trágica da vida, algo muito comum entre os violeiros do sertão. Com efeito, Dona Inácia não desejava para o seu filho a mesma Sorte do pai, qual seja, levar uma vida inteira, ainda que com excelência, na arte de dominar o boi e, em um minuto apenas, despedir-se anonimamente dela como um qualquer. Mas a sua jura não passou de uma pretensão inútil, e o seu “orgulho” foi humilhanamente desfeito. Pode-se assim dizer que, do mesmo modo como Homero retrata o castigo de Ulisses – o de andar errante pelos mares por causa dos desaforos disparados contra Poseidon⁹ –, os autores falam do castigo que Dona Inácia terminou pagando, isto é, as duras penas por ter desafiado o destino do seu filho; ele, de fato, não seguiu a profissão do pai, mas também não foi doutor como ela queria: foi, sim, um ladrão de gado! Se é bem verdade que se trata de culturas muito distintas, isso não desmente o fato de que os dois imaginários narrativos partilham dos mesmos pressupostos de que “o homem não é a medida de todas as coisas”,¹⁰ ou como disse Riobaldo, a vida humana parece mais um relato sem pé e nem cabeça, uma peça que já está escrita no livro da vida quando a gente nasce

8 LADRÃO de gado. Compositores: Teddy Vieira e Nelson Gomes. Intérpretes: Liu e Léo. São Paulo: Caboclo, 1962. 1 78 RPM.

9 HOMERO, 2014, canto 1.

10 PLATON. Les Lois: livres III-VI. In: PLATON. *Œuvres*. Tradução de Édouard des Places. Paris: Societé d'Édition “Les Belles Lettres”, 1951. t. 11, pt. 2, 716c.

e teremos de representar. E sem possibilidade, é claro, de escolhermos o nosso papel!¹¹

É verdade, como Werner Jaeger nos diz, que não existe propriamente um conceito universal de tragédia, contudo é possível reconhecer alguns traços fundamentais que o autor alemão observa no teatro clássico:

A representação clara e vívida do sofrimento nos êxtases do coro, expressos por meio do canto e da dança, e que, pela introdução de vários locutores, se convertia na representação integral de um destino humano, encarnava do modo mais vivo o problema religioso há muito candente, do mistério da dor enviada pelos deuses à vida dos homens.¹²

O próprio Aristóteles, em seu conceito de tragédia, descrevia-a como sendo uma imitação das ações humanas, cuja origem na boa e na má-Fortuna (Τύχη, *Tyche*) das pessoas suscitam o terror e a piedade no auditório, alcançando com isso a “purificação das nossas emoções” (κάθαρσις, *katharsis*).¹³ Isso é o que se pode ver representado por Ésquilo com a personagem Orestes, inteiramente subjugado ao arbítrio do Destino (Μοῖρα, *Moira*), tendo inexoravelmente de matar a própria mãe para vingar a morte do pai:

Não, não me vai trair o poderoso oráculo de Lóxias, que me ordena que corra este risco, eleva sem cessar a sua voz e me anuncia desastres capazes de me fazer gelar o sangue, se eu não perseguir os responsáveis pela morte de meu pai, tratando-os como eles o trataram, matando quem matou, vingando,

.....
11 ROSA, 2006, p. 244.

12 JAEGER, 1989, p. 206.

13 ARISTÓTELES, 2004, 1449b-1450a.

com a fúria de um touro, a perda dos nossos bens. Caso contrário, pagarei com a própria vida no meio de múltiplas e cruciantes dores.¹⁴

A iniciativa de ludibriar a Sorte resultou em profunda Desgraça a ser suportada por Dona Inácia à medida que assiste, no teatro da vida em que a própria família exerce o papel principal, ao desenvolvimento de outra excelência do seu filho: a de chefiar o bando em razão de conhecer, como nenhum dos outros, as peculiaridades regionais da sua terra. Esse mesmo atrevimento o fazendeiro Jeremias teve, de acordo com aquilo que o Trio Parada Dura diz na sua música “Boi tufão”, tendo que aprender com o próprio filho – isso para mais uma vez fazer valer a lição do poeta que Machado de Assis toma para si, a de que o menino é o pai do homem¹⁵ – que diante do Destino só há o que se conformar: “Papai, preste atenção/ Eu vou pra junto de Deus/ Me tenha no coração/ Meu destino era morrer/ Nos chifres do boi tufão”.¹⁶ De fato, a cigana Maria, a pedido do próprio Jeremias, leu a Sina do seu filho e a revelou, porém o fazendeiro ordenou ao seu empregado para matar o boi logo em seguida; comeram-no, e a cabeça do animal ficou rolando pelo quintal até cair no esquecimento; mas o dia fatídico chegaria, e chegou quando o menino, correndo para atender o chamado da mãe para almoçar, caiu sobre o chifre como já lhe era destinado. E por ali ser Sertão bravio, como diz o compositor, o médico não pôde atender às últimas investidas de Jeremias contra a Sorte de seu filho.

Assim, o testemunho dos eventos anteriores representa para as suas personagens um modo próprio de pensar a vida, não como um cosmo (κόσμος, *kosmos*) ou como uma ordenação do mundo ao modo dos pré-socráticos; não como uma razão (λόγος, *logos*) universal

.....
14 ÉSQUILO, 1992b, 269-277.

15 ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 28. ed. São Paulo: Ática, 2002. p. 32.

16 BOI Tufão. Compositor: Criolo. Intérprete: Trio Parada Dura. São Paulo: Chororó LPC, 1977. 1 LP.

à maneira dos estoicos; não como uma ordem divina (*lege aeterna*) ao modo dos doutores da Igreja e, muito menos, como uma ordem científico-racional tão ao gosto dos pensadores iluministas. Essa forma peculiar de enxergar o nosso lugar do mundo apresenta os seus testemunhos em diferentes formas de expressão literária. Parece-me exemplificativo o já referido João Guimarães Rosa que, mesmo de modo indireto – a personagem Riobaldo, embora seja uma criação literária, incorpora de modo irretocável a figura do narrador sertanejo –, testemunha essa compreensão trágica da vida que sobrevive com muita intensidade no nosso Sertão. Mas se quisermos um testemunho direto e igualmente exemplar, podemos encontrá-lo no Patativa do Assaré, o poeta da roça, que já tendo recebido o epíteto de “Hesíodo do Sertão”,¹⁷ expressa de modo autêntico essa visão sertaneja do teatro das nossas vidas.

Com efeito, naquele cordel intitulado “Diabo a cete” (sic) e produzido pelo Memorial de Patativa em seu projeto de documentação da poesia de Patativa, pode-se ver que o poeta cearense confere ao Destino aquela mesma configuração encontrada na confissão-relato de Riobaldo: “Ninguém zombe da verdade/ Daquilo que não conhece/ Azá e felicidade/ Na nossa vida acontece/ O veio João Lafaéte/ Falava do diabo a cete/ E eu fazia mangação/ Poristo um grande aperreio/ Cronta mim um dia veio/ Botá mesmo com a mão”.¹⁸ Não é muito diferente com a personagem Riobaldo, para quem o mundo, pela própria natureza, é todo doido: gente nascendo, crescendo, casando, querendo emprego, saúde, riqueza, prestígio etc. Para ele, todo esse remexer tem um nome: o Diabo, cujas insondáveis maquinações fazem do mundo uma doideira só.¹⁹ Mas se quisermos remontar às origens literárias dessa forma de compreender o mundo, pode-se dizer que a Moira

.....
17 FERNANDES, B. Os 100 anos de Patativa segundo o jornalista Beto Fernandes. *Blog do Crato*, [s. l.], 7 mar. 2009.

18 PATATIVA DO ASSARÉ. *Diabo a cete*. Assaré, CE: Fundação Memorial Patativa do Assaré, [2005?], p. 1.

19 ROSA, 2006, p. 235.

(Μοῖρα, *Moir*) – na verdade, as moiras, as três fiandeiras lúgubres que trabalham incansavelmente todos os dias e horas do ano – tecem e cortam nossa boa ou má-Sorte logo que a gente nasce. E disso nos mostra, pelo testemunho narrativo de Nelson Gomes e Teddy Vieira, que a transgressão de Dona Inácia foi demasiadamente temerária para ser admitida como modelo de conduta no universo cultural do sertão. Isso tudo exige, portanto, as considerações seguintes sobre a ação preferível ou sábia acerca das peculiaridades do sertão.

O sertão é traiçoeiro, mas o sertanejo é um forte

O problema de nossas vidas estarem ou não sujeitas a um Destino, como Riobaldo desconfia,²⁰ já foi objeto de muitas especulações na história da filosofia, sendo certo que aqui estou adotando aquela concepção de Aristóteles, mais ou menos emancipada de suas origens religiosas (μῦθος, *mythos*): ele é um acontecimento cuja causa é indeterminada, que nunca ocorre em vista de um fim, diferentemente das coisas naturais, que é um fato de causa interna e regular.²¹ A boa ou má-Fortuna resulta da aquisição de bens para a qual não há uma explicação coerente: qual explicação lógica – pergunta o Estagirita – para o fato de um guerreiro e não outro estar no alvo de uma flecha cujo percurso o vento desviou, ou para o de uma pessoa, que sempre foi a um determinado lugar, ali não comparecer exatamente no dia em que outro, que nunca esteve em tal ambiente, ali comparecer no dia de um incêndio e se encontrar com a morte?²² Se digo isso, é porque a poesia oral do

.....
20 “Em desde aquele tempo, eu já achava que a vida da gente vai em erros, como um relato sem pés nem cabeça, por falta de sisudez e alegria. Vida devia de ser como na sala do teatro, cada um inteiro fazendo com forte gosto seu papel, desempenho”. ROSA, 2006, p. 244

21 ARISTÓTELES, 1998, 1369a-b.

22 Ibidem, 1362a.

sertão não testemunha apenas as desgraças como apressadamente se poderia concluir, não proclama uma pura resignação perante o Acaso de nossas vidas. Esse relato, no que predomina, surge acompanhado de reflexões sobre aquilo que é permitido ou não fazer diante dessas incertezas do mundo. Os nossos narradores se ocupam em denunciar, além disso, a indiferença da pessoa face à Desgraça que pode se abater em nossas vidas.

De fato, quando Paulinho Retratista voltou de férias, interessou-se muito por uma das fotos reveladas pelo empregado, no período em que esteve ausente; apaixonou-se forte e imediatamente pela moça, não pensando e nem fazendo outra coisa a não ser pensar no dia em que ela regressasse ao seu estúdio; ocorre que, um dia, para a desilusão de Paulinho, ao invés da moça, veio uma senhora para buscar a fotografia, e ele, desesperado, perguntou logo o porquê de a moça não ir e tê-la mandado em seu lugar; a resposta diz por si só e, de modo muito comovente, explica a razão do desespero de Paulinho diante do acontecido: “Não fique triste rapaz/ O Destino é mesmo ingrato/ No tempo da mocidade/ Eu fui bonita de fato/ Há muitos anos guardei/ Esse negativo intato/ Por incrível que pareça/ Sou a moça do retrato”.²³ Assim é que a música “A moça do retrato”,²⁴ gravada por Zé Tapera e Teodoro, conta o caso de um rapaz que perdeu a consciência da história e do tempo, duas realidades que marcham sobre nós quando não aprendemos a lidar com elas; o tempo escorre por entre os dedos, como disse Conche, por isso exige de nós atitude.

A música denuncia a resignação e o conformismo perante os acontecimentos. Ela manifesta outra face do sertanejo que os poetas testemunham de maneira recorrente: a altivez e a ação. Assim é que Euclides da Cunha iria reconhecer que o sertanejo acima de

.....
23 A MOÇA do retrato. Compositores: Passarinho e Dadá. Intérpretes: Zé Tapera e Teodoro. São Paulo: RCA Camden, 1981. 1 LP.

24 CONCHE, 1980, p. 49 et seq., 74 et seq.

tudo é um forte, embora suas aparências possam sugerir o contrário.²⁵ Como diria Riobaldo,²⁶ dado que o sertão não chama ninguém às claras – ao contrário, se esconde e acena, de repente ele se estremece debaixo dos nossos pés, e é preciso dominá-lo antes que ele nos domine.²⁷ Essa traição perpetrada pela Natureza contra o sertanejo, pelo que se depreende dos textos poéticos, tem um modo próprio de ser enfrentada, e, como o próprio jagunço-filósofo iria dizer, quem a enfrenta não pode nunca pretender ser o dono do sertão; ao contrário, deve apenas ir compondo com ele como quem vai lhe obedecendo.²⁸ É que o sertão é insondável e extenso, não adiantando querer dele fugir: do sertão somente se consegue sair avançando por ele adentro.²⁹

Fica dito assim que há uma sabença apropriada para enfrentar os contratempos do sertão; daí que sou levado a crer que o conceito de vida boa dos poetas da oralidade sertaneja é indissociável de um conceito de virtudes, o qual se manifesta por meio de um todo indiferenciado (*continuum*) de ações e criações que integram o sertanejo no meio que ele vive. Desse modo, razão, fé, justiça, moralidade e destreza pessoal se apresentam, muitas vezes, sem uma fronteira muito definida ou que separe cada um dos diferentes campos da invenção humana e em que o sertanejo, pela exigência do meio, se tornou perito. Essa é uma sabedoria, primeiramente, ao modo de uma prudência (*φρόνησις*, *phronesis*) como Aristóteles bem o mostrou no Livro VI da sua *Ética a Nicômaco*: um saber não do geral e do abstrato, mas um saber particular que possibilita à pessoa com esta virtude (*φρόνιμος*, *phronimos*) deliberar corretamente sobre uma ação específica, no contexto específico

.....
25 CUNHA, 2006, p. 146.

26 ROSA, 2006, p. 522.

27 Ibidem, p. 495.

28 Ibidem, p. 375.

29 Ibidem, p. 279.

em que está atuando.³⁰ “Quem mói no aspr’ro, não fantasêia”,³¹ disse-o bem Riobaldo sobre a diferença entre o que ele queria e o que ele realmente podia fazer ao marchar sobre o sertão. Essa é a sabedoria que o chefe da comitiva, naquela história narrada na canção caipira “Travessia do Araguaia”, expressa ao mandar o ponteiro empurrar na água um boi velho para iludir as piranhas enquanto o restante da boiada e os peões atravessavam.³²

Mas essa sabedoria exigida diante da contingência do sertão engloba também uma excelência produtora (τέχνη, *techne*), ao modo do que Aristóteles pensou das habilidades desenvolvidas pelo conhecimento, além daquelas relacionados com a contemplação (θεωρία, *theoria*) e com a ação (φρόνησις, *phronesis*): trata-se da habilidade que o sujeito desenvolve com o conhecimento em vista de uma produção (ποίησις, *poiesis*), aqui passível de constatação na pessoa do boiadeiro punho de aço:

*Me criei em Araçatuba
Laçando potro e dando repasso
Meu velho pai pra lidar com boi
Desde pequeno guiou meus passo
Meu filho o mundo é uma estrada
Cheia de atalho e tanto embaraço
Mas se você for bom no cipó
Na vida nunca terá fracasso.
Com vinte anos parti
Foi na comitiva de um tal Inácio
Senti o nó me apertar à garganta
quando meu pai me deu um abraço
Meu filho Deus lhe acompanhe
São esse os voto que eu lhe faço*

.....
30 ARISTÓTELES, 1970, 1141b-15 et seq.

31 ROSA, 2006, p. 10.

32 TRAVESSIA do Araguaia, 1996.

*E como prêmio do teu talento
Lhe presenteio com esse meu laço.
Por este Brasil afora
Fiz como faz as nuvens no espaço
Vaguei ao léu conhecendo terras
Sempre ganhando dinheiro aos maço
Meu cipó em três rodia
Cobria a anca do meu Picasso
Foi o que me garantiu o nome
De boiadeiro punho de aço.
De volta pra minha terra
viajava à noite com um mormaço
Naquilo eu topei com uma boiada
Beirando o rio vinha passo-a-passo
Um grito de boiadeiro
Pedindo ajuda cortou o espaço
E eu vi o peão que ia rodando
Saltei no rio com o meu Picasso.
A correnteza era forte
Tirei o cipó da chinha do macho
E pelo escuro ainda consegui
Laçar o peão por um dos seus braços
Ao trazer ele na praia
Meu coração se fez em pedaço
Por um milagre que Deus mandou
Salvei meu pai com seu próprio laço.³³*

Eu quero dizer que o boiadeiro do punho de aço somente se vê no mundo como uma pessoa excelente à medida que se cumpre, na mesma ação, as exigências da ética, da arte e da justiça. Em outras palavras, seria possível dizer que sua ação somente é justificada moralmente uma vez que fez justiça ao seu pai, e ele somente pôde fazê-lo quando se tornou excelente no ofício de lidar com o laço; por outro lado, a sua

.....
33 BOIADEIRO punho de aço. Compositores: Teddy Vieira e Pereira. Intérpretes: Tião Carreiro e Pardinho. São Paulo: Columbia, 1956, 1 78RPM.

excelência artística não se verifica no domínio puro e simples do laço, mas apenas assim pode ser considerada quando essa habilidade lhe permite responder pelas suas obrigações com o seu pai; nisso se baseia a compreensão da eticidade de sua conduta, ou seja, a consciência do cumprimento do seu dever somente foi atingida quando daquela oportunidade de provar a si mesmo e de responder ao pai que as suas lições de vida foram adequadamente assimiladas.

Essa concepção trágica da vida e esse modelo de ação é que orientam a concepção de vida ativa (*πράξις*, *praxis*) do sertanejo, vale dizer, em todas as suas dimensões e possibilidades. O dever para com a pessoa é orientado pela convicção de que esta é titular de uma dignidade que lhe é inerente; é o que retrata a canção “Rei do Gado”,³⁴ na qual se denuncia a discriminação e se rejeita qualquer forma de humilhação contra quem quer que seja. O dever para com a comunidade é orientado por uma ética do cuidado e da hospitalidade bastante original, tal como visivelmente aparece naquele conto popular no qual o avô ensina ao seu neto a necessidade de ajudar seus vizinhos para que eles nunca deixem de lhe ajudar em um momento de necessidade;³⁵ disso se deu conta muito bem Euclides da Cunha quando testemunha o auxílio recíproco, dos vizinhos, na atividade de reunir o gado arribado das

.....
34 REI do Gado. Compositor: Teddy Vieira. Intérpretes: Tião Carreiro e Pardinho. São Paulo: Caboclo, 1959b. 1 78 RPM.

35 Um menino estava almoçando na casa do avô e então este disse ao neto:
– Esta carne que estamos comendo aqui agora é de uma vaca que eu matei o no dia que seu pai nasceu.
O menino admirava muito as coisas que seu avô fazia mas não compreendeu direito aquilo que ele tinha contado. Um compadre do seu avô, que tinha vindo de longe para visitá-lo e estava junto, ouviu a conversa e ao chegar em casa matou também uma vaca, guardou tudo na despensa e em poucos dias já não tinha mais nada. Voltando à casa do seu compadre, reclamou que este tinha mentido para o neto, já que a carne de uma vaca não era suficiente para uma família comer durante tantos anos. Aí então o velho respondeu:
– Compadre Joaquim... ninguém sabe do dia de amanhã! Por isto, quando eu mato uma vaca, um carneiro ou um porco aqui em casa, mando um pedaço para os meus vizinhos. Muita gente faz o mesmo e deste jeito a carne nunca acaba porque um socorre o outro na hora da precisão.

fazendas.³⁶ E, por fim, o dever para com a natureza é orientado por uma relação de amizade humana com os animais e com outras criaturas, e não propriamente de dominação ou de conquista; isto parece muito exemplar no cordel “O cachorro dos mortos”, de Leandro Gomes de Barros,³⁷ e nas músicas “Assum preto” de Luiz Gonzaga³⁸ e “Planeta Azul” de Xitãozinho e Xororó;³⁹ isso se diz daqueles contos imemoriais contados pelos nossos pais, tais como Esopo, do tempo em que os bichos conversavam.

O que muito importa ter em mente é que qualquer dessas responsabilidades pressupõe uma vulnerabilidade das nossas vidas, reclamando sempre uma humildade cultural e humana como se sugere na música “A caneta e a enxada”,⁴⁰ na qual, por intermédio de uma metáfora, a dupla Lourenço e Lourival denuncia a soberba e a pretensão, ao passo que enaltece a obrigação para com o estrangeiro e a importância de aprender com ele outras coisas tidas como indispensáveis para as nossas vidas. A nossa condição humana não é de autossuficiência, mas de fragilidade; daí que aqueles poetas nos assemelham muitas vezes aos próprios animais e atribuem a nós igual destino deles nesta vida, tal como os caipiras Tônico e Tinoco, naquela canção “Destinos iguais”,⁴¹ bem souberam expressar. Como se pode ver ali, o compositor testemunha juras de amor entre um casal de canários que prometem entre si nunca se separarem, cerimônia de afetos essa que é interrompida por um gavião que passa o bico e leva embora a canarinha.

.....
36 CUNHA, 2006, p. 158.

37 BARROS, L. G. *O cachorro dos mortos*. São Paulo: Luzeiro, [1974?].

38 ASSUM preto. Compositores: Humberto Teixeira e Luiz Gonzaga. Intérprete: Luiz Gonzaga. [S. l.]: BMG Brasil, 2001. 1 CD.

39 PLANETA Azul. Compositores: Aldemir e Xororó. Intérpretes: Xitãozinho e Xororó. Rio de Janeiro: Polygram, 1992. 1 CD.

40 A CANETA e a enxada. Compositores: Capitão Balduino e Teddy Vieira. Intérpretes: Lourenço e Lourival. São Paulo: RGE, 1994. 1 LP.

41 DESTINOS iguais. Compositores: Ariovaldo Pires e Laureano. Intérpretes: Tônico e Tinoco. São Paulo: Continental, 1947. 1 78 RPM.

A ação traiçoeira daquela ave é, para o autor, como a de uma pessoa que age de emboscada, e a reação do canário que persegue o malfeitor é igualmente movida pelo sentimento humano de raiva e de desespero, seguido depois pelo de desalento diante da impotência frente ao acontecido. O retorno e o gorjeio do canário são, para o compositor, um chorar; o infortúnio desperta no artista a mesma lágrima por lembrar a sua igual condição de estar separado da pessoa que ama por motivos alheios à sua vontade, cujo arremate não parece deixar nenhuma dúvida da semelhança estabelecida: “Chorei, pois tive saudade/ Daquela felicidade/ Que o Destino me roubou/ O meu viver solitário/ É tal e qual desse canário/ Que perdeu o seu amor”.⁴²

Saída

Posto assim, tenho que concluir. Faço sugerindo que a sabedoria expressa nos textos da oralidade sertaneja remete a uma concepção de fragilidade da vida, aludida tanto aos poetas clássicos como à filosofia aristotélica, de que o homem é um ser moral, mas não inteiramente liberto de outras circunstâncias que não escolhe. Nomeadamente, a sua condição animal! Essa limitação partilhada com outros seres, como Martha Nussbaum bem esclarece, faz de nós pessoas permanentemente necessitadas de cuidado.⁴³ Ela não nega e eu também não negarei que a liberdade é um elemento essencial à vida prática, mas pensamos tudo isso na perspectiva animal: nossa liberdade nunca é, como a liberdade de outros seres, independente das outras pessoas ou desprovida de sua atenção. Essa vulnerabilidade, tal como a pensadora estadunidense nos lembra com aquela poesia de Píndaro, assemelha-nos a uma planta que, uma vez no mundo, precisa se alimentar permanentemente, mas para isso dependerá de condições que estão fora delas.⁴⁴ Essa é uma

.....
42 DESTINOS iguais, 1947.

43 NUSSBAUM, 2007, p. 87 et seq.

44 Idem, 2001b, p. 1.

sabedoria que, talvez por não possuir nenhuma, ocupo-me apenas de testemunhar, retribuindo o gesto de bondade e de abertura desta Casa – e dos seus confrades – para um estrangeiro. Não advogando aqui nenhuma demanda entre oralidade e escrita, como uma interpretação desavisada daquela frase de Saramago poderia induzir. Contento-me apenas em recordar as lições do *Fedro*⁴⁵ nas quais Platão, um poeta e escritor por excelência, adverte para as limitações do texto e para os ganhos que podemos ter se realmente estivermos dispostos a ouvir aquilo que definitivamente não pode ser dito por meio da escrita.

Muito obrigado a todos pela paciência de me ouvirem.

.....
45 PLATON. Phèdre. In: PLATON. *Œuvres complètes*. Tradução e notas Léon Robin. Paris: Librairie Gallimard, 1950, 274c et seq.

OS ANIMAIS NA LITERATURA DO SERTÃO BRASILEIRO: ORDEM JURÍDICA OU ORDEM DE NECESSIDADE?¹

Pórtico

O pensamento prático ocidental tem início, ressaltando a tese dos que não reconhecem a dimensão filosófica da literatura,² nos versos homéricos datados mais ou menos de oito séculos antes de Cristo: a *Ilíada* e a *Odisseia* não são apenas as primeiras produções literárias que conhecemos, sendo antes de tudo as obras de formação que modelaram nosso pensamento e atuação, seja no espaço público, seja na vida privada.³ No palco, personagens se debatem em torno de um problema inerente à vida humana, qual seja, como viver bem em um mundo ordenado antes de tudo pela Necessidade, uma lei que se põe anterior e independentemente de nossas escolhas?

Com efeito, terá sido Aristóteles o primeiro a diferenciar claramente essa lei existente na Natureza (φύσις, *physis*), da lei que os cidadãos

-
- 1 A versão que agora se publica corresponde mais ou menos à apresentação oral no V Congresso Brasileiro e II Congresso Latino-Americano de Bioética e Direitos dos Animais, ocorrido em Aracaju entre 4 e 6 de setembro de 2019, constante dos seus Anais, depois também publicada em SILVA, Antonio Sá da Silva. Os animais na literatura oral do sertão brasileiro: ordem jurídica ou ordem de necessidade? *Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais*, Salvador, v. 3, n. 1, p. 9-24, 2020.
 - 2 Para uma ideia geral dessa discussão, ver NUSSBAUM, 2001b, p. 8 et seq., 122 et seq.
 - 3 JAEGER, 1989, p. 43 et seq., 89 et seq.

prescrevem na sua cidade (νόμος, *nomos*), esta originária do consenso comunitário humano, aquela da Necessidade imperiosa ou de uma razão universal (λόγος, *logos*) à qual se submete tudo o que existe no mundo (κόσμος, *kosmos*);⁴ desde muito tempo que os humanos, pela invenção de uma vida ética (ἦθος, *ethos*) propriamente humana, tentaram reduzir a arbitrariedade da Natureza sobre nossas vidas, ajustando-se o quanto possível às exigências e poder que ela possui; assim é que se diz com Heráclito que a lei humana (νόμος, *nomos*) é até certo ponto uma imitação daquela lei natural (φύσις, *physis*), isto é, uma prescrição regida pelo princípio da quase-Necessidade, iluminada pela causalidade que rege o universo, de modo inexorável.⁵

Como sabemos, foi também Aristóteles o primeiro a sistematizar os saberes éticos e diferenciá-los dos saberes físicos e metafísicos, buscando compreender as diferentes formas humanas de criar seu projeto de felicidade (εὐδαιμονία, *eudaimonia*), esta muitas vezes embaraçada pela arbitrariedade da Fortuna (Τύχη, *Tyche*); o estudo mais emblemático que aqui interessa é o encontrado no Livro VI de sua *Ética a Nicômaco*: neste texto, o Estagirita seculariza o pensamento prático (φρόνησις, *phronesis*) em relação ao pensamento científico (θεωρία, *theoria*) e ao pensamento produtor (ποίησις, *poiesis*), dando vida a uma pluralidade de saberes relacionados com a ética, a política, a justiça e a economia.⁶ Mas foram os romanos (*iurisconsultos*) que secularizaram o estudo do direito em relação a outros saberes normativos: preocuparam-se, exclusivamente, com a solução de controvérsias passadas, oriundas da nossa vida em comum, tratadas dentro de um mundo partilhado por sujeitos que se reconhecem como iguais,

4 ARISTÓTELES, 1970, 1134b.

5 LIMA VAZ, H. C. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica* 1. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 16.

6 Para um estudo introdutório da autonomia da ação em relação à ciência e à produção ver BERTI BERTI, 1998, p. 3 et seq., 115 et seq.

responsáveis e capazes de responderem uns perante os outros pelos atos que praticam.⁷

O contributo específico da jurisprudência romana (*iurisprudentia*) foi colocar o problema da justiça em um plano exclusivamente humano, diferentemente do que fizeram os gregos, em que suas exigências não se limitavam às escolhas do agente, como se dá no caso de Orestes⁸ e dos heróis trágicos em geral, que respondiam perante a comunidade e os deuses tutelares pelas transgressões, sejam as próprias, sejam as de seus antepassados; diferentemente, no direito romano, a experiência (πράξις, *praxis*) jurídica é isolada de outras ordens normativas,⁹ disso podendo-se dizer que se os gregos se notabilizaram como filósofos, os romanos foram de fato juristas: ocupados com a investigação da justiça ideal, do humano perfeito, aqueles foram imbatíveis na especulação e na vida contemplativa, ao passo que estes privilegiaram a ação e a vida ativa.¹⁰

O estudo deste capítulo é uma ligeira análise de alguns testemunhos da literatura sobre o holismo prático do sertão do Brasil, no qual a relação entre humanos e animais não humanos é fortemente explorada; mas isso se dará na forma de um contraponto importante à doutrina filosófica mais ortodoxa sobre os animais, isto é, aquela que advoga a existência de um estatuto jurídico dos animais; suspeita-se que essa visão da *praxis* é muito mais promissora no que se refere aos animais do que aquela que pretende ser jurídica, uma vez que se aproxima mais do *continuum* prático dos gregos que do isolamento jurídico (*Isolierung*) dos romanos; conseqüentemente, nossos poetas não se prendem àqueles limites que a ordem jurídica estabelece, especialmente quanto à reciprocidade de obrigações entre os sujeitos de direito; além disso,

.....
7 NEVES, 2008c, v. 3, p. 111 et seq.

8 ÉSQUILO, 1992a, 269-277.

9 LOMBARDI, 1967, p. 29 et seq.; SCHULZ, 1990, p. 39 et seq.

10 PEREIRA, 1990, v. 2, p. 190 et seq.

não carecem de entrar na controvertida discussão se os animais são ou não são racionais, um equívoco da doutrina contratualista do direito e no qual parte da doutrina animalista também incorre.

Amizade, Necessidade e trabalho: o testemunho dos poetas sobre a experiência de vida do sertanejo do Brasil

O problema da relação entre o sertanejo e os animais é discutido, de maneira recorrente, pelos poetas interessados na forma de vida do sertão; na cena descrita por Monteiro em que Clarinha abandona seu filho no lixo, no intuito de passar por donzela e casar com o moço rico, um cachorro igualmente enfeitado pelo dono toma conta da criança, pedindo socorro “na sua língua de bicho” aos que passam pelo local;¹¹ já na história do fazendeiro que mata seu cachorro ao não entender que este latia e puxava as rédeas de sua mula apenas para avisar que a carteira caíra do bolso ao passar pela cancela, o cavaleiro pede perdão a Deus pelo equívoco cometido.¹²

O jagunço Riobaldo, protagonista do *Grande sertão: veredas* de Guimarães Rosa, até acredita que alguns cavalos dão conselhos aos seus donos;¹³ noutro lugar, falando do ataque dos hermógenes aos animais de seu grupo, considera a impiedade praticada contra “um pagão” uma falta de temor a Deus, sendo certo que, enquanto os jagunços rezam e choram, afirma que o sangue dos animais, tal como o sangue de Joca Ramiro, clama por vingança.¹⁴ Igualmente o

11 MONTEIRO, M. *O preço da soberba ou A mãe desnaturada*. Fortaleza: Tupynanquim, 2002. p. 15.

12 SE OS ANIMAIS falassem. Compositores: Biguá, Taubaté e Teodomiro Rossini. Intérpretes: Cacique e Pajé. São Paulo: Sertanejo/Chantecler, 1981. 1 LP.

13 ROSA, 2006, p. 31.

14 Ibidem, p. 339 et seq.

folclorista Mota sugere, nos seus estudos sobre os animais na literatura oral do Nordeste, o caráter instrutivo do verso em que os animais dão exemplo de justiça aos humanos: “Quando Bode era doutor/ E Cachorro advogado,/ Andava tudo direito,/ O mundo bem governado,/ A Justiça muito reta:/ Ninguém vivia enganado”.¹⁵

Os relatos aqui sugerem que o sertanejo reconhece algumas qualidades humanas nos animais. Com efeito, na passagem descrita por Riobaldo sobre o viajante que encontra e sente vontade matar, em quitação da liberdade de Nhô Constâncio, a cachorra, mais que o homem, pressente o perigo e geme, e assim também até os cavalos;¹⁶ alguns jagunços, por causa da substituição do homem pela cachorra, até afirmavam que cachorro chora quando é enforcado. Novamente Mota noticia, sobre a tradição sertaneja, esse costume antropomórfico de atribuir qualidades humanas a animais, plantas e tudo mais que existe na natureza.¹⁷

Isso parece bem claro no cordel “O cachorro dos mortos”, um dos mais célebres desse gênero narrativo e assinado por um de seus autores mais ilustres.¹⁸ De fato, a narrativa mostra a sagacidade de Calar, o cachorro que desvendou uma série de homicídios que a polícia, sozinha, não conseguiu desvendar. Mas qual a mensagem que transmite e o que precisamos considerar? A forma como o poeta se refere ao cachorro: este compreende tudo, somente não sabe falar; inclusive, morreu logo após a execução do condenado, deitado entre as três cruzes, e a prova da lealdade que Calar demonstrou para com os seus “senhores”: “E na morte dos senhores/ Ele afirmou essa ação/ Provou que tinha amizade/ Ao velho Sebastião/ E a morte foi vingada/ Por sua

.....
15 MOTA, L. *Violeiros do Norte: poesia e linguagem do sertão nordestino*. 7. ed. Fortaleza: Abc, 2002. p. 98.

16 ROSA, 2006, p. 474 et seq.

17 MOTA, 2002, p. 104.

18 BARROS, [1974?].

perseguição”.¹⁹ E o que foi dito sobre Calar talvez já fosse suficiente para justificar a amizade do sertanejo para com os animais, mas o principal ainda está por dizer. É que o poeta acredita no reconhecimento do valor de Calar: “Mais de duzentas pessoas/ Assistiram enterrar ele/ Devido à grande firmeza/ Que tinha-se visto nele/ Muitas flores naturais/ Deitaram na cova dele”.²⁰ O autor até nos conta a circunstância trágica em que o cachorro entrou para a família: o velho Sebastião pegou o cão para criar quando o dono, aos 15 dias de vida, pretendia matá-lo. Achou que era crueldade e disse à mulher: “cuida dele, talvez um dia preste para caçar; caridade não se faz apenas a um cristão!” Ocorre, porém, que o narrador diz tudo isso das atitudes de Calar, mas o que ele exalta sempre é uma suposta *natureza humana* representada no animal: ele tem sentimentos, perspicácia, senso de justiça e história de vida.

O que digo sobre Calar é testemunhado por outras obras sobre o sertão. De fato, para Zé do Burro não faz diferença se Nicolau é humano ou inumano para que percorresse 60 léguas desde sua casa na roça até Salvador, conduzindo sua cruz até o altar de Santa Bárbara;²¹ assim também é que o astuto João Grilo usou de todo seu engenho para que o padre benzesse um cachorro e com isto salvasse o casamento do padeiro;²² no mesmo modo o Rei do Baião, nas pegadas do Padre Antônio Vieira, encontra motivos de sobra para proclamar o jumento um herói da nação.²³ Mas esses atributos humanos reconhecidos nos animais não sugerem qualquer igualdade (jurídica) entre humanos e animais não humanos, de modo que o fundamento da amizade aqui não é colocado no plano da razão, da emoção e de tudo mais que a

.....
19 BARROS, [1974?], p. 27.

20 Ibidem, p. 28.

21 Ibidem, p. 59 et seq.

22 SUASSUNA, 2005, p. 17 et seq.

23 APOLOGIA ao jumento. Compositores: Clementino e Luiz Gonzaga. Intérprete: Luiz Gonzaga. São Paulo: RCA Víctor, 1967. 1 LP.

retórica jurídicista tem invocado;²⁴ diferentemente, tal fundamento está no sentimento de mortalidade que iguala os humanos entre si, estes com os animais não humanos e tudo mais que existe e se sujeita à arbitrariedade do sertão.²⁵ De fato, para Riobaldo o sertão é insondável e hostil: você procura e não o encontra, mas, de repente, ele surge debaixo de seus pés;²⁶ assim, nessa adversidade, “Quem mói no asp’ro, não fantasêia”;²⁷ relata que no sertão “a regra é assim: ou o senhor bendito governa o sertão, ou o sertão maldito vos governa...”.²⁸

Essa brutalidade do Sertão é que torna, não fosse a valentia do sertanejo, o campo definitivamente inóspito para se viver; por razões semelhantes àquelas que encontramos na excelência proclamada por Hesíodo,²⁹ um verso de Euclides da Cunha se imortalizaria ao dizer que “O sertanejo é, antes de tudo, um forte”:³⁰ sendo um produto do meio, uma bem-elaborada tradução moral dos agentes físicos daquela terra inóspita, como um ser bravio que atravessa a vida em ciladas e que, diante de tantas adversidades, nunca as vence nem nunca deixa se vencer por elas.³¹ Seu relato das agruras e do esforço humano de viver da terra é de fato admirável; vejamos que inclusive muito antes dele, José de Alencar, igualmente, descreve o vaqueiro como uma tradução humana da valentia de um qualquer animal, na luta em meio à natureza pela própria sobrevivência:

.....
24 ARAUJO, 2003; GORDILHO, 2008, p. 16 et seq., 60 et seq.

25 SILVA, 2018, v. 1, p. 109 et seq.

26 ROSA, 2006, p. 381.

27 Ibidem, p. 10.

28 Ibidem, p. 495.

29 JAEGER, 1989, p. 59 et seq.

30 CUNHA, 2006, p. 146.

31 Ibidem, p. 152.

É um dos traços admiráveis da vida do sertanejo, essa corrida veloz através das brenhas; e ainda mais quando é o vaqueiro a campear uma rês bravia. Nada o retém: onde passou o mocambeiro lá vai-lhe no encalço o cavalo e com êle o homem que parece incorporado ao animal, como um centauro.³²

É preciso viver antes de tudo... assim é que para atravessar o sertão Riobaldo sabe, requisita e Seo Ornelas reconhece a necessidade de um cavalo;³³ o mesmo sentimento do mundo é que se pode apreender do provérbio rural que afirma necessitarmos andar “montados nem que seja numa porca”. A fragilidade que iguala aqui animais humanos e não humanos parece já o bastante para duvidar igualmente de uma “ética das virtudes” que parece orientar algumas teorias animalistas, seja quando louva os primeiros, seja quando pretende edificar moralmente os segundos. Não creio que o boiadeiro, do clássico caipira “Travessia do Araguaia”,³⁴ ao jogar um boi velho na água para entreter as piranhas, seja melhor ou pior que aquela onça que traiçoeiramente pegou o Vaqueiro Damião.³⁵ Igualmente, quando a família de Fabiano e a Cachorra Baleia comem juntos o papagaio que até aquele dia era mais um herói da travessia, mesmo que segundo o autor da narrativa havia uma distinção entre os humanos e a cadela por esta não se lembrar do acontecido,³⁶ parece não haver nada de grandioso em ninguém; o que há é apenas uma tradução sertaneja da ética grega que denuncia a miséria humana e a sujeição de tudo que há no mundo ao arbítrio da Necessidade (φύσις, *physis*).³⁷

.....
32 ALENCAR, 1971, p. 218.

33 ROSA, 2006, p. 452.

34 TRAVESSIA do Araguaia, 1996.

35 SILVA, M. F. *História do vaqueiro Damião*. São Paulo: Luzeiro, 1980. p. 1 et seq.

36 RAMOS, G. *Vidas secas*. 74. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 11 et seq.

37 JAEGER, 1989, p. 8 et seq., 59 et seq., 91 et seq.

Note-se que a lei da Necessidade, soberana até certo ponto como já percebida pelos gregos, impõe ao sertanejo a realização de escolhas que o afastam de uma teoria da igualdade e exigível por um estatuto jurídico dos animais. Importa acentuar que nos testemunhos anteriores, sobre a amizade entre humanos e não humanos, uma hierarquia de bens e preferências não foi descartada, tal como se vê novamente no caso da morte de Nhô Constâncio: toda a estratégia dos jagunços para salvar a égua e a cachorra se deu mais para salvar aquele homem e a palavra do chefe ao mesmo tempo,³⁸ não em vista dos animais em si mesmos.

De fato, apesar de todos os predicados animais vistos do ataque dos hermógenes, o jagunço Fafafa quis ir até o curral onde os animais agonizavam, mas os companheiros não deixaram, pois, embora também quisessem salvá-los, isso colocava em risco a vida do companheiro.³⁹ Convém ainda se lembrar que em outro episódio Riobaldo diz que não se deve “judiar” de cachorro, mas isto por causa do seu dono,⁴⁰ mais claro ainda é o caso em que os jagunços, por causa da fome, não hesitaram em comer um “macaco”, mas sentiram repugnância ao saberem que se tratava de um rapaz de fraco juízo, desde muito procurado pela mãe.⁴¹ A história do “Herói sem medalha”,⁴² em que o camponês vende o boi de estimação e por obra do Destino o reencontra mais tarde no matadouro onde veio a trabalhar, parece também um sucedâneo de hierarquias que a personagem tem que fazer: adiada todos os dias a venda da parêlha de bois de estimação, um dia isso precisou ser feito, do contrário era a família quem morria.

.....
38 ROSA, 2006, p. 476.

39 Ibidem, p. 341.

40 Ibidem, p. 164.

41 Ibidem, p. 54.

42 HERÓI sem medalha. Compositor: Sulino. Intérpretes: Pedro Bento e Zé da Estrada. São Paulo: Caboclo/Continental, 1978. 1 LP.

Parece certo que para os nossos poetas os animais não humanos são nossos amigos, especialmente em nossa atividade produtiva; mas importa agora perguntar: disso tudo se pode deduzir uma tese jurídica sobre as relações entre humanos e animais não humanos? Pelo menos isto não me parece evidente: a afeição que o sertanejo tem com os bichos não está fundada em nenhuma concepção de igualdade racional, das emoções, das virtudes, de reciprocidade etc., mas do fato de que os humanos partilham um sentimento comum de mortalidade, algo que nos iguala, isso sim, aos animais não humanos; inclusive, nesse caso, também nos assemelhamos muito com eles, visto que também lutamos com todas nossas forças para nos libertarmos do arbítrio da Necessidade e do Acaso da natureza.⁴³

Relações jurídicas ou práticas de justiça à revelia do direito?

O velho Sebastião, aquele que trouxe Calar para junto de sua família, disse um dia aos seus filhos: “A família de Oliveira/ Muitas vezes a conversar/ O velho dizia aos filhos – Este cachorro Calar/ Tem expressões de pessoa/ Que conhece o seu lugar”.⁴⁴ O reconhecimento humano, inerente à relação jurídica enquanto tal, vem aludido aqui, mas não parece suficiente para usarmos acriticamente a expressão “direito dos animais”. Com efeito, o direito é um projeto prático-cultural cuja matriz é greco-romana e hebraico-cristã, tal como procurei acentuar na introdução deste capítulo; sua natureza normativa permite falar de uma específica forma de vida, de uma verdadeira “civilização do direito”: “nela o homem se assumiu autônomo

.....
43 SILVA, 2018, v. 1, p. 235 et seq.

44 BARROS, [1974?], p. 29.

(com graus variáveis, é certo, de autonomia) e correlativamente responsável na sua existência e na sua prática histórico-sociais”.⁴⁵

A mim parece que Nussbaum é a oradora mais eloquente na defesa da tese do direito dos animais; quando recusa o fundamento contratualista que ainda exerce sobre nós um enorme fascínio, como visto no prefácio, fundamenta nossas obrigações “jurídicas” na ideia de fragilidade que encontra na tragédia grega;⁴⁶ no capítulo 4 defendi que ela adota um fundamento comum para os direitos humanos e para os direitos dos animais não humanos, qual seja, a fugacidade de nossas vidas e que revela, segundo a autora, nossa animalidade comum, tese esta que aliás atribui a Aristóteles; sua conclusão, todavia, de que isso basta para reconhecer um estatuto jurídico dos animais, parece pouco refletida: se é certo que nós temos um déficit internacional de justiça,⁴⁷ não é com o direito que vamos quitá-lo, muito menos precisamos negar a reciprocidade, uma condição inerente à ideia de direito como vimos na introdução deste trabalho, para reconhecer os limites do contratualismo na solução de nossos compromissos com os animais, os estrangeiros, os pobres, as minorias etc.

Parece justo que autora americana estabeleça um catálogo de obrigações para com os animais: adequada oportunidade de nutrição e de atividade física; não submissão à dor e à crueldade; possibilidade de atuar livremente de acordo com a sua espécie, de se movimentar e relacionar com os outros membros; fruição do prazer e da tranquilidade apropriados etc.;⁴⁸ a única coisa pouco convincente é chamar isso de direito, pois depois do testemunho prático dos poetas do sertão, não precisamos sujeitar os animais a um projeto do qual se tenha dúvida, inclusive de sua indispensabilidade: se considerarmos o estado

.....
45 NEVES, 2008, p. 115.

46 NUSSBAUM, 2007, p. 96 et seq.; idem, 1999a.

47 Idem, 2007, p. 89 et seq.

48 Ibidem, p. 326 et seq.

atual da teoria do direito em que este parece ser apenas uma alternativa a outras respostas ao problema de nossa vida em comum,⁴⁹ chega a ser preocupante pensar a vida animal sob o olhar de concepções jurídicas como a análise econômica do direito, a engenharia social e outras concepções funcionalistas em que o direito é pensado apenas como um instrumento de realização de outros fins.

Uma natureza normativa especial (*sui generis*) me parece mais defensável, no sentido de uma vida ética sinalizada pelo testemunho de nossos poetas. A natureza normativa do direito, mesmo sem ter que resolver aquele problema da “nave de Teseu” sobre a qual me referi no prefácio, mas apenas evitando chamar pelo mesmo nome algo que já restaria demasiadamente modificado, passa pela reciprocidade e reconhecimento da nossa humanidade em outra pessoa; isto é que faz que nossas obrigações uns para com os outros seja limitada e nos permite exigir que respondamos uns perante os outros pelas nossas ações e omissões. O reconhecimento que vimos dos animais é sempre incompleto: muitas das vezes nos servimos de máscaras para atribuir a eles predicados que no fundo são nossos, algo que exemplarmente se vê de nosso afeto para com Calar.⁵⁰ Dizer isso não deve nos constri-ger em nada, uma vez que o raciocínio sustentado até aqui é o de que a pessoa humana não é nenhum modelo de excelência entre as criaturas;⁵¹ ao contrário, em muito nos parecemos com os animais não humanos.

Não percebo qualquer virtude humana que se possa aproveitar para a felicidade dos animais – se é que podemos saber se os animais querem ser felizes! –, mormente porque seria uma perfeita deslealdade medir a felicidade dos “bichos” a partir dos nossos padrões de vida boa. Quando encontramos pelas ruas cachorros vestidos com a

.....
49 NEVES, 2008, p. 161 et seq.

50 BARROS, [1974?], p. 29.

51 ARISTÓTELES, 1970, 1141a.

camisa do time para o qual torce aquele que “lhe traz à corrente”, seria o caso de perguntar se pode haver violência maior que essa praticada contra os animais. Mais grave ainda é oferecer a eles um plano de vida excelente, às vezes, tão discutível como é o caso do projeto do direito. Os animais não se tornam mais animais em face do direito como nos tornamos mais humanos em razão dele, muito menos se tornarão humanos caso tal estatuto lhes seja concedido! O que decerto não afasta uma legislação, ou uma jurisdição de proteção aos animais, mas o direito que disto decorre são direitos da comunidade, positivados na forma de “deveres humanos” para com essas criaturas; por outras palavras, são de imperativos éticos juridicamente reconhecidos, mas são “imperativos alimentados pelo correlato exclusivo dos deveres”⁵² dos cidadãos para com esses animais.

Com efeito, os comportamentos ético-sociais, como Damásio observou, não são uma prerrogativa dos seres humanos, e possivelmente até os animais tenham nos precedido nessa experiência.⁵³ E é certo que existem muitos argumentos consistentes no sentido de desconstruir a tese renegadora de personalidade jurídica à natureza; penso que o raciocínio está correto, enquanto ajuda a perceber mais uma vez o fracasso do pensamento racional-contratualista, a partir do qual se excluiria dos estatutos tudo que não possuísse natureza humana. A teoria não se sustenta, porque o passado já negou *status* jurídico aos escravos, às mulheres e aos estrangeiros, sendo que resquícios ainda persistam na negação da qualidade plena de sujeitos a minorias de toda ordem; mas nada disso nos autoriza a dizer que o direito é uma pura convenção, como alguns teóricos dos direitos dos animais parecem sugerir.⁵⁴

.....
52 LINHARES, 2003.

53 DAMÁSIO, 2003, p. 185 et seq.

54 ARAUJO, 2003, p. 191 et seq.

A autodeterminação humana como princípio inalienável do projeto do direito, como disse Linhares, quando ignorada coloca em xeque a própria dignidade humana que a tradição jurídica persegue,⁵⁵ sem levantar, claro, uma palha em louvor à dignidade animal. Talvez se possa dizer até que mergulhar na profundidade de uma ética da natureza consagraria exatamente aquilo que Nussbaum se recusa a aceitar: o ocultamento da nossa humanidade (*hiding from humanity*), reforçado já não mais pelo desejo de nos colocar acima de nossa animalidade comum,⁵⁶ mas pela transposição institucionalizada, para o mundo animal, de critérios normativos humanos de realização da excelência; nada mais temerário e antropocêntrico, talvez, que considerar nossos padrões de felicidade uma referência da “vida boa” para os animais não humanos.

Chamo aqui de uma ética *sui generis* aquela que nos desafia a mergulhar no reconhecimento de nossa mortalidade, única coisa que partilhamos verdadeiramente com os animais, desenvolvendo na própria contingência os meios mais adequados de aliviar nosso sofrimento ante a humilhação do Destino (Μοῖρα, *Moirá*). Isso parece visivelmente reconhecido pelo holismo prático do sertão, algo encontrado na persistente afirmação de nosso jagunço-filósofo, Riobaldo, de que viver é muito arriscado;⁵⁷ este sentimento de que não temos o controle do mundo, de que as coisas não são como pensam os juristas, tudo controlado, aprazado etc., mas tudo doido, à revelia,⁵⁸ é que constitui o cosmo moral do sertão. Trata-se de uma ordem de Necessidade, de inexorabilidade, sendo certo que as artes e ofícios (τέχνη, *techne*) do sertanejo apenas amenizam, mas não o salvam inteiramente do desastre.

.....
55 LINHARES, 2003.

56 NUSSBAUM, 2006, p. 72 et seq.

57 ROSA, 2006, p. 49, 74.

58 Ibidem, p. 283.

A profundidade na qual a vida ética do sertanejo nos mergulha expõe nossa humanidade à mesma Sorte (Μοῖρα, *Moirá*) da terra de virar pó sob os cascos da boiada, ao igual Destino dos animais e das plantas na insignificância de suas vidas;⁵⁹ esse sentido de pertencimento comum me permite sugerir que o discurso prático de nossos poetas tem respostas muito mais generosas para com os animais, comparadas àquelas que o direito, fundado na irrenunciável noção de responsabilidade, igualdade e reciprocidade, poderia lhes oferecer; não são as relações jurídicas, mas uma ética com sua inegibilidade de limites para nossa responsabilidade, que permite que o pai do Filho Pródigo, ignorando a intriga jurídica trazida pelo irmão mais velho, bem como agindo à revelia do que a jurisprudência já firmara, receba de volta em casa quem (segundo o direito) nada mais tem a receber.

Com efeito, depois de liderar aquele “estouro da boiada” que trouxe o pânico para a cidade de Barretos, o boi mais vigiado pelo boiadeiro por causa de seu histórico de crueldades interrompeu a sua marcha quando no meio da rua uma criança desmaiou pressentindo o perigo;⁶⁰ depois de velar pelo menino, rebatendo com o chifre os outros bois, retirou-se calmamente quando mais nenhum perigo existia; insistindo na narrativa do “Herói sem medalha”, o carreiro cujo único boi remanescente de uma epidemia foi vendido para salvar da fome a sua família, percebemos que este foi obrigado a fazer uma escolha trágica, algo que sequer evitou que tivesse de procurar emprego na cidade, ao contrário agravou a situação: pela sua baixa qualificação, empregou-se exatamente num matadouro.⁶¹

.....
59 DESTINOS iguais, 1947; FOLHA seca. Compositor: José Fortuna. Intérprete: Rolando Boldrin. São Paulo: RGE, 1981. 1 LP, 1 CD; POEIRA. Compositores: Luíz Bonan e Serafim Colombo Gomes. Intérprete: Duo Glacial. São Paulo: Sertanejo/Chantecler, 1967. 1 LP.

60 BOI Soberano. Compositores: Carreirinho, Izaltino Gonçalves de Paula e Pedro Lopes de Oliveira. Intérpretes: Tião Carreiro e Pardinho. São Paulo: Alvorada/Chantecler, 1979. 1 LP.

61 HERÓI sem medalha, 1978.

As duas narrativas, dois clássicos da música caipira do Brasil, por ora nos bastam para exemplificar como a moralidade do sertanejo responde melhor que o direito ao problema dos animais; de fato, ninguém censuraria, no plano jurídico, o herói que fez de tudo para evitar um dano maior ao seu Boi Carvão, mesmo quando desafortunadamente um dia este parou na sua frente e lambeu a sua mão, pois ninguém teria certeza de que tal reciprocidade viria de um animal que só conhece a lei da Necessidade; mas a sua amizade incondicional o levou a pedir demissão e assim não ter que matar quem estimava profundamente; uma igual superação pode ser vista do desfecho ocorrido com o Boi Soberano: empoderado pelo direito de denunciar o ponteiro por colocar em risco a segurança da população, quicá denunciá-lo pela morte de uma pessoa, o pai do menino não somente renunciou a essa prerrogativa quando viu seu filho vivo, mas terminou por comprar o boi e poupar sua vida da fúria das pessoas.

Proposições

Dito isso, tenho que fechar este ciclo com algumas indicações, ainda que provisórias. As narrativas e os textos filosófico-jurídicos analisados abriram muitas portas para a discussão com os textos mais canônicos sobre o direito dos direitos dos animais, ajudando a iluminar minha própria compreensão sobre a matéria; a fonte, porém, está longe de ser esgotada, bem como muitas questões ainda estão por esclarecer. Mas até aqui parece possível ilustrar a conclusão observando que o pleito de justiça de Riobaldo contra o genocídio praticado contra os animais, assim também a demanda de “reconhecimento” proposta por Barros em favor do “cachorro dos mortos”, não revela a existência de numa racionalidade sujeito-sujeito que configura uma relação jurídica enquanto tal, de modo que as obrigações ali invocadas

são compreensíveis apenas à luz de uma experiência ética *sui generis*, de modo algum filtrável pelas lentes do direito.

De fato, o que os heróis do sertão sugerem, considerando inclusive as lições de seus mestres sobre as fronteiras entre a ética, o direito e a justiça – uma distinção que não resolve por si mesma nosso problema, mas ajuda a reconhecer os limites jurídicos no enfrentamento da questão! –, foi que o discurso narrativo dos poetas do sertão brasileiro tem mais a nos oferecer sobre a relação entre animais humanos e não humanos que a doutrina animalista é capaz. Foi possível com este estudo perceber, por exemplo, que nossos poetas oferecem algumas pistas para elidir o problema, isso tudo com a vantagem de não pagarem o preço da controvérsia que alimenta a discussão sobre a racionalidade ou sentimentos dos animais não humanos; desse modo, torna-se irrelevante perguntar se o Boi Carvão detém memória e afeto e se de fato reconheceu seu herói, importando mais testemunhar sua amizade profunda.

Outra conclusão bastante plausível é a de que essas narrativas, mesmo sugerindo por vezes alguma semelhança entre o humano e o inumano, desobrigam-se de ouvir os apelos enganosos por uma personalidade jurídica dos animais e por uma teoria da igualdade; ninguém está disposto ali a colocar um bezerro dentro da sala, impor aos bichos nomes de pessoas etc., mas também não cogita se elevar muito acima de uma onça-pintada que, diante da indolência do vaqueiro, apanha-o e leva-o, para numa noite de lua bastante auspiciosa, jantá-lo com os seus filhotes.⁶² Mas também é possível darmos conta que esses sugestivos testemunhos, libertos daqueles limites que as obrigações jurídicas impõem, a *praxis* sertaneja se orienta por um estatuto normativo cuja natureza é moral e não jurídica.

Disso tudo se pode dizer, talvez, que a eticidade desvelada por essa comunidade de narradores emerge, primeiro, do reconhecimento

.....
62 SILVA, 1980, p. 11.

humano da própria mortalidade (talvez a única coisa que nos iguala aos animais não humanos!), depois, de uma particular compreensão da felicidade: aquela que se cumpre simultaneamente 1. na responsabilidade pelo todo que constitui o *habitat* (ἦθος, *ethos*) do sertão e no qual às vezes tanto humano como não humano são dissolvidos; 2. no reconhecimento da especificidade da vida humana, o que leva o sertanejo, inclusive e no limite, a contemplar sem remorso a beleza do luar depois de fazer o que a “gata” fez para salvar a sua família... Estou por ora convencido de que o não ocultamento desta nossa situação humano-mundanal, que evita a tentação teórica de nos colocarmos acima dos animais não humanos, evita o antropocentrismo às avessas.

O DIREITO CONSTITUCIONAL DA LITERATURA¹

Exórdio

O dr. José Lourenço, de passagem pelo Mutum, conheceu Miguilim e suspeitou à primeira vista que este era míope; a suspeita se confirmou, desde o instante que lhe dando a experimentar os próprios óculos, o menino percebeu os detalhes que desconhecia e se encantou com as belezas do lugar;² mas esta não foi a única coisa boa que o médico proporcionou à criança: quando Miguilim montou na garupa do cavalo, despedindo-se de sua família e atendendo à oferta generosa do hóspede para tratar e estudar na cidade, permitiu acima de tudo que se libertasse da escuridão do mundo e se realizasse como pessoa, o que, aliás, era a concepção socrática de educação como um conhecimento de nós mesmos. Esta obra de Guimarães Rosa – como outras do mesmo autor e cujas personagens andam sempre às voltas com esse desejo de compreender os próprios limites, são desafiadas pela experiência única de realizarem a própria travessia – tem um conteúdo ético que

-
- 1 O texto que vai neste capítulo é uma versão ajustada e enriquecida, sem alterar, entretanto, a estrutura, daquela que foi originalmente publicada em SILVA, A. S. O direito constitucional da literatura: reflexões sobre os argumentos de Cícero em defesa do poeta Árquias e sobre os fundamentos filosóficos do direito à educação. In: TROGO, S.; COELHO, N. M. S. *Direito, filosofia e arte: ensaios de fenomenologia do conflito*. São Paulo: Rideel, 2012. p. 89-109.
 - 2 ROSA, J. G. *Manuelzão e Miguilim: corpo de baile*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1984. A narrativa exemplar invocada é escrita em duas partes, Campo Geral e Uma Estória de Amor; refiro aqui especialmente à primeira parte, em que o autor retrata o universo infantil de Miguilim.

nos incita a pensar sobre algumas questões de natureza pedagógica e jurídica: qual é o fundamento da educação e por qual motivo ela deve ser tutelada pelo Estado? Por que o Judiciário pode compelir alguém, inclusive o próprio Estado, a prover a educação de outrem? O que significa dizer, com o art. 205 da Constituição Brasileira de 1988, que a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa?

Quando eu digo que o livro nos incita, já estou suspeitando que a obra literária tem uma natureza filosófica e filosófico-jurídica expressiva, e isso por extensão nos convida a refletir sobre outras questões correlacionadas: qual é o fundamento do art. 215 da Constituição quando assegura o exercício integral dos direitos culturais e qual o espaço da literatura entre esses direitos? Que relação pode haver entre a educação e a literatura numa concepção humanística dessa educação, tal como a nossa Constituição resolveu assumir? Cada uma dessas questões é por si mesma um universo de problemas, muitos deles certamente situados além da clareira que minhas parcas virtudes intelectuais enxergam, daí que este capítulo tenha a simples pretensão de refletir um pouco sobre um possível direito constitucional da literatura e os seus reflexos no direito constitucional da educação. Há comigo também a suspeita de que o art. 215 da Constituição, ao garantir a todos os brasileiros “o pleno exercício dos direitos culturais”, implicitamente assegura o direito à literatura: o artigo, sobretudo quando lido no seu inciso IV, garante o pleno exercício dos direitos culturais, nele entendidos os direitos de manifestação, criação e fruição dos bens culturais.

O texto constitucional que anteriormente referi pode ser interpretado, continuando nas minhas suspeitas, como aposta do legislador na contribuição humanística que a obra de arte exerce sobre cada um de nós. E isso tem alcances constitucionais que extrapolam os próprios direitos da cultura para atingir os direitos da educação, pois suspeito também que o fundamento filosófico-jurídico do art. 205 da Constituição Federal de 1988 é liberal, não naquele sentido que se forjou no século das luzes, mas no sentido clássico

do termo que tem origem em Sócrates e mais tarde nos estoicos. Desse modo, parece que a Carta Constitucional do Brasil é uma espécie de “cidade-refúgio” em que os poetas estão a salvo daquele exílio político que Platão lhes impôs, ao modo daquelas cidades onde se abrigam os cidadãos que de algum modo não são bem-vindos no próprio país. E assim sendo, o legislador brasileiro parece ter laborado bem, seja porque garante a literatura como um bem jurídico em si, seja porque proporciona os recursos que a mim parecem indispensáveis à realização daquela educação liberal à qual já me referi.

O roteiro a ser seguido pelo trabalho é o seguinte: partindo de uma defesa que Cícero, um distinto advogado romano (mas antes de tudo um filósofo, senador e orador latino) fez de Árquias, um poeta sobre quem pesava uma grave acusação de falsificar documentos para adquirir a cidadania romana, investigarei os fundamentos possíveis de um direito constitucional da literatura; isso parece interessante porque naquele processo o autor não apenas convenceu os juízes a absolverem o seu cliente, mas legou à posteridade, dentre outros conhecimentos que ninguém ignora, uma compreensão clara das dimensões humana e política que a literatura possui; depois disso, passarei à investigação dos fundamentos filosóficos do direito constitucional da educação, enfrentando a discussão sobre a importância da poesia na construção do conhecimento, especialmente nas humanidades, tudo isso para suscitar uma questão de ordem: se a efetivação do direito constitucional à educação, previsto no texto de 1988, não requer também um específico direito constitucional da literatura.

O abrigo constitucional dos poetas e o fundamento filosófico da literatura

A filosofia ocidental, como se sabe, desde Platão privilegiou o reino das essências (οὐσία, *ousia*), acessível pela contemplação, desmerecendo o mundo das aparências (φαινόμενον, *phainomenon*), de acordo com ele apreensível por meio dos sentidos; por causa desta desconfiança é que a teoria da justiça, elaborada pelo filósofo grego, considera os poetas uma espécie de inimigo da Cidade: não seria permitido que a poesia circulasse livremente na pólis, pois se assim fosse, a leitura poderia induzir o cidadão a tomar decisões erradas.³ O que pretendo fazer aqui, com base em uma defesa processual feita por Cícero no século I a. C., é uma investigação sobre a constitucionalidade ou não de um direito da literatura: seria a nossa Constituição, ao arripio das leis que Platão instituiu na sua cidade ideal, uma espécie de texto-refúgio dos poetas? Estariam as suas obras promovidas à categoria de bens essenciais a todo cidadão ou pessoa?

De fato, depois de assegurar abrangentemente o exercício dos direitos culturais, o art. 215 da Constituição Federal de 1988, no seu inciso IV, reconhece a necessidade de uma universalização do acesso aos bens da cultura. Entre esses bens, certamente, há que se incluir a literatura, e, portanto, creio ser plausível falar de um direito constitucional da literatura: cada um tem o direito de se expressar culturalmente e apreciar as diferentes formas de expressão cultural, inclusive pelos meios artísticos que chamam de literatura. Mas qual a força normativa desse inciso? Trata-se de uma disposição constitucional comum ou poderia ele ser considerado uma categoria especial de direitos, os chamados direitos fundamentais, como Cândido insistiu em dizer? A controvérsia é muito forte, mas qualquer que seja a força normativa, a reflexão sobre esse direito é importante neste momento.

.....
3 PLATÃO, 2001, 398a-b, 595a-608b, 607c-d.

Com efeito, o orador romano, Cícero, aceitou acompanhar o caso de Árquias, como se disse, acusado de falsificação documental para obter cidadania romana. Não vem ao caso aqui tecer comentário à eloquência do advogado, algo que todo profissional do foro conhece e que a leitura do texto evidencia; todavia, os argumentos que levaram à absolvição do poeta parecem relevantes destacar, uma vez que constituem um discurso laudatório às letras, à cultura e à poesia: expondo inicialmente os antepassados do cliente, exaltou aos juízes suas qualidades artísticas, estas, que na ocasião também narrou, teriam sido responsáveis pelo fato de o poeta ser acolhido e louvado em todas as cidades por onde passou, desde a Grécia até Roma, passando pela Ásia e Itália, sendo que nelas, indistintamente, todos queriam agradecer-lhe com outras distinções.⁴ Neste mesmo tom, mostrou que outros não foram os motivos de tão numerosa hospitalidade, concluindo ao fim que o solicitante, sob a Lei de Silvano e Carbão, inscreveu-se como cidadão romano diante do pretor Quinto Metelo.

Assim foi a introdução que o advogado fez do caso perante os juízes. Os pormenores da defesa são todos muito importantes, mas aquilo que reputo mais significativo aqui é o seguinte: a argumentação foi urdida de modo tal que ao fim de tudo o tribunal percebesse o papel multifacetado da literatura: ela é imprescindível para o progresso da cultura, disse o orador, nomeadamente para a nossa formação política e para o conforto da nossa alma.⁵ A tese é a de que sem uma formação cultural adequada é impossível opinar sobre tamanha variedade de coisas que a vida pública exige, e mais que isso, diz-nos que as histórias que os poetas contam são como que modelos de vida que devemos imitar.⁶ A defesa é concluída no momento exato em que invoca a divindade

4 CÍCERO, 1999, 3, 4.

5 Ibidem, 6.12-13.

6 Ibidem, 6.14, 7.15.

dos poetas,⁷ e nem se diga que tudo aqui é um espetáculo de retórica: de fato, o argumento sustentado tem respaldo nos autores mais ilustres que a cultura clássica conhece e nos diz que a literatura tem uma dimensão humana e política exemplar. Afinal, numa cidade onde floresce a cultura, não se coloca em causa a dignidade dos poetas. O próprio Tito Lívio, historiador romano, deparando com a dúvida de serem verdadeiras ou não as histórias que os poetas contam sobre Roma, afirma que isso é o que menos tem importância: tem relevância, apenas, os modelos de perfeição que nos são dados para imitarmos, assim como os vergonhosos para reprendermos.⁸

O discurso sobre o qual falei, proferido por um filósofo e estadista romano, é um convite para refletirmos, inicialmente, sobre a garantia ou não, pela nossa Constituição, de um direito à literatura. É preciso admitir que a poesia não encontra no direito positivo brasileiro atual a dignidade que Cícero reclama e, nesse aspecto, a legislação, a doutrina e a jurisprudência terão muito que avançar. Se pensarmos a educação ou a saúde do ponto de vista dos direitos fundamentais, somente por uma fragilidade do caráter alguém diria que esses bens são mais devidos a certas pessoas que a outras, assim como incorreria em desvio completo dele se dissesse que não são indispensáveis, como aliás se tem dito abertamente e oficialmente no país ultimamente. Mas o que diríamos quanto ao direito de todo brasileiro ler Shakespeare, ouvir uma recitação de Homero, assistir a um concerto da Filarmônica de Berlim ou visitar uma exposição de Portinari?

A defesa de um direito constitucional da literatura antes de tudo tem que desfazer alguns mitos, especialmente aquele que separa

.....

7 "Seja, pois, sagrado perante vós, Juízes, homens de tão humana cultura, este nome de poeta jamais violentado por barbárie alguma. Os rochedos e os ermos respondem à voz; os animais selvagens impressionam-se com o canto e ficam imóveis; nós, educados com os melhores ensinamentos, não nos comovemos com a voz dos poetas?". Ibidem, 8.19.

8 TITO LÍVIO. *Desde la fundación de Roma*. Tradução de Agustín Millares Carlo. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. Prefácio, p. 6-7, 10-11.

cultura popular e erudita, no que tange à fruição dos bens da cultura; essa separação, alguém diria, evita a “promiscuidade cultural” entre as pessoas. Um direito dessa natureza tem de recusar a visão ingênua de que a sensibilidade artística, o gosto estético mais refinado, passa pela origem social ou pela formação acadêmica do apreciador. Chama particularmente a atenção, entre os casos citados por Cândido,⁹ uma lei promulgada em Milão em que se concediam aos operários certas horas todo dia para o enriquecimento cultural e o desenvolvimento pessoal, tudo conforme as escolhas de cada um; pensava-se de antemão que as utilizassem para o aprimoramento técnico de acordo com suas ocupações, mas as consequências foram outras bem distintas: a maioria queria aprimorar o conhecimento da língua italiana e superar as limitações que os dialetos regionais lhe impunham, assim como conhecer a literatura do país; em segundo lugar, queriam aprender violino. Depois de analisar detidamente esses casos, o autor brasileiro conclui que importantes obras da cultura podem ser assimiladas por diferentes níveis de classes sociais, caso não houvesse a segregação iníqua que impede a difusão desses bens e destina à maior parcela da população a menor parcela da cultura, a chamada cultura popular.¹⁰

Creio que a distinção entre arte popular e erudita não pode servir de pretexto para separar por classe social o leitor de *O poeta da roça*, de Patativa do Assaré, do leitor da *Divina Comédia*, de Dante. A profundidade dos versos, em qualquer um dos casos, é suficientemente grande que até as almas mais insensíveis à lira se sentem perturbadas diante deles. Não há, portanto, obra acessível ou inacessível quando o criador é uma espécie de divino Orfeu, o deus cuja música atraía até os animais e as pedras.¹¹ Por outro lado, não pode subsistir a tese de que a novela, o carnaval e o futebol são suficientes às exigências do povo. Diante

9 CANDIDO, A. O direito à literatura. In: CANDIDO, A. *O direito à literatura e outros ensaios*. Coimbra: Angelus Novus, 2004. p. 31.

10 Ibidem, p. 32.

11 BRANDÃO, 2014, p. 463-468.

disso, poderíamos perguntar se alguém negaria, com honestidade intelectual e artística, a importância de uma *Ilíada* (Homero), um *Banquete* (Platão), uma *Eneida* (Virgílio), uma *Confissões* (Santo Agostinho), um *Dom Quixote* (Cervantes), um *Os Lusíadas* (Camões) ou um *Fausto* (Goethe) para a formação de todo ser humano? Em resumo, parece incompatível com a igualdade democrática, que a nossa Constituição assume, o sentimento velado de que é natural que apenas um público seleto está em condições de frequentar os teatros, os concertos, as galerias de arte etc.

Mas seria possível perguntar agora, admitindo que a todos é reconhecido o direito constitucional de poder ler Ovídio ou Fernando Pessoa, se esse direito tem a força normativa suficiente para considerá-lo um direito fundamental. Creio que essa resposta somente pode ser dada se tivermos a clareza do que os direitos fundamentais significam. Não tenho condições aqui de adentrar nesse controvertido território conceitual em que a teoria dos direitos fundamentais se debate, mas não posso deixar de dizer que hoje as tipologias clássicas e os conceitos originais desses direitos parecem superados, especialmente quando se inclinam a tratá-los como verdadeiros direitos naturais. De fato, fundamentar o direito numa ordem cósmica, numa vontade ou razão divina, assim como numa natureza racional do homem, é uma inclinação hoje meio fora de propósito. A própria sistematização pioneira de Aristóteles entre o “justo por natureza” e o “justo por eleição”¹² se encontra superada no nosso tempo.¹³ Acredito que Silva, sem prejuízo de outras formulações mais detalhadas e historicamente classificadas, percebeu bem isso ao afirmar que direitos fundamentais são direitos materiais concretos – por ele chamados de direitos positivos! – definidos pela dialética que as próprias relações sociais irão construindo

.....
12 ARISTÓTELES, 1970, 1134b-1135a.

13 NEVES, 2003a, p. 23 et seq.

em cada momento histórico vivido.¹⁴ De qualquer modo, para ele a noção de direitos fundamentais requer, entre outras exigências, as da indisponibilidade e da imprescritibilidade.¹⁵ O que significa dizer com isto que ainda que se quisesse renunciar a um direito desse gênero, tal decisão seria nula, que ainda que ele não venha a ser reclamado, a qualquer tempo isto poderia ser feito, dado que é imprescritível.

A reflexão sobre a existência de certos direitos fundamentais leva Cândido a concluir que a literatura é um desses direitos que chamamos de humanos. Diz ele que se por Direitos Humanos entendemos certos bens fundamentais à nossa vida, e por extensão à vida de todas as pessoas,¹⁶ então se poderia concluir que a literatura é um direito fundamental, especialmente porque ela se relaciona com a nossa organização mental e humanização:

a literatura corresponde a uma necessidade universal que deve ser satisfeita sob pena de mutilar a personalidade, porque pelo fato de dar forma aos sentimentos e à visão do mundo ela nos organiza, nos liberta do caos e[,] portanto[,] nos humaniza.¹⁷

Não sei ainda se podemos ir tão longe como o autor foi, elevando o direito constitucional da literatura ao *status* de direito fundamental, mas tenhamos em mente que quando Cícero se dirige aos juízes em favor do poeta Árquias, por um momento ele irá lhes perguntar: o que seria de nós se não espairocêssemos as nossas almas com a fabulação do artista?¹⁸ O raciocínio de Cândido caminha pela mesma direção: sendo a manifestação artística uma necessidade universal, sendo ela uma característica de todos os humanos em qualquer tempo que quisermos

.....
14 SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 176.

15 *Ibidem*, p. 180 et seq.

16 CANDIDO, 2004, p. 14.

17 *Ibidem*, p. 28.

18 CÍCERO, 1999, VI.12.

investigar, não se poderia negar o fato de que nenhum humano consegue viver todo o tempo sem entrar em contato de alguma maneira com o processo de fabulação; conseqüentemente, haveria razão suficiente segundo o autor para acreditar que a literatura é uma necessidade profunda do ser humano, sendo portanto um direito fundamental.¹⁹

O fundamento liberal da educação brasileira e as exigências poéticas da educação humanística

A invenção da escola e a constitucionalização do direito à educação

A história da educação é um capítulo muito extenso da pedagogia, considerando que remonta àquele simples “ajustamento da criança ao seu ambiente físico e social por meio da aquisição da experiência de gerações passadas”,²⁰ como, aliás, o historiador Monroe nos fala a propósito das origens mais arcaicas da educação. A investigação minuciosa de Abbagnano e Visalberghi sobre a história da pedagogia noticia os mais remotos e diferentes estágios da educação, a saber: a educação do guerreiro, seguida pela educação do cidadão, que por sua vez, foi seguida pela educação do escriba;²¹ esta última tinha por objetivo dominar as técnicas de secretariado, redação de leis, copismo etc., sendo com isso a responsável, como os já citados autores nos dizem, pela transmissão escrita da tradição de seus povos; a educação do guerreiro e do cidadão, como Jaeger melhor que ninguém compreendeu na paideia grega (παιδεία, *paideia*), se ocupava no primeiro

.....
19 CÍCERO, 1999, p. 16.

20 MONROE, P. *História da educação*. Tradução de Idel Becker e Therezinha G. Garcia. 6. ed. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, 1958. p. 1.

21 ABBAGNANO, N; VISALBERGHI, A. *História da pedagogia*. Tradução de Glicínia Quartim. Lisboa: Livros Horizontes, [1981?]. p. 36.

caso da formação daquela honra que guerreiro ostentava, e no segundo caso, do fortalecimento do vínculo que cada cidadão tinha com a sua Cidade (πόλις, *polis*).²²

Ocorre, porém, que a necessidade de sair de uma educação aristocrática e doméstica para uma educação pública e irrestrita, incluindo também as mulheres, somente será percebida por Platão, o qual deposita na escola a única esperança para restaurar a justiça que a pólis grega teria perdido: “O homem pode se converter no mais divino dos animais quando é educado corretamente; contudo, quando esqueçamos de educá-lo ou o educamos mal, ele se converte na mais selvagem das criaturas que habitam a face da terra”.²³ Em vista dessa certeza, a estatização da educação foi amplamente discutida pelo filósofo grego no século V a.C.,²⁴ trazendo mudanças significativas na maneira de concebê-la e de definir o seu papel. E creio que as já citadas obras dos historiadores são suficientes para uma visão geral sobre o assunto, pois o que me importa aqui agora é analisar a questão do ponto de vista do Direito Constitucional Brasileiro, nomeadamente do ponto de vista do art. 205 da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, na conformidade do art. XXVI, 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o legislador constitucional fez uma opção liberal-clássica e ao mesmo tempo liberal-econômica no que se refere ao conceito e ideal da educação: muito mais que dizer o óbvio para nós hoje, que ela é um direito de todos, diz que tem por objetivo

.....
22 JAEGER, 1989, p. 27 et seq.

23 PLATON. Les Lois: livres I-II. In: PLATON. Œuvres. Tradução de Édouard des Places. 2. ed. Paris: Societé d’Edition “Les Belles Lettres”, 1968. t. 11, pt. 1, 766a. Tradução livre, mas creio fiel ao espírito da construção do autor.

24 Para compreender o papel que a educação exerce no sistema ético-político de Platão, no poder transformador que a ela foi atribuído, a leitura de *A República* é muito importante, especialmente o livro 7; a tradução que utilizo e sugiro é a de Maria Helena da Rocha Pereira, diretamente do grego e com notas por vezes decisivas à compreensão do projeto filosófico do autor; de outro modo, um estudo interessante sobre a educação e sua correlação com a justiça em Platão pode ser visto em TEIXEIRA, E. F. B. *A educação do homem segundo Platão*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1999.

o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para a cidadania e a qualificação para o trabalho. É certo que aqui não deixo de perceber alguns traços da concepção moderna – e até mesmo industrial e tecnicista – da educação, mas não me parece que o liberalismo do século XVIII – o liberalismo individualista e emancipatório que liberta o homem da natureza e da comunidade, com consequências diretas no pensamento pedagógico²⁵ – seja o modelo que a nossa Constituição consagra. A visão que o nosso legislador tem da educação está comprometida com a sua concepção na atualidade, com a compreensão dela naquele eixo formado pelo ensino, pesquisa e extensão. E em vista disto é que também cuidou de estabelecer, no art. 218, a obrigatoriedade de o Estado promover a pesquisa, o desenvolvimento científico e a capacidade tecnológica do seu povo.

O compromisso público com a reforma da educação é reclamado por Pinto, para quem há que se abandonar as velhas fórmulas. Com efeito, diz o autor português que é preciso afastar a ingerência do Estado, evitar que ele se arvore em educador do seu povo,²⁶ tudo para se poder levar os direitos humanos a sério.²⁷ Motivado por essas disposições constitucionais é que Cunha Júnior irá dizer que, não sendo cumprido esse dever constitucional, pode o titular do direito subjetivo da educação fundamental ou o Ministério Público em nome da coletividade, intentar ação judicial para compelir o Estado a responder pelas suas omissões.²⁸

É certo e ninguém ignora o quanto que nos últimos anos, especialmente depois do advento da Lei nº 9.394/1996, a Lei de

.....

25 Para uma breve compreensão do projeto de educação que tem lugar na modernidade, ver POURTOIS, J.-P.; DESMET, H. *A educação pós-moderna*. Tradução de Yvone Maria de Campos Teixeira da Silva. São Paulo: Loyola, 1999. p. 22-27.

26 PINTO, M. F. de C. *Sobre os direitos fundamentais de educação: crítica ao monopólio estatal na rede escolar*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2008. p. 247.

27 Ibidem, p. 253.

28 CUNHA JÚNIOR, D. da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 727.

Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) em seu art. 3º, IX, tem-se falado da necessidade de uma educação de qualidade; entre nós, Rátis tem se destacado como um defensor nessas cruzadas por um direito da educação:²⁹ de acordo com o autor, o pleito da educação é decorrente de um aprofundamento dos direitos fundamentais conquistados por gerações de direitos – ou *dimensões* de direitos segundo o reparo linguístico de Bonavides, autor este cuja dogmática constitucional assimila bem essa problemática dos direitos fundamentais³⁰ – que vão se firmando desde a modernidade aos nossos dias;³¹ faz isso distinguindo *qualidade* de *eficiência* da educação;³² mais ainda: uma vez que analisa detidamente o histórico e a assimilação constitucional do direito à educação,³³ insiste o publicista baiano que “o direito à educação de qualidade é instrumento indispensável à mudança de paradigma do mínimo para o máximo existencial dos direitos fundamentais”.³⁴ É que ele parece estar crente, provavelmente ainda por influência do intelectualismo socrático, que o pleito dos chamados direitos fundamentais depende necessariamente de sujeitos preparados e conscientes. Ele crê, também, na relação entre o maior nível educacional de um Estado e os seus índices de desenvolvimento humano, razão pela qual concluirá que o direito fundamental da educação não se submete à dita reserva do possível, teoria constitucional que procura conter o universo de demandas pelo provimento desses direitos humanos positivados;

.....
29 RÁTIS, C. *Habeas educationem*: em busca da proteção judicial ao acesso ao ensino fundamental de qualidade. Salvador: Juspodivm, 2009.

30 BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 562 et seq.

31 RÁTIS, C. Direito à educação de qualidade. *Teses da Faculdade Baiana de Direito*, Salvador, v. 1, p. 129-181, 2011. p. 129 et seq.

32 *Ibidem*, p. 145 et seq.

33 *Ibidem*, p. 133 et seq., 143 et seq.

34 *Ibidem*, p. 132.

isto a resultar na imediata constituição da mora por parte do Estado que por algum motivo deixa de implementar tal direito.³⁵

Isto é o que muito resumidamente está posto pela doutrina constitucional. E a esta altura é possível avaliar que não faltam fundamentos jurídicos, sociológicos e até políticos para uma constitucionalização do direito à educação. Mas à filosofia do direito não se pode atribuir o luxo de discutir um problema normativo dando voltas sobre seu próprio eixo, ainda que com a eloquência que é muito própria dos doutrinadores. Assim, muito mais que discutir qual o direito que vale, é preciso perguntar por que os direitos valem, e em vista disso gostaria de regressar uma questão que formulei no início: qual é, de fato, o fundamento filosófico-jurídico da educação e por qual motivo os tribunais podem ser acionados para se pronunciarem acerca da oferta suficiente desses bens aos brasileiros? Qual é, nas origens mais profundas do dever-ser de uma ordem constitucional qualquer, a sustentação filosófica para uma tutela jurídica da educação? É o que pretendo investigar no item seguinte.

A inspiração liberal e humanística do art. 205 da Constituição Federal de 1988 e a concepção ciceroniana de humanidade

É certo que o art. 205 da Constituição vinculou a garantia da educação ao seu compromisso com a plenitude da pessoa, mas se haveria de perguntar, antes disso, o que é a pessoa ou qual é a verdadeira natureza da pessoa humana. A discussão sobre a natureza humana e sobre a dignidade da pessoa humana é um território habitado por muitas controvérsias; entre essas visões distintas a de Heidegger parece oportuna aqui, visto que suscita uma forte discussão sobre o humanismo ocidental, do qual indiscutivelmente Cícero é um dos

.....
35 RÁTIS, 2011, p. 171 et seq.

primeiros e mais distintos formuladores. Com efeito, diz o filósofo alemão em sua *Carta sobre o humanismo* que não se pode confundir o humano que é do humano que se vê ou de quem se fala. Ele reconhece que a *humanitas* enquanto tal foi pensada primeiramente pelos romanos,³⁶ mas adverte sobre os perigos de pensar o humanismo a partir da noção que os romanos lhe deram: a do *homo romanus*, em confronto com o *homo barbarus*, “que eleva e enobrece a *virtus* romana através da ‘incorporação’ da παιδεία herdada dos gregos”.³⁷ O motivo da desconfiança é que ele já vê ali um gesto claro de empobrecimento do *ser* do homem, iniciado em Platão e Aristóteles, que reduz a nossa humanidade àquilo que se manifesta enquanto *ente*. Se quisermos falar sobre o homem, insiste o autor, devemos reconhecer o inefável que há nele: a essência do homem está na sua *ex-sistência*, no estar postado na clareira do *ser*, daí que a apreensão da verdadeira noção do humano exija um diálogo profundo com os poetas e os filósofos, na sua originalidade de poetizar-filosofar.³⁸

É verdade que não se pode negar a Heidegger a grandiosidade de sua observação. Mas isso não impede que tomemos o pensamento de Cícero como um importante ponto de partida para a discussão. Com efeito, a visão da *humanitas* que o filósofo romano nos oferece parte de uma busca: a de uma característica exclusivamente humana e que ele vê na capacidade de razão e na elegância da expressão. Assim, diz que qualquer humano, diferentemente dos animais, é capaz de compreender a relação de causa e efeito entre as coisas, fazer analogias, associar passado e presente, compreender todo o curso da vida, fazer provisões para o futuro e para as nossas ações.³⁹ Essa sua visão da pessoa é aprofundada por ele num comentário de certo episódio

.....
36 HEIDEGGER, 1998, p. 39.

37 Ibidem, p. 39.

38 Ibidem, p. 45 et seq.

39 CÍCERO, 2000, 1.11-14.

narrado por Platão:⁴⁰ um grupo de naufragos chegou a uma terra desconhecida, mas sentindo-se inseguros, um deles tranquilizou os demais ao perceber ali sinais humanos; tais sinais, teria dito o narrador, não advinham do cultivo da terra, mas nas figuras geométricas traçadas sobre o chão, indicando assim que se tratava de um povo que cultivava também a ciência. Seguindo o mesmo raciocínio, Cícero dirá que a nossa humanidade, além do que já se disse, expressa-se também na sua arte,⁴¹ na urbanidade do trato com outras pessoas e no sentimento de justiça para com a totalidade do gênero humano.⁴²

Consideremos que a concepção de humanidade encontrada no autor romano é fundamentalmente cultural, espiritual e política, sendo essa uma compreensão liberal clássica da pessoa, aqui importante de se esclarecer. Quando o art. 205 da Constituição Federal de 1988 diz que a educação deve visar a pessoa em toda sua plenitude, o que na verdade se está dizendo é que temos necessidades materiais e espirituais que demandam uma boa formação para satisfazê-las, cada um pelas próprias mãos. Nesse sentido, o fundamento filosófico da educação, modelada pelo liberalismo clássico, parece adequado àquela plenitude reclamada. O fundamento filosófico-jurídico da educação, seria possível dizer da Constituição Brasileira, parece ser o da promoção do que nos é mais essencial e sem o qual restaríamos desfigurados e não nos reconheceríamos uns aos outros: a humanidade que o senador romano, Cícero, imaginava de seu povo e tinha plena convicção de ser

.....
40 CÍCERO, 2008, 1.30.

41 CÍCERO. *Sobre a invenção* apud PEREIRA, 1990, v. 2, p. 133 [1.1]. A análise da natureza humana, a partir de sua capacidade de expressão, parece já estar presente nos primeiros escritos do Ocidente. Com efeito, quando Ulisses torna-se prisioneiro de Polifemo lá na terra dos ciclopes, ele já antevira o perigo e apresentou-se ao como Ninguém, a pessoa que o gigante, ferido no olho e invocando ajuda de seus companheiros, disse ter sido o autor do feito. O retrato dessa passagem por Homero, o primeiro educador da Grécia, é de certo modo uma crença de que os gregos, dotados de cultura e linguagem, eram superiores a outros povos. A propósito, ver HOMERO, 2014, canto 9.

42 CÍCERO, 2008, 2.48.

comum ao gênero humano.⁴³ Além do que já se disse, parece estar no seu fundamento o florescimento das habilidades que cada um de nós precisa para compreender o nosso lugar no mundo, realizar nossas próprias escolhas e reconhecer nas outras pessoas o igual direito de implementar seus projetos de felicidade (*felicitas*).

A educação liberal clássica, cujas origens estão em Sócrates, seria de acordo com Nussbaum o modelo que a democracia precisa;⁴⁴ seus ensinamentos podem ser conhecidos naqueles conselhos que outro filósofo romano, Sêneca, dá ao seu amigo Lucílio: os estudos liberais (*studia liberalia*), apropriados a uma pessoa verdadeiramente livre como disse aquele estoico, são determinantes para que alcancem esta condição, pois desenvolvem no aluno a capacidade de pensar por si mesmo, examinando criticamente as tradições, leis e instrumentos de que dispõe para guiar os seus membros na realização de seus projetos. A autora americana nos lembra que uma democracia sólida carece de uma atualização permanente da justiça, o que implica, necessariamente, a formação de cidadãos capazes de refletir sobre as próprias crenças.⁴⁵

Os filósofos pré-socráticos, é preciso admitir, tinham inquietações originais sobre o mundo, mas faltava-lhes a virtude que Sócrates tinha, isto é, a de reconhecer os próprios limites do seu saber;⁴⁶ faltava-lhes, ainda, a compreensão de que as verdades do mundo são acessíveis e necessárias a todas as pessoas. A virtude da educação socrática, nesse caso, seria a de nos obrigar a fazer o autoexame de nossos projetos e das nossas preferências políticas; é ainda o de nos apontar as fragilidades dos conceitos que muitas das vezes nós tomamos como insubstituíveis. É verdade que alguém poderá dizer que a educação socrática é elitista e exatamente o oposto daquilo que a educação liberal propõe, mas nesse

.....
43 CÍCERO, 2000, 3.32.

44 Para uma análise mais detida sobre o conceito de educação liberal, ver NUSSBAUM, 1997, p. 28 et seq.

45 Ibidem, p. 42.

46 Ibidem, p. 43 et seq.

sentido Nussbaum mostra que dizer isto, apressadamente, pode ser um grande erro: diferentemente do *Sócrates filósofo* que Platão nos apresenta, o *Sócrates histórico* que outras fontes nos ajudam a conhecer elege a democracia como o modelo de organização política adequado ao ser humano, visto que esse sistema é o único que respeita o poder de deliberação que cada cidadão possui.⁴⁷

Uma síntese sobre o modelo liberal de formação que a Constituição de 1988 assume parece bastante compatível com aquela praticada por Sócrates e desenvolvida pelos filósofos do estoicismo; isto parece possível dizer, seguindo a síntese de Nussbaum, porque na visão do constituinte, a educação: é um bem que está ao alcance de qualquer pessoa e o Estado deve garanti-la; respeita o contexto da cultura em que o aluno se insere e as necessidades pessoais que esse aluno tem para fazer aflorar a sua alma; reconhece a diversidade de crenças e a pluralidade dos projetos individuais da felicidade, embora a exigência de uma justificativa racional não lhe permita confundir-se com qualquer forma de relativismo; não considera os livros como verdades absolutas sobre no que dizem, mas apenas como mestres com quem se tem a obrigação de discutir.

Tudo isso parece coadunar com os anseios humanitários da nossa Constituição. Mas ocorre ainda de perguntar se uma visão como esta que o legislador constitucional tem sobre a educação não reclama uma outra modalidade de direito: o direito constitucional à literatura. Eu sou levado inicialmente a suspeitar que sim, pelo menos se quisermos levar a sério a concepção de humanidade que Cícero nos legou; farei isso no tópico seguinte, em que investigarei se o direito a uma educação de qualidade não depende, em parte, de um direito constitucional da literatura.

.....
47 Sobre essa diferença entre o Sócrates de Platão e o Sócrates real, ver a própria NUSSBAUM, 1997, p. 49, et seq.

Os reflexos pedagógico-humanísticos do direito constitucional da literatura

O que eu disse anteriormente, no item sobre o “asilo literário” que a nossa Constituição concede aos poetas, parece em princípio o que há de fundamental para justificar o desenvolvimento de uma dogmática constitucional da literatura. Certamente que não há uma correlação normativa entre o que a Constituição prescreve sobre a cultura e o que ela determina sobre a educação – e nem convém que haja uma correlação normativa entre tais disposições, já que, embora por circunstâncias várias possam cooperar, possuem intenções distintas no que refere aos seus projetos. Ocorre, porém, que do ponto de vista hermenêutico essa correlação me pareça possível, pelo menos se quisermos apreender o real significado da educação liberal e humanística que a Constituição assumiu; tal associação precisa ser feita, também, toda vez que nós falarmos de uma educação de qualidade, especialmente quando entendermos qualidade naquele sentido aristotélico que Nussbaum assume, qual seja, qualidade no sentido de desenvolvimento de todas as potencialidades humanas de ser e de atuar.⁴⁸

Não é o caso aqui de adentrar na discussão sobre o papel que a poesia exerceu ao longo do tempo na construção do conhecimento, especialmente na tradição ocidental em que Homero e Hesíodo foram os primeiros grandes educadores de que se tem registro; nesse sentido, mais uma vez as lições de Jaeger são luminosas.⁴⁹ Mas importa muito perceber que depois que Miguelim põe os óculos, habilita-se nas condições de que necessita para conhecer a si mesmo e o seu lugar. A educação, nessa trama do escritor mineiro, mostra o ser humano como um ser complexo, e ao mesmo tempo nos convida a pensá-lo na sua plenitude. Penso que há razões suficientes para acreditarmos que o texto de Guimarães Rosa nos ajuda a cultivar a humanidade que

.....
48 NUSSBAUM, 2000, p. 70 et seq., 86 et seq., 96 et seq.

49 JAEGER, 1989, p. 43-72.

há em nós, muito mais, talvez, que um tratado sobre a ética, sobre a psicologia etc. Mas esta não é uma discussão pacífica entre os teóricos da educação, sendo certo que eu mesmo tenho fortes reservas, desenvolvidas no prefácio, quanto à aposta na literatura para nos edificar moralmente.

Com efeito, a discussão que Cícero levanta, em defesa do poeta Árquias, coloca em primeiro plano uma antiga discussão filosófica quanto à importância da poesia na construção da vida pública. A função social dos artistas gregos é de fato perceptível como Pereira nos faz ver,⁵⁰ e as lições de Jaeger sobre a tragédia dão-nos conta do papel político que os poetas exerciam na pólis grega; neste último caso, o maior exemplo de que esse trabalho tinha o reconhecimento público no seu tempo talvez seja o fato de que era a própria pólis quem patrocinava os concursos em que as melhores peças eram escolhidas.⁵¹ Em verdade, tanto Posner como Cândido negam por modos distintos o papel edificante da literatura; para o primeiro, defendendo a tese de que a abordagem econômica é única racionalidade possível para o direito e hostilizando assim a possibilidade de uma racionalidade narrativa, a literatura tem por objeto uma fruição desinteressada daqueles cânones jurídicos ou morais que outros autores costumam lhes atribuir;⁵² para o segundo, ela não corrompe nem edifica nada, mas trazendo para nós aquilo que chamamos o bem ou que chamamos o mal, humaniza-nos enquanto nos faz viver;⁵³ por humanização Cândido entende a manifestação em nós de alguns traços essenciais: o exercício da reflexão, a percepção da complexidade do mundo, a aquisição do conhecimento, a prática do humor e da gentileza,

50 PEREIRA, M. H. da R. O estatuto social dos artistas gregos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 47, p. 23-37, 1997.

51 JAEGER, 1989, p. 204 et seq.

52 POSNER, 1996, p. 70 et seq.

53 CANDIDO, 2004, p. 18.

o refinamento das emoções, a sensibilidade para com os problemas da vida e o senso de beleza.⁵⁴

Mas uma compreensão bem distinta tem Nussbaum sobre a questão. A dimensão política e jurídica da literatura é discutida com muito rigor pela autora americana, para quem se o fim político não é a única coisa que se pode esperar da poesia, seria adequado e urgente, porém, ler os textos com essa intenção, especialmente porque eles permitem enxergar com interesse as pessoas que em um determinado momento e por circunstâncias muito diversas são muito diferentes de nós.⁵⁵ Ela enfatiza que um olhar empático sobre a empatia para com outra pessoa permite-nos enxergar como as circunstâncias condicionam as ações da pessoa, suas aspirações, desejos, esperanças, temores e amor-próprio. Estaríamos diante dos reflexos que um direito constitucional da literatura pode ter? Realmente estou tentado a dizer que sim. É que a professora americana nos diz que as histórias têm o poder de formar a nossa consciência moral e inclusive de nos interrogar sobre o nosso papel dentro das histórias.⁵⁶

Antes de mais nada, a discussão ética que Nussbaum suscita tem origem numa passagem que se conhece já da filosofia de Aristóteles, na *Poética*, em que dirá que a Literatura é mais filosófica que a História, visto que enquanto o historiador nos diz o que aconteceu, o poeta nos faz pensar sobre o que poderia ter acontecido.⁵⁷ Aqui tem lugar uma temática que é muito forte na autora americana, qual seja, a da imaginação literária (*narrative imagination*). Segundo ela, os poetas sempre levam, por meio de suas histórias, o leitor a imaginar outras formas de vida e, conseqüentemente, enriquecem o patrimônio humanístico do leitor; a literatura chega a ter, para ela, um caráter

.....
54 CANDIDO, 2004, p. 22.

55 NUSSBAUM, 1997, p. 88.

56 Ibidem, p. 90.

57 ARISTÓTELES, 2004, 1431a39-1431b6.

subversivo, importante e não encontrado, por exemplo, na economia e nos outros estudos sobre a vida pública.⁵⁸ O poeta é assim um árbitro da diversidade e, por consequência, o mais talentoso arquiteto da vida pública: sendo ele o depositário de certa excelência moral, por imaginar situações diversas para o mesmo caso, se transforma na mais completa expressão da racionalidade política. Não é demais lembrar que a autora, em todas as suas obras, encara sempre os poetas como porta-vozes das pessoas que não têm voz, que de algum modo estão excluídas do processo de tomada de decisão no espaço público ou têm reduzida essa participação: as mulheres, os *gays*, os negros, os estrangeiros, os pobres e todas as vítimas do sofrimento humano.

O reconhecimento do papel edificante da literatura, por Nussbaum, é uma aposta na racionalidade das emoções e uma recusa explícita no modelo de racionalidade política que Platão traçou para a sua cidade.⁵⁹ Em uma das suas obras mais recentes, a autora americana denuncia a civilização econômica e tecnicista do momento, enaltecendo a importância das humanidades e artes na construção da igualdade, assim como do mútuo respeito entre as pessoas.⁶⁰ O enaltecimento da literatura, seja por Nussbaum aqui, seja por Cícero na antiga Roma, leva-nos sempre a pensar o quanto poderíamos permanecer nas sombras se não nos fosse dado conhecer a luz das letras,⁶¹ como o dr. José Lourenço deu a Miguilim a oportunidade de conhecer. Se o implemento dos direitos fundamentais, como se disse anteriormente com Rátis, depende de uma educação de qualidade, essa qualidade parece estar vinculada ao florescimento da nossa humanidade. Eis aí, ao que parece, uma razão de ser da legislação e do Estado: ajudarmos a pensar

.....
58 NUSSBAUM, 1995b, p. 1.

59 Para uma visão ampla sobre a noção deste assunto da racionalidade das emoções, especialmente no campo do direito, ver idem, 2006, p. 19-70; um estudo mais aprofundado pode ser visto idem, 2001c.

60 NUSSBAUM, 2010, p. 143.

61 CÍCERO, 1999, 6.14.

e a agir como nós mesmos, que reconciliemos com a nossa humanidade por algum motivo proscrita em nós. E ainda que adotássemos acriticamente uma postura formalista como a escola kantiana adota, buscando uma fruição desinteressada da obra de arte, a literatura não deixaria de ser, como Cândido nos lembra bem, um direito universal: se ninguém pode passar 24 horas sem mergulhar no universo da ficção, a literatura precisa ser satisfeita, e como tal, é um direito que faz todo sentido a Constituição proteger.⁶²

Desenlace

O direito constitucional da cultura, ao que me parece, não se restringe a um simples direito de manifestação cultural, sendo certo que se ainda no *caput* do art. 215 se apregoe o direito de acesso, o inciso IV irá destacar a democratização desse acesso aos bens da cultura. E creio que laborou bem o nosso legislador constitucional quando, além de resguardar aos seres capazes de cultura (*homo culturalis*) os direitos de criação e de manifestação cultural, tutelou constitucionalmente também a fruição dos bens produzidos pela cultura. Não me parece que poderia ser diferente, visto que somente o acesso a outras produções culturais a compreensão do real significado da cultura, o enriquecimento da nossa própria cultura, o conhecimento de nós mesmos e de nossa humanidade etc. se tornam possíveis; além do mais, o acesso a outras formas de compreender o mundo evita muitas formas de fundamentalismo e de intolerância, algo que, aliás, é reclamado pelo art. 3º, IV da já referida LDB.

A discussão filosófica da literatura é um tema, como todos da filosofia, que divide os filósofos; o valor da poesia na educação da pessoa não é menos passível de controvérsias. De fato, a tradição ocidental foi decisivamente influenciada por Platão em muitos aspectos, na sua

.....
62 CANDIDO, 2004, p. 17.

maioria positivos, mas também quanto à sua impressão negativa da literatura. E os teóricos da educação, por outro lado e a começar pelo próprio filósofo ateniense, também não têm em geral um apreço muito grande pelos poetas quando se trata de levar a sério a formação da opinião. Uma pouca mas honrosa exceção sobre isso encontramos em Rousseau, que embora tenha lá a sua desconfiança nos sentimentos, não tem qualquer pretensão de afastá-los de nossas vidas: ao contrário, reconhece que pensar alguma coisa para os humanos desprezando seus sentimentos “é uma tentativa tão vã quanto ridícula”,⁶³ mesmo porque eles são a base da nossa sustentação; na educação do jovem Emílio, recomenda que este seja desafiado a exercitar sua imaginação, especialmente para reconhecer a nossa vulnerabilidade comum e compreender os motivos que nos levam a associar com outras pessoas.⁶⁴

Mas independentemente do que a literatura pode desempenhar na educação, como visto em *Cândido*, isso não retira dela um valor jurídico estimável em nome de quem o legislador constitucional laborou. Se o direito à literatura é fundamental, como o autor brasileiro o concebe, é algo que não estou em condições de afirmar. Penso que é uma questão a ser aprofundada e que tem de enfrentar as concepções simplistas do voluntarismo constitucional. O importante de qualquer modo é que a ele não se pode negar o *status* de verdadeiro direito constitucional. Um olhar mais atento para o discurso de Cícero, antes de tudo um político e um educador, encontramos bons argumentos para sustentá-lo. E os fundamentos da literatura de um certo modo se encontram aqui com os fundamentos da educação: ambas contribuem com a formação da nossa humanidade, talvez não de forma determinante para fazerem de nós pessoas melhores eticamente como alguns autores querem, tanto que a *paideia* para os gregos e a *humanitas* para os romanos tenham ocupado tanto espaço no pensamento filosófico

.....
63 ROUSSEAU, 2004, p. 287.

64 Ibidem, p. 301.

e político de seus autores. Creio sinceramente que é essa dimensão humana da educação que faz dela um direito indisponível entre nós e nas constituições modernas em todo o mundo. Arrisco-me a dizer, mais ainda e no sentido em que o filósofo romano ensina, que o direito à educação não prescinde de um direito à literatura, pelo menos se ele quiser ser fiel aos ditames do art. 205 da Constituição Federal de 1988, *caput*: ao compromisso da educação com o pleno desenvolvimento da pessoa.

ENSINO JURÍDICO, RETÓRICA E DIREITOS HUMANOS NO *FILOCTETES* DE SÓFOCLES¹

Pórtico

Os gregos seguiam para Tróia quando, sentindo-se cansados, pararam em Lemnos, uma ilha na proximidade do Mar Egeu e na qual, inadvertidamente, um de seus guerreiros ilustres, Filoctetes, violou o altar da ninfa Crise;² o monte era guardado por uma serpente venenosa que picou o herói, selando seu Destino (Μοῖρα, *Moira*) com uma chaga incurável; os companheiros do desditoso mortal, para se livrarem das queixas que não os deixavam treinar ou repousar da fadiga, abandonaram-no enquanto dormia; entretanto, dez anos mais tarde os bravos guerreiros não conseguiam sequer ultrapassar as muralhas de Príamo, razão pela qual um adivinho obteve dos deuses a seguinte revelação: somente realizariam seu intento se tivessem entre os seus a flecha de Hércules, momento em que se lembraram de que ela, no passado,

.....

1 Este capítulo teve por base três trabalhos anteriormente publicados, inteiramente reformulados, porém, a saber: SILVA, A. S. O ensino do direito no Brasil: uma excursão histórica: pelo sistema, ideias e personagens: num diálogo privilegiado com a experiência universitária portuguesa. *Phronesis: Revista do Curso de Direito da FEAD, Belo Horizonte*, v. B1, p. 31-88, 2006; idem. A retórica jurídica e a formação dos juristas: a observação de Aristóteles sobre os argumentos de Ulisses no *Filoctetes* de Sófocles. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador*, v. 1, p. 315-322, 2008; idem, Ética e direito no *Filoctetes* de Sófocles: breves reflexões sobre o fundamento do Cuidado e da proteção da pessoa com deficiência. *Erga Omnes: revista da Escola de Magistrados da Bahia, Salvador*, v. 12, p. 156-165, 2016.

2 SÓFOCLES, 2013.

fora dada de presente exatamente a Filoctetes; na discussão sobre o que fazer, venceu a sagacidade habitual de Ulisses, que argumentou que se amigo abandonado ainda estivesse vivo não lhes perdoaria, elaborando a seguinte estratégia para se apropriar do arco: o jovem Neoptólemo, por ser filho de Aquiles, o melhor amigo do depositário da arma, deveria se dirigir à ilha e se apresentar como tal, dizendo ainda que fora até lá para levá-lo de volta à sua cidade e curar suas feridas, e, ao obter a confiança do infeliz, pedir seu arco para ver e depois fugir com ele.³

O mito de Filoctetes foi e continua sendo encenado no teatro, mas, principalmente naquilo que me interessa aqui, tem sido objeto de discussão filosófica desde Aristóteles, este que inclusive só na *Ética a Nicômaco*, um manual de aulas, recorreu por três vezes à narrativa para dar seus famosos e irretocáveis exemplos didáticos.⁴ Neste capítulo eu pretendo recorrer a esta tragédia para ilustrar algumas coisas que tenho pensado ao longo desses anos acerca do ensino do direito e sobre os desafios atuais do pensamento jurídico. Devo ressaltar, entretanto, que o proveito da obra literária na educação jurídica, tal como já o fiz no prefácio deste livro e desenvolvi em outro lugar,⁵ sempre foi e até hoje ainda é bastante controverso; a discórdia como se sabe foi plantada por Platão, que se opondo aos principais modelos de educação de sua época (aqueles que até o filósofo grego eram pensados como uma prerrogativa da família e visavam desenvolver no pupilo as habilidades do guerreiro, do escriba e do orador),⁶ opôs a eles um ambicioso projeto de educação (παιδεία, *paideia*), sob a responsabilidade direta e indeclinável do “Estado”, visando

.....
3 SÓFOCLES, 2013, 55-85.

4 ARISTÓTELES, 1970, 1142a, 1146a, 1150b.

5 SILVA, 2018, v. 1, p. 322 et seq.

6 ABBAGNANO; VISALBERGHI, [1981?], p. 36.

formar uma outra excelência (ἀρετή, *arete*):⁷ aquela que diferentemente da educação sofística, naquele instante a preferida dos atenienses por conta do florescimento da democracia e da ambição de defenderem seus interesses a qualquer custo, buscava formar reis-filósofos, isto é, homens e mulheres a quem seriam confiadas as magistraturas e cujas excelências salvariam Atenas da decadência moral e da humilhação a que fora submetida pela guerra de Peloponeso,⁸ no que aqui importa sintetizar, o filósofo ateniense desacreditou completamente a arte retórica e a poesia, isto por acreditar que perturbam as nossas escolhas e nos levam ao fracasso na vida pública e privada: ao darem muita atenção ao que há de pior em nós, a paixão (πάθος, *pathos*) priva o aluno do que tem de melhor e mais confiável, qual seja, a razão (ἐπιστήμη, *episteme*).⁹

Mas ao recorrer a este clássico do teatro clássico, creio estar em boa companhia, pois o patrono da reinvenção do Direito e Literatura no atual estágio do pensamento jurídico e das discussões da reforma da educação jurídica, James Boyd White, publicou faz algum tempo uma coletânea memorável de reflexões passadas, mas na obra reunidos com esse propósito de, partindo do *Filoctetes*, estimular nossa reflexão sobre esses temas; de igual modo Nussbaum tem feito diferentes referências a esta tragédia, sendo um de seus estudos, inclusive, de interesse para o estudo dos direitos humanos; a tese fundamental de White, ao que aqui parece bastar, pressupõe que o direito não é um sistema de regras e operações burocráticas e hierarquizadas por meio das quais o juiz declara em sentença um direito preexistente à institucionalização da controvérsia,¹⁰ mas uma atividade resultante de nossa imaginação e

7 PLATÃO, 2001, livro 6-7.

8 Ibidem, 536d-540a.

9 Ibidem, 595a-608b.

10 WHITE, 1994, p. 217 et seq.

pensamento;¹¹ daí que a excelência que o ensino deveria desenvolver no aluno seria de caráter performativo, da expressão e uso adequado da linguagem, tudo o que se aprenderia com a literatura e não com os manuais jurídicos.

Mas o autor americano não é o único a estimular esta experimentação teórica e prática da educação jurídica, pois entre os muitos autores que se dedicam aos estudos interdisciplinares entre o Direito e a Literatura, muitos se dedicam a uma das três principais vertentes dessas reflexões como referi no prefácio: àquela que tem uma dimensão pedagógica, visto que sua característica fundamental é recorrer a narrativas exemplares para desenvolverem um estudo sobre tema jurídico ali tomado como relevante, daí que se tenha convencido chamar essa experimentação de direito na literatura; um exemplo desses estudos que me parece promissor é o de Nussbaum, seja porque desde a sua *Fragility* ela se afirmou como uma referência obrigatória nesse movimento de reabilitação da literatura para os estudos de filosofia,¹² seja porque como professora de ética e filosofia no ensino do Direito, tem defendido insistentemente a tese de que os poetas são os melhores árbitros da vida pública,¹³ motivo pelo qual enxerga a necessidade de cultivarmos as humanidades e a imaginação literária, seja na educação jurídica, seja na educação liberal indistintamente;¹⁴ os profissionais do direito, especificamente falando, são convidados a realizarem um exercício de engajamento no seu mundo, algo que equivale falar de uma justiça poética¹⁵ e até mesmo de uma “república

.....
11 WHITE, 1994, p. 304 et seq.

12 NUSSBAUM, 2001b, cap. 1.

13 “[...] Whitman, like Aristotle, claims that this flexible context-specific judging is not a concession to the irrational, but the most complete expression of the politically rational: not ‘in him’ but ‘off from him’ things ‘are grotesque, eccentric, fail of their full returns’”. NUSSBAUM, 1995b, p. 80

14 Ibidem, p. 205 et seq.; idem, 1997; idem, 1995a; idem, 2010.

15 Idem, 1995a.

de leitores”.¹⁶ Neste capítulo eu me dedicarei a uma breve reflexão sobre a provável contribuição do *Filoctetes* à formação dos juristas, especificamente no que se refere ao sentido atual do direito e desafio dos direitos humanos, ao papel da argumentação, seus limites e “confronto” com o próprio contributo da literatura.

Crise da educação jurídica ou crise de sentido do direito?

A formação jurídica no Brasil, ressaltando algumas inovações elogiáveis, ainda se prende ao modelo pedagógico já colocado em causa por Paulo Freire,¹⁷ isto há mais de 50 anos: aquele que prescindindo de uma relação dialógica sujeito-sujeito, estrutura-se, filosoficamente e metodologicamente, entre outras coisas segundo uma relação hierarquizada professor-aluno, sujeito-objeto, resultando numa rígida separação de papéis e lugares no processo de formação; o educador brasileiro deu a este modelo o nome de “educação bancária”, visto que pressupõe o professor como o gerador e o titular exclusivo de um saber privilegiado; isso autorizaria o mestre a depositar na mente daquele que ainda não tem esse privilégio o conhecimento de que precisa, na sua caminhada para se tornar uma pessoa igualmente bem-sucedida. O nosso tempo, em que cada vez mais se dissolvem as velhas crenças na autoridade e nos modelos universais de felicidade, pelo menos no campo do Direito se tornou irremediavelmente averso a esse modelo que se desenvolveu na escolástica,¹⁸ uma concepção de mundo que ofereceu uma inegável contribuição à construção do processo

.....
16 STOW, 2007, p. 41 et seq.

17 FREIRE, P. *Pedagogia del oprimido*. Tradução de Jorge Mellado. Ciudad de Mexico: Siglo XXI, 1973. p. 31 et seq.

18 GARCÍA Y GARCÍA, A. Los estudios jurídicos en la universidad medieval. In: GARCÍA Y GARCÍA, A. *Estudios sobre la canonística portuguesa medieval*. Madrid: Fundación Universitaria Española, 1976. p. 17-94.

civilizatório, mas que não atende mais aos anseios atuais de uma sociedade democrática e plural.

Direito, educação jurídica e concepção de felicidade

O ensino jurídico que ainda fascina professores e alunos – não se sabe bem a causa da contradição entre a viragem anteriormente citada e suas práticas pedagógicas – parece ainda ser aquele que credita a um mestre a autoridade numa determinada matéria, devendo expor, de modo didático e completo, o conteúdo que aprendeu a manejar, seguindo mais ou menos um consenso universitário à relevância daqueles conteúdos; isso não é um pacto de mediocridade como apressadamente alguém poderia dizer, ao contrário, reflete a nossa própria concepção de mundo, de felicidade e de direito, tanto quanto no passado os modelos refletiram; isto parece claro no que vê na origem e nos principais momentos na história dos cursos de Direito. Com efeito, os primeiros cursos jurídicos, no período da jurisprudência clássica, nasceram de disputas intelectuais entre proculeianos, na verdade republicanos seguidores de Labeão e entusiastas das inovações culturais do período, com sabinianos discípulos de Capito, um imperial defensor da autoridade e da tradição;¹⁹ as universidades enquanto tais surgiram, como Costa ensina,²⁰ a partir de transformações ocorridas entre as escolas monásticas, diocesanas e municipais, durante a baixa Idade Média; era obrigatório, para que o titular pudesse desfrutar do título, que as escolas fossem reconhecidas pelo Papa (*ius ubique docendi* ou *licentia ubique docendi*), na verdade o pouco refúgio do conhecimento nesse período e do que restou do ataque dos povos não romanos aos romanos: sob a convicção de que o conhecimento era um dom divino

.....
19 LOPES, J. R. de L. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 104 et seq.

20 COSTA, M. J. de A. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 222 et seq.

a ser propagado, mas também consciente de que isso tornava o poder confessional independente e até superior ao poder secular, o Concílio de Latrão, de 1179, obrigou a criação de uma escola em cada uma das catedrais.

As escolas de Direito, mais ou menos como conhecemos hoje, parecem ter surgido mesmo em Bolonha no século XII, onde se mitigava o direito romano e os instrumentos intelectuais greco-romanos, estes reelaborados pelo pensamento cristão, especialmente nas duas mais bem-sucedidas sínteses: o idealismo platônico que ressurgiu em Santo Agostinho e o “realismo” aristotélico reelaborado por Santo Tomás de Aquino; ainda de acordo com o jurista e historiador português citado, o reflorescimento da cultura jurídica, após a devassa sofrida com a queda do império romano, deu-se por conta do destaque que alguns mestres passaram a obter em certa área do conhecimento, atraindo muitos discípulos; este é o caso, por exemplo, de Irnério, cuja perícia era o Direito Civil, assim como o de Graciano, que era exímio em Direito Canônico, na verdade os dois maiores inspiradores da criação dos cursos porque essas eram as duas disciplinas do curso no período, a primeira dedicada ao direito oriundo de sua fonte secular, o rei, o segundo ocupado com o direito editado pela fonte confessional, o Papa.

As iniciativas pessoais mencionadas se institucionalizaram de diferentes modos, além daquela protagonizada pela Igreja, como visto anteriormente; serve aqui de exemplo o curso de Direito da Universidade de Coimbra, que funcionava há uns 50 anos antes, mas que acabou sendo oficializado em 1290 pela bula papal de Nicolau IV, por solicitação do rei d. Diniz,²¹ o que dentre outros privilégios conferia à universidade (o nome que nesse tempo significou não um conjunto de faculdades, mas um grupo de mestres e alunos, ligados entre si por relações de fraternidade, crenças e propósitos), dada a relevância que

.....
21 CARTA Magna de Privilégios de d. Diniz: 15 de fevereiro de 1309. In: UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Primeiros Estatutos da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Arquivo da Universidade de Coimbra, 1991. p. 4-11.

reconhece aos estudos para o progresso e nos faz corar de vergonha quando se contrasta com o vergonhoso negacionismo científico do nosso tempo, a autonomia funcional e a prerrogativa de, alcançando inclusive funcionários, outros colaboradores e até familiares dos professores e alunos.^{22 23}

As referências básicas dos estudos nesse período eram o Código Civil do Imperador Justiniano e o Código Canônico; a metodologia de ensino consistia na leitura de um texto pelo professor (*lectio*), chamado por causa disto de *lente*, seguido pelos alunos em suas cópias, fazendo-se as devidas correções; à leitura seguiam, bem ao modo da escolástica tomista, a discussão e explicação do texto (*glosa*), o resumo das passagens (*notabilia*), a formulação das máximas (*brocardia*), chegando-se aos termos gerais ou definições (*distinctiones*), aos problemas concretos (*quaestiones*), terminando com a síntese ou resumo geral (*summario*), com a analogia (*connotatio*) e a resolução das objeções (*solutio*); a disciplina era rígida, de modo que se aplicava a prisão administrativa para alunos desobedientes, a exemplo de Camões, que foi recolhido ao cárcere na histórica cadeia universitária da Universidade de Coimbra, aliás um belo local turístico no subsolo da Biblioteca Joanina; um igual rigor ainda se observa no ensino oitocentista, inclusive no Brasil quando de seu início em 1828 em Olinda e em São Paulo, segundo memoráveis registros de Beviláqua e Vampré, embora este último testemunhe a existência da cadeia na

.....
22 COSTA, 1999, p. 221.

23 "Na verdade, uma vez que queremos que gozem de privilégio os escolares que moram na nossa cidade de Coimbra, especialmente para se poderem entregar mais intensamente e com tranquilidade ao estudo e ao ensino, ordenamos e mandamos, explicitamente, a todos os habitantes desta cidade, seja qual for o seu estado, que ninguém, com temerária ousadia, tente exercer violência ou gravame contra os próprios escolares ou contra os seus servidores ou criados. E se alguém quiser levar a tribunal os escolares, por motivo de um crime ou de um contrato, ou por qualquer outra causa ou ocasião, que vá aos seus juizes ordinários, a saber, o bispo ou o seu vigário ou, se o caso for reconhecido como pertencendo ao seu ofício, o mestre das Escolas" (Dado em Lisboa, em 15 de fevereiro de 1347, por ordem do rei).

universidade paulista, mas diz desconhecer alguém que tenha sido ali encarcerado (no aljube); por fim, o rigor moral da vida universitária também se conhece do terceiro mais antigo curso jurídico do Brasil, o da Faculdade de Direito da Bahia, cujos arquivos de seu Memorial permitem conhecer a ata de julgamento do processo de expulsão do então aluno Aliomar Baleeiro, cujo fato censurado é o de engravidar a namorada, julgamento esse que resultou deveras em auspiciosa absolvição, já que terminou por impedir que a bicentenária e primeira faculdade da República maculasse os demais legados que nos trouxe, ao entrar para a história como aquela que também abortasse o que veio a ser, além de político e ministro do STF, um eminente tributarista brasileiro.

Ainda sobre a relação entre concepção de mundo, de direito e de ensino jurídico: conforme o padrão de Bolonha de ensino, que veio perder seu prestígio somente séculos depois com a Fortuna histórica que deu aos cujácianos (seguidores de Cujácio) a coroa da disputa com os bartolistas (discípulos de Bártolo), na verdade também uma peleja entre humanismo e teocentrismo, a conclusão do curso era celebrada mediante processo litúrgico que se assemelhava bastante às cerimônias religiosas, seja quanto ao rito, seja no que se refere aos paramentos; de fato, para obter o título, o candidato se submetia a dois exames: ao exame propriamente dito (*examem privatum*) e às provas de investidura (*conventus publicus* ou *doctorutus*), cuja cerimônia ocorria na Catedral; o aluno assistia inicialmente à missa pela manhã, recebendo ao final dois textos para comentar pela tarde, sendo certo que, se aprovado também nesta fase, era submetido à arguição dos doutos, desta dependendo sua admissão no Colégio dos Doutores e Mestres; agora já um confrade, o ainda candidato ao título se submetia à defesa de tese (*lectio*), lida em público, ocasião em que era sabatinado pelos alunos, e, sobrevivendo a todas essas provações (*via crucis*), estava o neófito com o diploma em mãos, o que de resto era aceito em todo o mundo católico para lecionar.

A concepção aristotélico-tomista do mundo, inspirado desse regime escolar desde a fundação gloriosa dos estudos jurídicos até o advento dos estados nacionais, imperou por toda a Idade Média, mas ruiu com as concepções antropocentristas subsequentes, reconfigurando o sistema de direito e de seu ensino;²⁴ a passagem do direito comum (*ius commune*), o qual tinha no ensino universitário um de seus pilares mais duradouros, na verdade resultou foi na substituição dessa renegada autoridade da tradição e dos doutores (*opinio communis doctorum*) pela autoridade da razão, do Estado, o que resultou de um longo investimento da burguesia europeia contra os abusos do rei e do Papa – uma luta que se fez sentir pela voz de grandes filósofos como Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau etc., mas que se cristalizou mesmo em 1804 com a edição do Código Civil Francês, este que aliás o imaginário jurídico do período tinha como uma espécie de resumo da moral do mundo (a pretensão de converter a moralidade burguesa da Europa daquele período numa racionalidade universal era de fato uma das características da filosofia moral dos modernos); mas creio ser possível dizer, a título somente de exemplificação, que o embate entre razão moderna e autoridade pré-moderna mudou inteiramente a compreensão do direito, do seu método e do seu ensino; mas aterei aqui a dois casos muitos exemplares, quais sejam, a Escola da Exegese e a jurisprudência dos conceitos.

Com efeito, o modelo de ensino ambicionado pela Escola da Exegese, um retrato fiel da compreensão do mundo e do direito nesse período, era de acordo com Castanheira Neves, de caráter “exegético-analítico, dirigido apenas ao estudo dos códigos numa sua explicação comentarista, segundo o seu sistema e na sucessão dos seus artigos”;²⁵ tratou-se aqui numa quase religião da lei, frente à

.....
24 MARQUES, 2000, cap. 1, 5.

25 NEVES, A. C. Escola da exegese. In: NEVES, A. C. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995c. v. 2, p. 190.

qual os juristas queimavam incenso e se purificavam dos excessos, o que se vê no clássico episódio de Bougnet: um afamado professor da época, que perguntado uma vez por um aluno como definir o direito civil, respondeu (depois de recuperar da perplexidade com a ousadia da pergunta) que desconhecia a tal definição, esclarecendo que estava satisfeito com o privilégio de ensinar o Código de Napoleão.²⁶ Isso ocorre porque aquilo que se entendia por direito nesse período era “o conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos”,²⁷ o que de resto consagra a ideologia política da época, expressa no postulado de Rousseau de que a lei era a expressão legítima da vontade geral, um artefato humano caracterizado pela generalidade e abstração.²⁸

O que temos anteriormente é a consagração, ninguém ignora, do empoderamento da nova força política e cultural da Europa, cada vez mais presente depois da reforma protestante, ambiciosa na construção de um novo projeto de mundo, livre de todas as formas de opressão, sejam elas dos indivíduos uns contra os outros, seja do Estado e da Igreja contra todos eles; a passagem daquele comunitarismo pré-moderno (*communitas*) para o liberalismo moderno-iluminista (*societas*), uma disputa que até hoje ainda se faz sentir no pensamento jurídico contemporâneo, traçou os novos mapas do ensino e da atividade jurídica, no que tanto o Estado como direito veio a ser pensado como um mal necessário, no minimalismo exemplar de Locke,²⁹ justificado somente pela necessidade de proteger a propriedade privada, a liberdade, a segurança e outros interesse egoísticos dos indivíduos; daí que Beccaria, arrebatado espiritualmente pela doutrina da legalidade e pela boa nova dos profetas do liberalismo, tenha reduzido numa frase o que nossa Constituição e o Código Penal têm por dogmas

.....
26 GAUDÊNCIO, 2003, p. 693 et seq.

27 NEVES, 1995, v. 2, p. 181.

28 GAUDÊNCIO, op. cit., p. 694.

29 LOCKE, J. Do governo civil. In: LOCKE, J. *Dois tratados do governo civil*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2006. cap. 9, §123-124.

invioláveis: que nenhum cidadão pode ser apenado sem que haja uma tipificação penal;³⁰ com a consequência, no que me parece bastante para encerrar este ponto, que o ensino do direito viria a ser somente o desenvolvimento, no aluno, da capacidade de dominar os recursos da lógica e da linguagem, no que o raciocínio, do profissional do foro, era exclusivamente analítico-dedutivo.³¹

O que ocorre com a jurisprudência dos conceitos (Pandectística) é mais ou menos parecido, embora Kaufmann se lembre que Savigny, cujo historicismo lançou as primeiras ideias que constituíram os pressupostos filosóficos daquela escola, tenha provocado uma ruptura com a soberba do jusracionalismo, quanto à pretensão de autossuficiência da lei;³² entretanto, de acordo com Wieacker, o ideal de formação do positivismo e que reinava neste período foi preservado, dado que vinculou o juiz à teoria científica elaborada pela doutrina;³³ a rigor, os mestres das pandectas pretenderam formar um jurista por meio de lições sistematizadoras da história jurídica, para só depois desenvolver a habilidade de formular conceitos abstraindo da realidade concreta, experimentar a aplicação do direito, o que por outras palavras seria pensar o direito exclusivamente “a partir de casos jurídicos, líquidos e depurados do ponto de vista da factualidade, cuja subsunção correcta em relação a uma pretensão jurídica (*qualis sit actio*) se torna na sua tarefa exclusiva”.³⁴

O pressuposto filosófico aqui em questão é o mesmo do positivismo legalista, qual seja, o que foi largamente utilizado por pensadores jusracionalistas no sentido de que não existem verdades jurídicas

.....
30 BECCARIA, 1998, p. 64 et seq., 68 et seq.

31 GAUDÊNCIO, 2003, p. 698 et seq.

32 KAUFMANN, A. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 39.

33 WIEACKER, F. *História do direito privado moderno*. Tradução de António Manuel Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 499.

34 Ibidem, p. 500, grifo do autor.

que não aquelas ditadas pela razão humana, o que significaria dizer que a educação jurídica, num paralelo ao papel do juiz do positivismo legalista e que era o de ser a mísera “boca da lei”, a de preparar o jurista para a atividade concreta de aplicação do direito: a atividade por meio da qual se “deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica”;³⁵ assim é que temos também aqui uma nova crença, devastadora em relação ao tomismo anterior, pois, de acordo com Larenz, trata-se de afirmar que o sistema jurídico não somente é fechado, mas também pleno, embora as normas jurídicas não o sejam;³⁶ deste modo é que a jurisprudência dos conceitos desenvolveu uma ideia de sistema jurídico sustentado por uma pirâmide de conceitos, repudiada e substituída no século XX por Kelsen por uma pirâmide de normas, sistema esse frente ao qual a habilidade a ser desenvolvida no aluno se mostrava no “limar e polir dos conceitos jurídico-científicos até uma plena sistemática da justiça”.³⁷

Capacidades humanas e desafio atual da educação jurídica

O que disse logo anteriormente, talvez numa enfadonha digressão, tem por objetivo acentuar o que iniciei por dizer: que as concepções de ensino jurídico e suas respectivas tecnologias de ensino têm relação direta com o que entendemos por direito e o que esperamos dele. Atualmente se tornou um lugar comum falar mal da educação jurídica, expor suas fragilidades, deflagrando uma guerra de linguagens, quase indecifrável porque nem sempre parece claro o que se está criticando, por qual motivo se critica e quais são os reais bens em disputa; o risco de ininteligibilidade jurídica nessa discussão sobre a reforma dos

.....
35 WIEACKER, 2004, p. 492.

36 Ibidem, p. 497 et seq.

37 Ibidem, p. 498.

estudos jurídicos decorre, sobretudo porque muitas das vezes a que-rela acadêmica não problematiza o direito tal e qual, impedindo que possamos fazer algum juízo sobre os projetos por não sabermos bem o que as propostas pressupõem ser o direito.³⁸

Já está no prelo uma obra que se ocupará mais detidamente sobre essa disputa acerca da reforma da educação jurídica, mas creio que aqui, sem precisar ser exaustivo e contentando-me apenas em acen-tuar a complexidade da situação, posso destacar a exemplaridade da proposta do *Critical Legal Studies Movement*, cujo objetivo parece fazer frente aos compromissos do modelo atual com as ideologias e com hierarquias sociais, políticas e profissionais, tal como se vê no exemplo da reforma universitária que Unger propõe;³⁹ do projeto do *Law and Literature Movement*, no modo de uma redução da esfera discursiva das ciências (ciências no sentido aristotélico, como a dimensão da razão que é passível de demonstração, no particular exemplo dos saberes matemáticos) e conseqüente abertura para e concessão de um especial relevo às esferas discursivas do sentimento e do caráter;⁴⁰ do modelo dos diferentes discursos alternativistas, exemplarmente aquele que se formou no Brasil e que se convencionou chamar de Direito Alternativo Brasileiro, reconhecidamente delatores da exclusão social e dos compromissos políticos dos juristas;⁴¹ do projeto de Posner e sua análise econômica do direito, como uma exemplar proposta de renunciar à autonomia do direito, flertando com a interdisciplinaridade dos estudos, mas com especial apelo aos estudos econômicos etc.

.....
38 LINHARES, 2012, p. 121 et seq.

39 LLEDÓ, J. A. P. *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 95-160; UNGER, R. M. Uma nova faculdade de direito no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, [s. l.], v. 243, p. 113-131, 2006.

40 NUSSBAUM, 2010; POSNER, 2007, p. 473 et seq.; WHITE, 1985a.

41 BARCELLONA, P. et al. *La formación del jurista: capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. Tradução de Carlos Lasarte. Madrid: Civitas, 1977; RODRIGUES, H. W. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

Mais que testemunhar a iniludível relação entre o que entendemos por direito e o que pensamos que o ensino jurídico deve fazer, o problema que temos dessa pluralidade de projetos é o testemunho pouco crítico dessa crise que se quer compreender e superar, já que em cada uma delas há quase um problema insolúvel: todos podem concordar ou discordar, dependendo do que cada um estiver pensando sobre o que o direito vem a significar para nós, tornando difícil aqui aventar até mesmo uma discordância razoável, passível de tratamento. Uma boa parte dessas críticas advém exatamente, como se sabe, da tentativa de resistir às concepções normativistas do direito, sejam as do século XIX ou do XX; uma resistência por vezes sustentada por uma interpretação equivocada de Kelsen e ainda agravada com a associação de seu específico normativismo ao normativismo em geral: a interpretação que não considera que o modelo teórico do autor é somente uma espécie do gênero do normativismo, mas também uma interpretação redutora que supõe a promessa (nunca feita e ao contrário negada por Kelsen) de certeza, na interpretação e aplicação do direito, ao modo daquela que ofereceu na teoria do direito; mas uma crítica legítima até um certo ponto porque, mais uma vez aqui a comprovar a relação da formação jurídica com os ideais de mundo e felicidade de cada época, porque com razão se questionou no período se uma teoria jurídica que como tal abstraísse da realidade em que os juristas atuam (uma questão que aliás não se justifica pela posição pessoal de Kelsen quanto aos horrores das guerras e à violação dos direitos humanos), não consagraria aquelas concepções autoritárias do Estado que afligiram o mundo durante a segunda guerra e abalaram o normativismo de Kelsen.

São estes alguns mal traçados compassos e descompassos da trajetória jurídica do direito e do ensino jurídico do Ocidente... em vista do que se há de perguntar se diante dos discursos mais alarmistas, a falarem de crise como se estar em crise fosse um mal e não um desafio de tomar um rumo, a única crise que realmente estamos

experimentando não é uma crise de “sentido” do direito, a resvalar numa crise de sentido do ensino desse direito, a saber: se o termo direito não já se degradou o bastante para não ser possível perguntar o que ele seja, qual a sua intencionalidade etc., obrigando-nos a testemunhar o que Castanheira Neves chama de funcionalização do direito,⁴² isto é, o testemunho de uma certa desontologização desse direito; noutras palavras, a substituição da pergunta “o que é” por “para que serve” o direito; no centro dessa inquietação do jurista luso, encontra-se um esforço de “reabilitação do direito” face a esse cenário quase apocalíptico que acabei de me referir: somos chamados a decidir se nos contentamos em testemunhar a crise na qual estamos mergulhados enquanto herdeiros de uma civilização jurídica ou devemos mais que isso: denunciar o fracasso daquele(s) modelo(s) normativista(s) que conhecemos dos séculos XIX e da primeira metade do século XX, isto para depois, conscientes dos riscos de instrumentalização ou a funcionalização do direito pelas propostas jurídico-pedagógicas dos funcionalismos econômico, tecnológico, político etc., reabilitarmos a concepção jurisprudencial que constituiu o marco civilizatório do direito.

O direito deve ser pensado face à tentação funcionalizadora que se tornou familiar na contemporaneidade, naquele seu sentido axiológico que vem sendo negligenciado como disse Castanheira Neves numa direta invocação das máximas de Kant e de Hegel: a deste que reconhece o direito pelo mandamento de ser pessoa e respeitar outro sujeito como pessoa, mas também e, antes disso, pela fórmula de Kant de que um humano se difere de uma coisa, já que aquele tem “dignidade”, enquanto esta tem “preço”, razão pela qual cada humano se reconhece um fim em si mesmo, não um meio para se atingirem

.....
42 NEVES, A. C. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

outros fins,⁴³ inclusive aqueles repudiados pelo direito.⁴⁴ A temática dos direitos humanos entra de vez aqui na minha preocupação, talvez por outros fundamentos, mas se torna inadiável como à frente se verá, num explícito apelo a Nussbaum e ao seu projeto educativo-jurídico de desenvolver e permitir que se desenvolvam capacidades humanas (*capabilities approach*). Creio ainda, neste ponto particular, que embora White frequente essa categoria de filósofos cujo pensamento deixa sempre o direito numa fronteira com outras práticas e criações humanas, especificamente ao modo de uma expressão retórica e literária, a opção do autor americano não impede que levemos a sério suas contribuições, sobretudo porque acentua essa dimensão comunitária da atividade dos juristas, inclusive recorrendo ao *Filoctetes* de Sófocles, tal como aqui me propus a fazer.⁴⁵

O direito na fronteira com a tragédia e com a “ética do cuidado”

Quando Nussbaum analisou o contributo do *Filoctetes* ao pensamento prático atual,⁴⁶ concluiu que juristas, políticos, economistas etc. deveriam pensar as pessoas vulneráveis como verdadeiros heróis gregos: como pessoas esmagadas por constrangimentos com os quais pouco tem a fazer, mas mesmo assim lutam homericamente para vencê-los com as forças que possuem, com o risco permanente de fracassarem; como vimos anteriormente, Ulisses, prevendo que nosso herói não regressaria às trincheiras ao lado dos gregos, não demonstrou nenhum

.....
43 NEVES, 1996, p. 33.

44 NEVES, A. C. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: NEVES, A. C. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008b. v. 3.

45 NEVES, 2008c, v. 3, p. 110.

46 NUSSBAUM, 1999a.

arrependimento do que fez, muito menos hesitou em mais uma vez ignorar o sofrimento de quem já fora um fiel aliado, importando ao rei de Ítaca, somente, apropriar-se do arco;⁴⁷ a falta de escrúpulos parecia tão ostensiva que Neoptólomo, a quem cabia executar a cilada, recusou inicialmente a prestar-se a tal papel, alegando ser errado mentir para alcançar qualquer tipo de objetivo; entretanto, foi convencido por Ulisses, sob o argumento de que era nobre conquistar a cidade troiana, sendo odioso, de outro modo, fazer juízo de valor sobre o papel que lhe cabia dentro daquela empreitada; o embusteiro disse a Filoctetes, ao encontrá-lo, o que lhe foi ordenado, obtendo com isto sua confiança a ponto de receber dele espontaneamente a flecha, mas se arrependeu (eficazmente) logo a seguir ao pensar no seu sofrimento. O que essa história tem a nos dizer?

Direitos Humanos no *Filoctetes*?

Sabe-se que atualmente não faltam esforços, como os de Nogueira e Silva,⁴⁸ de procurar na tragédia grega a inspiração para o que na contemporaneidade se convencionou chamar de direitos humanos; mas a discussão é muito controvertida, devemos reconhecer, o que não impede de todo que se leia o *Filoctetes* nessa perspectiva, mesmo que sem subscrever inteiramente uma teoria jusnaturalista do direito. Não se nega que havia alguma divergência no tempo de Sófocles quanto à tese, predominante, de que o homem é um animal político (ζῷον πολιτικόν, *zoon politikon*), com a consequência de que seus projetos de felicidade (εὐδαιμονία, *eudaimonia*) só poderiam ser implementados mediante entrega do melhor de si aos interesses da comunidade

.....
47 SÓFOCLES, 2013, 55-85.

48 NOGUEIRA, B. G. B.; SILVA, R. M. *Ecos do trágico: sobre a tragédia grega e a origem dos direitos humanos*. Ouro Preto: Ed. Ouro Preto, 2010.

(πόλις, *polis*); na sua *Carta sobre a felicidade*, Epicuro,⁴⁹ por exemplo, afirma que a ocupação política era um óbice à fruição da vida boa, daí que aconselhasse seus discípulos a buscarem abrigo na filosofia e cultivarem a amizade (φιλία, *philia*).

O pensamento epicurista contrasta, de fato, o reducionismo político da pessoa, mas parece não ameaçar a ideia corrente de que a vocação humana é para a ação e não para a contemplação; soava assim estranho para o cidadão grego renunciar ao que era para ele o verdadeiro sentido da liberdade, sua participação nos destinos da comunidade, tal como Canotilho nos ensina numa releitura da distinção posta por Benjamin Constant entre “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos”;⁵⁰ os idiotas, entre os gregos os que se alienavam politicamente (o sentido original que depois da psicanálise veio a ter uma conotação privada e mental), adotando a primazia dos negócios particulares aos da comunidade, não chegaram a constituir uma teoria consistente da vida boa humana; a histórica *Oração Fúnebre*, de Péricles, proferida em homenagem aos atenienses que deram a vida pela Cidade como Tucídides relata,⁵¹ mostra essa primazia do público sobre o privado – esta, sim, sugerindo que aí reside o próprio distintivo humano: nela, o pai da democracia lembra aos companheiros que eles eram superiores aos bárbaros por serem livres, isto é, por se engajarem nas discussões da Ágora, interferindo diretamente nas decisões políticas, administrativas e judiciárias de sua cidade.

.....
49 EPICURO. *Carta sobre a felicidade ou a conduta humana para a saúde do espírito*. Tradução de Adalberto Alves. Almargem do Bispo: Padrões Culturais, 2008.

50 CANOTILHO, J. J. G. O círculo e a linha: da “liberdade dos antigos” à “liberdade dos modernos” na teoria republicana dos direitos fundamentais. *Revista de História das Idéias*, Coimbra, v. 3, n. 9, p. 733-758, 1987.

51 TUCÍDIDES. Elogio da constituição ateniense. In: PEREIRA, M. H. R. *Helade: antologia da cultura grega*. 7. ed. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1990. 36.1-42.4. Sobre a democracia ateniense, nesta questão específica, ver FERREIRA, J. R. *A democracia na Grécia Antiga*. Coimbra: Minerva, 1990. p. 189 et seq.; MOSSÉ, C. *O cidadão na Grécia Antiga*. Tradução de Rosa Carreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 79 et seq.

Com efeito, os dois pensadores mais proeminentes do período, Platão e Aristóteles, se tinham divergências significativas em muitos pontos, nisto estavam de acordo: o homem e o cidadão se confundem na mesma pessoa, sendo a comunidade, de fato, o único porto seguro disponível para realizar-se humanamente. Quando Platão elogia Sócrates e censura Críton, por este liderar uma campanha e por aquele se recusar a fugir de Atenas mesmo tendo consciência de que fora condenado injustamente;⁵² quando o autor da *República* ainda eleva ali o rei filósofo à mais digna das criaturas, por renunciar a todas as ambições humanas e se dedicar ao serviço público;⁵³ o filósofo grego ensina que não há nada de louvável na proteção do individual em detrimento do coletivo. Isso não é muito distinto do que pensou seu principal discípulo, Aristóteles, a exemplo do que diz em diferentes ocasiões e por diferentes propósitos: ao dizer que o homem é um animal político, de modo que aquele que vive solitário só pode ser um deus ou uma besta;⁵⁴ ao dizer ainda que foi pela impossibilidade de prover, sozinhos, suas necessidades humanas e espirituais, que os humanos inventaram a comunidade política, somando forças para enfrentar as agruras do mundo.⁵⁵

A tese aristotélica de que a vida contemplativa nos permite desfrutar com mais intensidade o bem supremo,⁵⁶ mas é na pólis que vamos encontrar a mais autêntica de todas as ocupações de um ser humano,⁵⁷

.....
52 PLATON. Criton. In: PLATON. *Œuvres*. Tradução de Maurice Croiset. Paris: Societé d'Édition "Les Belles Lettres", 1985. t. 1, 52e et seq. Acerca da convicção de Sócrates sobre o dever de cumprir a lei, ainda que esta tenha decidido injustamente contra ele, veja AMICOLO, R. *La giustizia in nome della política e la política in nome della giustizia: morti parallele di Socrate e Giulio Cesare*. Trento: Tangram Edizione Scientifiche, 2010. p. 96 et seq.

53 PLATÃO, 2001, 536d-540a.

54 ARISTÓTELES, 1951, 1253a.

55 Ibidem, 1252a

56 ARISTÓTELES, 1970, 1176a.

57 Ibidem, 1094a.

parece constituir uma interpretação fidedigna da sua tradição, um sentimento que povoa o imaginário do homem clássico e sua forma de pensar sua relação com a comunidade; não há evidências de que se esteja contrapondo a autonomia do sujeito e heteronomia do direito, por exemplo, na sensível descrição do julgamento de Antígona, tal como Douzinas e Warrington, aliás, procuram desconstruir: mostram, talvez de modo auspicioso como haveremos de falar mais adiante sobre a ética do cuidado, que a única mensagem para o nosso tempo e que se possa extrair dali é a da imprescindibilidade de percorrermos um caminho generoso na direção do Outro absoluto, bem ao modo da hospitalidade incondicional de Derrida, sugerindo os autores que a peça nos confronta com a realidade de uma “justiça impossível”.⁵⁸

A supremacia do público sobre o privado, ainda se deve dizer, talvez realmente não tenha sido pelo menos seriamente enfrentada antes dos doutores da Igreja, quando de fato a ideia da dignidade do homem veio a ser suscitada, como um corolário da fé cristã de que somos imagem e semelhança de Deus, de uma filosofia de resto original de que temos uma substância que nos faz inconfundíveis e contrapõe nosso ideal de felicidade com interesses outros que não sejam os fins propriamente humanos.⁵⁹ É que ainda no período em que começou a ser gestado um pensamento cristão, o da supremacia das ideias e instituições romanas, com a exceção de Sêneca que parece não nutrir grandes simpatias pela vida pública,⁶⁰ dois dos mais influentes estoicos, Cícero e Marco Aurélio, ecoaram as mesmas ideias da primazia do público

.....
58 DOUZINAS, C.; WARRINGTON, R. *Justice Miscarried: Ethics and Aesthetics in Law*. New York: Harvester Wheatsheaf, 1994. p. 25-92.

59 TRUYOL Y SERRA, A. Genèse et fondements spirituels de l'idée d'une communauté universelle: de la "civitas maxima" stoïcienne à la "civitas gentium" moderne. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 12, p. 119-176, 1958. p. 148 et seq.

60 SABINE, G. H. Teoria da comunidade universal. In: SABINE, G. H. *História das teorias políticas*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 182 et seq.

sobre o privado. Com efeito, este último, adepto de uma espécie de racionalismo panteísta e universalista, confessa ter Roma e o mundo como seus primeiros e mais importantes compromissos,⁶¹ assumindo que por conta deste seu compromisso público, renunciou a sentimentos familiares e privados que não deixaram de lhe causar alguma dor; diferente não é em relação ao primeiro, explicitamente a afirmar que a comunidade política nos cria e nos educa sob condição “de ser ela a receber os mais numerosos e melhores recursos do nosso espírito, do nosso engenho e do nosso discernimento, e de conceder, para o nosso uso privado, somente o que lhe fosse supérfluo”;⁶² o que também está dito na escatológica narrativa do “sonho de Cipião”, quando este é encorajado por um honorável e já falecido comandante, a se manter à frente das tropas, trazendo do além túmulo o testemunho de que os deuses nos têm profunda admiração exatamente porque somos capazes de renunciar aos interesses privados e dedicar o melhor de nós à coisa pública.⁶³

Da idade dos direitos humanos ao imperativo do cuidado

Sendo assim as coisas, importa apreender com os ouvidos do presente a narrativa do *Filoctetes*, realizando a devida tradução, como disse White, isto é, a arte de reconhecimento e de responsabilidade a partir da linguagem presente;⁶⁴ nessa discussão, se há ou não indícios intelectuais do ideal de direitos humanos no pensamento clássico, a obra aparentemente mais nega do que afirma, pois se parece provável que Sófocles desafiou a plateia a experimentar uma dimensão moral

61
MARCO AURÉLIO. Pensamentos. In: SÉNECA; EPICTETO; MARCO AURÉLIO. *Da vida feliz, Manual de Epicteto, Pensamentos*. Tradução de João Maia. Lisboa: Relógio D'Água, 2008. 6.44, p. 109-334. (Os Grandes Filósofos).

62 CÍCERO, 2008, 1.8.

63 Ibidem, 6.9-29.

64 WHITE, 1994, p. 230.

da dor,⁶⁵ aparentemente o faz porque sabe que a maioria das pessoas que estavam na plateia se pensavam tal e qual Ulisses, que em nome de um bem supostamente coletivo, ignoravam a singularidade das pessoas, sobretudo um Filoctetes que não tinha nenhum préstimo no olhar daqueles espectadores; tenhamos presente que o argumento utilizado por Ulisses para arrefecer a indignação de Neoptólemo era exatamente esse: os interesses da comunidade vêm primeiro que os do cidadão;⁶⁶ mas é certo que apesar de alguma controvérsia atual sobre a ideia de direitos humanos, como aquela suscitada por Heidegger ao denunciar o humanismo ocidental como uma experiência de esquecimento do humano, como uma confusão do *ser* do homem com o seu *ente*, a se tornar manifesta já na origem da discussão com o confronto entre homem romano (*homo romanus*) e homem bárbaro (*homo barbarus*),⁶⁷ etc., pelo menos para o Ocidente se trata de uma conquista civilizacional e na qual se deve avançar e não retroceder; nesse aspecto, parece que a leitura desta peça é uma oportunidade de experimentar reflexão *pré* e quiçá *pós*-humanista: aquela que pode ser feita desafiando os teóricos daqueles direitos a pensarem sobre o que há de trágico neles, assim como sobre as exigências que a tragédia humana nos põe de uma “ética do cuidado”.

Nesse sentido a própria gramática da ética parece bastante promissora, pois, de acordo com Lima Vaz,⁶⁸ o termo “ética”, no sentido cultural que hoje utilizamos, nasceu daquela diferenciação, feita por Aristóteles, entre o seu significado original como a “morada de um animal” e o que veio a ter como a constância do comportamento (código de vida) de um determinado grupo de indivíduos (o que na verdade é uma transposição metafórica que resulta do primeiro esforço de

.....
65 NUSSBAUM, 1999, p. 268.

66 SÓFOCLES, 2013, 108-111.

67 Ibidem, p. 39.

68 LIMA VAZ, 2002, p. 12.

reconciliação dos dois termos);⁶⁹ desse modo, no primeiro caso, vinha grafado com “ita” na inicial (ἦθος, *ethos*), designando a casa de cada espécie de animal não humano, visando proteger do desconforto que está à volta e da própria ameaça que esse ambiente oferece à integridade desse vivente e à segurança de sua família; no segundo caso, vinha grafado com “épsilon” (ἔθος) na inicial e indicava os hábitos socialmente desenvolvidos para uma vida civilizada. Nestes termos o distinto filósofo brasileiro apontou o acrítico e infrutífero confronto entre “ética” e “moral” que alguns buscam fazer, considerando que a rigor são somente grafias distintas para o mesmo significado, a grega citada e a latina, decorrente da tradução primeira como *mos*, depois *mores*, depois ainda *moralis*, resultando no vernáculo como “moral”;⁷⁰ o autor ainda destaca, da construção linguística do termo, a diferenciação, esta sim indispensável e já feita na Idade Média: aquela entre “ética” grafada com inicial minúscula, referindo-se àqueles costumes consagrados socialmente, e “Ética” grafada com inicial maiúscula, referindo-se à disciplina acadêmica que se ocupa do estudo daqueles hábitos e costumes de uma dada comunidade, visando atingir aqueles fins que Aristóteles em primeira hora enunciou.

Dito isto sobre o sentido autêntico do termo “ética”, importa dizer que *Filoctetes* tanto revela um modo de vida ética, concebido pelo seu

.....
69 Para essa tentativa de reconciliação entre ἦθος como *casa* e ἔθος como *costume*, ver o próprio filósofo grego, em ARISTÓTELES, 1970, 1103a.

70 O autor mineiro esclarece, entretanto, que houve de fato uma tentativa, atribuída a Hegel, de realizar essa diferenciação, “ética” se referia às obrigações na esfera pública, enquanto “moral” tinha em conta as obrigações na vida privada; creio que o valor deste esforço está condicionado ao valor que podemos dar aos esforços do pensamento iluminista para opor os interesses egoísticos do indivíduo aos compromissos públicos que dele possam ser demandadas, diferenciação esta que para mim, pelo menos para os propósitos deste trabalho, parece inteiramente irrelevante. Para um confronto entre as diferentes idades da ética, com uma adequada caracterização da ética moderna, ver FERRY, 2003, p. 277 et seq.

autor, como sugere outros a serem construídos pelo leitor,⁷¹ dentre as muitas interpretações que o seu tempo admite extrair do texto; de fato, a narrativa expõe certa perturbação no processo deliberativo de Neoptólemo, passando da recusa veemente para uma imediata adesão ao plano de enganar o herói,⁷² mas o que importa mais é partirmos do surpreendente desfecho que a trama vai ter: deparando-se com a alegria de Filoctetes e devolvendo-lhe a esperança na humanidade, obter sua confiança e receber dele a flecha,⁷³ o único meio de sobrevivência de que dispunha, Neoptólemo hesitou algumas vezes, mas acabou voltando atrás na decisão antes tomada,⁷⁴ invocando razões de justiça e alterando substancialmente a ética do guerreiro que determina que se obedeça e não discuta uma ordem dos superiores;⁷⁵ nesse sentido Aristóteles diz,⁷⁶ citando o distrato da promessa feita pelo herói aos comandantes gregos, que não merece censura aquele que revisa suas decisões para corrigi-las; neste caso Neoptólemo se arrependeu, entregando de volta o arco ao seu dono,⁷⁷ apesar da surpreendente chegada de Ulisses e as tentativas de demovê-lo da decisão, inclusive com a ameaça de expulsá-lo da tropa;⁷⁸ persistente agora, após salvar o rei de Ítaca de uma seta que Filoctetes estava prestes a lhe disparar, os dois amigos aceitaram os conselhos de Hércules, quando enfim Neoptólemo conduziu nosso herói à sua pátria, depois de conduzi-lo ao médico e curar suas feridas e de participarem juntos da vitória sobre Tróia.

.....
71 WHITE, 1985a, p. 35 e p. 107.

72 SÓFOCLES, 2013, 87-120, 240 et seq., 330.

73 Ibidem, 764-779.

74 Ibidem, 895 et seq., 1222-1299.

75 Ibidem, 1234-1269.

76 ARISTÓTELES, 1970, 1146a.

77 SÓFOCLES, 2013, 764-779.

78 Ibidem, 975 et seq.

Com efeito, desde Heidegger que a ética ocidental, estimulada pela questão ontológica que aquele filósofo nos propõe, vem sendo desafiada a pensar o humano e a atividade humana numa perspectiva de “cuidado”; a discussão está lançada no sexto capítulo do *Ser e tempo*, suscitando múltiplas interpretações, inclusive aquelas que aparentemente podem empobrecer o desafio original que nos é proposto pelo autor; a exploração que farei aqui é aquela que Boff e outros autores têm feito, na perspectiva de uma ética planetária que em outros lugares fiz um esforço de sistematização,⁷⁹ de modo que aqui me restringirei à interpretação do autor brasileiro, visto que parece suficiente para o propósito deste trabalho: o de estabelecer um diálogo entre o *Filoctetes* e os direitos humanos, algo do que tenho dúvidas de que o texto original de Heidegger permitiria fazer.

As lições de Boff sobre o cuidado se desenvolvem, importa lembrar, a partir de uma interpretação da fábula de Higino, um escravo-filósofo latino, acerca da criação do homem. Conta-se que Cuidado, passeando certa vez à margem de um rio, teve uma ideia inspiradora:⁸⁰ pegou uma porção de barro e deu a ela uma forma, a humana, tendo ficado tão admirado com a sua obra que quando Júpiter veio conhecê-la, recebeu do criador o pedido para que a animasse, no que foi atendido e então recebeu daquela divindade um sopro de vida; uma disputa teria se instaurado nesse instante, pois, além de Júpiter e Cuidado, também Terra reclamava o direito de dar nome à criatura, sendo Saturno chamado a arbitrar a questão, ficando assim deliberado: “como você, Terra,

79 SILVA, A. S. da. A “ética do cuidado” e os desafios das instituições de segurança pública no século XXI. In: TRINDADE, C. M. et al. (org.). *Segurança pública: ética e cidadania*. Curitiba: CRV, 2019. p. 142 et seq.; idem, A universidade convertida: breves considerações acerca das responsabilidades éticas e dos princípios da “educação jurídica” no contexto geral da “educação do homem planetário”. *Revista do Curso de Direito da FEAD*, Belo Horizonte, v. 1, p. 31-88, 2006. p. 31 et seq.; SILVA, A. S.; ZAGALLO-CARDOSO, J. A. O homem planetário e os seus desafios para a educação. *Revista Portuguesa de Pedagogia*, Coimbra, v. 1, n. 41, p. 81-88, 2007. 81 et seq.

80 BOFF, L. *Saber cuidar: ética do humano-compaixão pela terra*. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. p. 45 et seq.

deu a matéria-prima da qual esse ser foi feito, receberá seu corpo de volta quando ela morrer; como você, Júpiter, deu espírito a esta criatura, receberá de volta a sua alma quando ela morrer; como você, Cuidado, teve a fabulosa ideia da criação, cuidará dela enquanto viver; agora, quanto ao nome, não havendo acordo entre vós como deve chamar, dou eu mesmo um nome e se chamará Homem, pois foi moldado com o húmus e sua essência será sempre desde aqui o pertencimento ao chão da terra”.

Creio que este não é o lugar para questões metafísicas rehabilitando antigas discussões acerca da natureza humana, razão pela qual me parece suficiente acentuar aquilo que o *Filoctetes* expõe de maneira implacável, qual seja, a nossa mortalidade,⁸¹ este é o apelo do herói ao se dirigir aos gregos que o abandonaram, como um cão sarnento, esquecendo-se de que ele era até ser ofendido pela serpente, uma pessoa afortunada, depositário de uma flecha que pertencera a ninguém menos que Hércules; a consciência da nossa finitude e da possibilidade de uma inversão de papéis, tudo a descambar numa exigência mútua de solidariedade de uns para com os outros, talvez tenha sido a causa do arrependimento de Neoptólemo.⁸² Nesse sentido, a experiência civilizacional tem nos mostrado que a superioridade, por vezes ostentada por nós, não passa de soberba (ὑβρις, *hybris*) e pretensão, já que somos todos, indesculpavelmente, pessoas dependentes de cuidados; como disse Conche, a vida que nos é dado viver é a mesma que nos empurra um dia após o outro para a morte, inevitavelmente;⁸³ isso faz que durante a maior parte de nossa vida estejamos sujeitos aos cuidados das outras pessoas: quando somos crianças, quando estamos doentes, quando atingimos uma idade mais avançada e até mesmo quando estamos apaixonados, nossa vida é guiada pelas mãos dos

.....
81 SÓFOCLES, 2013, 180-200.

82 Ibidem, 895 et seq., 1222-1299.

83 CONCHE, 1980. p. viii, 83.

outros. Este mundo que padronizamos sob a ideia da destreza física, da razão e da linguagem não passa de uma fantasia que se desfaz à primeira experiência malsucedida que temos.

A plenitude das capacidades que fazem de nós pessoas autônomas, como lembra Unamuno, nada mais é do que um relâmpago que apaga com a mesma facilidade com que acende;⁸⁴ daí que para aquele filósofo os projetos humanos, inclusive os subscritos pelos filósofos, têm como fundamento primeiro a angústia da morte e o desejo de imortalidade;⁸⁵ isso, para Rousseau, deveria estar na base da nossa formação, pois, consciente de que os grandes males da humanidade vêm da falsa crença de que somos invulneráveis, o autor francês diz que o professor de Emílio deveria lhe lembrar, todos os dias, que a Desgraça (Τύχη, *Tyche*) pode de uma hora para outra se abater sobre nossas vidas, independentemente de termos alguma culpa nisso;⁸⁶ esta noção de fugacidade da vida humana e das coisas humanas tem me levado, noutros lugares,⁸⁷ a dizer que uma ética do cuidado deve ser pensada em três planos distintos, mas complementares: o cuidado com a *comunidade política*, cujas exigências impõem mudanças no “painel de controle” do Estado, tornando a democracia mais vibrante e reformando as instituições políticas e administrativas, de modo a torná-las mais funcionais e imunes aos grupos de pressão; o cuidado com a *natureza*, no sentido de privilegiar tecnologias, políticas e modos de produção mais sustentáveis, reduzindo e mantendo sob vigilância permanente as ameaças à sobrevivência humana no mundo; e por fim o cuidado com a *pessoa humana*, no sentido de eliminar nossos

.....
84 UNAMUNO, 2004, p. 37 et seq.

85 Ibidem, p. 5.

86 “Fazei com que compreenda que a sorte desses infelizes pode ser a sua, que todos os males deles estão sob os seus pés e mil acontecimentos imprevistos e inevitáveis podem mergulhá-lo neles de uma hora para outra”. ROUSSEAU, 2004, p. 306

87 SILVA, 2019, p. 147 et seq.; SILVA, A. S. da; ZAGALLO-CARDOSO, J. A. A ética do cuidado à luz da fábula/mito de Hígino e da tragédia Filoctetes, de Sófocles. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 66, n. 1, p. 81-88, 2010.

problemas de invisibilidade e possibilitar reconhecimento das pessoas que se encontram nessa situação, assim como no sentido de promover as capacidades humanas dessas pessoas de ser e de atuar.

Nesta última dimensão do cuidado, que neste capítulo está sendo explorada, devemos estimular a continuação do projeto dos direitos humanos,⁸⁸ colocando-nos primeiramente no lugar de Filoctetes para experimentar a dor do ostracismo social que muitos entre nós têm vivido, por razões que elas não controlam; mas também nos colocando no lugar de Neoptólemo, o herói que passa do lugar de mero espectador de um teatro de horrores que acontece à sua volta para o centro do palco, onde ouve a súplica do herói⁸⁹ e assume o papel do orador que toma para si a palavra, como sugere White,⁹⁰ construindo um mundo diferente daquele onde estava predestinado a viver; por fim colocando no lugar do Coro⁹¹ para desafiar os o auditório dos direitos humanos a pensar-se a si mesmo, talvez no limite que uma “ética do cuidado”, iluminada pela experiência da tragédia e pela “ética da hospitalidade” de Derrida,⁹² propõe a esse auditório refletir: o limite que na verdade seria o dos “Direitos Humanos do porvir”, postado entre a lei que manda cuidar “incondicionalmente” de qualquer Outro,

.....
88 A concepção de Direitos Humanos que subscrevo aqui é mais ou menos aquela que passa pela noção de direitos fundamentais ao desenvolvimento das capacidades humanas (*capabilities approach*), suscitada inicialmente por Sen e tem recebido forte contribuição de Nussbaum; justifico esta referência porque me parece uma boa avaliação de como devemos julgar o compromisso das nações com uma vida decente para todas as pessoas; neste sentido, inclusive para refletir sobre o papel da educação no florescimento dessas capacidades, ver NUSSBAUM, 2007, p. 77 et seq., 238 et seq., 284 et seq., 322 et seq.; NUSSBAUM, M. C.; SEN, A. (ed.). *The Quality of Life*. Oxford: Oxford University Press, 1993; para uma excelente crítica e enfrentamento dos desafios atuais dos Direitos Humanos, embora não necessariamente convergente com o que aqui estou subscrevendo, ver RAZ, J. *Human Rights without Foundations*. *Oxford Legal Studies Research Paper*, Oxford, n. 14, p. 1-20, 2007.

89 SÓFOCLES, 2013, 470-505, 965.

90 WHITE, 1985a, p. 35 e p. 107.

91 SÓFOCLES, 2013, 175-179, 316, 507-518.

92 DERRIDA, J. *Cosmopolitas de todos os países, mais um esforço!* Tradução de Fernanda Bernardo. Coimbra: Minerva Coimbra, 2001. p. 56 et seq.

seja ele quem for, e as leis “condicionais” do cuidado e sem as quais o cuidado incondicional não passaria de um desejo piedoso, informe e inefetivo.

Praxis jurídica, ética e argumentação

A racionalidade argumentativa

Quando pensamos do ponto de vista clássico, tanto a atividade do foro como o pensamento acadêmico têm ao menos uma dimensão filosófica, qual seja, sua dimensão argumentativa: seja na preocupação com a coerência do discurso, seja buscando sensibilizar o auditório, seja ainda recorrendo ao próprio prestígio profissional, todos buscam ser convincentes o suficiente para obterem a adesão do leitor, julgador ou espectador; trata-se de um espécie de filosofia prática, formulada por Aristóteles, que salvando o orador da humilhação que Platão lhe impôs por supostamente não se comprometer com a verdade no seu discurso,⁹³ reconheceu-lhe alguma dignidade: a de um pensamento não fundado em juízos de verdades demonstráveis, mas de probabilidade e verossimilhança.⁹⁴ A retórica aristotélica, enquanto disciplina de ensino, contrapõe-se ao discurso científico (ἐπιστήμη, *episteme*), elencada entre os saberes denominado poiéticos (ποίησις, *poiesis*) pelo Estagirita;⁹⁵ desse modo é que a profissão cobiçadíssima em Atenas, graças à invenção e a uma democracia vibrante no período, foi salva tanto da objeção platônica como da permissibilidade sofística.⁹⁶

93 PLATÃO. *Górgias*. Tradução de Maria Isabel Aguiar. Porto: Areal, 2005.

94 BERTI, 1998, cap. 3.

95 ARISTÓTELES, 1998.

96 O termo “sofística” aparece aqui entre parêntesis para ser fiel ao sentido que Aristóteles costumava empregar: aquela visão negativa que também Sófocles e Platão tinham a respeito dos primeiros educadores profissionais que no século V a.C. andavam de cidade em cidade, oferecendo seus serviços àqueles que sobretudo estavam interessados em participar ativamente das discussões da pólis, interferindo diretamente nas decisões políticas da comunidade. O assunto é muito controverso, já que nesta arte de ensinar Sócrates era um dos mais bem-sucedidos entre os sofistas; parece

Importa saber que Aristóteles, diferentemente de Platão e de sua obstinação pelo supremo bem, pensava que uma vida verdadeiramente feliz depende de uma pluralidade de bens, desejos e de satisfações;⁹⁷ numa situação de fragilidade desses bens, isto é, indisponibilidade e divergência quanto aos que valem a pena ser buscados, considerou a possibilidade de muitos deles serem incomensuráveis, daí que os saberes práticos (πράξις, *praxis*), como mostrarei adiante, não poderiam ambicionar o mesmo rigor e a mesma precisão que ambicionamos num trabalho científico (ἐπιστήμη, *episteme*):⁹⁸ tanto no campo da ação (φρόνησις, *phronesis*) como da produção (ποίησις, *poiesis*), o agente não se resolve refugiando no mundo inteligível (mundo das ideias) como Platão imaginava, abstraído tanto quanto possível do mundo sensível ou das sombras como este dizia; ao contrário, diz Estagirita que o trabalho do artista, tanto quanto o do juiz, político, economista etc., somente pode ser feito mergulhando no mundo e enfrentando as contingências de onde produz ou atua; seu desafio (e a nossa avaliação sobre eles procederam bem ou não) é o de retirar o melhor partido dessa contingência e das adversidades que encontra pelo caminho, igual ao sapateiro quando faz o melhor sapato que alguém faria com o couro disponível no momento, ou ao comandante quando realiza

inclusive que essa polêmica entre os autores gregos envolve até questões de ordem pessoal, pois se por um lado temos os argumentos de Sófocles contra a indiferença dos sofistas para com a verdade – o que importava acima de tudo era vencer uma discussão, independentemente dos recursos e das conclusões que se chegava –, se por um lado podemos compreender a indignação de Platão com a morte de seu mestre pelos democratas atenienses, é bem verdade que tanto ele como Aristóteles dirigiam suas próprias escolas e com isso concorriam diretamente pelos mesmos alunos buscados pelos sofistas. Para um estudo mais desenvolvido sobre o significado da sofística no contexto da filosofia grega daquele tempo, veja especialmente JAEGER, 1989, p. 233 et seq.; REALE, 1987, v. 1, p. 220 et seq.

97 ARISTÓTELES, 1970, 1154b23.

98 Ibidem, 1094b11.

o melhor combate que um estrategista nas suas condições (com um exército fraco e adversário poderoso) faria.⁹⁹

Detalhando melhor: disse Aristóteles que o conhecimento humano habita uma parte da alma que obedece ao comando da razão, mas esse mesmo conhecimento está sujeito a diferentes graus de verdade, assim como a objetivos distintos a serem alcançados;¹⁰⁰ esses conhecimentos são obtidos a partir de materiais muito distintos, acentuando que esses materiais podem ser ou os que existem independentemente do que acontece na história ou do que a gente aprende sobre eles (os *objetos necessários*, como as figuras geométricas, pois não há um triângulo para os gregos e outro para os egípcios, um antes e outro depois da chegada de Cabral ao Brasil) ou os materiais que mudam com o tempo, com a perspectiva adotada pelo observador e com a intervenção humana que tais materiais sofrem (os *objetos contingentes*, como esta mesa que estou utilizando e é redonda e de vidro, mas que poderia ser retangular e de madeira, assim como a concepção de justiça que hoje vigora no Brasil e que não se pode dizer que seja a mesma nem que é melhor ou pior que a concepção de Cícero, de Kant ou de Rawls); a primeira categoria de materiais tem a prerrogativa das ciências (*ἐπιστήμη, episteme*), isto é, são passíveis de rigor e demonstração, dada a sua imutabilidade, o consenso entre observadores e a previsibilidade de resultados que oferecem a quem se dedica a estudá-los.

Ocorre que a outra categoria de materiais, ou de objetos, não goza deste privilégio (e nem precisa ambicioná-lo, pois, para Aristóteles, há uma beleza própria na ordem das coisas mutáveis),¹⁰¹ visto que

.....
99 ARISTÓTELES, 1970, 1101a4.

100 Ibidem, 1139a.

101 A vida contemplativa, concorda o Estagirita, deve ser considerada a mais interessante a se buscar, pois oferece grande dose de estabilidade ao agente; entretanto, uma vida dessa natureza somente os deuses estão em condições de desfrutar, de modo que se aos humanos é possível alcançar as bem-aventuranças de que buscamos, só as bem-aventuranças *humanas* estão disponíveis para nós. Ibidem, 1098b, 1101a, 1154b, 1178a-b

são instáveis, mudam com mais ou menos facilidade a depender do tempo, do lugar e da pessoa que maneja tais materiais; apesar disso, os conhecimentos que daí vêm oferecem algum grau de certeza, não se formam à revelia da verdade como se pode imaginar, como Platão mesmo entendia – daí seu desprezo por todo saber que não fosse o conhecimento do imutável, o saber contemplativo, que apenas o rei-filósofo desfrutava suficientemente. Importa notar isso porque às vezes, como diz Berti,¹⁰² a racionalidade aristotélica é reduzida à razão científica ou demonstrativa, isto é, àquela cujo raciocínio se desenvolve partindo de verdades ou axiomas universais; tão importante quanto à primeira é a racionalidade dialética, cujo raciocínio parte não daquelas verdades matemáticas e irrefutáveis, mas das opiniões geralmente aceitas ou partilhadas pelos membros esclarecidos de uma comunidade ou especializados em determinado assunto;¹⁰³ aqui está, de acordo com o filósofo grego, a arte retórica,¹⁰⁴ no dizer de Castanheira Neves,¹⁰⁵ aquela cujo objetivo é obter um *consensus* – decisão sobre um tema que admite controvérsias a respeito.

A racionalidade prática (*φρόνησις*, *phronesis*), diferentemente da racionalidade científica (*ἐπιστήμη*, *episteme*) que é demonstrativa, não está em condições e nem precisa se comprometer com a demonstração dos resultados que alcançou nas suas pesquisas,¹⁰⁶ pesquisas essas cujo objetivo é orientar as ações que realizamos na política, na ética, na economia e na justiça; como tal, trata-se de um conhecimento que, diferentemente do conhecimento científico que é

.....
102 BERTI, 1998, p. 3 et seq.

103 Ibidem, p. 18 et seq.

104 ARISTÓTELES, 1998, 1355b.

105 Para um estudo mais detido sobre o objetivo da tópica, sua relação com a filosofia e a retórica, assim como para a noção dos lugares comuns argumentativos (*τόποι*, *topoi*), ver VIEHWEG, 2008, p. 23 et seq., 33 et seq., 39 et seq., §2º, 1.2-1.3; 3º, 1-2; sobre o perfil dos argumentadores, ver a mesma obra, p. 26, §2º, 1.3, última parte.

106 LINHARES, J. M. A. *Uma leitura do livro VI da Ética a Nicómaco justificada pelo problema das racionalidades*. Coimbra: Policopiado, 2006b. p. 2.

teorizável (θεωρία, *theoria*), tem uma natureza contemplativa e por isso reside inteiramente na alma, não é passível de uma teoria e nem de contemplação, residindo em parte na alma e em parte na região sensível humana que vai sendo modelada com o tempo e a experiência de vida, com a percepção individual de como o bem se realiza para uma pessoa e situação concretas; por isso que Aristóteles designou esse conhecimento por φρόνησις, (*phronesis*), traduzido para o latim como *prudencia* e para o vernáculo como *prudência*, pois ao tempo do filósofo grego imaginava-se que os sentimentos eram uma propriedade dos rins e não do coração, como hoje se imagina.

Importa concluir neste ponto que no sentido clássico, como sistematizado por Aristóteles, o conhecimento prudencial e que acabamos de referir se distingue, mas se irmana até certo ponto com o conhecimento produtor (ποίησις, *poiesis*), isto é, aqueles que têm por objetivo não a ação, muito menos a contemplação, mas a produção de determinadas coisas, por isso exigem uma habilidade artística (τέχνη, *techne*): construir um barco, tocar uma flauta, fazer um discurso etc.; esta aproximação entre virtudes prudenciais e virtudes produtoras está no fato de pertencerem ao mesmo terreno dos conhecimentos que se satisfazem com a verossimilhança, com a plausibilidade; nesse sentido, a literatura e a retórica, para o Estagirita classificáveis como conhecimentos poiéticos, têm algo em comum com o direito que o filósofo grego não classificou, porque este saber só veio a ser criado pelos romanos como lembrei no prefácio, mas que pertence à categoria dos conhecimentos prudenciais; por causa disso, mesmo sem qualquer evidência,¹⁰⁷ torna-se de algum modo plausível a colaboração recíproca entre eles no que diz respeito à formação dos profissionais formados por tais disciplinas.

.....
107 SILVA, 2018, v. 1, p. 322 et seq., v. 2, p. 631 et seq.

Retórica e caráter

Vimos, portanto, que a arte retórica, tanto quanto a literatura, está na esfera da produção, exige uma perícia do sujeito e suas verdades, devo insistir, não são buscadas em si mesmas como aquelas ambicionadas pelo discurso matemático: se neste o conhecimento se cumpre apenas no ato de conhecer, por isso é também chamado de contemplativo e é passível de uma teoria, naqueles esse conhecimento é sempre um meio em vista de outro fim;¹⁰⁸ o orador, neste caso, não fala por falar, pois seus argumentos visam influenciar o juiz, leitor ou auditório a decidir de acordo com a tese que sustenta.¹⁰⁹ Desse modo é que a argumentação, tanto quanto a literatura que Aristóteles também salvou da ofensiva platônica (ataque esse por supor que ela também não levava as coisas a sério) ao dizer que ela tem uma dimensão filosófica considerável, pode e deve ser analisada como um recurso disponível para o pensamento e a prática jurídica contemporânea; a restrição que o Estagirita tinha em relação ao orador era em parte a de Platão, qual seja, a artimanha que os oradores atenienses usavam para alcançar seus interesses, quaisquer que fossem, como aliás Sófocles também parece estar em desacordo ao contrapor o argumento utilitarista de Ulisses à retórica humanista de Neoptólemo.¹¹⁰

Trata-se de uma preocupação atemporal, sendo certo que cada um de nós em algum momento já ouviu, que para darmos bem na profissão jurídica, há algo mais importante que saber o direito: seria preciso conhecer o “pulo do gato”, guardar uma “carta na manga” para usar na hora certa; isso não é nada diferente do que Ulisses diz ao

.....
108 BERTI, 1998, p. 116.

109 Para uma consideração mais detida sobre o papel da retórica no universo das racionalidades aristotélicas, ver *ibidem*, p. 157-187.

110 FERREIRA, J. R. Introdução. In: SÓFOCLES. *Filoctetes*. Tradução de José Ribeiro Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 19.

jovem Neoptólemo, este que ainda preso às suas convicções morais,¹¹¹ considerou repugnante mentir para infringir mais dor a um companheiro: podendo trazer uma coisa de útil para os gregos naquele momento decisivo em que se encontravam, enganar Filoctetes novamente (mesmo com o agravante agora de deixá-lo sem o seu único meio de subsistência na ilha) não configurava nada de indigno;¹¹² nesse ponto, o que temos é uma concepção de vida ética que atualmente se atribui a Maquiavel, agora sabemos, a de que “os fins sempre justificam os meios”; mas é também, talvez sem o anteparo até altruísta que passou a ter, a ideia que durante a modernidade viria a ser consagrada como um modelo de vida ética com o utilitarismo, isto é, o discurso de que a ação moralmente boa é aquela que permite alcançar os maiores índices de felicidade com o menor dispêndio de recursos e fadiga das operações.¹¹³

Há no mínimo a suspeita de que se a oratória era uma arte cobiçada no tempo de Aristóteles e de Sófocles, estes entendiam haver limites à invenção do orador, por isso que Ferreira, nas notas da tradução portuguesa utilizada neste trabalho, afirma que mesmo nesse contexto Sófocles encheu-se de coragem para denunciar o novo projeto de educação encabeçado pela sofística; de acordo com o classicista português, o autor do *Filoctetes* revestiu ali o antigo e habilidoso Ulisses dos poemas homéricos com as armas do sofista: as armas da palavra, da argumentação como um simples instrumento, manejável sem a necessidade de se perguntar a que fim servia; nesse caso, o rei de Ítaca é um homem sem escrúpulos, pois não se prende a qualquer critério moral balizador, no fundo o agente que “apenas a ocasião e as circunstâncias do momento norteiam toda a sua actuação”:¹¹⁴

.....
111 SÓFOCLES, 2013, 87-90.

112 Ibidem, 108-109.

113 LIMA VAZ, 2002, p. 357 et seq.

114 FERREIRA, 2007, p. 19.

Nós não precisamos de ti para nada, visto que possuímos as tuas armas. Dispomos também de Teucro que domina a sua técnica; e eu mesmo penso não te ser nada inferior no manejo dessas armas nem no apontá-las ao alvo. Portanto, que necessidade temos de ti? Passeia a teu prazer no solo de Lemnos. Nós vamo-nos, e talvez este teu presente me conceda a mim a glória que devia ser tua.¹¹⁵

A provável crítica de Sófocles à sofística, como entende Ferreira, remete a uma questão controvertida da filosofia prática: a da relação entre as diferentes dimensões do pensamento prático (πράξις, *praxis*) com as virtudes do caráter,¹¹⁶ o que em concreto nos interroga aqui sobre a existência de limites morais na elaboração de um discurso; aparentemente seriam coisas distintas, pois o próprio Aristóteles as distingue à medida que, contrapondo virtudes morais e virtudes intelectuais, circunscreve todas as modalidades de saber entre estas últimas;¹¹⁷ entretanto, tal como Aubenque observa, o Estagirita compara a pessoa prudente (φρόνιμος, *phronimos*) ao herói guerreiro, cujos caráter e exemplo de vida inspiram, encorajam e conferem segurança aos companheiros, mantendo-os firmes e bem posicionados nas fileiras do combate (σπουδαῖος, *spudaios*).¹¹⁸

A ética aristotélica, de fato, reconhece algum valor à disposição do agente para agir com correição: ao distinguir atos voluntários e involuntários, suprime estes últimos da categoria de ações excelentes, isto é, não considera nada virtuoso alguém praticar uma ação sob coação quando pode fazer isso voluntariamente, tanto quanto lhe

.....
115 SÓFOCLES, 2013, 1055-1062.

116 ARISTÓTELES, 1970, 1103a; LINHARES, J. M. A. Law in/as Literature as Alternative Humanistic Discourse: The Unavoidable Resistance to Legal Scientific Pragmatism or the Fertile Promise of a *Communitas* without Law? In: WOJCIECHOWSKI, B.; JUCHACZ, P.; CERN, K. M. (ed.). *Legal Rules, Moral Norms and Democratic Principles*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2013a. p. 133-136.

117 ARISTÓTELES, 1970, 1103a-b.

118 AUBENQUE, 1999, p. 56.

parece ignominioso atuar por qualquer outra motivação pessoal;¹¹⁹ talvez não seja por acaso que o Estagirita, nas duas vezes que na sua *Ética a Nicômaco* recorre aos exemplos de casos em que uma decisão resultou de alguma trapaça, o paradigma da pessoa mentirosa é exatamente a do rei de Ítaca, um modelo que o filósofo naturalmente rechaça.¹²⁰ Controvérsias à parte, acredito que por ora nos basta saber que a retórica aristotélica quer fornecer um modelo de persuasão racional mesmo recorrendo como sabemos a materiais contingentes, visando com isso orientar os que participam das discussões no espaço público; desse modo, diz-nos que as classes dos ouvintes ou dos auditórios são três: o *político* que delibera sobre o que é conveniente para o futuro, o *judicial* que pronuncia sobre a justiça ou injustiça sobre um acontecimento passado, e o *epidíctico* que aprecia a beleza ou a feiura de alguma coisa ou de alguém.¹²¹

O orador precisaria, para gerar um impacto em quem vai se pronunciar sobre o que disse ou que fez, examinar previamente quais são as coisas realmente importantes para os componentes desse auditório, sendo certo que o filósofo grego desenvolve, ali, uma teoria das expectativas para seus alunos observarem. Quanto a isso, importa notar que a oratória não reveste, de acordo com Aristóteles, das permissividades da sofística, fazendo questão de esclarecer que todo tipo de deliberação tem em vista um bem ou a felicidade,¹²² esta que aliás é a razão de ser de tudo aquilo que fazemos ou deixamos de fazer.¹²³ Em vista disso é que a retórica, ao passo que nos ensina os diferentes

.....
119 ARISTÓTELES, 1970, 1105a-b; sobre a distinção entre atos voluntários e involuntários, bem como a importância da escolha voluntária para a caracterização da excelência, ver *ibidem*, 1109b-1113b.

120 *Ibidem*, 1146a20, 1151b19.

121 *Idem*, 1998, 1358b.

122 *Ibidem*, 1360b.

123 *Idem*, 1970, 1094a.

meios de persuasão e elegíveis numa situação concreta,¹²⁴ pertence a uma estrutura lógica em que concorrem simultaneamente três elementos, a saber: a razão (λόγος, *logos*), a emoção (πάθος, *pathos*) e o caráter (ἦθος, *ethos*);¹²⁵ o primeiro meio reside na força dos próprios argumentos quanto ao que têm de verdadeiros ou falsos, o segundo está no sentimento de prazer ou de horror que o orador bem articulado pode despertar no auditório, enquanto o terceiro deriva no caráter desse orador cujo prestígio pode levar esse auditório a confiar que está dizendo a verdade ou desconfiar que mente.

Não parece difícil entender o motivo pelo qual Aristóteles acredita que o orador bem-sucedido é aquele que domina correta e simultaneamente esses três recursos.¹²⁶ O que importa mais neste momento é assinalar a importância que o filósofo grego dá ao elemento ético: “acreditamos mais e bem mais depressa em pessoas honestas, em todas as coisas em geral, mas sobretudo nas de que não há conhecimento exacto e que deixam margem para dúvida”.¹²⁷ Ele está convencido não somente que ao ouvirmos um discurso devemos levar em consideração a probidade de quem nos dirige a palavra, mas também que é quase possível dizer que, de todos os recursos de que o orador dispõe, a força do seu caráter é o meio mais eficaz de persuasão. E esta não é, certamente, a atitude de Ulisses: na peça, assistimos somente uma sequência de atos abomináveis que inicia e termina sempre com a tentativa de um homem, nos poemas homéricos retratado como uma pessoa inteligente e do bem (o que pela inteligência venceu a força bruta do gigante Polifemo, que idealizou o “presente de grego” e introduziu em Tróia um cavalo lotado dos guerreiros mais experientes dentre os gregos, que resistiu às doces cantilenas da sereia

.....
124 ARISTÓTELES, 1998, 1355b.

125 Ibidem, 1356a.

126 Ibidem, 1356a.

127 Ibidem, 1356a.

etc.), tentando se dar bem, ainda que isso custe o sacrifício de uma série de bens pelos quais os humanos se debatem, tais como a justiça, a lealdade, a “dignidade” etc.; no fundo, tudo por uma flecha, o que Sófocles confronta com a boa-fé e o senso de justiça de Neoptólemo,¹²⁸ dotado de uma personalidade completamente oposta à sua; um confronto que o Coro por muitas vezes faz da insolência (ὑβρις, *hybris*) argumentativa de Ulisses com a reverência que se deve conservar diante dos deuses, do que se depreende a afirmação de White de que a comunidade retórica, o direito etc. pressupõem uma qualidade do caráter de quem atua, assim como sua disposição para melhorar o mundo e as suas práticas.¹²⁹

Creio que o *Filoctetes* neste sentido pode de alguma forma representar um sentimento talvez universal (universal no sentido mais completo possível, isto é, de todo tempo, lugar e pessoas), como pretendeu Kant no século da luzes, quando evidentemente estavam presentes as condições históricas, culturais, políticas e jurídicas para a afirmação dos direitos humanos; se Sófocles vivesse no século XVIII possivelmente introduziria, na cena, o Coro do *Filoctetes* nos enviando aquela mensagem que desde então se diz e precisamos continuar a ouvir: a de que humano é um fim em si mesmo;¹³⁰ se o poeta-filósofo grego estivesse ali talvez diria também, hegelianamente, que não devemos renunciar ao direito de sermos pessoas, nem poderíamos fugir à obrigação de respeitarmos o outro como pessoa;¹³¹ neste modo é que White, sempre pensando o direito como uma comunidade de argumentos, afirma que ele pode ser pensado como um modo de vida

.....
128 SÓFOCLES, 2013, 1234-1269.

129 WHITE, 1985a, p. 107 et seq., e p. 237 et seq.

130 KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 82 et seq.

131 HEGEL. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, [1990?]. p. 213 [209].

em que podemos experimentar, uns junto aos outros, a profundidade das suas diferenças.¹³²

Mas a retórica dos direitos humanos, atualmente, talvez tenha de ouvir Sófocles por outro motivo: pela exposição desconcertante que faz da fugacidade de nossas vidas, desfilando diante de nós um herói que, além de habilidoso, tinha a “bala de prata” que poderia trazer desde logo a vitória aos gregos, evitando ficarem dez anos morrendo como bichos às portas de Tróia, na obstinada tentativa de entrar para pegar Helena e devolver ao igual valente Menelau; um guerreiro com tantas virtudes, mas que caiu em Desgraça não por um querer seu, ao contrário por um ato banal de pisar despercebidamente em um monte sagrado; com isto o tragediógrafo grego nos transporta para uma realidade possível a qualquer mortal,¹³³ por meio da imaginação (φαντασία, *phantasia*) e da simpatia (συμπάθεια, *sympatheia*) como disse Nussbaum,¹³⁴ desafiando-nos como antes desta Smith nos desafiou,¹³⁵ a nos colocarmos no lugar de Filoctetes (*judicious spectator*), um exercício literário (*narrative imagination*) que se não é definitivo para a qualidade de nossas decisões, no mínimo expande o horizonte de possibilidades e de riscos de tomá-las.

Mas o interesse do ouvir Sófocles, ainda no interesse de repensar a experiência dos direitos humanos, também se pode dar por uma razão muito importante e que White nos dá: a de nos colocarmos no lugar de Neoptólemo, o herói que provavelmente foi capaz daquela virtude que uma ética do cuidado nos sugere, não somente a de colocarmos no lugar de outras pessoas que são vítimas de um sofrimento devastador

.....
132 WHITE, 1985a, p. 47.

133 SÓFOCLES, 2013, 180-190.

134 “It is the political promise of literature that it can transport us, while remaining ourselves, into the life of another, revealing similarities but also profound differences between the life and thought of that other and myself and making them comprehensible, or at least more nearly comprehensible”. NUSSBAUM, 1997, p. 111

135 SMITH, 2002, p. 5 et seq., 51 et seq.

de suas capacidades humanas de ser alguém ou fazer alguma coisa: de fato, não parece banal que Sófocles mostre uma pessoa aparentemente ambígua, mudando de comportamento a ponto de chamar a atenção do próprio Aristóteles como eu disse, mas aparentemente expondo nossa condição humana cuja mortalidade e a circunstância podem comprometer nosso caráter e ação;¹³⁶ mas que no fundo é uma pessoa capaz de revisar os seus atos ao perceber que procedeu mal, o que de fato fez ao recusar seguir adiante naquela operação desleal e desumana, desde então fazendo mais que testemunhar o sofrimento das pessoas: assumir o seu lugar na história, mudando-a, talvez, no firme propósito de realizar a justiça que a singularidade de Filoctetes exigia; ao se situar no palco como uma pessoa igualmente trágica, o jovem Neoptólemo possivelmente imaginou a possibilidade, como Aristóteles diz, de uma das características que distinguem a decisão trágica e o gênero trágico dos demais, de ser ele também um humano e, como tal, também pode não merecer uma desdita, mas é humilhado pelo seu Destino, razão pela qual como espectador sente pavor e compaixão pelas vítimas.¹³⁷

Oradores, silêncio, “ouçam” os poetas!

Do que eu disse anteriormente, resultam talvez valores, mas também limites da arte retórica a terem em conta os oradores dos direitos humanos; como dissemos noutra lugar e a propósito dos fundamentos do direito constitucional da saúde,¹³⁸ um dos desafios dos direitos fundamentais no nosso tempo é o de reconhecer uma esfera de proteção

.....
136 NUSSBAUM, 2001, p. 416.

137 ARISTÓTELES, 2004, 1449b24-28, 1453a5-7; idem, 1998, 1382a-1382b, 1385b-1386.

138 SILVA, A. S. da; SANTOS, W. da S. Enfermidade, isolamento social e tragédia no Filoctetes de Sófocles: por que os gregos confiaram à amizade e à justiça o cuidado com a vulnerabilidade de nossas vidas? In: *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020. v. 2, p. 129 et seq.

do sujeito que se condiciona inclusive a ser pensada contra o direito: quando a vulnerabilidade e o *debitum* de justiça sejam grandes o bastante para que a reciprocidade e a comparação, elementos sem os quais não estamos diante de uma relação jurídica enquanto tal, precisem ser esquecidas; a narrativa exemplar de *Filoctetes*, um agente cujo florescimento de suas capacidades humanas foram interdidas por circunstâncias que ele não podia alterar, sugere que nem todas as pessoas que em tese são sujeitos de direito se encontram em condições de serem interpeladas pelas obrigações às quais respondem pelos sujeitos que têm tais capacidades preservadas; o apelo de uma ética do cuidado vem no sentido de desafiar os juristas a um encontro generoso com Filoctetes, na linguagem de Derrida, um encontro que um Outro que “não faz par” comigo, assimetria de relações esta portanto não se dá pela palavra, mas pelo silêncio: o dever de acolher o “estrangeiro” sem lhe pôr nenhuma condição de hospitalidade.¹³⁹

Devemos neste caso reconhecer que a argumentação, enquanto busca a formação de um consenso comunitário sobre o justo e a ação moralmente boa, talvez deva ceder espaço para a literatura...¹⁴⁰ Disse Atienza, entre nós conhecido como um dos mais importantes autores desta corrente do pensamento jurídico, que a argumentação jurídica não dispõe de respostas para todos os problemas com os quais os juristas atualmente estão lidando: são aqueles casos que hoje se designam como *trágicos*,¹⁴¹ visto inexistir para eles uma solução que possa ser dada naquela dialética de certo e errado, ao contrário, duas respostas prováveis podem se colocar diante do julgador, ameaçando sua estabilidade moral e intelectual: trata-se daqueles dilemas, explorados com algum detalhe no capítulo dois deste livro, reconhecidos pela impossibilidade de o agente cumprir uma regra sem

.....
139 DERRIDA; DUFOURMANTELLE, 2003, p. 23 et seq.

140 SILVA, 2020, p. 346 et seq.

141 ATIENZA, 1997a, p. 252.

descumprir outra de valor igual ou semelhante, como na exemplar situação em que Abraão se encontra e que, abstraindo dos aspectos religiosos que traz (do ponto de vista da fé não há dúvida nenhuma de que Deus proverá uma solução justa para o caso), indica um sofrimento inevitável do agente,¹⁴² presente e futuro, quando memória e remorso lhe trouxerem a fatura, qualquer que seja o bem escolhido e qualquer que seja aquele preterido.

Seria o caso aqui de suspeitar, talvez, que sendo uma obra literária que nos fala também de retórica, o Filoctetes aponte uma certa vantagem, pelo menos nos termos que disse aqui, relativamente à narratividade: os livros têm a vantagem de oferecer uma lição de vida, sem no entanto exigir um contraponto ou um juízo, tal como disse Lyotard acerca do diferendo¹⁴³ e que no dizer de Linhares que hoje abre uma imensa ferida no pensamento jurídico:¹⁴⁴ aquela que nos constrange a oferecer justiça sem “dizer o direito”, o que em outras palavras significa silenciar juristas e oradores, deixando que falem os poetas, os que trazem o estrangeiro para perto, sem permitir, entretanto, que além de deixar que este venha, coloquemos sobre sua cabeça a espada do direito. Por certo que já foi aberta a sessão desse parlamento de poetas e legisladores, como dito anteriormente sobre o direito fundamental da saúde e a consagração de um sistema universal de atendimento às vítimas, mas que também talvez se possa dizer ainda de a nossa Constituição também enxergar outros desterrados da pátria: os alcançados pelos programas de transferência de renda, os segurados especiais da Previdência etc.; quaisquer desses casos deixaram vir o hóspede, sem que lhe falassem da reciprocidade e da mútua vantagem, próprias do direito. São indícios de que

.....
142 GÊNESIS 22,1-19. In: BÍBLIA Sagrada, 1993.

143 LYOTARD, J.-F. *A condição pós-moderna*. Tradução de José Bragança de Miranda. Lisboa: Gradiva, 2003. p. 62 et seq.

144 LINHARES, 2012, p. 125 et seq.

se não as interpelações do direito, as súplicas da justiça¹⁴⁵, estas, sim, são permanentes. Importa não esmorecer.

Epílogo

À mensagem do encontro com Filoctetes e das exigências do porvir dos direitos humanos. É significativo perguntarmos a nós mesmos, assim como aos nossos alunos, quantas vezes nos enxergamos, nesta peça, na pessoa de Ulisses, tratando ou deixando que se tratem pessoas como nada mais fossem do que “coisas”... tudo ao arpejo das lições de Kant que ainda não envelheceram (como pode ter envelhecido suas invocações acrílicas) de que o distintivo humano é a sua dignidade, daí um forte e permanente imperativo de que devemos considerar pessoas como um fim em si mesmo. Estar disposto a fazer essas perguntas é fazer algo mais grandioso que testemunhar, de modo improdutivo, a crise do direito e do seu ensino; como suscitei, a crise séria que talvez tenhamos hoje é a crise de sentido, seja do sentido do projeto do direito, seja do seu projeto pedagógico enquanto tal. Foi possível observar assim que no limiar da criação dos cursos jurídicos, na transformação profunda que sofreu durante o Iluminismo e no período pós-guerras, os projetos respectivos refletiram as concepções de mundo e de felicidade do seu tempo.

Este capítulo fica, entretanto, por desenvolver, pois isto de certo modo já foi desenvolvido de maneira mais concentrada no prefácio e de modo difuso ao longo dos outros capítulos, o que foi apenas aludido sobre algumas propostas atuais de revisão curricular de nossos cursos; de cada um deles evoca uma concepção de mundo, de pessoa e de direito, o que ao longo do livro andei interrogando e neste capítulo específico realizei alguns desenvolvimentos. Creio que se pode acentuar que a mensagem do *Filoctetes* para os nossos alunos é a de que

.....
145 SÓFOCLES, 2013, 470-505.

o ponto de partida do direito hoje é a nossa vulnerabilidade comum, tal como corajosamente nos disse Nussbaum;¹⁴⁶ o que de algum modo é reabilitar preocupações atemporais e que aqui nos foram ensinadas por Sófocles, levadas a sério pela educação grega como disse Jaeger, antes que Platão suscitasse a controvertida ambição de imortalidade e autossuficiência humanas (uma pretensão que de fato veio a prevalecer na concepção de mundo na tradição ocidental): “a divindade eleva subitamente o homem esmagado pelo infortúnio ou atira de escantilhão o que está firmemente em pé”.¹⁴⁷

O desafio dos direitos humanos põe-se, primeiro, diante da obrigação de um encontro generoso com o Outro: o que não tem voz, não tem saúde, não tem emprego, não tem a proteção dos deuses da cidade, enfim, o Estrangeiro; um encontro que sem descuidar da positivação, o recurso do direito e por meio do qual o Cuidado não passaria de palavras sem sentido, acontece no ambiente do porvir, do que ainda não veio, mas que se está sempre à espera, a servir de referência para que os legisladores trabalhem sem descanso. Neste ponto em particular, a retórica aristotélica, refletida nas exigências morais que se põem ao orador, tem um papel intransferível: o de ensinar aos nossos alunos a se apropriarem da palavra, seguirem até o púlpito como fez Neoptólemo “roubando” a cena de um herói sem nenhum caráter, ajudando com isso a reconstituir o mundo e o lugar onde atuam, o que de resto é a grande aposta de White no papel da literatura na formação dos juristas;¹⁴⁸ com os olhos apontados para as ilhas onde estão proscritas pessoas vulneráveis como nós... à espera de um amigo que lhes estenda a mão, que lhes devolva a esperança na amizade e na grandeza da comunidade, que enfim seja um aliado surpreendente, neste tempo em que para muitas pessoas o maior

.....
146 NUSSBAUM, 2006, p. 11.

147 JAEGER, 1989, p. 108.

148 WHITE, 1985a, p. 327.

dos direitos humanos ainda é o direito à dignidade – aqui entendida como pleno exercício de capacidades humanas, abortadas muitas vezes não pela amoralidade dos deuses contra a qual os heróis gregos se debatiam, mas pelas escolhas políticas desastrosas de uns e pela amoralidade humana e social de outros tantos.¹⁴⁹

.....
149 NUSSBAUM, 2001, p. xxxvii.

JUSTIÇA E VINGANÇA NA LITERATURA ORAL DO SERTÃO: UMA RELEITURA DA TRAGÉDIA E DO TRATAMENTO DA CONTROVÉRSIA NO CORDEL E NA MÚSICA CAIPIRA¹

Chamado

O mundo é à revelia.² Esta é a leitura que Riobaldo, protagonista do *Grande sertão: veredas* de Guimarães Rosa, faz de sua própria luta para triunfar sobre o caos e colher os frutos da justiça. Mas, apesar desta desconcertante reflexão do jagunço-filósofo do sertão, a dogmática processual ostenta muitas certezas, sendo uma delas a que pretendo me ocupar um pouco neste capítulo: aquela que dá como evidente a distinção entre justiça e vingança, celebrando o instante luminoso em que o justicamento (autotutela), habitual no julgamento primitivo, cedeu ao monopólio do “Estado” no tratamento da controvérsia (heterocomposição). Sem aderir a essa simplificação que induz a pensar que o público é sinônimo do justo e que a observância de uma regra de procedimento por si mesma é suficiente para caracterizar a justeza do processo, parece adequado mesmo assim afirmar não

.....
1 Este texto é uma nova versão do que se publicou sob o título “O *continuum* de justiça e vingança na literatura oral do sertão: uma releitura da tragédia e do tratamento da controvérsia no cordel e na música caipira”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, Goiânia*, v. 42, n. 2, p. 198-221, maio/ago. 2018.

2 ROSA, 2006, p. 283.

apenas que parte da história processual tem que ver com aquele evento, mas também que o desenvolvimento das instituições jurídicas ocidentais se inicia nesse momento.

De fato, o teatro grego, em que o nosso imaginário social foi inicialmente modelado, é o local onde a questão anterior foi suscitada de um modo sistemático pela primeira vez no pensamento ocidental: ali, duas narrativas contrapostas, uma laudatória em que Ésquilo relata a edificante solução para o matricídio de Orestes e outra menos elogiosa em que Eurípides noticia a degradação moral de Hécuba,³ parecem denunciar desde cedo a fragilidade do publicismo e do processualismo, mas não deixam de dar boas notícias sobre a conquista civilizatória desse modelo;⁴ todavia, a disputa pelo controle dos mecanismos de solução de conflitos nunca deixou de estar presente na história do direito; o pensamento jurídico contemporâneo, por exemplo, admite que a questão colocada pelo pluralismo é teoricamente relevante, não obstante os esforços da teoria monista para afastar os argumentos que reconhecem a validade de certas práticas pagãs no tratamento da controvérsia, tanto democráticas como autoritárias, mas independentes da burocracia estatal;⁵ mas é verdade, também, que a própria legislação processual já reconhece a incontornável multiplicação de soluções “alternativas” de conflitos.⁶

.....
3 ÉSQUILO. *Oresteia*: Agamémnon, Coéforas, Euménides. Tradução de Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992d; EURÍPIDES, 2004, p. 1-73.

4 É claro que a narrativa de Ésquilo é apenas uma representação poética, mas não deixa de oferecer uma versão para o surgimento da justiça pública e que ajudou a construir as instituições políticas do mundo ocidental. A importância disso está no fato de saber que o autor tem uma mensagem positiva para transmitir ao espectador, diferentemente da que Eurípides, em sua *Hécuba*, teria algum tempo depois: nesta peça, a rainha de Tróia, em face dos percalços vividos após a queda de sua cidade, especialmente o assassinio de seu filho Polidoro pelo melhor amigo da família e a quem Príamo entregara os cuidados à criança, desconfia da capacidade do Estado de punir seu agressor, optando por fazer, pelas próprias mãos, a justiça que acredita merecer.

5 COELHO, 2019, p. 404 et seq.

6 ALMEIDA, T.; PALAJO, S.; JHONATAN, E. *Mediação de conflitos para iniciantes*. Salvador: Juspodivm, 2017.

O que tentarei fazer neste capítulo é uma breve discussão com os poetas da oralidade sertaneja, a propósito da relação entre as ideias de justiça e de vingança, confrontados de certo modo com a poesia e filosofia dos gregos antigos. A intenção não é justificar as práticas de vingança que aparentam estar presentes nos textos de nossos poetas, mas apenas interrogar um pressuposto que parece ter se firmado na tradição penal e penal-processual do Ocidente, com forte prejuízo da concepção clássica de justiça em que a contingência do caso era importante no enfrentamento da controvérsia: o de que a racionalidade da justiça se reduz ao manejo do processo por um agente do Estado, cuja obediência a uma regra de procedimento tão somente salvaria o julgamento daquela força irresistível (*πάθος*, *pathos*) que preside e caracteriza o julgamento primitivo, a qual convencionamos chamar de vingança. As narrativas do sertão nos desafiam a pensar que, se a aposta na racionalidade do processo é indispensável para a afirmação do direito, não se pode afastar totalmente a ficção que dela foi se apoiando ao longo dos séculos.

Com efeito, “Um mineiro e um italiano/ Vivia às barras dos tribunais /Numa demanda de terra/ Que não deixava os dois em paz”.⁷ É assim que Tião Carreiro e Pardinho iniciam um de seus clássicos caipiras, narrando aquele caso em que de um lado o italiano não se importava em gastar o dinheiro necessário para fazer o “mineiro voltar ‘de a pé’ pra Minas Gerais”, e do outro o mineiro implorava ao advogado para pedir ao juiz que tivesse compaixão de sua família: “diga-lhe que nós somos pobres e que se ele me ajudar a ganhar eu lhe dou uma leitoa de presente”. Seu patrono recusou a agir dessa maneira: “Esse juiz é uma fera/ Caboclo sério e de tutano/ Paulista da velha guarda/ Família de 400 anos”. Chegou mesmo a advertir: mandar a leitoa para ele é dar a vitória para o italiano! No dia do veredito o mineiro ganhou a demanda e o advogado duvidou de o

.....
7 O MINEIRO e o italiano, 1964.

magistrado ter se corrompido: “Jogo meu diploma fora se nesse angu não tiver mosquito”. Mas o cliente explicou:

– Doutor – disse o mineiro –... eu fiz conforme lhe havia dito. Ver meus filhinhos ‘de a pé’, meu coração vivia sangrando... foi Deus do céu quem me deu este plano: de uma cidade vizinha eu despachei uma leitoa gorda para o juiz, só que não mandei no meu nome... mandei no nome do italiano!

Devemos perguntar aqui se a leitoa fosse remetida pelo italiano, no nome do mineiro, a decisão do juiz teria sido outra. A propósito, o juiz está em condições de controlar o que se passa nos autos e de compreender as ações fraudulentas que ocorrem no processo, ou ainda de decidir com autonomia sobre essas questões marginais? Qual o alcance das faculdades intelectuais do magistrado, ou melhor, há uma sanidade burocrática do Estado que permita proferir decisões livres de toda máscara que oculta certos interesses do processo? Teria aquele juiz atuado por vingança, repelindo com veemência a tentativa do italiano de desonrar o seu nome? O que é poetizado aqui, depois da questão suscitada por Eurípidés, não apenas expõe de outro a fragilidade da justiça estatal, mas, inclusive, denuncia o empobrecimento da racionalidade jurídica na idade iluminista, quando seus filósofos hipostasiaram a dimensão científica da razão (ἐπιστήμη, *episteme*), tudo em prejuízo de sua dimensão prudencial (φρόνησις, *phronesis*).

De fato, somadas aos riscos de apostar cegamente na razão processual (acentuando a dimensão procedimental em prejuízo da materialidade do processo, algo que parece não ocorrer no julgamento de Orestes), outras vulnerabilidades da justiça estatal são denunciadas pelos poetas do sertão: o *deficit* de juízes no sertão, a pouca familiaridade desses magistrados com a moralidade sertaneja, a parcialidade deles com o poder econômico local etc., o que parece não justificar, mas explica até certo ponto a indiferenciação (*continuum*) entre justiça e vingança e que é bastante comum

naquele *corpus* narrativo. A dupla Jacó e Jacozinho, só a título de exemplo, tratou disso de uma forma recorrente:⁸ em “Os filhos da Bahia”, dois irmãos lideraram com êxito uma insurreição numa fazenda onde os trabalhadores eram submetidos a trabalho escravo; já em “Ladrão de terra”, um rapaz volta à sua terra para reaver na justiça as terras que um fazendeiro tomou do seu pai, mas, ameaçado pelo tabelião que dizia que o fazendeiro tinha muito dinheiro para gastar na demanda, respondeu que se ali não houvesse justiça ele empregaria – e de fato fez isso no terreno – a riqueza que tinha, qual seja, dois revólveres e um cinturão cheio de balas.

O estudo que proponho, desse modo, reconhece que na poesia oral do sertão não encontramos uma doutrina pagã que vilipendie o culto a Atena e o seu ritual que interrompeu o ciclo da vingança de sangue; não parece haver ali defesa de um modelo decisório em que a razão e o contraditório cedam lugar à irracionalidade da paixão; todavia, tenho fortes suspeitas de que a forma como a relação entre justiça e vingança é colocada estimula o leitor a recuperar a importância que a contingência exerceu na primeira definição de justiça e no estabelecimento da fronteira que a distingue da vingança: a solução para a denúncia que as Erínias formularam contra Orestes foi justa não porque foi dada por um Conselho, mas porque este desfrutava da legitimidade (*auctoritas*) conferida pelo consenso comunitário, algo que merecia por incorporar aquela moralidade (ἦθος, *ethos*) vigente, a qual de resto se sabe reconhecedora de que a contingência (καιρός, *kairos*) vivida pelo agente pode determinar o caráter e ação das pessoas.⁹

De fato, o que se reconhece na narrativa de Ésquilo é que sobre o acusado recaía a maldição dos atridas, uma predestinação ao assassinato da mãe e que ele muito se esforçou para evitar; o que Eurípides

8 LADRÃO de terra. Compositores: Moacir dos Santos e Teddy Vieira. Intérpretes: Jacó e Jacozinho. São Paulo: Caboclo/Continental, 1967. 1 LP.

9 NUSSBAUM, 2001, p. xxix, xxxiv.

acentua, por outro lado e numa peça cuja centralidade parece ser o problema da incorruptibilidade do caráter, é exatamente a contingência que determina o surto homicida de Hécuba contra o melhor amigo de sua família, amizade esta traída pelo rival da rainha troiana quando Tróia foi derrotada pelos gregos: sobre o cadáver de seu filho, assassinado por quem assumiu o compromisso de proteger, até a esposa de Príamo, que conservou na desdita a crença de que a pessoa excelente o será toda a vida, sentiu nos lábios a sede e experimentou o sangue do traidor;¹⁰ o poeta grego nos pergunta se a deterioração da confiança nas instituições não embaralha nosso mapa mental que distingue a justiça da vingança. O enfrentamento dessa questão parece ainda indispensável atualmente, de modo que a literatura oral do sertão nos ajuda a olhar para isso com seriedade.

Com efeito, os poetas do sertão nos interrogam se diante das fragilidades que anteriormente enumerei, antes de censurar e pronunciar Chico Mulato,¹¹ o assassino da Cabocla Tereza, o Capitão Virgulino¹² e outros heróis do imaginário sertanejo, todos pela prática da vingança, não devemos mergulhar com mais interesse no seu mundo para compreender o que faríamos se estivéssemos em seu lugar, tal como Nussbaum (e Smith antes dela) nos desafiaria a fazer.¹³ Parece que as teorias do direito e do processo necessitam investir um pouco mais na pesquisa sobre a diferenciação entre a justiça e a vingança, pois talvez o critério que adotam não esteja na natureza pública de quem proclama uma decisão, muito menos na observância de uma regra de procedimento. Mas iniciemos pela legitimidade desses textos para suscitem essas questões.

.....
10 EURÍPIDES, 2004, 681-701.

11 CHICO Mulato. Compositores: Raul Torres e João Pacífico. Intérprete: Rolando Boldrin. São Paulo: Chantecler, 1978, 1 LP.

12 SOUSA, [2006?].

13 NUSSBAUM, 1995b, p. 79 et seq.; SMITH, 2002, p. 419 et seq.

O que devemos entender por poesia oral na literatura sobre o sertão?

A narrativa oral, de acordo com Cascudo, pode ser admitida como um testemunho valioso de determinada forma de vida, sendo este o caso dos materiais que o nosso pesquisador mobiliza e que atestam um humanismo (*humanitas*) inconfundível do sertão:

Se ele [o conto] recolhe e estuda a produção anônima e coletiva (Van Gennep) é um dos altos testemunhos da atividade espiritual do Povo, em sua forma espontânea, diária e regular. Ligado, um pouco confundido com a Etnografia, o Folclore ensina a conhecer o espírito, o trabalho, a tendência, o instinto, tudo quanto de habitual existe no homem. Ao lado da literatura, do pensamento intelectual letrado, correm as águas paralelas, solitárias e poderosas, da memória e da imaginação popular.¹⁴

Mas qual é a autoridade que o relato oral tem para orientar nossas práticas, dirimir controvérsias e argumentar sobre diferentes concepções da felicidade? A tipologia narrativa do sertão é rica o bastante para identificarmos variadas formas de expressão literária (romances, cordéis, músicas, causos, desafios, adivinhações, brocardos, rezas etc.), sendo certo que, desde as composições poéticas mais modestas até as mais elaboradas, cada uma mobiliza a estratégia (a lógica) adequada ao seu projeto de leitura. Isso é o que levou o folclorista Mota a se impressionar com os versos improvisados do lendário Cego Aderaldo:

Uma tarde, durante a festa da Padroeira, eu ia pela estrada ladeada de palmeiras, que conduz ao Santuário da Virgem. Por trás dos picos distantes o sol mergulhara, avermelhando o horizonte. Acentuava-se a silhueta da cordilheira, na indecisão das sombras que chegavam. No caminho torcicolado, ao pé das

.....
14 CASCU DO, 2004, p. 11 et seq.

palmeiras farfalhantes, cegos e aleijados imploravam a piedade adormida dos visitantes da capelinha branca. Duas vezes me cativaram a atenção. Eram dois cegos que cantando estendiam as magras mãos, pedintes de óbolos. Disse um deles:

*Tenham pena deste cego,
Filhos da Virge Maria,
Eu sou cego de nascença,
Nunca vi a luz do dia!...*

Parei, comovido. O outro cego cantou, por seu turno, ainda mais me apiedando, pois lindamente significou quão maior era a sua desgraça:

*Quem nasceu cego da vista
E dela não se lucrou
Não sente tanto ser cego
Como quem viu e cegou.¹⁵*

A literatura oral, como disse Cascudo no prefácio de uma pesquisa de Romero sobre este assunto, tem bastante interesse para a “ciência”;¹⁶ a oralidade, como sugerido pelo autor, sendo patrimônio de um povo e permitindo que sua mensagem fique protegida da deterioração que ocorre quando um autor se apropria dessa mensagem, exala o próprio “espírito do povo”. Os poetas da oralidade sertaneja, de certo modo, testemunham uma específica forma de vida, o que alguns estudiosos daquela cultura parecem mesmo reconhecer.¹⁷

.....
15 MOTA, L. *Cantadores: poesia e linguagem do sertão cearense*. 7. ed. Fortaleza: Abc, 2002. p. 67-68.

16 ROMERO, S. *Folclore brasileiro: cantos populares do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1985. p. 20.

17 Sobre a lealdade com a tradição e sobre as particularidades da literatura oral do sertão, a partir da discussão interna entre diferentes estudiosos e por meio do juízo crítico de acadêmicos como Machado de Assis e Raquel de Queiroz, ver AMÂNCIO, G.; PEREIRA, W. *Gênios da cantoria*. Fortaleza: Edições do Autor, 2004. p. 5 et seq.; CASCUDO, 2004, p. 11 et seq.; GALENO, J. *Lendas e canções populares*. 4. ed. Fortaleza: Casa

Creio que isso reafirma e justifica o apreço de Benjamin pela narrativa oral, comparativamente a outras espécies de relato: essa se alimenta da experiência de quem narra ou de quem antes lhe narrou.¹⁸

O filósofo alemão nos diz que a essência da narrativa é dar conselhos que se aproveitam pela vida afora,¹⁹ algo que se vê das pretensões do cordelista Arêda: “O poeta é um repórter/ Das ocultas tradições,/ Revelador dos segredos,/ Guiado por Gênios bons,/ Pintor dos dramas poéticos/Em todas composições”.²⁰ O conselho, ensina Benjamin, é cingido na substância da vida vivida, é sabedoria na sua essência. E se tanto dar como receber conselhos se tornaram antiquados no nosso tempo, em parte isso se relaciona à crise da experiência narrativa. O narrador é sempre alguém enraizado numa forma de vida, extraindo dela os tesouros da experiência.²¹ Narrar tem uma função pedagógica e expressa um certo orçamento geral da humanidade, com a liberdade inventiva do autor, que ensina a enfrentar com astúcia os grandes mistérios do mundo.

O que é dito anteriormente orienta o autor alemão a distinguir claramente a narrativa do romance, afirmando que a primeira começou a morrer com a chegada do segundo. É que o romance não prescindiria do livro, “não provém da tradição oral, nem a alimenta”,²² sendo fruto apenas do isolamento do autor. Consequentemente, o romancista não teria autoridade para dar conselhos. O romance só floresceu com a ascendência da burguesia, e a sua vitória, associada ao surgimento

de Juvenal Galeno, 1978. p. 31 et seq.; MOTA, 2002, p. 3 et seq.; idem. *Sertão alegre: poesia e linguagem do sertão nordestino*. 3. ed. Fortaleza: Abc, 2002. p. 15 et seq.; idem, 2002, p. ix et seq.; PATATIVA DO ASSARÉ. *Digo e não peço segredo*. São Paulo: Escrituras, 2001. p. 5 et seq.; RIBEIRO, J. H. *Música caipira: as 270 maiores modas de todos os tempos*. São Paulo: Globo, 2006. p. 6 et seq.

18 BENJAMIN, 1992, p. 56 et seq.

19 Ibidem, p. 27 et seq.

20 ARÊDA, F. S. *João Besta e a jia da lagoa*. Mossoró, RN: Queima-Bucha, [2006?]. p. 1.

21 BENJAMIN, 1992, p. 48 et seq.

22 Ibidem, p. 32.

da imprensa, deu causa a outra forma de comunicação ainda mais prejudicial para a narrativa: a informação, com seu *locus* naquilo que está próximo, sendo certo que hoje preferimos escutar a informação que ouvir os relatos, vindos de longe.²³

O privilégio atual da informação sobre a narrativa, como denunciado por Benjamin, é de fato um desafio da comunidade, uma vez que temos hoje muita informação e poucas histórias.²⁴ Mas será isso o fim de tudo? É verdade que não se pode atestar a veracidade do que foi narrado, mas ainda assim a narrativa tem autoridade sobre o ouvinte: ela se impõe pelo que diz de fantástico, ao passo que “a informação precisa de ser plausível”.²⁵ O maravilhoso, o extraordinário, não precisa de uma coerência psicológica da ação, de modo que o leitor tem a liberdade de interpretar as coisas como as entende.²⁶ Desse modo, enquanto a notícia só tem valor no calor dos acontecimentos, o relato não se gasta: ele é como sementes que ficam guardadas durante anos esperando a oportunidade de serem lançadas ao chão e receberem o cultivo permanente do leitor.

Com efeito, a história do Boi Leição, de acordo com Cascudo, é uma adaptação oral das histórias do Boi Cardil (Coimbra, Portugal), do Boi Bragado (Ilha da Madeira, Portugal) e do Boi Barroso (Espanha);²⁷ todavia, em qualquer dos casos seu valor de fundo, o enaltecimento do caráter e da lealdade do vaqueiro ao seu patrão, subsiste pelos séculos e lugares, o que se dá por meio da tradução. Desse modo, a relevância da poesia oral do sertão, na reflexão sobre assuntos como o que proponho neste capítulo, é de fato bem plausível. É que insistindo nas lições de Benjamim, a narrativa é um gênero pautado na concisão,

.....
23 BENJAMIN, 1992, p. 33.

24 “Cada manhã somos informados sobre o que acontece em todo o mundo. E, no entanto, somos tão pobres em histórias maravilhosas”. Ibidem, p. 34

25 Ibidem, p. 34.

26 Ibidem, p. 34 et seq.

27 CASCUDO, 2004, p. 184.

uma maneira de fixar-se facilmente na memória, enquanto renúncia à análise psicológica da ação.²⁸ Sendo uma forma artesanal de comunicação, não pretende transmitir nada “em si” como a informação; reflete a vida e “tem gravadas as marcas do narrador, tal como o vaso de barro traz as marcas do oleiro que o modelou”.²⁹ A relação que ela estabelece entre narrador e narratário é de conservação da experiência narrada.³⁰ Somente uma vasta memória torna possível se apropriar do devir das coisas ou compreender o seu desaparecimento. Sua vantagem sobre o romance é compreensível: o romancista não se apodera inteiramente da experiência, e ainda por cima coloca um “Fim” na história; a narrativa, ao contrário, deixa sempre ao leitor a oportunidade de perguntar pelo que vem adiante. O narrador, mesmo ausente, permanece na companhia do leitor, ao passo que o romancista o deixa sozinho, explorando egoisticamente o material oferecido pelo autor.

A olhar para as sugestões desse filósofo da arte, penso que podemos concluir que o poeta da oralidade, no caso desta pesquisa os cordelistas e os cantores caipiras, tem um contributo valioso a ser explorado: trata-se de alguém que não somente é dotada de uma sabedoria especial, mas é também e simultaneamente uma espécie de guardião da justiça. É que enquanto o romancista diz pouco ou nada sobre o Destino das coisas, o narrador é um mestre que partilha com o ouvinte não apenas a própria sabedoria, mas também a experiência alheia que assimilou ao longo do tempo com o próprio mergulho na tradição;³¹ o seu dom é contar a própria vida, e a sua dignidade é contá-la por inteiro. A narrativa é assim “a forma na qual o justo se encontra a si próprio”.³²

.....
28 BENJAMIN, 1992, p. 36 et seq.

29 Ibidem, p. 37.

30 Ibidem, p. 43 et seq.

31 Ibidem, p. 56 et seq.

32 Ibidem, p. 57.

A olhar para o que se discute anteriormente, não será talvez por isso que Patativa do Assaré elogia Rolando Boldrin, enaltecendo sua virtude poética, suas pesquisas e seu trabalho de divulgação da poesia sertaneja? A autenticidade do seu programa de televisão, diferente do que os “dotô sabidão” fazem ao manipularem o que será apresentado ao auditório, faz da sua obra um exemplo de sabença, e do louvado apresentador um mestre que tem muito a dizer sobre a *humanitas* do sertão.³³ A capacidade de transformar em versos o que aprendeu da vida é uma qualidade que a poesia sertaneja assume; o exemplo oferecido pela dupla Teodoro e Sampaio, narrando em primeira pessoa, não tem importância propriamente quanto à veracidade do o fato que diz testemunhar, algo que o historiador Tito Lívio parece já reconhecer quando tratou da validade das narrativas sobre a fundação de Roma;³⁴ o que importa apenas é o conselho de não subestimarmos o estrangeiro, de não negarmos a ninguém a oportunidade de mostrar o seu valor.³⁵

Eu já sustentei que a oralidade é uma espécie de conhecimento prático e uma dimensão realizativa da justiça, edificando uma eticidade específica; mas importa acentuar, antes de concluirmos esta parte, que o poeta do sertão exerce considerável autoridade sobre sua comunidade de leitores. Disse Aristóteles que os meios de persuasão de um auditório são três: os que estão no próprio discurso, demonstrando ou fazendo parecer verdadeiro aquilo que o orador diz (*λόγος*, *logos*); os que se encontram na disposição do ouvinte, despertando nele a força das emoções (*πάθος*, *pathos*); os que residem no caráter do próprio orador, passando ao ouvinte a confiança de que quem fala está sendo sincero (*ἦθος*, *ethos*).³⁶ O Estagirita considera que uma narrativa, para ser bem-sucedida, deve contemplar os três canais

.....
33 PATATIVA DO ASSARÉ. *Aqui tem coisa*. São Paulo: Hedra, 2004. p. 146-147.

34 TITO LÍVIO, 1998, 6-11.

35 LIÇÃO de moral. Compositores: Zé da Praia e Teodoro. Intérpretes: Teodoro e Sampaio. São Paulo: RGE, 1998. 1 CD.

36 ARISTÓTELES, 1998, 1356a.

persuasivos que nos ensina a reconhecer. Os narradores sertanejos conseguem isso muitas vezes, reivindicando para si, com justiça, uma autoridade-legitimidade (*auctoritas*) narrativa.

A literatura oral do sertão tem, de fato, uma autoridade sobre seus leitores, tendo um papel constitutivo daqueles costumes (*mores*) que testemunham em seus textos; revela-se, como visto antes, um testemunho importante de uma certa compreensão do mundo e de uma específica orientação prática. Os trabalhos exaustivos de diferentes pesquisadores sobre esse *corpus* normativo³⁷ apontam nessa direção, talvez não sendo exagero afirmar que como Hesíodo e Virgílio na poesia greco-romana, colocam-nos diante de um *ethos* rural e inconfundível, do qual não são apenas testemunhas, mas sim verdadeiros compiladores.³⁸ Em vista disso mesmo é que os poetas reclamam para si a credibilidade do leitor, declarando lealdade com o fato narrado, mas o problema da autoridade narrativa está melhor justificado nas lições de Benjamim como igualmente prenunciamos: o narrador, visto estar enraizado numa forma de vida, extrai dela seus tesouros e os dá a seus leitores.³⁹ É por causa disso que o testemunho de nossos poetas, nomeadamente os do cordel e da música caipira, é aqui por mim convocado para nos ajudar a refletir como que a questão da justiça e da vingança aparece no imaginário social do sertão, comparativamente ao que se deu no mundo helênico e seus poetas, antes dos filósofos e legisladores, iniciaram uma estimulante reflexão. Vejamos isso em primeiro lugar.

.....

37 Para uma noção introdutória do poder e do alcance que a poesia oral tem na construção do imaginário e do caráter do sertanejo, ver exemplarmente CASCUDO, L. da C. *Literatura oral no Brasil*. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1984. p. 15-20; idem, 2004, p. 11-23; GALENO, 1978, p. 1-42, 353; ROMERO, 1985, p. 31-46.

38 SILVA, 2018, v. 1, p. 7 et seq.

39 BENJAMIN, 1992, p. 48 et seq.

Orestes, Atena e a *Dike* fundadora: a discussão de Eurípides com Ésquilo sobre a prerrogativa de garantir o cumprimento da lei

A discussão sobre a relação entre justiça e vingança carece de uma elucidação prévia, reduzindo, dessa maneira, os equívocos que se incorrem ao usar o termo “justiça” sem atentar para uma certa degradação de sentido em relação ao que originalmente detinha. É preciso dizer desde logo que, embora a tradição filosófica ocidental, depois de Platão, tenha dado pouco crédito às reflexões expressas ao modo da poesia,⁴⁰ não podemos ignorar que nossas fontes filosóficas e acadêmicas sobre a justiça têm suas origens mais remotas principalmente na literatura.⁴¹ A instituição do tribunal, o que aqui mais interessa diretamente, encontra em Ésquilo a sua mais rica descrição, numa fantástica narrativa do julgamento de Orestes: ali, encerrando um ciclo de vingança privada, a deusa Atena institucionaliza e atribui a um terceiro – a um conselho de anciãos, composto de homens sábios, nas veias de quem não corria o sangue dos queixosos! – a apreciação dos fatos suscitados junto à deusa.⁴² Mas até isso tem uma história que precisa ser elucidada.

A circunstância que resulta na instituição da tercialidade, pela deusa da sabedoria, é trágica antes de tudo, pois Orestes veio ao mundo com um Destino (Μοῖρα, *Moir*a), mais ou menos como o jagunço Riobaldo, herói do *Grande sertão: veredas*, acreditava ter se dado com ele: se a Sina (Τύχη, *Tyche*) deste era matar Hermógenes e livrar o sertão da empreita do Diabo,⁴³ a daquele era o de matar a mãe para vingar a morte do pai, continuando, assim, a maldição que desde seu avô

.....
40 PLATÃO, 2001, 398a-b.

41 NUSSBAUM, 2001, p. 1-21.

42 ÉSKUÍLO, 1992c, 680-710.

43 ROSA, 2006, p. 541.

recaiu sobre os atridas.⁴⁴ Tanto numa como na outra situação, a vida segue à *revelia*, sem uma razão que oriente nossas escolhas morais. Sendo assim, para Orestes a única certeza que tem da vida é que a expiação de sua falta ocorrerá, tal como as Erínias expuseram no seu libelo acusatório perante o Conselho.⁴⁵ para alguns criminosos, ela vem logo cedo, para outros mais tarde, mas sempre vem... sendo certo ainda que quando o criminoso escapa à punição, seus filhos ou os filhos dos seus filhos pagarão pelo crime.⁴⁶ O imaginário social dos gregos, como disse Jaeger, não prescinde dessa inexorabilidade do Destino:

[A] Moira torna fundamentalmente inseguros todos os esforços humanos, por mais sérios e coerentes que pareçam, e não há previsão que possa evitar essa Moira [...] É totalmente irracional a relação entre o nosso esforço e o nosso êxito. Quem se esforça mais por proceder bem colhe fracassos frequentemente, e a divindade permite a quem começa mal fugir às consequências da sua insanidade. Qualquer ação humana vem acompanhada de riscos.⁴⁷

A liberdade de escolha e a racionalidade decisória restam aqui seriamente comprometidas, como se vê do dilema de Orestes, nos momentos que antecedem sua decisão de cumprir a sua Sina. Mas a invenção do processo e o seu monopólio estatal, mesmo numa situação embrionária como aparece na tragédia grega, constituem uma autêntica representação da racionalidade (*λόγος*, *logos*) no tratamento da controvérsia: celebra-se a ruptura com o ciclo interminável de vingança, por meio da assimilação de uma ideia do que é certo fazer,

.....
44 ÉSQUILO, 1992b, 269-277.

45 ÉSQUILO, 1992c, 175-177.

46 JAEGER, 1989, p. 126.

47 Ibidem, p. 126.

antes mesmo da burocratização do processo e cujo marco inicial parecer ter sido a canonística medieval.⁴⁸

Com efeito, antes de assimilar um sentido humano-processual expresso no mandamento de “dar a cada um o que é seu”, o controverso termo “justiça” (δίκη, *dike*) foi empregado por poetas e filósofos; aparentemente se referia aos limites que deverão ser respeitados por cada coisa na realização daquele fim que lhe é próprio desde a sua constituição, levando em conta de qualquer forma e com toda radicalidade, a igualdade existente entre os “elementos” que compõem aquela ordem natural anteposta a qualquer experiência humana (φύσις, *physis*);⁴⁹ a justiça se contrapõe, desse modo, à soberba (ὑβρις, *hybris*) ou àquela transgressão do agente quando quer para si o que é de outrem, sujeitando-se a uma adequada reparação. A construção etimológica do termo segue um itinerário iniciado na poesia grega arcaica.

Em verdade, sabe-se que Homero concebia a lei (θέμις, *themis*) como um compêndio de grandeza cavaleiresca da realeza e dos nobres, dada por Zeus ao rei, o qual por sua vez repartia justiça (δίκη, *dike*) entre os que pediam e aqueles sobre quem ela recaía. O filósofo pré-socrático Anaximandro, antes que aquela continuidade entre ordem natural (φύσις, *physis*) e ordem humana (νόμος, *nomos*) fosse rompida pela sofística, se referia à justiça como um processo inexorável em que as coisas compensam umas às outras pela violação

.....

48 Para o esclarecimento desse percurso de construção do processo como um expediente burocrático e racional, ver LOPES, 2001, p. 89 et seq.; WEBER, M. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarría et al. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1944. v. 1. p. 614 et seq.

49 Para um estudo breve sobre as origens e controvérsias do termo justiça (δίκη, *dike*) na Grécia arcaica, inclusive para outras referências de aprofundamento, ver JAEGER, 1989, p. 91-95; PETERS, F. E. *Termos filosóficos gregos: um léxico histórico*. Tradução de Beatriz Rodrigues Barbosa. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 53-55; para um estudo mais amplificado sobre as imagens da *dike* na história, ver CURTIS, D.; RESNIK, J. Images of Justice. *The Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 96, p. 1727-1772, 1987.

daquela ordem, gerando novas coisas a partir da destruição de outras.⁵⁰ Com o declínio da aristocracia, o termo passa a abranger toda sociedade humana, universalização esta que resulta no reconhecimento daquela antiga grandeza a todos os cidadãos de igual modo, reconhecimento esse que de resto ficará sob os auspícios do próprio Zeus (Ζεὺς, *Zeus*); e depois que os sofistas enaltecem o confronto entre a dita lei existente no cosmo e que em razão disso foi chamada de *natural*, com aquela existente na pólis e que se convencionou chamar de *positiva* como também dito no parágrafo anterior, o termo “justiça” foi assumido cada vez mais como retidão moral ou qualidade do cidadão para agir conforme a lei.

O período pré-socrático da filosofia foi significativo para que se cunhasse o termo “justiça” com o significado que lhe conferiu uma universalidade incontornável. É que naquele prodigioso espetáculo da geração e da corrupção das coisas, algo que fascinou sobremaneira os filósofos do período, o cosmo pôde ser compreendido, como vimos, na forma de uma comunidade “jurídica”: a ideia da justiça transcende a realidade humana para se encontrar antes de tudo na imanência das coisas, segundo o decreto do Destino que estabelece a compensação recíproca entre todos os seres; desse modo, ora é vista como o fluir das coisas é visto não somente como uma *Dike* que mantém o Ser fixo dentro dos seus limites e sem possibilidade de qualquer alteração (Parmênides),⁵¹ ora como a totalidade de sentido que se nota na ação dos contrários (Heráclito),⁵² mas ainda e mais espetacularmente foi compreendido como uma espécie de tribunal do tempo onde as coisas compensavam umas às outras pelas usurpações (Anaximandro).⁵³ Uma reparação eticamente fundada a toda forma de violação da

50 ANAXIMANDRO. Frg. 1 Diels. In: PEREIRA, M. H. da R (org.). *Helade: antologia da cultura grega*. 7. ed. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1990. p. 126.

51 REALE, 1987, v. 1, p. 124.

52 Ibidem, p. 75.

53 JAEGER, 1989, p. 138 et seq.

igualdade, dentro de uma comunidade de vida, será este o sentido que empregarei para *justiça* no item seguinte, em que abordarei a tensão que mantém com o termo *vingança*.

Fortuna e caráter no mundo prático do sertão: os limites de uma compreensão procedimental da justiça

A música “Cabocla Tereza”⁵⁴ é um clássico caipira que oferece uma reflexão exemplar para o que estou propondo aqui, pois a confissão feita à testemunha de um crime ao médico que socorre a vítima revela a contingência do acontecido numa casa pobre da montanha: não suportando o golpe da traição – não uma traição qualquer, mas aquela que encerra, para o depoente, a única história de vida importante que ele tem! –, o caboclo jurou fazer vingança por causa do seu amor. E o fez sob o arrebatamento desmedido de uma paixão, vergonha ou outro sentimento que não pôde em tempo conter, mas sempre a exigir uma urgente reparação.

As narrativas sobre o cangaço também oferecem um importante contributo para refletir sobre essa porfia da justiça com a vingança, nomeadamente uma versão sobre a má-Sorte de Lampião e que teria dado causa àquela insurreição social: nela, o agente sofre uma deterioração de seu caráter, quando sua família foi vítima da injustiça praticada por um fazendeiro e em face da qual as autoridades prevaricaram; assim é que decide “cobrar o sangue” de seu pai usando os meios que detinha, estendendo sua ação a tudo mais que acreditava vilipendiar a justiça: “Conhecendo o inimigo/ Virgulino suspirou/ Reuniu sua família/ Chorando desabafou/ Se não houver punição/

.....
54 CABOCLA Tereza. Compositores: João Pacífico e Raul Torres. Intérpretes: Tonico e Tinoco. São Paulo: Warner Music, 2000. 1 CD.

Pra mim o mundo acabou”.⁵⁵ Caso semelhante se dá com o cangaceiro Labareda, conhecido como “capador de covardes” justamente por ser, entre “os cabras” de Virgulino, o que atuava de maneira implacável contra os crimes de traição, falsidade e covardia: o cordelista vê na personagem um modelo de agente que poderá restabelecer a justiça, esmagada como ele diz, pelas autoridades públicas em geral.⁵⁶

Como ninguém ignora, cada uma dessas soluções acontece ao arrepio da tercialidade da justiça celebrada na narrativa de Ésquilo, de modo que nossos poetas, aproximando-se mais de Eurípides, deixam o leitor no limite da definição do que é um crime e do que é uma legítima reparação. É possível perceber que seus relatos testemunham, antes de tudo, uma compreensão da justiça cuja normatividade transcende, talvez, a especificidade do direito:⁵⁷ seus relatos frequentemente convocam outras racionalidades que não somente a racionalidade jurídica no exame da controvérsia, tais como a moralidade, a religião, os usos e costumes etc. Isso sugere um desafio bastante grande para avaliar a natureza da ação praticada pelo homem do sertão, visto que exige a disposição de mergulhar naquela forma de vida para se ter a dimensão dos valores que estão em jogo na demanda por justiça. Creio que somente o exemplo da indiferenciação (*continuum*) entre moral e direito é suficiente para atentarmos para a complexidade da questão.

Com efeito, a tentativa de secularizar o direito em relação à ética, iniciada na jurisprudência romana (*iurisprudencia*) e consolidada na filosofia moderna, fracassa consideravelmente no mundo prático do sertão. No clássico intitulado *Prato do dia*, exalta-se o pai de família e dono de uma pensão que, pelas próprias armas, constrange um viajante a comer uma franga crua... não sem motivo, mas porque o

.....
55 SOUSA, [2006?], p. 3.

56 LACERDA, J. M. *Adágios em poesia*. Santa Luzia, GO: Secretaria da Educação e Cultura, [2005?]. p. 13 et seq.

57 Para esta questão do direito enquanto tal, ver NEVES, 2008c, v. 3, p. 111 et seq.

freguês desonrara sua filha com insinuações libidinosas, enquanto esta o servia com a cordialidade habitual.⁵⁸ O que ocorre com a Cabocla Tereza pode atestar a relevância que outros bens menos universais como a honra, os afetos, a lealdade, o reconhecimento etc. têm na vida do sertanejo e compõem o seu imaginário da justiça; o caso de Chico Mulato, outra obra canônica da ideia de sertão, mostra com clareza o significado disto tudo: o definhamento físico do cantador por causa da traição que sofreu, depois a morte que lhe sobreveio etc., tem a simpatia dos subscritores dessa tradição com a força suficiente para suspender uma prática social (a festa de São João) e ferir o orgulho da comunidade.⁵⁹

Mas a poesia oral do sertão, depois desse *continuum* normativo, testemunha também um fator decisivo para dificultar nossa avaliação, quando se trata de saber se estamos no terreno da justiça ou já transpomos o limite que a separa da vingança. Limito-me aqui em insistir na circunstância denunciada pelos autores quanto aos seus heróis do cangaço: estes são caracterizados como agentes que resistem a toda adversidade que torna a vida no sertão um perigo permanente,⁶⁰ nomeadamente a crueldade praticada por coronéis, agentes públicos corruptos e outros mais que não têm sequer um naco de compromisso ou de escrúpulo com o serviço público. E então esta contingência jurídico-político-social, somada à primeira de caráter passional (πάθος, *pathos*), impõe uma grande dificuldade de distinguir a justiça e a vingança, surgindo muitas vezes como um *continuum* inevitável: a ausência de fronteiras bem definidas entre uma instituição e outra faz com que ora um ato possa representar a face mais cristalina da justiça e ora isso signifique a mais primitiva das vinganças. Como disse Nussbaum acerca da vulnerabilidade do julgamento levada ao palco

.....
58 COURO de boi. Compositores: Palmeira e Teddy Vieira. Intérpretes: Palmeira e Biá. São Paulo: RCA, 1954. 1 78RPM.

59 CHICO Mulato, 1978.

60 ROSA, 2006, p. 10.

por Eurípides, a avaliação moral não pode prescindir de sua natureza humana, devendo com isso reconhecer que o caráter do agente pode ser violado pela falta de integridade do tecido social.⁶¹

A bem da verdade, por mais reprováveis que possam ser as ações praticadas pelos heróis sertanejos nas diferentes narrativas de que tratamos, os bens para os quais demandaram uma reparação são valiosos o bastante para legitimarem uma imediata reparação. Os valores pelos quais porfiaram as personagens não poderiam ser considerados um caso daqueles que a ordem jurídica admite como legítima a ação pessoal do sujeito, como na legítima defesa da propriedade, da vida, da liberdade, sua ou de outrem a quem pode ou deve proteger? Se não, por que os bens supostamente violados aqui valem menos que os outros tutelados com as excludentes de ilicitude? Talvez por reconhecerem a grandiosidade desses bens demandados é que, mesmo existindo controvérsias a respeito quanto à validade das ações praticadas pelos cangaceiros do Nordeste, predominantemente os cordelistas absolvem Lampião dos excessos que por vezes imputam a ele;⁶² creio que igualmente querem enriquecer nossa avaliação da conduta do assassino da Cabocla Tereza, afirmando que este cedeu, como Eurípides parece dizer sobre a aflição de Hécuba ao ver seu filho insepulto na praia,⁶³ ao arrebatamento de uma paixão muito poderosa ao defender um bem que lhe parecia digno o bastante para ser procurado; todavia, em nenhum dos casos a absolvição dos agentes é demandada pelos poetas.

.....
61 NUSSBAUM, 2001, p. 403 et seq.

62 De fato, a ação de Lampião às vezes é validada na literatura do sertão uma vez que a vingança perpetrada contra o fazendeiro que expulsou sua família da propriedade teve origem na parcialidade das autoridades que defendiam o latifúndio. SOUSA, [2006?], p. 3 et seq. Nesse mesmo sentido é que um cordelista, ainda que tendo uma opinião negativa sobre o cangaço, não deixa de exaltar o caráter e justificar a ação de Antônio Silvino, que igualmente tendo sentido em casa a dor da injustiça, seguiu o caminho do justicamento, sempre protegendo os fracos contra os poderosos. SILVA, G. F. da. *Antonio Silvino: a justiça acima da lei*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Literatura de Cordel, 2006. p. 4 et seq.

63 EURÍPIDES, 2004, 797.

Insisti nessas contingências, descritas por nossos poetas, pois parece haver no conteúdo desses relatos uma componente trágica iniludível, indicando que parece estar aí a pedra de toque que esses narradores utilizam para distinguir a justiça da vingança. É possível perceber dessas narrativas que manter o leitor o tempo inteiro na tensão entre as duas práticas, não fixar uma divisa clara entre elas, não significa tratá-las como equivalentes. Com efeito, sem resvalar num estudo de sociologia jurídica, o que de fato não está em meus propósitos e muito menos me seria permitido pelas minhas limitadas capacidades intelectuais... importa acentuar que a falta dessa demarcação é porque a literatura oral do sertão é um texto humanizante tanto quanto os mais aliciantes textos da tragédia, uma vez que reconhecem o poder inexorável que a contingência humana e social pode exercer na deliberação moral do agente.⁶⁴ De fato, o abandono da população por parte do Estado, deixando-a sem assistência jurídica e política, resulta numa concepção de justiça que prevalece localmente com o sentido expresso por um poeta-jagunço, Riobaldo, quando afirma claramente: “sertão é onde manda quem é forte, com as astúcias. Deus mesmo, quando vier, que venha armado! E bala é um pedacinhozinho de metal...”⁶⁵

A fragilidade da justiça, na sua dimensão pública anteriormente denunciada, não implica apologia à vingança. De fato, se Patativa do Assaré testemunha o reconhecimento local da “justiça de Zé Caçadô”, sua avaliação não está fundada no simples fato do herói se vingar de Mané Guede, como se a vingança fosse um valor em si;⁶⁶ o se dá porque ele libertou a comunidade do sofrimento causado pelo coronel que abusava das mulheres do lugar, visto que nenhum

.....
64 Sobre esta questão, tratada a partir dos textos consagrados pela crítica literária enquanto integram o *corpus* mais canônico frequentado pelos leitores, nomeadamente a tragédia grega, ver NUSSBAUM, 2001, p. 1-21.

65 ROSA, 2006, p. 19.

66 PATATIVA DO ASSARÉ, 2004, p. 209 et seq., v. 5, 34.

dos outros homens teve coragem de defender sequer a sua esposa. Mas o que ainda parece pior que a ausência do Estado é a sua conivência com o crime praticado contra os heróis sertanejos. Nisto a distinção se torna ainda mais difícil de ocorrer, visto que as denúncias se avolumam para mostrar que o Estado pode agir tão marginalmente quanto o particular; assim, rompe-se o pacto fundador da comunidade, como a rainha troiana se deu conta,⁶⁷ supostamente devolvendo ao ofendido o direito de exercer as suas próprias razões e nivelando suas ações àquelas praticadas pelo Estado-juiz.

A existência de expedientes processuais como a litigância de má-fé, a ação rescisória, a revisão criminal, a reparação civil por erro judicial etc., talvez ateste que os juristas têm consciência dos limites da racionalidade processual como um todo e jurídico-estatal especificamente. Mas, diante do testemunho alarmante que as narrativas oferecem, percebe-se que a noção de justiça para o sertanejo é bastante complexa, de modo que, às vezes, se aproxima mesmo do que uma teoria do delito mais ortodoxa poderia chamar de vingança. O grande risco que esse *continuum* impõe é evitar que, ao darem a si próprios a justiça, sem a presença de um terceiro (a tercialidade que Atenas fundou) que compare e determine as posições de cada agente, ela venha resultar numa injustificada vingança.

A ausência de certezas quanto ao limite que separa um “juiz” de um “justiceiro” não é uma prerrogativa do mundo prático dos poetas, sendo também um dilema que parece ocorrer no cotidiano do foro; isso sugere em qualquer dos casos que os compromissos éticos do julgador, consignados no seu argumento decisório, devem ter mais peso que o fato de exercer um papel constitucional de dizer o direito, segundo uma regra de procedimento, mais ainda, a atenção para a dimensão material do direito vale mais que pertencer a uma “comunidade interpretativa”, como Fish acredita ser a “tábua de Sinai” da

.....
67 EURÍPIDES, 2004, 800-805.

interpretação jurídica.⁶⁸ Isso nos lança uma questão decisiva: se o fato da reparação estar sob controle do Estado-juíz não implica um julgamento justo (não exclui inclusive que o agente público se revista de diferentes máscaras quando tomam uma decisão, tais como a servidão das paixões, a desfaçatez ideológica, os preconceitos em geral, o interesse pessoal etc., nem mesmo exclui a possibilidade do uso da violência física para impedir a retirada dessas máscaras), resta-nos diminuir a relevância da dimensão procedimental da justiça e acentuar sua dimensão material.

Sendo desta forma, sobre quem quer que seja, o Estado-juíz, o juiz-árbitro etc., recai o desafio de conhecer o *ethos* local para se ajuizar mais ricamente da contingência e do caso, em vez de empobrecer sua decisão se atendo a uma fórmula processual. O compromisso aqui de mergulhar na tradição,⁶⁹ para conhecer as narrativas de vida e se apropriar da extensão de uma culpa e liberar o fio da tensão entre justiça e vingança, denuncia a simplificação da racionalidade jurídica em seu ponto de partida: aquela urdida por Atena na alvorada de nossa civilização, até ali justificada no monopólio das decisões pelo “Estado”; como sabemos, aposta-se ali que a jurisdição, presidida por um terceiro (não interessado), garantiria a sanidade do julgamento porque este seria conduzido pelo equilíbrio da razão (*λόγος*, *logos*), ao passo que se controlada pelo ofendido, a paixão (*πάθος*, *pathos*) embotaria a inteligência do julgador e o excesso de reparação possivelmente se imporia.

Mas, a despeito do que se diz, quando não há mais motivos para acreditar que o modelo oficial de julgamento assegura a soberania da razão sobre as diferentes máscaras que cabem na face de uma paixão (o ódio, a ideologia, a intolerância etc.), creio que temos razões sérias para pretender que não somente a tercialidade em seus aspectos

.....
68 FISH, 1996, p. 47 et seq.

69 MACINTYRE, 1988, cap. 18.

formais (o rito) seja assegurada: esse terceiro tem que fazer prova material de seus compromissos com o *ethos* fundante de sua *auctoritas*, como o Conselho formado por Atena e como a comunidade de narradores do sertão parecem fazer, mostrando que ali se admite que a contingência e o poder amoral do Destino podem atentar contra a incorruptibilidade do caráter, levando esses juízes a reconhecerem que aquilo que pré-qualificamos como uma vingança pode ser, na circunstância do caso, reconhecido como justiça, tanto quanto o que às vezes nos é mostrado como sendo a face brilhosa da justiça não passe da mais dissimulada vingança.

Mensagens

E aqui tenho que concluir. Foi possível perceber, depois de superada a questão inicial da validade da poesia (a poesia oral do sertão nomeadamente) para refletir sobre a distinção entre justiça e justicamento, que Orestes experimentou uma vingança de sangue, matando a própria mãe para vingar a morte do pai e por isso foi denunciado em vista disto pelas Erínias, as deusas cujo papel (a fonte primeira de uma das funções do Ministério Público) era perseguir o transgressor para que seus crimes não ficassem sem reparação. Mas Atena, a deusa que entre outros atributos possuía o dom supremo da sabedoria (*σοφία*, *sophia*), ouviu os seus apelos, não para o absolver, mas para livrá-lo da ira de suas acusadoras: instituiu um conselho de anciãos para apreciar as razões da acusação e do acusado; na abertura da sessão, a deusa proferiu um marcante discurso: doravante, todas as gerações se lembrariam da solenidade, pois que a partir de então todo julgamento seria feito com o ritual apropriado, por parte de um terceiro (o juiz imparcial, como os teóricos do processo hoje dizem) que não estivesse afetado pelo ódio que consome as vítimas.

Vimos que nossas fontes filosóficas e acadêmicas, por meio das quais a relação entre justiça e vingança é problematizada, têm suas origens mais remotas no teatro grego: a tragédia, na versão de Ésquilo, celebra a institucionalização do julgamento que põe fim a uma vingança de sangue; na versão de Eurípides, o auditório é chamado a refletir se podemos conservar a excelência em qualquer situação, portanto, criando uma certa tensão entre as duas práticas, que muitas vezes são tratadas como se fossem claramente distintas. A interrogação deste último tragediógrafo é feita em um tempo em que a confiança nas instituições públicas se encontra fortemente abalada,⁷⁰ algo que está refletido na sua peça em que a rainha troiana se encontra mergulhada numa contingência devastadora, capaz de levá-la a romper com a firmeza de caráter que sustentara até o dia que sua aposta na amizade (φιλία, *philia*) foi abalada.

Mas o leitor pôde ver também que diferentes narrativas do sertão colocam a situação no limite da suportabilidade: o que esperar de um agente submetido a um conjunto de fatos cujo poder torna inevitável um imediato reparo? Desse modo, embora não fazendo apologia à vingança, os poetas do sertão nos desafiam a pensar na ação do agente que ocorre no limite da contingência em que está inexoravelmente submetido, ainda que pelos próprios meios de que dispõe. Nesse sentido, parece que esse consentimento não distancia muito do que está amparado dentro da própria ordem jurídica: o reconhecimento da validade da legítima defesa da propriedade, da vida, da liberdade e de outros bens jurídicos que têm uma excludente de ilicitude. Desse modo, parecem existir motivos para suspeitarmos que a complexidade da ideia de justiça do sertão não permite distingui-la com clareza do que a tradição publicista, da qual somos herdeiros, convencionou chamar de vingança.

.....
70 NUSSBAUM, 2001, p. 416 et seq.

Os materiais examinados neste estudo podem ter me levado a retirar conclusões apressadas; mas mantendo-me dentro dos limites fixados pela literatura oral do sertão, a qual no item anterior uma plausível seriedade para discutir uma autêntica concepção do mundo e da felicidade, penso ser possível dizer que se a ambição de um julgamento justo é uma nota determinante da nossa civilização, não tenho a certeza de que o simples monopólio da jurisdição por parte do Estado nos assegure essa justiça pretendida. Em vista disto é que sou tentado a dizer que importa mais dar atenção à justificativa (moral em sentido filosófico) da decisão que às vestes talares do julgador. Se seus argumentos recepcionam aquele *ethos* fundador da comunidade que representa, inclusive no que se refere ao seu desejo de superação dessa tradição moral, pode ser que estejamos diante de uma verdadeira decisão justa. Se os textos da oralidade sertaneja não têm uma força canônica capaz de revogar a leitura da tragédia grega e institucionalizar um julgamento novo, têm a virtude de nos lembrar que precisamos reavaliar permanentemente as nossas crenças morais, inclusive nossa fé de que justiça e vingança são águas que correm, mansamente, cada uma em seu leito; isso parece ser o bastante para nos perguntarmos até que ponto estamos dispostos a correr o risco de renunciar a uma argumentação moral consistente em nome de uma universalidade processual.

De resto faz necessário observar que esse confronto, mesmo carecendo de uma melhor exploração para dar conta da riqueza que há nas narrativas do sertão, foi positivo por se dar conta dos limites da universalidade da justiça; se é verdade que o justicamento ou a inobservância da tercialidade é injustificável ao modo de vida ocidental, não podemos ignorar que o limite da justiça com a vingança pode não ser fácil de determinar: depende da contingência do caso, algo que a visão meramente procedimental da justiça não percebe, mas que aparece no julgamento de Orestes; digo isso porque aqui se reconhece que a existência de um decreto destinal, a enredar miseravelmente o

acusado, diminuía a sua culpa. Mas o confronto não tem apenas boas notícias a dar.

Com efeito, se é verdade que o pluralismo das concepções da vida boa nos obriga a reconhecer a fragilidade da ideia ocidental de justiça, esse mesmo pluralismo denuncia os perigos de não dar ouvidos a uma concepção de felicidade que não está consagrada naquele *ethos* do sertão; não é possível para a sociedade contemporânea, por exemplo, simpatizar-se com o boiadeiro que, em nome de sua preferência por cabelos femininos compridos e do respeito à palavra firmada com o sogro, constrangeu sua esposa a dar uma volta na praça com a cabeça raspada, somente por causa do corte que ela fez sem o consentimento do marido.⁷¹ De outro modo, um tribunal pode até reduzir a culpa do marido da Cabocla Tereza, reconhecendo o poder que o abalo da traição lhe causou, mas não pode ignorar atualmente a razoabilidade da esposa subscrever outros valores que não conhecia quando contraiu suas núpcias; como disse Aristóteles e justamente referindo-se a Eurípides, a mudança também é doce e não podemos ser censurados somente por reconsiderarmos nossos pactos anteriormente assumidos.⁷²

.....
71 BOIADEIRO de palavra. Compositores: Lourival dos Santos, Moacir dos Santos e Tião Carreiro. Intérpretes: Tião Carreiro e Pardinho. São Paulo: 1975. 1 LP.

72 ARISTÓTELES, 1970, 1154b29.

INVISIBILIDADE, DIREITOS HUMANOS E CAPABILITIES APPROACH EM VIDAS SECAS DE GRACILIANO RAMOS¹

Entradas

Era uma noite de Natal e a família de Fabiano, tal como outras do lugar, deixou o trabalho da roça mais cedo e foi para a cidade participar dos festejos; desconcertados, todos, o “menino mais novo” e o “menino mais velho”, pisavam devagar, evitando que a multidão notasse que estavam ali;² já intuía, mesmo com pouca idade, que não eram mesmo notados, seja pela gente sabida da cidade, seja pelas outras “pessoas de posição” que estavam na igreja. E razões não faltavam para isto: o pai, único herói que conheceram e cujo ofício era trazer ao mourão o burro mais chucro que houvesse, envergonhava-se de não ter o reconhecimento das pessoas.³

O sentimento de Fabiano e dos filhos, que sequer é notado na sociedade em que vivem, não passa despercebido, entretanto, para o pensamento moral, jurídico e político do nosso tempo. De fato, a filosofia prática de nosso tempo diferencia, marcadamente, daquela que floresceu na modernidade iluminista, entre outras coisas, pela celebração da pluralidade e da diferença, naquele tempo sequer problematizada

.....
1 Trata-se de uma versão nova da publicação original de igual título em *Anamorphosis*: revista internacional de direito e literatura, Porto Alegre, v. 6, p. 529-547, 2020, a qual contou com prestimosa contribuição do Prof. Homero Chiaraba Gouvêia.

2 RAMOS, 1998, p. 73 et seq.

3 Ibidem, p. 111 et seq.

pelos autores. Como disse Rawls, o grande desafio da democracia no nosso tempo é o de refundar-se, à luz da realidade intransponível de que estamos, profunda e irremediavelmente, divididos em nossas concepções do bem, de filosofia, moralidade, religião etc.⁴ Nesse mesmo sentido é que Nussbaum assegura a inexistência atual de uma unidade religiosa e linguística que uniformize os discursos da vida boa, de modo que negar essa condição nos levaria a violentar diferenças culturais importantes e irrenunciáveis.⁵

O contraponto suscitado entre multiculturalismo, identidades e emancipação subscritos por alguns autores, com o universalismo moral e racional defendido por outros filósofos, tornou-se atualmente central em qualquer debate sério sobre a agenda dos direitos humanos. A opção metodológica mais adequada para abordar esta questão, ao que nos parece, é aquela que Nussbaum tem defendido, qual seja, a de abordar interdisciplinarmente o Direito, a Literatura e a Filosofia. Ninguém ignora as controvérsias em torno dessas aproximações, sendo difícil aqui aprofundarmos esta discussão, seriamente levada a cabo por muitos autores;⁶ mas um percurso investigativo desta natureza, aventado desde cedo por ninguém menos que Aristóteles ao reconhecer uma dimensão filosófica no texto literário,⁷ pode e será aqui realizado, pois como diz a autora americana antes referida, os poetas são hoje os melhores árbitros da vida pública:⁸ apesar das objeções filosóficas que nossa tradição coloca desde Platão, os poetas contribuem com a nossa formação à medida que ajudam o leitor a imaginar

.....
4 RAWLS, 1997, p. 15 et seq.

5 NUSSBAUM, M. C. Toward a Globally Sensitive Patriotism. *Daedalus Summer*, [s. l.], v. 137, n. 3, p. 78-93, 2008. p. 84; idem. *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007. p. 313 et seq.

6 GONZÁLEZ, 2019, p. 613 et seq.; LINHARES, 2010a, p. 269 et seq.; MINDA, 1995, p. 149 et seq.; SILVA, 2018, v. 1, p. 329 et seq.

7 ARISTÓTELES, 2004, 1431a39-1431b6.

8 NUSSBAUM, 1995b, p. 80.

outros mundos possíveis (*ability to see one thing as another, to see one thing in another*),⁹ ajudando inclusive (e decisivamente) a fortalecer a igualdade democrática.¹⁰

Neste capítulo eu vou discutir, embora muito rapidamente, esta temática que considero decisiva atualmente para o pensamento moral como um todo e para a filosofia jurídica especialmente: a do sofrimento da *invisibilidade*. Os interlocutores principais serão Amartya Sen, quando este filósofo aparentemente se distancia do fundamento contratual-iluminista do direito e se aproxima do fundamento aristotélico da vida social, assim como Martha C. Nussbaum, quando esta desenvolve os estudos de seu parceiro em vários estudos de filosofia política, mas também a ele acresce alguns pontos muito importantes para serem explorados nesta pesquisa: o apelo metodológico à “imaginação literária” (*the narrative imagination*) e a defesa do cosmopolitismo ético-político, tudo para fazer frente a um *debitum* universal de justiça aos humanos e aos animais não humanos. Falarei rapidamente no início sobre o cosmo moral do sertão onde Fabiano atua e que lhe é muito adverso (fisicamente e socialmente);¹¹ depois, aludirei à ausência de reconhecimento que enfrenta, isto para ao fim abordar, nos limites que o capítulo permite ir: o problema da reconstituição dos direitos humanos de nosso herói, o que será mediado, nos seus fundamentos, pelo pensamento do desenvolvimento das capacidades humanas de ser e de atuar (*capabilities approach*) subscritas por aqueles dois autores.

.....
9 NUSSBAUM, 1995b, p. 36.

10 Idem, 2010, p. 13 et seq.

11 ANDRADE, L. E. da S. A natureza monstruosa em Vidas secas, de Graciliano Ramos. *Mafuá: revista de literatura em meio digital*, Florianópolis, n. 11, 2009.

A concepção do mundo de Fabiano e as condições de implementação de seu projeto de felicidade

Agastado com o constrangimento de pagar um imposto pela venda de seu porco na feira, Fabiano examina seu passado, descobre que cumpre uma Sina, difícil de reescrever e talvez até inamovível:

Nascera com esse destino, ninguém tinha culpa de ele haver nascido com um destino ruim [...] Tinha vindo ao mundo para amansar brabo, curar feridas com rezas, consertar cercas de inverno a verão. Cortar mandacaru, ensebar látegos – aquilo estava no sangue [...] Se lhe dessem o que era dele, estava certo. Não davam. Era um desgraçado, era como um cachorro, só recebia ossos.¹²

A fala de nosso herói revela uma concepção de mundo, de pessoa e de felicidade que espelha a contingência de vida do sertão rural e a vulnerabilidade do sertanejo, mas também uma concepção de moralidade encontrada na longínqua fundação moral do Ocidente (ἦθος/ἔθος, *ethos*). Como se consagrou falar desde Euclides da Cunha, o próprio sertanejo é um *brabo*, pois o autor noticia, em seu romance jornalístico sobre a Guerra de Canudos, que o homem do sertão acima de tudo é um forte;¹³ antes dele José de Alencar descrevera a geografia, o cotidiano do trabalho, a vida boa e sobretudo a contingência de vida experimentada pelos heróis de *O sertanejo*; talvez se possa dizer que a excelência profissional de Fabiano, cuidadosamente descrita por Graciliano Ramos, reflete o próprio desempenho do sertanejo e as exigências do seu labor, tal como se depreende do lance épico muito antes percebido pelo escritor cearense:

.....
12 RAMOS, 1998, p. 96.

13 CUNHA, 2006, p. 146.

É um dos traços admiráveis da vida do sertanejo, essa corrida veloz através das brenhas; e ainda mais quando é o vaqueiro a campear uma rês bravia. Nada o retém; onde passou o mocambeiro lá vai-lhe no encalço o cavalo e com êle o homem que parece incorporado ao animal, como um centauro.¹⁴

Se quisermos recorrer a outro testemunho importante, agora quase que metafísico pela associação que é feita, basta rememorar o jagunço Riobaldo, na boca de quem Guimarães Rosa colocou o sentimento comum do sertanejo em relação à incerteza que impera no seu universo:¹⁵ o modo de ser do sertão faz com que se assemelhe ao Diabo, ao Não-Sei-Que-Diga, Ele que nunca dá as caras, mas sua presença pode ser sentida em todo lugar: na terra que dá mandioca boa de se comer, mas que, de repente, passa a dar mandioca-brava; na feiura de ódio da cobra cascavel; etc., como um onipresente: “em cada virada de campo, e debaixo de sombra de cada árvore, está dia e noite um diabo, que não dá movimento, tomando conta”.¹⁶ Mais: a imprevisibilidade do minuto seguinte está no cotidiano do sertanejo, não carece nem há chance de explicar o desacerto das coisas, pois simplesmente desandam, “feito a garapa que se azeda”.¹⁷

O sentimento de impotência diante da vida manifestado nas diferentes falas de Fabiano se encontra presente não somente na história da literatura ocidental, mas também da nossa experiência ética. Pode-se dizer que desde a poesia grega arcaica a questão é suscitada, abrindo espaço para controvérsias tanto entre os poetas desse período como entre os especialistas em literatura clássica;¹⁸ no centro da discussão está um problema originalmente grego: qual a nossa liberdade

.....
14 ALENCAR, 1971, p. 96.

15 ROSA, 2006, p. 11.

16 Ibidem, p. 288.

17 Ibidem, p. 236.

18 PEREIRA, 1980, v. 1, p. 106 et seq.

para elaborar e dirigir o nosso projeto de felicidade (εὐδαιμονία, *eudaimonia*), num mundo em que o humano nada mais é que um juguete na mão dos deuses, como num teatro de marionetes? A matéria é extensa e sujeita a muitas controvérsias,¹⁹ mas importa dizer aqui, resumidamente e com um importante classista do século XX, que se por um lado Arquíloco reconhece o poder da Moira (Μοῖρα, *Moir*a) para determinar quem seremos, mas aconselha resistir à força que a divindade possui,²⁰ por outro Simônides não se mostra tão confiante nessa autodeterminação do agente moral.²¹

A insignificância do homem diante da totalidade do cosmo (κόσμος, *kosmos*) é um tema recorrente em todos os gêneros da literatura greco-romana, para alguns autores sugerindo a inamovibilidade do Destino (Μοῖρα, *Moir*a), enquanto para outros uma tal resignação não é inteiramente necessária. Com efeito, numa passagem exemplar da *Iliada*, no canto VI, Heitor diz à esposa, numa manhã comum ao sair para defender a cidade do ataque estrangeiro, que ninguém o lançaria na mansão dos mortos (Ἅδης, *Hades*) sem que isso estivesse estabelecido em decreto, como a sugerir que a sua Sina (Τύχη, *Tyche*) se cumpriria de qualquer modo;²² ocorre, todavia, que uma discussão entre os deuses, narrada no canto XVI, põe em xeque as teorias da irrevogabilidade desse decreto destinal, já que ali fica intuído que Zeus, quando quer, pode interferir no curso de nossas vidas:

.....
19 SILVA, 2016, v. 1, p. 502 et seq.

20 JAEGER, 1989, p. 108 et seq.

21 Ibidem, p. 230.

22 HOMERO, 2003.

O destino é fixo e inamovível, e nem os próprios deuses podem alterá-lo. Esta última afirmação, porém, é passível de uma restrição, porquanto, embora o problema seja muito controverso, parece que Zeus pode, se quiser, modificar a *moira*.²³

Um importante estudo de Maria Helena da Rocha Pereira mostra que há uma tensão permanente, na poesia clássica, entre ambição de uma vida feliz (εὐδαιμονία, *eudaimonia*) e a vulnerabilidade do agente diante do mundo, mas isso não inviabiliza por completo, segundo a classicista portuguesa, nosso esforço pela vida que acreditamos valer a pena perseguir: é possível a um humano enfrentar a Sorte (Μοῖρα, *Moir*a) que recebeu ao nascer, desde que se mantenha nos limites da prudência.²⁴

O que a autora diz ecoa na poesia rural de Hesíodo, em que a capacidade humana de superar a vicissitude é visível no calendário agrícola, testemunhando que, graças a um esforço humano continuado, a terra produz tudo quanto o lavrador precisa para sua subsistência.²⁵ Isso importa para darmos toda atenção à desdita de Fabiano, pois, apesar das adversidades que enfrenta, na lida com a terra e com o gado, nosso herói não desiste de viver, sentindo até vergonha de não saber resistir adequadamente à morte anunciada;²⁶ a seca e outros agentes físicos o desafiam continuamente:²⁷

.....
23 PEREIRA, 1990, v. 2, p. 106-107.

24 Idem, 1966, p. 311.

25 PEREIRA, op. cit., v. 2, p. 306.

26 RAMOS, 1998, p. 14, 111, 121, 125.

27 Ibidem, p. 10 et seq., 23 et seq., 108 et seq.

Tinha o coração grosso, queria responsabilizar alguém pela sua desgraça. A seca aparecia-lhe como um fato necessário – e a obstinação da criança irritava-o. Certamente esse obstáculo miúdo não era culpado, mas dificultava a marcha, e o vaqueiro precisava chegar, não sabia onde.²⁸

Mas Fabiano enfrenta, além disso, outras interdições poderosas e que diminuem a dignidade de seu trabalho; isso sinaliza que existe no sertão, como também existiu no universo hesidiótico, um infortúnio social, representado lá pelos juízes venais que deixavam se corromper pelos poderosos,²⁹ mas representado também aqui pela desigualdade social e pela indiferença do Estado com as necessidades do sertanejo.³⁰ Nesse caso, a magnitude dos governos e das instituições, verificável segundo Sêneca quando se esforçam para proteger os cidadãos da arbitrariedade da Fortuna (*Fatum*),³¹ está ausente no universo de Fabiano, agravando a hostilidade naturalmente já existente.

Como se sabe, o gênero literário que expressa mais intensamente o sofrimento humano diante do poder incontrolável do Destino é o trágico, tendo encontrado na Grécia os seus maiores expoentes, tais como Ésquilo, Sófocles e Eurípides;³² isto ocorre porque, como Aristóteles sugere no conceito original de tragédia, ali um fato simplesmente ocorre a um humano, sem que este tenha culpa, levando o espectador, diante da possibilidade de ele próprio (também um humano!) ser apanhado de surpresa, sentir terror e compaixão com quem sofre a desdita.³³ Contudo, a controvérsia sobre o real poder da Moira, que no imaginário grego trabalha sem descanso e entrega ao nascituro

.....
28 RAMOS, 1998, p. 10.

29 JAEGER, 1989, p. 91 et seq.

30 RAMOS, 1998, p. 33 et seq., 94.

31 SÊNECA, L. A. *Medéia*. Tradução de Giulio Davide Leoni. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. 220-225.

32 KITTO, 1990a, v. 1-2.

33 ARISTÓTELES, 2004, 1449b24-28, 1453a5-7.

a Sorte que lhe cabe nesta vida, para determinar nossa felicidade e infelicidade, acentua-se bastante no século V a.C.

Sabe-se que o advento da filosofia, da sofística, da democracia etc. impulsiona o fascínio humano (δαίμων, *daimon*) diante da Natureza (φύσις, *physis*), desencadeando uma pluralidade de narrativas sobre a possibilidade de nos tornarmos o próprio demiurgo de nossas vidas;³⁴ a forma eloquente e entusiástica como Protágoras narra o espetáculo da criação, no diálogo platônico que leva o seu nome,³⁵ é exemplar quanto ao testemunho de como essa crença no poder de escrever nosso próprio Destino está disseminado em toda a Grécia, qualquer que seja o espaço de discussão, inclusive o da vida pública;³⁶ no dizer de Jaeger, isso representa uma aposta verdadeiramente promissora na ocasião: a de que o conhecimento “eliminará esta fonte de erros e assentará a nossa vida sobre fundamentos firmes”.³⁷

Provavelmente Platão terá sido o mais exitoso dos autores a investir contra a suposta resignação diante da humilhação do homem perante seu Destino, não sendo exagerado considerar soberbo seu intelectualismo, bem como a sua aposta na autossuficiência humana;³⁸ coube a Aristóteles, o mais bem-sucedido de seus discípulos, denunciar o perigo do excesso de autoconfiança do agente moral: sem prejuízo da aposta no estudo, no planejamento e na gestão como ações bastante plausíveis na remoção (ou pelo menos na diminuição) do risco de nosso fracasso, o Estagirita reconhece que a vida humana se sujeita, realmente, à amoralidade dos deuses;³⁹ encontra-se aqui a origem do

.....
34 REALE, G.; ANTISERI, D. *Storia della filosofia*. Milano: Bompiani, 2010. v. 1, p. 220.

35 PLATÃO, 1986, 316-328.

36 NUSSBAUM, 2001b, pt. 2.

37 JAEGER, 1989, p. 440-441.

38 NUSSBAUM, 2001b, p. 89 et seq.

39 “Por consiguiente, como dijimos, la felicidad parece necesitar también de esta clase de prosperidad, y por eso algunos identifican la buena suerte con la felicidad; pero otros la virtud”. ARISTÓTELES, 1970, 1099b

pensamento-relato que Graciliano Ramos compartilharia mais tarde neste contexto específico da Fortuna sertaneja: não podemos negar a excelência (ἀρετή, *arete*) de Fabiano no eito, mas isto não implica necessariamente no seu sucesso, já que para Aristóteles há uma diferença significativa entre ser bom e ser realmente feliz, sendo certo, inclusive, que quanto mais excelente o agente seja, maior é o risco de viver e mais humilhante será sua Desgraça quando esta lhe ocorre.⁴⁰

A atenção dada por Aristóteles aos poetas lhe permite reconhecer que uma vida boa humana dependerá de bens que não estão sob nosso controle: uma pessoa muito feia, mal-nascida, sem filhos e amigos leais, não pode de fato ser feliz, algo muito parecido com a situação de quem tenha uma descendência numerosa ou uma vida rodeada de pessoas, mas que não prestem para nada ou já tenham morrido.⁴¹ Essa consciência da fragilidade humana tem reflexo, inclusive, na própria concepção que Aristóteles possui da comunidade política (πόλις, *polis*): ela teria surgido da absoluta incapacidade nossa de prover, sozinhos, os recursos de que precisamos para que floresçam nossas capacidades de sermos quem podemos ser e atuarmos como devemos atuar.⁴² Mas igualmente ao que ocorre na tragédia grega, a visão de mundo de Fabiano e de outros heróis do sertão não maculam a imagem positiva que têm do mundo, por isso que o jagunço Riobaldo, do alto de sua sabedoria de vida vai dizer: “Quem sabe, tudo o que já está escrito tem constante reforma – mas que a gente não sabe em que rumo está – em bem ou mal, todo-o-tempo reformando?”⁴³

O que se diz aqui pode ser realmente possível porque o Sertão é dentro da gente,⁴⁴ e, se tentamos empurrá-lo para trás, Ele volta

.....
40 ARISTÓTELES, 1970, 1117b.

41 Ibidem, 1099b.

42 Idem, 1951. 1252a, 1253a.

43 ROSA, 2006, p. 542.

44 Ibidem, p. 309.

a surpreender, cercando-nos pelas beiradas.⁴⁵ É certo que como Riobaldo, que não deixa o Diabo lhe colocar sela e segura firme as rédeas de sua vida,⁴⁶ Floriano esboça um outro projeto de felicidade, admirando os inventos da civilização e sonhando com a ida de seus filhos para a escola.⁴⁷ O mundo onde vive lhe parece deveras hostil, inóspito, o que estimula a personagem a aprender a linguagem da cidade e assim furta à dificuldade, mesmo que em princípio essa vida (ἔθος, *ethos*) citadina não lhe pareça uma boa coisa de se buscar.⁴⁸ O marido de Sinhá Vitória e pai dos meninos vive no sufoco, ora driblando as condições adversas da terra, ora tentando melhorar de vida, preservando, entretanto, a vida boa na qual acredita;⁴⁹ mas nosso herói segue adiante lutando contra outro poder igualmente injusto com o seu desempenho profissional: a invisibilidade das pessoas para com ele e com a sua tradição. Este é o tema do tópico seguinte.

Uma breve alusão ao problema da invisibilidade na filosofia moral contemporânea: o sofrimento exemplar de uma indignidade pela família de Fabiano

A pluralidade de concepções da felicidade, própria do nosso tempo, permite dizer com Ferry que diferentemente do que se deu no mundo helênico onde se edificou uma “ética do dever”, do mundo moderno onde floresceu uma “ética democrática”, nosso tempo, emancipando

.....
45 ROSA, 2006, p. 286.

46 Ibidem, p. 495.

47 RAMOS, 1998, p. 125 et seq.

48 RAMOS, 1998, p. 27, 34, 73, 82; TOMM, D. A. Mimetização e linguagem em Vidas secas: uma abordagem benjaminiana. *Cadernos Benjaminianos*, Belo Horizonte, v. 8, p. 34-48, 2014. p. 35 et seq.

49 RAMOS, 1998, p. 75 et seq.

inteiramente o sujeito e perseguindo um modo de vida realmente autêntico, viu emergir diante de si nada menos que uma “ética da autenticidade”: cada um pretende ter obrigações apenas consigo mesmo, evitando que referências exteriores, como se dava no comunitarismo pré-moderno (o cosmo, Deus, a pólis etc.), interfiram na execução de seu projeto de felicidade.⁵⁰ Isso parece ter um custo a ser suportado pelo agente quando sua pretensão é embaraçada de algum modo: o do sofrimento da invisibilidade, como se dá com o herói de Ellison, cuja história de vida é uma luta quase inglória pelo reconhecimento de si, seja pelos brancos, seja pelos próprios negros americanos.⁵¹ Talvez seja por isso que o autor francês citado suspeite que os saberes normativos (a ética, o direito, a política etc.) nos ajudem pouco no desafio do presente, restando talvez à psicologia dar conta da ansiedade que se apodera de cada um, enquanto buscamos viver bem somente diante de nós mesmos.

A questão que envolve Fabiano e sua família, embora tenha um caráter ontológico (algo que se nota da pergunta sobre a existência de alguma diferença entre ele e os animais que subjuga com o seu laço), interessa-nos sobremaneira aqui a sua dimensão ético-político-social:⁵² nossos heróis estão privados de sua humanidade enquanto tal, pois a consciência de si que têm diante das similitudes humanas encontradas na cachorra e no papagaio, além da imaginação e projetos de vida boa que desenvolvem, é incapaz de superar as adversidades que arruinam suas vidas; a reflexão e o medo que a personagem tem da servidão, o sonho de Sinhá Vitória de dormir em uma cama, o desejo que seu marido tem de melhorar de vida com sua família, a vontade que ambos têm de falar como Seu Tomás da Bolandeira etc.

.....
50 FERRY, 2003, p. 282 et seq.

51 ELLISON, R. *Homem invisível*. Tradução de Mauro Gama. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013.

52 RAMOS, 1998, p. 14, 18, 23, 37, 44, 63, 66, 121 et seq.

fracassam por conta da Fortuna social que lhes impede de florescer suas capacidades de ser e atuar.

A violação de direitos fundamentais muito básicos, padecida pela família de Fabiano e denunciada por Graciliano Ramos, carece de reflexão apropriada para lidar com situações de vulnerabilidade social. Parece-nos indispensável fazer isto do ponto de vista da invisibilidade na filosofia moral contemporânea, já que as discussões sobre o problema do reconhecimento têm disponibilizado outras lentes para se compreender os direitos humanos no mundo atual. Não é possível negar, por exemplo, o vigor da discussão que Honneth empreendeu sobre a questão nos seus diálogos com a filosofia social hegeliana; de fato o autor dá um relevo especial à leitura de Hegel sobre a hipotética situação do estado de natureza, contrapondo sua teoria do reconhecimento à doutrina contratualista que domina as discussões entre os liberais iluministas; acentua então o autor de *Luta por reconhecimento* a importância de considerar que a possibilidade teórica do contrato social é antecedida de uma exigência empírica de reconhecimento:

um consenso normativo mínimo é previamente garantido desde o começo; pois apenas nessas relações pré-contratuais de reconhecimento recíproco, ainda subjacentes às relações de concorrência social, pode estar ancorado o potencial moral, que depois se efetiva de forma positiva na disposição individual de limitar reciprocamente a própria esfera de liberdade.⁵³

O contraponto, supõe-se, estaria no fato de prevalecer, no pensamento político europeu desse período, a concepção da vida social como uma luta pela autoconservação, tanto em Maquiavel em que os interesses do indivíduo A se contrapõem (permanentemente) aos interesses do indivíduo B, como em Hobbes em que se contesta,

.....
53 HONNETH, A. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 85.

veementemente, a doutrina das virtudes que domina os debates sobre as relações intersubjetivas na filosofia moral anterior:⁵⁴ no extremo da situação, o embotamento do finalismo do bem deu lugar a uma visão mecanicista do mundo social, em que cada indivíduo é desafiado a superar os obstáculos que impedem a expansão de suas esferas de poder.⁵⁵ A teoria política de Hegel sinalizaria, de acordo com Honneth, para um campo bem distinto: sem negar a luta hipoteticamente existente entre esses indivíduos, nega a visão atomista sustentada pelo jusnaturalismo racionalista, colocando em seu lugar uma totalidade ética composta de cidadãos livres e capazes de reconhecimento, tanto de si como de outros indivíduos, como sujeitos morais.⁵⁶

É possível identificar em Honneth três modalidades de reconhecimento intersubjetivo, quais sejam, a do *amor* e que se acentua em ambientes sociais onde vínculos são mais estreitos como na família e nos círculos de amizade, estimulada por ligações emotivas fortes o bastante para proporcionarem uma recíproca confiança entre os membros;⁵⁷ a do *direito*, com o espaço mais alargado que alcança os assim denominados “sujeitos de direito”, iluminada pelo conhecimento de obrigações que possuem entre si e pela confiança recíproca no respeito de pelo menos algumas das pretensões individuais;⁵⁸ a da *solidariedade*, cujo alcance se estende até o horizonte de valores partilhados e indicativos de estima social, por sua vez suficiente para a autorrealização de capacidades concretas de que dispõe cada indivíduo.⁵⁹

Todavia, do que vimos de Honneth, parece suficiente para evocar uma abordagem específica para o problema suscitado em *Vidas secas*:

.....
54 HONNETH, 2003, p. 31 et seq.

55 Ibidem, p. 34.

56 Ibidem, p. 34, 38 et seq.

57 Ibidem, p. 159 et seq., 177 et seq.

58 Ibidem, p. 179 et seq.

59 Ibidem, p. 198 et seq.

a de Nussbaum, apesar de reconhecermos até uma maior exploração (direta) do tema por parte do autor alemão; não se deve ignorar, por exemplo, seu enorme contributo para compreendermos melhor a concepção moderno-iluminista do direito, assim como para colocar o desafio de repensarmos nossas práticas jurídicas, acentuando aquela integração comunitária aparentemente negligenciada pelo contratualismo jurídico;⁶⁰ mas talvez isto não seja suficiente para responder à demanda que Fabiano coloca à teoria da justiça... Como se sabe, a diferença atual entre pessoas e tradições morais se tornou bastante acentuada, assim também o *deficit* de oportunidade de realização humana; desse modo, embora a autora americana não nos ofereça uma teoria sistemática do reconhecimento tanto quanto o autor alemão oferece, suas preocupações iluminam melhor a contingência na qual mergulhamos neste capítulo.

A escolha se justifica para nós sobretudo porque a experiência de Fabiano se assemelha à do jovem negro descrita por Ellison, cujas demandas de reconhecimento nos referimos anteriormente, bem como se parece com o caso de Filoctetes, o herói grego que Sófocles levou ao teatro para denunciar a indiferença de Ulisses com o seu sofrimento;⁶¹ uma analogia entre as duas narrativas inclusive é ensaiada por Nussbaum, desenvolvendo uma reflexão bastante original sobre uma alternativa filosófica que faça frente aos desafios dos direitos humanos em nosso tempo, ainda influenciado pelo discurso contratualista;⁶² suas conclusões nos interessam porque sugere inicialmente que a invisibilidade pode ser hoje, talvez, um dos maiores sofrimentos suportados por pessoas que definitivamente não merecem tal desdita,

.....
60 LINHARES, J. M. A. *Humanitas*, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial: O "pormenor" do direito na "ideia" de Europa das Nações: um diálogo com o narrativismo comunitarista. *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, v. 15, n. 1, p. 17-67, 2006a. p. 21, nota 7.

61 SÓFOCLES, 2013.

62 NUSSBAUM, 1999a, p. 257 et seq.

depois porque denuncia, em razão disso, graves violações de dignidade e desperdício injustificado de capacidades humanas. Este se torna um ponto central de análise, já que acreditamos ser possível afirmar que uma tal violação está explícita em *Vidas secas*, abortando o futuro dos filhos de Fabiano e Sinhá Vitória.⁶³ Isto é o que veremos a seguir.

Direitos Humanos e *capabilities approach*: uma leitura interdisciplinar de Graciliano Ramos, Amartya Sen e Martha C. Nussbaum

As demandas por dignidade têm sido fundamentadas, de maneira habitual, na filosofia do sujeito e na teoria contratualista do direito que herdamos da modernidade;⁶⁴ o lugar comum frequentado pelos teóricos, muitas vezes acriticamente, é o de que essa dignidade se justifica pela nossa autonomia e capacidade de razão. Sem querer reduzir a importância de uma tal fundamentação, já ambicionada por Pico della Mirandola⁶⁵ e convertida em dogma das democracias contemporâneas graças ao desenvolvimento que Kant lhe proporcionou, precisamos perguntar, por exemplo, se uma demanda básica de justiça suscitada por Fabiano que sabidamente trabalha informalmente cuidando de terra e de bichos (uma aposentadoria rural, por exemplo), encontraria proteção no contratualismo jurídico. Tanto Sen como Nussbaum levantariam dúvidas sobre isto, convidando-nos, assim, a pensar a justiça de outro modo: pela abordagem das capacidades (*capabilities approach*) que as pessoas têm de serem e atuarem enquanto tais e não pelo que elas são e atuam de fato.

.....
63 RAMOS, 1998, p. 38, 55.

64 NUSSBAUM, 2007, p. 224 et seq.

65 KANT, 2009, p. 80 et seq.; PICO DELLA MIRANDOLA, G. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. 6. ed. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 53 et seq., 83 et seq., 91 et seq.

Com efeito, desde o momento em que Sen, o formulador inicial desta proposta, direciona suas pesquisas sobre a qualidade de vida para a teoria aristotélica da felicidade (εὐδαιμονία, *eudaimonia*) e do florescimento humano enquanto tal, seu interesse maior deixou de ser as necessidades puras e simples e as condições da vida humana;⁶⁶ distancia-se deste modo de outras compreensões do mundo prático, sobretudo daquelas pela noção de utilidade, riqueza e liberdade negativa do agente. O autor toma para si a concepção de Aristóteles do bem como uma *atividade* da alma em vista da excelência do agente;⁶⁷ isto requer, de acordo com o filósofo grego, a operação de várias coisas que cada pessoa pode ser ou fazer ao longo de sua vida, daí que as preocupações de Sen não se restrinjam aos bens que são úteis à vida do ser humano: ocupa-se preferencialmente do bem-estar em geral, da construção de oportunidades para toda uma vida, o que em outras palavras significa cuidar da promoção de cada ser humano indistintamente.⁶⁸

É a partir desses estudos que Nussbaum desenvolverá uma concepção muito própria da dignidade humana, sobretudo conferindo às *capabilities* uma maior especificação e elaborando um catálogo em que se encontram algumas delas e que não estavam no que Sen originalmente elaborou; institui assim uma lista de capacidades centrais que se diz, por um lado, exigíveis para uma vida humana decente, e por outro, capazes de orientarem princípios políticos básicos, a serem incorporados aos direitos humanos e assimiladas internamente por cada país (positivados), seja pelos direitos constitucionais (direitos fundamentais), seja pelas legislações infraconstitucionais, em qualquer dos casos destinadas a promoverem o desenvolvimento humano.⁶⁹

66 NUSSBAUM, 2000, p. 11; SEN, 1993, p. 46 et seq.

67 ARISTÓTELES, 1970, 1097b-1098a.

68 SEN, A. *A ideia de justiça*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 267 et seq., 288 et seq.

69 CLARK, 2006, p. 6 et seq.

O fundamento da justiça oferecido por Nussbaum desafia teóricos e práticos a superarem a narrativa contratualista do Estado e do direito, especialmente porque esta concepção pressupõe a existência de sujeitos autossuficientes (intelectual e materialmente), dispostos a negociarem seus interesses, adotando como princípios a reciprocidade e a mútua vantagem. As *capabilities* miram uma qualidade de vida para as pessoas, insistindo na construção de uma sociedade liberal e pluralista, afastando de certo modo as orientações exclusivamente procedimentais e recusando, também, a fundamentação preconizada pelo utilitarismo econômico.⁷⁰ A autora diz que as políticas atuais são insensíveis à descentralização das riquezas produzidas pela sociedade, além de permitirem que pessoas sejam tratadas como meio e não como fins em si mesmos, completamente à revelia do conceito kantiano de dignidade humana que anteriormente me referi; tal como Rawls, pontua os limites da filosofia utilitarista: acusa seus adeptos de ignorarem as liberdades políticas e religiosas e de não se darem conta da insuficiência teórica que possuem; além do mais, censura os utilitaristas por ignorarem a existência de pessoas com debilidades e vulnerabilidades, assim como por não ouvirem cada um de nós sobre o que podemos ser e fazer.

A sugestão de Nussbaum, certa de que por vezes temos de quitar um débito de justiça com alguém que não pode oferecer nada em troca (o exemplo do pleito de dignidade de Fabiano e sua família), não preconiza nenhuma utopia jurídica ou social; diferentemente, opta por abordar consistentemente as capacidades humanas que o Estado e demais instituições sociais estão obrigados a implementar:⁷¹ aquelas que partindo do princípio de que a vida não se vive sem nenhum risco ou surpresa, toma a dignidade humana como um bom paradigma para a sociedade liberal, a inspirar, desse modo, nosso planejamento

.....
70 NUSSBAUM, 2007, p. 69 et seq.

71 Idem, 2001a, p. 199 et seq.

e ações. Talvez com isto se possa dizer que o mundo imaginado pelo nosso herói, isto é, aquele onde não falte para ninguém um “chiqueiro cheio de cabras”, “capões no poleiro” e “mantas de toucinho” no jirau suficientes para varar um ano e entrar no outro,⁷² deve estar no horizonte de políticos e juristas; a menos que estejamos dispostos a admitir que a igualdade, desde os gregos o esteio e a cumeeira do edifício social,⁷³ seja um somenos na história das constituições, ali escrita para iludir e tornar mais obtusa nossa visão, diante dos heróis de Graciliano Ramos que seguem invisíveis no nosso século.⁷⁴

Saídas

A breve análise que fiz sobre o contributo de *Vidas secas* ao pensamento atual, nomeadamente acerca do fundamento dos direitos humanos, procurou estabelecer uma relação entre a situação de invisibilidade de Fabiano e a crítica de Sen e Nussbaum à teoria contratualista do Estado e do direito. As exigências que nos são postas não se põem em razão de tempo e lugar, ao contrário, justificam-se pelas faculdades que acreditamos serem próprias do gênero humano,⁷⁵ daí a universalidade de seu apelo; explora deste modo e positivamente a abordagem daqueles direitos, em vez de demandá-los em sentido negativo: a *capabilities approach* se preocupa em assegurar as potencialidades que as pessoas têm para viverem como tais, de não serem obrigadas a abortá-las, como os “meninos” sem nome evocados pelo romance canônico nesta matéria e cuja leitura este capítulo convida a fazer.

.....
72 RAMOS, 1998, p. 56 et seq.

73 ARISTÓTELES, 1970, 1131a-1134a.

74 FERREIRA, J. C. *Sociedade, cultura e identidade em Vidas secas, de Graciliano Ramos e Os magros, de Euclides Neto*. 2014. Dissertação (Mestrado em Estudos da Linguagem) – Faculdade de Letras, Universidade Federal de Goiás, Catalão, GO, 2014. v. 1, p. 56 et seq.

75 NUSSBAUM, 2007, p. 285 et seq.

A abordagem que a autora americana faz é fundamental, pois parece corroborar a sugestão de leitura que Graciliano Ramos nos faz: embora o autor brasileiro denuncie a Fortuna social que é de fato o grande inimigo do sertanejo no cotidiano de sua vida,⁷⁶ mostra ainda a imensa vontade que o sertanejo tem de viver. Esta é uma interpretação otimista do texto trágico, um assunto controverso como vimos, mas que parece perfeitamente plausível. Como disse Nussbaum, no nosso tempo em que a maior parte das misérias humanas resulta da ganância de alguns e da negligência dos demais, somos desafiados a refletir sobre quais os males que podemos resistir ou evitar, participando ativamente da tragédia com esperança de que a virtude prevaleça sobre o capricho ou o poder amoral do Destino:

In short, instead of conceding the part of ethical space within which tragedies occur to implacable necessity or fate, tragedies, I claim, challenge their audience to inhabit it actively, as a contested place of moral struggle, a place in which virtue might possibly in some cases prevail over the caprices of amoral power, and in which, even if it does not prevail, virtue may still shine through for its own sake.⁷⁷

Deste modo, seguindo a sugestão da autora, a perspectiva trágica é uma fonte importante de inspiração para o pensamento social, já que pode suscitar a indignação das pessoas com a humilhação sofrida pelos heróis de Graciliano Ramos, tal como Sófocles, por meio do coro do *Filoctetes*, sugeriu aos gregos que se indignassem contra a crueldade dos dirigentes que levaram um jovem a abortar suas capacidades e não ter a vida que podia ter. A sugestão de leitura do texto trágico que Nussbaum faz e ao qual adicionamos *Vidas secas*, dada a peculiaridade de sua denúncia, desafia-nos a pensar toda forma de exclusão... embora

.....
76 RAMOS, 1998, p. 94 et seq.

77 NUSSBAUM, 2001, p. xxxvii.

não como um Destino pessoal e inamovível do sujeito moral (motivado pela preguiça ou pela falta de inteligência do agente), mas como vicissitudes humanas comuns, naturais ou políticas, como contingências que por vezes condicionam nosso caráter e ação.

A invisibilidade de Fabiano e sua família, a falta de nomes por meio dos quais possa diferenciar seus filhos das coisas, assim como todas as experiências que fazem com que nossa personagem reflita se é um humano ou um bicho, pode ser compreendida como metáfora da ausência de compromissos dos agentes públicos com políticas adequadas e emancipatórias; de outro modo, pode ser compreendida como constrangimentos aos quais seres humanos, por terem concepções do mundo distintas de padrões fixados socialmente, são expostos por vezes em níveis suficientemente graves para que potencialidades humanas interditadas, para que sejam privadas do acesso aos bens indispensáveis à plenitude da felicidade que procuram.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N.; VISALBERGHI, A. *História da pedagogia*. Tradução de Glicínia Quartin. Lisboa: Livros Horizontes, [1981?].
- AGUIAR E SILVA, J. *A prática judiciária entre direito e literatura*. Coimbra: Almedina, 2001.
- AGUIAR E SILVA, V. M. de. *Teoria da literatura*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1983. v. 1.
- ALBERT, H. Critical Rationalism: The Problem of Method in Social Sciences and Law. *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, v. 1, n. 1, p. 1-19, 1988.
- ALENCAR, J de. O sertanejo. In: ALENCAR, J de. *Til: O sertanejo*. [S. l.: s. n.], 1971. p. 149-332.
- ALMEIDA, T.; PALAJO, S.; JHONATAN, E. *Mediação de conflitos para iniciantes*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- AMÂNCIO, G.; PEREIRA, W. *Gênios da cantoria*. Fortaleza: Edições do Autor, 2004.
- AMICOLO, R. *La giustizia in nome della política e la política in nome della giustizia: morti parallele di Socrate e Giulio Cesare*. Trento: Tangram Edizione Scientifiche, 2010.
- ANAXIMANDRO. Frg. 1 Diels. In: PEREIRA, M. H. da R. (org.). *Helade: antologia da cultura grega*. 7. ed. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1990. p. 126.
- ANDRADE, L. E. da S. A natureza monstruosa em Vidas secas, de Graciliano Ramos. *Mafuá: revista de literatura em meio digital*, Florianópolis, n. 11, 2009.
- APOLOGIA ao jumento. Compositores: Clementino e Luiz Gonzaga. Intérprete: Luiz Gonzaga. São Paulo: RCA Víctor, 1967. 1 LP.

- ARAUJO, F. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003.
- ARÊDA, F. S. *João Besta e a jia da lagoa*. Mossoró, RN: Queima-Bucha, [2006?].
- ARISTÓTELES. *Da alma (De anima)*. Tradução de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2001.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Tradução de Maria Araujo e Julian Marias. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1970.
- ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução de Ana Maria Valente. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Maria Araujo e Julian Marias. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1951.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998.
- ARISTOTLE. On the Movement of Animals. Tradução de Martha C. Nussbaum. In: NUSSBAUM, M. C. *Aristotle's de motu animalium*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1985. p. 24-55.
- ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 28. ed. São Paulo: Ática, 2002.
- ASSUM preto. Compositores: Humberto Teixeira e Luiz Gonzaga. Intérprete: Luiz Gonzaga. [S. l.]: BMG Brasil, 2001. 1 CD.
- ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997a.
- ATIENZA, M. Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 6, p. 7-30, abr. 1997b.
- AUBENQUE, P. *La prudencia en Aristóteles*. Tradução de Maria José Torres Gómez-Pallete. Barcelona: Crítica, 1999.
- BALKIN, J. M.; LEVINSON, S. V. Law and the Humanities: An Uneasy Relationship. *Yale Journal of Law and the Humanities*, New Haven, CT, v. 18, p. 155-187, 2006.
- BALLESTEROS, J. *Ecologismo personalista*. Madrid: Tecnos, 1995.

- BARCELONA, P. et al. *La formación del jurista: capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. Tradução de Carlos Lasarte. Madrid: Civitas, 1977.
- BARROS, L. G. *O cachorro dos mortos*. São Paulo: Luzeiro, [1974?].
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BENJAMIN, W. O narrador: reflexões sobre a obra de Nikolai Lesskov. Tradução de Maria Amélia Cruz. In: BENJAMIN, W. *Sobre arte, técnica, linguagem e política*. Lisboa: Relógio D'Água, 1992. p. 27-57.
- BERTI, E. *Aristóteles no século XX*. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1997.
- BERTI, E. *As razões de Aristóteles*. Tradução de Davi Macedo. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998.
- BERTI, E. Gadamer and the Reception of Aristotle's Intellectual Virtues. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 56, n. 3-4, p. 345-360, . 2000.
- BESTA Ruana. Compositores: Tonico e Ado Benatti. Intérpretes: Tonico e Tinoco. São Paulo: Continental, 1949. 178 RPM.
- BÍBLIA Sagrada: edição pastoral. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. 9. imp. São Paulo: Paulinas, 1993.
- BOÉCIO. *A consolação da filosofia*. Tradução de William Li. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- BOFF, L. *Saber cuidar: ética do humano-compaixão pela terra*. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- BOI Soberano. Compositores: Carreirinho, Izaltino Gonçalves de Paula e Pedro Lopes de Oliveira. Intérpretes: Tião Carreiro e Pardinho. São Paulo: Alvorada: Chantecler, 1979. 1 LP.
- BOI Tufão. Compositor: Criolo. Intérprete: Trio Parada Dura. São Paulo: Chororó LPC, 1977. 1 LP.
- BOIADEIRO de palavra. Compositores: Lourival dos Santos, Moacir dos Santos e Tião Carreiro. Intérpretes: Tião Carreiro e Pardinho. São Paulo: 1975. 1 LP.

- BOIADEIRO punho de aço. Compositores: Teddy Vieira e Pereira.
Intérpretes: Tião Carreiro e Pardiniho. São Paulo: Columbia, 1956. 178 RPM.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRANDÃO, J. de S. *Dicionário mítico-etimológico da mitologia grega*.
Petrópolis: Vozes, 2014.
- BRONZE, F. J. Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 69, p. 177-199, 1993.
- BRONZE, F. J. *Metodologia do direito*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020. p. 266-300.
- CABOCLA Tereza. Compositores: João Pacífico e Raul Torres. Intérpretes: Tonico e Tinoco. São Paulo: Warner Music, 2000. 1 CD.
- CAMÕES, L. de. *Os lusíadas*. 5. ed. Braga: Ulisseia, 1997.
- CANDIDO, A. O direito à literatura. In: CANDIDO, A. *O direito à literatura e outros ensaios*. Coimbra: Angelus Novus, 2004. p. 11-33.
- (A) CANETA e a enxada. Compositores: Capitão Balduino e Teddy Vieira.
Intérpretes: Lourenço e Lourival. São Paulo: RGE, 1994. 1 LP.
- CANOTILHO, J. J. G. O círculo e a linha: da “liberdade dos antigos” à “liberdade dos modernos” na teoria republicana dos direitos fundamentais. *Revista de História das Idéias*, Coimbra, v. 3, n. 9, p. 733-758, 1987.
- CARTA Magna de Privilégios de d. Dinis: 15 de fevereiro de 1309. In: UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Primeiros Estatutos da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Arquivo da Universidade de Coimbra, 1991. p. 4-11.
- CARVALHO JÚNIOR, P. L. de. *Direito e imaginação institucional em Roberto Mangabeira Unger*. Salvador: Edufba, 2020.
- CASCUDO, L. da C. *Contos tradicionais do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Global, 2004.
- CASCUDO, L. da C. *Literatura oral no Brasil*. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1984.
- CHICO Mulato. Compositores: Raul Torres e João Pacífico. Intérprete: Rolando Boldrin. São Paulo: Chantecler, 1978, 1 LP.

- CÍCERO. *Dos deveres (De officiis)*. Tradução de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000.
- CÍCERO. *Em defesa do poeta Árquias*. Tradução de Maria Isabel Rebelo Gonçalves. 3. ed. Martins: Inquérito, 1999.
- CÍCERO. Sobre a invenção. In: PEREIRA, M. H. da R. *Estudos de história da cultura clássica: cultura romana*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. v. 2, p. 153.
- CÍCERO. *Tratado da República*. Tradução de Francisco de Oliveira. Lisboa: Círculo de Leitores, 2008.
- CICÉRON. *De L'Invention*. Tradução de G. Achard. Paris: Societé d'Editon "Les Belles Lettres", 1994.
- CLARK, D. A. The Capability Approach: Its Development Critiques and Recent Advances. *Global Poverty Research Group/Economic and Social Research Council*, Manchester, p. 2-18, 2006.
- COELHO, L. F. *Teoria crítica do direito: uma aproximação macrofilosófica*. 5. ed. atual. Curitiba: Bonijuris, 2019.
- COELHO, N. M. M. S. *Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles*. São Paulo: Rideel, 2012.
- CONCHE, M. *Temps et destin*. Paris: Mégare, 1980.
- COSTA, E. *La filosofia greca nella giurisprudenza romana*. Parma: Luigi Battei, 1892.
- COSTA, M. J. de A. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- COURO de boi. Compositores: Palmeira e Teddy Vieira. Intérpretes: Palmeira e Biá. São Paulo: RCA, 1954. 1 78 RPM.
- CRAFT, G. A. The Persistence of Dread in Law and Literature. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 102, p. 521-546, 1992-1993.
- CRUZ, G. B. da. O "jurisconsultus" romano. In: CRUZ, G. B. da. *Obras esparsas: estudos de história do direito antigo*. Coimbra: Coimbra Ed., 1979. v. 1, pt. 1, p. 135-258.
- CUNHA JÚNIOR, D. da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

- CUNHA, E. da. *Os sertões*: Campanha de Canudos. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- CURTIS, D.; RESNIK, J. Images of Justice. *The Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 96, p. 1727-1772, 1987.
- DAMÁSIO, A. *Ao encontro de Espinosa*: as emoções sociais e a neurologia do sentir. Tradução de António Damásio. Mem Martins: Europa-América, 2003.
- DEMÓSTENES. Primera Olintíaca. In: DEMÓSTENES; ESQUINES. *Discursos completos*. Tradução de Francisco de P. Samaranch e Julio Pollí Bonet. Madrid: Aguilar, 1969. p. 123-137.
- DERRIDA, J. *Cosmopolitas de todos os países, mais um esforço!* Tradução de Fernanda Bernardo. Coimbra: Minerva Coimbra, 2001.
- DERRIDA, J.; DUFOURMANTELLE, A. *Da hospitalidade*. Tradução de Antonio Romane. São Paulo: Escuta, 2003.
- DESTINOS iguais. Compositores: Ariovaldo Pires e Laureano. Intérpretes: Tônico e Tinoco. São Paulo: Continental, 1947. 1 78 RPM.
- DOUZINAS, C.; WARRINGTON, R. *Justice Miscarried*: Ethics and Aesthetics in Law. New York: Harvester Wheatsheaf, 1994.
- DUNNE, J. *Back to the Rough Ground*: Practical Judgment and the Lure of Technique. Paris: University of Notre Dame Press, 1997.
- DWORKIN, R. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ECO, U. Superinterpretando textos. In: ECO, U. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 53-77.

ELLISON, R. *Homem invisível*. Tradução de Mauro Gama. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013.

EPICURO. *Carta sobre a felicidade ou a conduta humana para a saúde do espírito*. Tradução de Adalberto Alves. Almargem do Bispo: Padrões Culturais, 2008.

ÉSQUILO. Agamémnon. In: ÉSQUILO. *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*. Tradução de Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992a. p. 13-100.

ÉSQUILO. Coéforas. In: ÉSQUILO. *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*. Tradução de Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992b. p. 101-172.

ÉSQUILO. Euménides. In: ÉSQUILO. *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*. Tradução de Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992c. p. 173-236.

ÉSQUILO. *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*. Tradução Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 1992d.

ÉSQUILO. *Persas*. Tradução de Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa: Edições 70, 2009.

EURÍPIDES. Hécuba. In: EURÍPIDES. *Duas tragédias gregas: Hécuba, Troianas*. Tradução de Christian Werner. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 1-73.

EURÍPIDES. *Íon*. Tradução de Frederico Lourenço. Lisboa: Colibri, 1994.

FERNANDES, B. Os 100 anos de Patativa segundo o jornalista Beto Fernandes. *Blog do Crato*, [s. l.], 7 mar. 2009. Disponível em: <https://blogdocrato.blogspot.com/2009/03/os-100-anos-de-patativa-segundo-o.html/>. Acesso em: 5 ago. 2010.

FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Maria Stela Gonçalves et al. São Paulo: Loyola, 2001. t. 3.

FERREIRA, J. C. *Sociedade, cultura e identidade em Vidas secas, de Graciliano Ramos e Os magros, de Euclides Neto*. 2014. Dissertação (Mestrado em Estudos da Linguagem) – Faculdade de Letras, Universidade Federal de Goiás, Catalão, 2014. v. 1.

- FERREIRA, J. R. *A democracia na Grécia Antiga*. Coimbra: Minerva, 1990.
- FERREIRA, J. R. Introdução. In: SÓFOCLES. *Filoctetes*. Tradução de José Ribeiro Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 5-27.
- FERRY, L. *Homo aestheticus: a invenção do gosto na era democrática*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Coimbra: Almedina, 2003.
- (OS) FILHOS da Bahia. Compositores: Lourival dos Santos e Moacir dos Santos. Intérpretes: Jacó e Jacozinho. São Paulo: Caboclo: Continental, 1969. 1 LP.
- FISH, S. E. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham, NC: Duke University Press, 1989.
- FISH, S. E. *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FISH, S. E. Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature. In: LEDWON, L. (ed.). *Law and Literature: Text and Theory*. New York: Garland, 1996. p. 47-60.
- FOLHA seca. Compositor: José Fortuna. Intérprete: Rolando Boldrin. São Paulo: RGE, 1981. 1 LP, 1 CD.
- FREIRE, P. *Pedagogía del oprimido*. Tradução de Jorge Mellado. Ciudad de Mexico: Siglo XXI, 1973.
- GALENO, J. *Lendas e canções populares*. 4. ed. Fortaleza: Casa de Juvenal Galeno, 1978.
- GARCÍA Y GARCÍA, A. Los estudios jurídicos en la universidad medieval. In: GARCÍA Y GARCÍA, A. *Estudios sobre la canonística portuguesa medieval*. Madrid: Fundación Universitaria Española, 1976. p. 17-94.
- GAUDÊNCIO, A. M. S. *Entre o centro e a periferia: a perspectiva ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

- GAUDÊNCIO, A. M. S. O culto do texto da lei na escola da exegese: seu sentido e limites. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 79, p. 681-733, 2003.
- GHIRARDI, J. G. *O mundo fora de prumo: transformação social e teoria política em Shakespeare*. São Paulo: KDP, 2021.
- GONZÁLEZ, J. C. Subsídios para uma história da cultura literária do direito no Brasil: Francisco de Oliveira e Silva [1897-1989]. Tradução de André Karam Trindade. *Anamorphosis: revista internacional de direito e literatura*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 613-655, 2019.
- GORDILHO, H. J. de S. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução, 2008.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HEGEL. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, [1990?].
- HEIDEGGER, M. *A caminho da linguagem*. Tradução de Márcia Sá C. Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003.
- HEIDEGGER, M. *Carta sobre o humanismo*. Tradução de Pinharanda Gomes. 5. ed. Lisboa: Guimarães, 1998.
- HEIDEGGER, M. *Introdução à metafísica*. Tradução de Mário Matos e Bernhard Sylla. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- HERÓDOTO. *Histórias*. Tradução de José Ribeiro Ferreira e Maria de Fátima Silva. Lisboa: Edições 70, 2002. Livro 1.
- HERÓI sem medalha. Compositor: Sulino. Intérpretes: Pedro Bento e Zé da Estrada. São Paulo: Caboclo: Continental, 1978. 1 LP.
- HOMERO. *Ilíada de Homero*. Tradução de Haroldo de Campos. 4. ed. São Paulo: Arx, 2003.
- HOMERO. *Odisseia*. Tradução de Trajano Vieira. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2014.

- HONNETH, A. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. Editora 34, 2003.
- HORÁCIO. *Arte poética*. Tradução de R. M. Rosado Fernandes. Lisboa: Livraria Clássica, [1969?].
- IZZO, V. N. Il giudice di fronte ai casi tragici. In: POMARICI, U. (cur.). *Il diritto come prassi: i diritti fondamentali nello Stato costituzionale*. Napoli: Scientifica, 2010. p. 163-186.
- JAEGER, W. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Parreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- JIMÉNEZ, A. P. La providencia como salvaguarda de los proyectos históricos en las Vidas paralelas. In: FRAZIER, F.; LEÃO, D. F. *Tychè et pronoia: la marche du monde selon Plutarque*. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2010. p. 169-180.
- JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano: liber primus*. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.
- KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.
- KAUFMANN, A. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- KITTO, H. D. F. *A tragédia grega: estudo literário*. Tradução de José Manuel Coutinho e Castro. Coimbra: Arménio Amado, 1990a. v. 1-2.
- KITTO, H. D. F. *Os gregos*. Tradução de José Manuel Coutinho e Castro. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1990b.
- LACERDA, J. M. *Adágios em poesia*. Santa Luzia, GO: Secretaria da Educação e Cultura, [2005?].
- LADRÃO de gado. Compositores: Teddy Vieira e Nelson Gomes. Intérpretes: Liu e Léu. São Paulo: Caboclo, 1962. 1 78RPM.
- LADRÃO de terra. Compositores: Moacir dos Santos e Teddy Vieira. Intérpretes: Jacó e Jacozinho. São Paulo: Caboclo: Continental, 1967. 1 LP.
- LAMEGO, J. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma “recepção”*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

- LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEÃO, D. F. *As ironias da fortuna: sátira e moralidade no Satyricon* de Petrónio. Coimbra: Colibri, 1998.
- LESKY, A. *História da literatura grega*. Tradução de Manuel Rosa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- LIÇÃO de moral. Compositores: Zé da Praia e Teodoro. Intérpretes: Teodoro e Sampaio. São Paulo: RGE, 1998. 1 CD.
- LIMA VAZ, H. C. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica* 1. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.
- LINHARES, J. M. A. A “área aberta” e a “predestinação pragmática” /A análise econômica do direito como “teoria compreensiva” (entre outras teorias compreensivas): o desafio e as reformulações de How Judges Think. In: ROSA, A. M. da; LINHARES, J. M. A. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 239-275.
- LINHARES, J. M. A. A ética do *continuum* das espécies e a resposta civilizacional do direito. *Boletim da Faculdade de Coimbra*, Coimbra, v. 78, p. 197-216, 2003.
- LINHARES, J. M. A. A representação metanormativa do(s) discurso(s) sobre o juiz: o “testemunho” crítico de um “diferendo”? *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias: estudos e ensaios*, Lisboa, n. 12, p. 101-120, 2008a.
- LINHARES, J. M. A. A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício: um diálogo com a Law and Economics Scholarship. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 78, p. 65-178, 2002.
- LINHARES, J. M. A. *Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: os enigmas de force de loi*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008b. (Stvdia Ivridica, 90).
- LINHARES, J. M. A. *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas?: a caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007.

LINHARES, J. M. A. Decisão judicial, realismo de “complexidade” e maximização da riqueza: uma conjugação impossível? *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, v. 57-58, p. 1753-1790, 2014.

LINHARES, J. M. A. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade: imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

LINHARES, J. M. A. Humanitas, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial: O “pormenor” do direito na “ideia” de Europa das Nações: um diálogo com o narrativismo comunitarista. *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, v. 15, n. 1, p. 17-67, 2006a.

LINHARES, J. M. A. Imaginação literária e “justiça poética”: um discurso da “área aberta”? In: TRINDADE, A. K.; GUBERT, R. M.; COPETTI NETO, A. C. (org.). *Direito e literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010a. p. 269-306.

LINHARES, J. M. A. Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença? In: COELHO, N. M. M. S.; SILVA, A. S. da (org.). *Teoria do direito: direito interrogado hoje: jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao doutor António Castanheira Neves*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 109-174.

LINHARES, J. M. A. Law in/as Literature as Alternative Humanistic Discourse: The Unavoidable Resistance to Legal Scientific Pragmatism or the Fertile Promise of a *Communitas* without Law?. In: WOJCIECHOWSKI, B.; JUCHACZ, P.; CERN, K. M. (ed.). *Legal Rules, Moral Norms and Democratic Principles*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2013a. p. 133-136.

LINHARES, J. M. A. Law in/as Literature as Alternative Humanistic Discourse: The Unavoidable Resistance to Legal Scientific Pragmatism or the Fertile Promise of a *Communitas* without Law? In: SPECIAL WS ON LAW AND LITERATURE ELD AT 24th IVR WORLD CONFERENCE, 2009, Beijing.

Dossier [...]. Bolonha: Italian Society for Law and Literature, 2010b. p. 22-42. Disponível em: <http://www.lawandliterature.org/area/documenti/Law%20and%20Literature%20%20IVR%20WS%20Proceedings%202010.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

- LINHARES, J. M. A. *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?* Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- LINHARES, J. M. A. *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades. Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do Direito.* Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013b.
- LINHARES, J. M. A. *O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos: da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiesis-technê de realização (Law as Musical and Dramatic Performance).* *Boletim da Faculdade de Coimbra*, Coimbra, v. 80, p. 59-135, 2004.
- LINHARES, J. M. A. *Uma leitura do livro VI da Ética a Nicómaco justificada pelo problema das racionalidades.* Coimbra: Policopiado, 2006b.
- LLEDÓ, J. A. P. *El movimiento Critical Legal Studies.* Madrid: Tecnos, 1996. p. 95-160.
- LOCKE, J. *Do governo civil.* In: LOCKE, J. *Dois tratados do governo civil.* Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2006c.
- LOMBARDI, L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale.* Milano: Giuffrè, 1967.
- LOPES, J. R. de L. *O direito na história: lições introdutórias.* São Paulo: Max Limonad, 2001.
- LUCIANO. *Diálogo dos mortos.* Tradução de Américo da Costa Ramalho. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998.
- LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad.* Tradução de Javier Torres Nafarrate et al. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.
- LYOTARD, J.-F. *A condição pós-moderna.* Tradução de José Bragança de Miranda. Lisboa: Gradiva, 2003.
- LYOTARD, J.-F. *La diferencia.* Tradução de Alberto L. Bixio. Barcelona: Gedisa, 1999.

- MACHADO, F. C. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina: Thoth, 2020.
- MACINTYRE, A. *Tras la virtude*. Tradução de Amelia Valcárcel. Barcelona: Crítica, 2001.
- MACINTYRE, A. *Whose Justice? Which Rationality?*. London: Duckworth, 1988.
- MARCO AURÉLIO. Pensamentos. In: SÉNECA; EPICTETO; MARCO AURÉLIO. *Da vida feliz, Manual de Epicteto, Pensamentos*. Tradução de João Maia. Lisboa: Relógio D'Água, 2008. p. 109-334. (Os Grandes Filósofos).
- MARQUES, M. R. *Codificação e paradigmas da modernidade*. Coimbra: Edições do Autor, 2000.
- MINDA, G. *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*. New York: New York University Press, 1995.
- (O) MINEIRO e o italiano. Compositores: Nelson Gomes e Teddy Vieira. Intérpretes: Tião Carreiro e Pardinho. São Paulo: Sertanejo/Chantecler, 1964. 1 LP.
- (A) MOÇA do retrato. Compositores: Passarinho e Dadá. Intérpretes: Zé Tapera e Teodoro. São Paulo: RCA Camden, 1981. 1 LP.
- MONROE, P. *História da educação*. Tradução de Idel Becker e Therezinha G. Garcia. 6. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958.
- MONTEIRO, M. *O preço da soberba ou A mãe desnaturada*. Fortaleza: Tupynanquim, 2002.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- MOSSÉ, C. *O cidadão na Grécia Antiga*. Tradução de Rosa Carreira. Lisboa: Edições 70, 1999.
- MOTA, L. *Cantadores: poesia e linguagem do sertão cearense*. 7. ed. Fortaleza: Abc, 2002.
- MOTA, L. *Sertão alegre: poesia e linguagem do sertão nordestino*. 3. ed. Fortaleza: Abc, 2002.
- MOTA, L. *Violeiros do Norte: poesia e linguagem do sertão nordestino*. 7. ed. Fortaleza: Abc, 2002.

NEVES, A. C. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003a.

NEVES, A. C. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista. *In: NEVES, A. C. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995a. v. 1, p. 483-530.

NEVES, A. C. A redução política do pensamento metodológico-jurídico: breves notas críticas sobre o seu sentido. *In: NEVES, A. C. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995b. v. 2, p. 379-421.

NEVES, A. C. *Apontamentos complementares de teoria do direito: sumários e textos*. Coimbra: Policopiado, [2005?].

NEVES, A. C. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito. *In: NEVES, A. C. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008a. v. 3, p. 9-41.

NEVES, A. C. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Policopiado, 1971.

NEVES, A. C. Dworkin e a interpretação jurídica: ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. *In: NEVES, A. C. O actual problema metodológico da interpretação jurídica: I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003b. p. 349-444.

NEVES, A. C. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *In: NEVES, A. C. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008b. v. 3, p. 161-198.

NEVES, A. C. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 74, p. 1-44, 1998.

NEVES, A. C. Escola da exegese. In: NEVES, A. C. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995c. v. 2, p. 181-191.

NEVES, A. C. Fontes do direito. In: NEVES, A. C. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995d. v. 2, p. 7-94.

NEVES, A. C. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, A. C. O “jurisprudencialismo”: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. In: COELHO, N. M. S.; SILVA, A. S. da (org.). *Teoria do direito: direito interrogado hoje: jurisprudencialismo: uma resposta possível?: estudos em homenagem ao doutor António Castanheira Neves*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 9-79.

NEVES, A. C. O direito como alternativa humana: notas de reflexão sobre o problema actual do direito. In: NEVES, A. C. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995e. v. 1, p. 287-310.

NEVES, A. C. *O direito hoje e com que sentido?: o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

NEVES, A. C. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

NEVES, A. C. O problema da universalidade do direito: ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: NEVES, A. C. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008c. v. 3, p. 101-128.

NEVES, A. C. Pensar o direito num tempo de perplexidade. In: DIAS, A. S. et al. (org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 3-28.

NEVES, A. C. Pessoa, direito e responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 6, n. 1, p. 9-43, 1996.

NOGUEIRA, B. G. B. ∞. *Anamorphosis: revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 371-386, 2015.

NOGUEIRA, B. G. B.; SILVA, R. M. *Ecos do trágico: sobre a tragédia grega e a origem dos direitos humanos*. Ouro Preto: Ed. Ouro Preto, 2010.

NUSSBAUM, M. C. *Aristotle's De motu animalium*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1985.

NUSSBAUM, M. C. *Cultivating Humanity: A Classical Defense of Reform in Liberal Education*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

NUSSBAUM, M. C. *For Love of Country: In a New Democracy Forum on the Limits of Patriotism*. Boston: Beacon, 2002.

NUSSBAUM, M. C. *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

NUSSBAUM, M. C. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame and the Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006.

NUSSBAUM, M. C. Invisibility and Recognition: Sophocles' Philoctetes and Ellison's Invisible Man. *Philosophy and Literature*, Baltimore, v. 23, n. 2, p. 257-283, 1999a.

NUSSBAUM, M. C. Lawyer for Humanity: Theory and Practice in Ancient Political Thought. *Nomos*, New York, n. 37, p. 181-215, 1995a.

NUSSBAUM, M. C. *Not for Profit: Why Democracy Needs Humanities*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

NUSSBAUM, M. C. *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. Boston: Beacon, 1995b.

NUSSBAUM, M. C. *Sex and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999b.

NUSSBAUM, M. C. The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis. In: ADLER, M. D.; POSNER, E. A. (ed.). *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001a. p. 169-200.

NUSSBAUM, M. C. *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*. New York: Cambridge University Press, 2001b.

NUSSBAUM, M. C. Toward a Globally Sensitive Patriotism. *Daedalus Summer*, [s. l.], v. 137, n. 3, p. 78-93, 2008.

- NUSSBAUM, M. C. *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001c.
- NUSSBAUM, M. C. Virtue Ethics: A Misleading Category? *The Journal of Ethics: An International Philosophical Review*. Danvers, MA, v. 3, n. 3, p. 163-201, 1999c.
- NUSSBAUM, M. C. *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. New York: Cambridge University Press, 2000.
- NUSSBAUM, M. C.; SEN, A. (ed.). *The Quality of Life*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- OST, F. Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois Modèles de justice. In: GÉRARD, P.; VAN DE KERCHOVE, M.; OST, F. (dir.). *Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements*. Bruxelles: Facultes Universitaires Saint-Louis, 1983. p. 1-70.
- OST, F. Jupiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez. Tradução de Isabel Lifante Vidal. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, n. 14, p. 169-194, 1993.
- OST, F. *Raconter la loi: aux sources de l'imaginaire juridique*. Paris: Odile Jacob, 2004.
- OVÍDIO. *Amores*. Tradução de Carlos Ascenso André. Lisboa: Cotovia, 2006.
- PATATIVA DO ASSARÉ. *Aqui tem coisa*. São Paulo: Hedra, 2004. p. 146-147.
- PATATIVA DO ASSARÉ. *Diabo a cete*. Assaré, CE: Fundação Memorial Patativa do Assaré, [2005?].
- PATATIVA DO ASSARÉ. *Digo e não peço segredo*. São Paulo: Escrituras, 2001.
- PATATIVA DO ASSARÉ. *Inspiração nordestina*. São Paulo: Hedra, 2006.
- PEREIRA, M. H. da R. *Estudos de história da cultura clássica: cultura grega*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. v. 1.
- PEREIRA, M. H. da R. *Estudos de história da cultura clássica: cultura romana*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990. v. 2.
- PEREIRA, M. H. da R. Fragilidad y poder del hombre en la poesía griega arcaica. *Estudios Clásicos*, Murcia, n. 49, p. 301-318, 1966.

- PEREIRA, M. H. da R. O estatuto social dos artistas gregos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 47, p. 23-37, 1997.
- PEREIRA, M. H. da R. Prefácio. In: ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução de Ana Maria Valente. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 5-31.
- PETERS, F. E. *Termos filosóficos gregos: um léxico histórico*. Tradução de Beatriz Rodrigues Barbosa. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- PETRÔNIO. *Satiricon*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Abril Cultural, 1981.
- PICO DELLA MIRANDOLA, G. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. 6. ed. Lisboa: Edições 70, 2006.
- PINTO, M. F. de C. *Sobre os direitos fundamentais de educação: crítica ao monopólio estatal na rede escolar*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2008.
- PLANETA Azul. Compositores: Aldemir e Xororó. Intérpretes: Xitãozinho e Xororó. Rio de Janeiro: Polygram, 1992. 1 CD.
- PLATÃO. *A República*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- PLATÃO. *Fedro*. Tradução de José Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2019.
- PLATÃO. *Górgias*. Tradução de Maria Isabel Aguiar. Porto: Areal, 2005.
- PLATÃO. *Protágoras*. Tradução de Eleazar Magalhães Teixeira. Fortaleza: EUFC, 1986.
- PLATON. Criton. In: PLATON. *Œuvres*. Tradução de Maurice Croiset. Paris: Société d'Édition "Les Belles Lettres", 1985. t. 1.
- PLATON. Les Lois: livres I-II. In: PLATON. *Œuvres*. Tradução de Édouard des Places. 2. ed. Paris: Société d'Édition "Les Belles Lettres", 1968. t. 11, pt. 1.
- PLATON. Les Lois: livres III-VI. In: PLATON. *Œuvres*. Tradução de Édouard des Places. Paris: Société d'Édition "Les Belles Lettres", 1951. t. 11, pt. 2.
- PLATON. Phèdre. In: PLATON. *Œuvres complètes*. Tradução e notas Léon Robin. Paris: Librairie Gallimard, 1950.
- PLUTARCO. Foción. In: PLUTARCO. *Foción y Catón, El Menor*. Tradução de Antonio Ranz Romanillos. Barcelona: Iberia, 1959.

- POEIRA. Compositores: Luíz Bonan e Serafim Colombo Gomes. Intérprete: Duo Glacial. São Paulo: Sertanejo/Chantecler, 1967. 1 LP.
- POSNER, R. A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- POSNER, R. A. Law and Literature: A Relation Reargued. In: LEDWON, L. (ed.). *Law and Literature: Text and Theory*. New York: Garland, 1996. p. 61-89.
- POSNER, R. A. *Law and Literature*. Revised and Enlarged Edition. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.
- POSNER, R. A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- POSNER, R. A. *Reflections of Judging*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.
- POUND, R. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Tradução de José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1950.
- POURTOIS, J.-P.; DESMET, H. *A educação pós-moderna*. Tradução de Yvone Maria de Campos Teixeira da Silva. São Paulo: Loyola, 1999.
- PRADO, D. N. do. Panorama dos estudos sobre “direito e literatura” no Brasil. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, n. 15, p. 143-160, 2008.
- RAMOS, G. *Vidas secas*. 74. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- RÃO, V. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- RÁTIS, C. Direito à educação de qualidade. *Teses da faculdade baiana de direito*, Salvador, v. 1, p. 129-181, 2011.
- RÁTIS, C. *Habeas educationem*: em busca da proteção judicial ao acesso ao ensino fundamental de qualidade. Salvador: Juspodivm, 2009.
- RAWLS, J. *O direito dos povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RAWLS, J. *O liberalismo político*. Tradução de João Sedas Nunes. Lisboa: Presença, 1997.

- RAZ, J. Human Rights without Foundations. *Oxford Legal Studies Research Paper*, Oxford, n. 14, p. 1-20, 2007.
- REALE, G. *Para uma nova interpretação de Platão*. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1997.
- REALE, G. *Storia della filosofia antica*. 5. ed. Milano: Vita e Pensiero, 1987. v. 1.
- REALE, G.; ANTISERI, D. *Storia della filosofia*. Milano: Bompiani, 2010. v. 1.
- REI do Gado. Compositor: Teddy Vieira. Intérpretes: Tião Carreiro e Pardino. São Paulo: Caboclo, 1959b. 178 RPM.
- RIBEIRO, J. H. *Música caipira: as 270 maiores modas de todos os tempos*. São Paulo: Globo, 2006.
- RICCEUR, P. *O justo ou a essência da justiça*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1995.
- RODRIGUES, H. W. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ROMERO, S. *Folclore brasileiro: cantos populares do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1985.
- RORTY, R. A trajetória do pragmatista. In: ECO, U. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 105-127.
- RORTY, R. *Contingência, ironia e solidariedade*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ROSA, J. G. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.
- ROSA, J. G. *Manuelzão e Miquilim: corpo de baile*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1984.
- ROUSSEAU, J.-J. *Emílio ou Da educação*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SABINE, G. H. Teoria da comunidade universal. In: SABINE, G. H. *História das teorias políticas*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 131-345.
- SAN ISIDORO DE SEVILLA. *Etimologías*. Tradução de Luis Cortés Góngora. Madrid: BAC, 1951.
- SARAMAGO, J. *Discursos de Estocolmo*. Lisboa: Caminho, 1999.

- SARMENTO, D. O mínimo existencial: The Right to Basic Conditions of Life. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016.
- SCHULZ, F. *Principios del derecho romano*. Tradução de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Civitas, 1990.
- SE OS ANIMAIS falassem. Compositores: Biguá, Taubaté e Teodomiro Rossini. Intérpretes: Cacique e Pajé. São Paulo: Sertanejo/Chantecler, 1981. 1 LP.
- SEN, A. *A ideia de justiça*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SEN, A. Capability and Well-Being. In: NUSSBAUM, M. C.; SEN, A. (ed.). *The Quality of Life*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 30-53.
- SEN, A. *Sobre ética e economia*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.
- SÊNECA, L. A. *Medéia*. Tradução de Giulio Davide Leoni. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- SILVA, A. S. da. O jurisprudencialismo e o movimento de reabilitação da filosofia prática de Aristóteles no século XX: diálogos com a tópico-retórica, a hermenêutica e as teorias da argumentação. In: MONTEIRO, A. P. et al. *Jurisprudencialismo e idiomas vizinhos: diálogos com Castanheira Neves*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020. p. 339-370.
- SILVA, A. S. da. A “ética do cuidado” e os desafios das instituições de segurança pública no século XXI. In: TRINDADE, C. M. et al. (org.). *Segurança pública: ética e cidadania*. Curitiba: CRV, 2019. p. 139-153.
- SILVA, A. S. da. A universidade convertida: breves considerações acerca das responsabilidades éticas e dos princípios da “educação jurídica” no contexto geral da “educação do homem planetário”. *Revista do Curso de Direito da FEAD*, Belo Horizonte, v. 1, p. 29-49, 2006.
- SILVA, A. S. da. Destino, ação e sabedoria na literatura oral do sertão. *Revista da Academia de Letras da Bahia*, Salvador, n. 50, p. 125-140, 2011.
- SILVA, A. S. da. *Destino, humilhação e direito: a reinvenção narrativa da comunidade*, 2018. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Filosóficas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018. 2 v.

SILVA, A. S. da; GUIMARÃES, J. K.; OLIVEIRA, P. J. O princípio da interpretação mais protetiva no direito ambiental: diálogos com Ronald Dworkin e sua hipótese estética das prescrições normativas. *Revista Parajás*, Montes Claros, v. 3, p. 123-163, 2020.

SILVA, A. S. da; NOGUEIRA, B. G. B. A eficácia social da Constituição de 1988 no campo: diálogos com Os sertões de Euclides da Cunha. *In: SEMANA DE ALTOS ESTUDOS JURÍDICOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA*, 1., 2019, Salvador. *Anais [...]*. Salvador: UFBA, 2019. v. 1, p. 1-13. Disponível em: <http://www.altosestudios.direito.ufba.br/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

SILVA, A. S. da; SANTOS, W. da S. Enfermidade, isolamento social e tragédia no *Filoctetes* de Sófocles: por que os gregos confiaram à amizade e à justiça o cuidado com a vulnerabilidade de nossas vidas? *In: BAHIA, S. J. C.; MARTINS, C. E. B. R.; PAMPLONA, R. (org.). Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020. v. 2, p. 125-149.

SILVA, A. S. da; ZAGALLO-CARDOSO, J. A. A ética do cuidado à luz da fábula/mito de Higino e da tragédia *Filoctetes*, de Sófocles. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 66, n. 1, p. 81-88, 2010.

SILVA, A. S.; ZAGALLO-CARDOSO, J. A. O homem planetário e os seus desafios para a educação. *Revista Portuguesa de Pedagogia*, Coimbra, v. 1, fasc. 41, p. 881-88, 2007.

SILVA, G. F. da. *Antonio Silvino: a justiça acima da lei*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Literatura de Cordel, 2006.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, M. F. *História do vaqueiro Damião*. São Paulo: Luzeiro, 1980.

SKOBLE, A. J.; CONARD, M. T.; IRWIN, W. *Os Simpsons e a filosofia*. Tradução de Marcos Malvezzi Leal. São Paulo: Madras, 2004.

SMITH, A. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 11. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2018.

- SÓFOCLES. *Filoctetes*. Tradução, introdução e notas de José Ribeiro Ferreira. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013.
- SÓFOCLES. *Rei Édipo*. Tradução de Maria do Céu Zambujo Fialho. Lisboa: Edições 70, 2012.
- SOUSA, G. de. *Sertão sem lei*. Juazeiro do Norte, CE: [s. n.], [2006?].
- STEIN, P. G. The Roman Jurists' Conception of Law. In: PADOVANI, A.; STEIN, P. G. *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*. Dordrecht: Springer, 2007. cap. 1. (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, v. 7).
- STOW, S. *Republic of Readers? The Literary Turn in Political Thought and Analysis*. New York: State University of New York Press, 2007.
- SUASSUNA, A. *Auto da Compadecida*. 35. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2005.
- TEIXEIRA, E. F. B. *A educação do homem segundo Platão*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1999.
- TITO LÍVIO. *Desde la fundación de Roma*. Tradução de Agustín Millares Carlo. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- TOMÁS, de A., S. *Summa theologica*. Tradução de Francisco O. P. Barbado Viejo et al. Madrid: BAC, 1956. t. 6.
- TOMM, D. A. Mimetização e linguagem em Vidas secas: uma abordagem benjaminiana. *Cadernos Benjaminianos*, Belo Horizonte, v. 8, p. 34-48, 2014.
- TRAVESSIA do Araguaia. Compositores: Décio dos Santos e Dino Franco. Intérpretes: Sérgio Reis e Almir Sater. Rio de Janeiro: Som Livre, 1996. 1 CD.
- TRINDADE, A. K.; BERNST, L. G. O estudo do “direito e literatura” no Brasil: surgimento, evolução e expansão. *Anamorphosis: revista internacional de direito e literatura*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 225-257, 2017.
- TRUYOL Y SERRA, A. Genèse et fondements spirituels de l'idée d'une communauté universelle: de la “civitas maxima” stoïcienne à la “civitas gentium” moderne. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 12, p. 119-176, 1958.

TUCÍDIDES. Elogio da constituição ateniense. In: PEREIRA, M. H. R. *Helade: antologia da cultura grega*. 7. ed. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1990. p. 308-312.

UNAMUNO, M. de. *Del sentimiento trágico de la vida*. Buenos Aires: Longseller, 2004.

UNGER, R. M. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez. São Paulo: Boitempo, 2004.

UNGER, R. M. Uma nova faculdade de direito no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, [s. l.], v. 243, p. 113-131, 2006. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42553/>. Acesso em: 20 jun. 2002.

VICO, G. *Princípios de (uma) ciência nova (acerca da natureza comum das nações)*. Tradução de Antônio Lázaro de Almeida Prado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WEBER, M. *Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarría *et al.* Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1944. v. 1.

WHITE, J. B. *From Expectation to Experience: Essays on Law and Legal Education*. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press, 1999.

WHITE, J. B. *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*. London, WI: The University of Wisconsin Press, 1985a.

WHITE, J. B. *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

WHITE, J. B. *The Legal Imagination*. Chicago: The University of Chicago Press, 1985b.

WIEACKER, F. *História do direito privado moderno*. Tradução de António Manuel Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WILLIAMS, B. *Shame and Necessity*. Berkeley, CA: University of California Press, 2008.

WILLIAMS, B. The Women of Trachis: Fictions, Pessimism, Ethics. In: LOUDEN, R. B.; SCHOLLMEIER, P. *The Greeks and Us: Essays in Honor of Arthur W. H. Adkins*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 43-53.

WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. Tradução de M. S. Lourenço. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

ZANIRATTO, C. P. *Tradução, comentário e notas de Édipo em Colono de Sófocles*. 2003. Dissertação (mestrado em Linguística) – Instituto de Estudos da Linguagem, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/Acervo/Detalhe/310857/>. Acesso em: 28 jul. 2022.

Formato: 17 x 24 cm

Fontes: Aribau Grotesk, Merriweather

Extensão digital: PDF

Antonio Sá da Silva

É professor da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, nas disciplinas de teoria, filosofia, ética e hermenêutica jurídica, onde lidera o grupo de pesquisa Teorias da Justiça, do Direito e da Decisão Judicial, registrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Fez mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC), Portugal, com bolsa do Instituto de Investigação Interdisciplinar daquela mesma instituição. Com vasta publicação no Brasil e no exterior, o autor tem predileção pela obra dos poetas greco-romanos, Aristóteles, Martha C. Nussbaum e A. Castanheira Neves.



Resultado de estudos realizados ao longo dos últimos dez anos visando aprofundar questões suscitadas na tese de doutoramento do autor sobre o sentido do direito e sua relação com o problema da *Fortuna*, este livro dispõe ainda de um prefácio que introduz criticamente o leitor na discussão, antiga e atual, sobre as possibilidades e limites de um diálogo entre poetas, juristas, políticos e gestores; indispensável a pesquisadores e profissionais dessas áreas, mas também às pessoas que se interessam por literatura, filosofia e cultura. A obra tem a particularidade de se afastar das tentações de defender acriticamente a relevância da literatura para cada uma dessas áreas do conhecimento e da *praxis* humana, enfrentando esse debate a partir dos seus conceitos originais, forjados no teatro clássico e na jurisprudência romana.