UNICESUMAR – CENTRO UNIVERSITÁRIO CESUMAR

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

LUCIANA SOUZA FANTE

DIREITO E LITERATURA: UM DIÁLOGO PARA O RECONHECIMENTO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS MULHERES POR INTERMÉDIO DA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DAS OBRAS DE MACHADO DE ASSIS

MARINGÁ
2018

LUCIANA SOUZA FANTE

DIREITO E LITERATURA: UM DIÁLOGO PARA O RECONHECIMENTO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS MULHERES POR INTERMÉDIO DA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DAS OBRAS DE MACHADO DE ASSIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Direitos da Personalidade).

Orientador: Prof. Dr. Cléber Sanfelici Otero

MARINGÁ
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F216d Fante, Luciana Souza.
Direito e literatura: um diálogo para o reconhecimento de direitos da personalidade das mulheres por intermédio da interpretação a partir das obras de Machado de Assis / Luciana Souza Fante. Maringá-PR: UNICESUMAR, 2018.
114 f. ; 30 cm.

Orientador: Cléber Sanfelice Otero.
Dissertação (mestrado) – UNICESUMAR - Centro Universitário de Maringá, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2018.

1. Direitos da personalidade. 2. Métodos de interpretação. 3.

Leila Nascimento – Bibliotecária – CRB 9/1722
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

LUCIANA SOUZA FANTE

DIREITO E LITERATURA: UM DIÁLOGO PARA O RECONHECIMENTO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS MULHERES POR INTERMÉDIO DA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DAS OBRAS LITERÁRIAS DE MACHADO DE ASSIS

Dissertação apresentada ao UniCesumar – Centro Universitário Cesumar, como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas, sob orientação do Prof. Dr. Cléber Sanfelici Otero

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

_____
Professor Orientador: Doutor Cléber Sanfelici Otero

_____
Professor Convidado: Doutor Raul Miguel Freitas de Oliveira

_____
Professor Convidado: Pós-Doutor Alessandro Severino Valler Zenni

Maringá, ___ de _____ de 2018.

Dedico esse trabalho à minha mãe e aos meus irmãos, que compreenderam com generosidade todos os momentos de ausência durante a minha formação e nunca negaram-me amor, o elemento essencial para superar as dificuldades encontradas ao longo do caminho para alcançar meus sonhos acadêmicos.

À memória do meu saudoso pai, Anélio Fante, que afirmou para minha mãe quando do meu nascimento, “que eu seria a sua advogada” e que tão precocemente nos deixou, não compartilhando as alegrias da minha graduação, assim como tantas outras.

Por fim, dedico este trabalho à memória da minha avó Generosa, uma mulher à frente de seu tempo, em ideias, comportamentos e atitudes, que tão bravamente enfrentou meu avô, ao permitir que minha mãe e minha tia estudassem, mesmo que fossem em uma escola de corte e costura, onde tornaram-se “grandes mestras”.

AGRADECIMENTOS

Inicio meus agradecimentos a Deus e à Nossa Senhora, por terem me dado a permissão de chegar até aqui e por toda a força concedida na concretização desse sonho. Além disso, agradeço também por todas as pessoas que cruzaram meu caminho, todas muitíssimo especiais.

Aos meus pais, Dalva e Anélio, meu infinito agradecimento. Sempre acreditaram em minha capacidade e me acharam a melhor de todas, mesmo não sendo. Isso só me fortaleceu e me fez tentar, não ser a melhor, mas a fazer o melhor de mim. Obrigada pelo amor incondicional.

Aos meus irmãos Eliane, Júlio César e Ana Cláudia, aos meus sobrinhos Rodolfo, Murilo, Augusto e Heitor, meu agradecimento especial, pois, a seu modo, sempre se orgulharam de mim e confiaram em meu trabalho. À minha irmã de coração, de lutas, sonhos e caminhadas, Roseli Maria Geller Barcellos, para mim, sempre e carinhosamente a “Rose”. Obrigada pela confiança. Igualmente agradeço aos meus cunhados Mário César e Anderson, à minha cunhada Gislaine pelo incentivo e apoio. Obrigada pelo carinho.

Ao Professor Cléber Sanfeleci Otero, um especial agradecimento pelo exemplo passado, pelas ideias e conversas travadas. Sou muito grata pelos diálogos que me encorajaram a efetivamente incrementar dedicação a este trabalho, permitindo com que eu compreendesse melhor o real significado de que quanto mais a pessoa trabalha, mais se aprimora. Obrigada pela paciência e compreensão em entender e lidar com uma orientanda que, além do curso de mestrado, ainda se viu obrigada a continuar com as demais atividades ligadas ao exercício da advocacia e de magistério nas Instituições em que trabalha. Por ter acreditado e incentivado este trabalho, OBRIGADA PROFESSOR!

Aos Professores Doutores membros da banca avaliadora deste trabalho, pelo aceite do convite, pelo tempo dedicado e pelas observações realizadas do exame de

qualificação, Professora Doutora Cleide Rodrigues Gomes Fermentão e Professor Doutor Zulmar Antônio Fachin.

Ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Maringá-UNICESUMAR, pela oportunidade de experiência e pelo exemplo que me permitiu colher durante esses dois anos.

Agradeço aos amigos Professores e Coordenadores do Centro Universitário Integrado de Campo Mourão e a Faculdade Cidade Verde de Maringá. Em particular à Professora Marta Paulino Kaiser, cuja generosidade e incentivo são suas grandes características. Igualmente à Professora Elisangela Faria pelo mesmo carinho.

Aos amigos Charles Kendi Sato e Andrea Godinho, mais que companheiros diários de trabalho, uma verdadeira família construída ao longo de anos e anos do exercício da advocacia, em que juntos saboreamos alegrias, tristezas e grandes momentos!

Aos Professores e Grandes Amigos Caio Henrique Lopes Ramiro e Andreza Cristina Mantovani, cujo gosto pelo conhecimento e pela pesquisa promove naqueles que estão à sua volta o sentimento de que também são capazes de integrar esse universo do pensar acadêmico. Agradeço a generosidade dispensada ao compartilhar por meio de sugestões de leituras, de discussões sobre as dúvidas que surgiam com as leituras realizadas em cada disciplina cursada e que, ao final de cada debate, mostravam-me o quanto é apaixonante o universo da pesquisa. Um agradecimento especial para a fase de elaboração desse trabalho, que mesmo em meio a tantos afazeres acadêmicos e projetos pessoais em curso, encontraram tempo para dissipar dúvidas e incertezas surgidas ao longo da redação dessa dissertação. Igualmente aos Professores e Amigos João Francisco Toso, Eduardo Massarutti, Diogo Félix, Alex Alves.

Ao Professor Doutor Roberto Wagner Marquesi, titular da disciplina de Direito Civil do curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina que, no período em que fui sua aluna, me despertou a curiosidade em conhecer o Direito Civil com mais profundidade e, ao final, me descobri encantada com o conteúdo da Parte Geral II - Negócio Jurídico.

Às secretarias do curso de Ciências Jurídicas, pelo exemplo de comunicabilidade e presteza durante esses anos de aprendizado na PPGCJ-UNICESUMAR. Um agradecimento especial à Eloíza Ribeiro, carinhosamente chamada por mim de “Elô” que me acompanha em minha caminhada acadêmica desde o meu primeiro dia de aula na graduação em Direito, cursada na Universidade Estadual de Maringá/UEM.

Ninguém vence sozinho... OBRIGADA A TODOS!!

“‘Quando eu nasci, um anjo muito louco veio em minha mão’, disse Torquato.
Esse anjo leitor, que se transporta para fora de si, ocupa o lugar do outro, se torna, um pouco, esse fascinante estanho – o escritor.
Há uma dose inevitável de loucura (de delírio) em qualquer leitura.
O leitor se apossa de palavra alheia. Acredita que lê o outro, quando lê a si. O outro é só um caminho. Palavras não são monumentos, são estrada”.

(CASTELLO, 2013).

FANTE, Luciana Souza. **DIREITO E LITERATURA: UM DIÁLOGO PARA O RECONHECIMENTO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS MULHERES POR INTERMÉDIO DA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DAS OBRAS DE MACHADO DE ASSIS.** 114 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro Universitário de Maringá- UniCesumar.Orientador: Prof. Dr. Cléber Sanfeleci Otero. Maringá, 2018.

RESUMO

Essa dissertação busca analisar os efeitos positivos que a literatura provocou nas Ciências Jurídicas, ao despertar no operador do Direito a necessidade de modernização quanto aos métodos interpretativos utilizados até então, conhecidos como a velha hermenêutica. A nova hermenêutica permite ao operador do Direito uma melhor compreensão dos fatos analisados, porque permite sua observação no contexto em que aconteceram. Ao explorar o romance Helena, escrito por Machado de Assis no século XIX, observa-se que há um texto jurídico velado, quando o escritor intuitivamente dá os primeiros sinais da necessidade de proteção da condição do feminino naquele período. O trabalho está estruturado em três capítulos: o primeiro capítulo é dedicado ao Direito e à Literatura e são abordados o surgimento desse movimento, suas classificações e destacadas algumas obras literárias que não possuem nenhum cunho jurídico, mas retratam o conflito vivenciado por seus personagens, quanto à necessidade de tutelar os direitos da personalidade, quando nem se falava e tampouco se imaginava que eles deveriam ser tutelados e positivados. O segundo capítulo é dedicado as técnicas ou aos chamados métodos interpretativos da norma jurídica, iniciando-se pelos clássicos até chegar a nova hermenêutica, o chamado giro linguístico iniciado por Heidegger e aperfeiçoado por Gadamer, no qual o operador do Direito dialoga com essa norma, contextualizando-a, para que desse modo aproxime-se ainda mais da realidade dos fatos e pratique a justiça, não tão somente o Direito quando do exercício da sua profissão. Por fim, o terceiro capítulo é a análise das obras literárias de Machado de Assis ambientadas no século XIX, nas quais observa-se a total invisibilidade da mulher perante a sociedade. A realização desse trabalho ocorre por meio de revisão bibliográfica, buscando o estado da arte sobre a matéria, com a análise dos direitos da personalidade em dois períodos distintos da história. Com o método de procedimento comparativo, apresenta-se um breve enfoque sobre o período em que a história foi narrada na obra literária e o outro recorte atual, pela análise de situações similares após a recepção pelo ordenamento constitucional do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como pilar do ordenamento jurídico nacional. É empregado o método dedutivo, ao analisar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana enquanto princípio universal e o método indutivo, quando se analisam os vários desdobramentos dos Direitos da Personalidade. Igual postura se adota quando se analisam os métodos interpretativos das ciências jurídicas e as outras obras literárias. A contribuição direta da literatura para o Direito é retirar do seu operador a postura de mero replicador de artigos e reavivar nele o ideal de ser um instrumento de viabilização da justiça, utilizando os métodos interpretativos da literatura como instrumentos de melhor compreensão da norma jurídica diante do caso concreto.

Palavras-chave: Direito. Direitos da Personalidade. Literatura. Métodos de Interpretação. Interpretação da norma jurídica.

FANTE, Luciana Souza. **RIGHT AND LITERATURE: A DIALOGUE FOR THE RECOGNITION OF THE RIGHTS OF THE PERSONALITY OF WOMEN BY INTERMEDIATE INTERPRETATION FROM THE WORKS OF MACHADO DE ASSIS.** 114 f. Dissertation (Master's Degree in Legal Sciences)-University Center of Maringá-UniCesumar. Advisor: Prof. Dr. Cléber Sanfeleci Otero. Maringá, 2018.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the positive effects that literature caused in Legal Science, awakening in the Legal operator the inevitability of modernizing the interpretative methods used until then, known as ancient hermeneutics. Modern hermeneutics enables the Legal operator to understand the analyzed facts, because it allows their observation in the context in which they happened. By exploring the novel Helena, written by Joaquim Maria Machado de Assis in the 19th century, a veiled legal text can be observed, when the writer intuitively shows the first signs of the need for protection of the female condition in that period. The study is structured in three chapters: the first is dedicated to the Law and the Literature and the emergence of this movement and its ratings are approached. It also highlights some literary works that have no legal nature, but portray the conflict experienced by their characters, according to the need to protect the Personality Rights, when no one spoke about or even imagined these rights should be defended and standardized. The second chapter is devoted to techniques or the so-called interpretative methods of legal regulations. Beginning with the classical and getting to the modern hermeneutics, known as Linguistic Turn started by Heidegger and improved by Gadamer, in which the Legal operator converses based on this regulation, contextualizing it, so that they get closer to the reality of facts and practice justice, not only the Law for the exercise of the profession. Finally, the third chapter is the analysis of the literary works of Machado de Assis set in the 19th century, in which total invisibility of women towards society is observed. The accomplishment of this study occurs through literature review, searching the state of art over matter, with the analysis of the personality rights in two distinct periods of history. With the comparative procedure method, it is presented a brief focus on the period in which the story was narrated in the literary work and other updated view, through the analysis of similar situations after the reception by the constitutional order of the principle of Dignity of the human person as the pillar of the national legal system. The deductive method is employed when analyzing the principle of Dignity of the human person as a universal principle, and the inductive method, when analyzing the various developments of the Personality Rights. The same attitude is adopted when the interpretative methods of Legal Science and the other literary works are analyzed. The direct contribution of literature to Law is removing from its operator the posture of mere replicator of legal articles and reviving in him the ideal of being an instrument of feasibility of Justice, using the interpretative methods of literature as tools for better understanding of the legal regulations in the particular case.

Keywords: Law. Personality Rights. Literature. Methods of Interpretation. Interpretation of legal regulation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

1 A LITERATURA E O DIREITO 16
1.1 A CONTRIBUIÇÃO DA LITERATURA PARA O DIREITO 16
1.2 O SURGIMENTO DO MOVIMENTO DIREITO E LITERATURA E SEUS DESDOBRAMENTOS 20
1.2.1 O Direito na Literatura 24
1.2.2 Direito como Literatura 30
1.2.3 O Direito da Literatura 36

2 OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO 43
2.1 LINGUAGEM. INTERPRETAÇÃO. HERMENÊUTICA. 43
2.2 A HERMENÊUTICA COMO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA 54
2.3 O MÉTODO HERMENÊUTICO INTERPRETATIVO DA NORMA JURÍDICA E O DEVER DO JUIZ DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES 64

3 MACHADO DE ASSIS E O DIREITO: A INTUIÇÃO DO ESCRITOR DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 72
3.1 A IMPORTÂNCIA DA INTERDISCIPLINARIDADE ENTRE A LITERATURA E O DIREITO 72
3.2 HELENA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: OS PRIMEIROS QUESTIONAMENTOS SOBRE A CONDIÇÃO DO FEMININO NO BRASIL DO SÉCULO XIX 77
3.3 O PRINCÍPIO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS QUESTÕES DO GÊNERO NA OBRA DE MACHADO DE ASSIS 81

CONSIDERAÇÕES FINAIS 101

REFERÊNCIAS 105

INTRODUÇÃO

O encontro entre o Direito e a Literatura não é recente, entretanto, no Brasil, somente na metade do século XX é que alcançou espaço junto aos cursos de Direito. A aproximação da Literatura com o Direito proporciona uma melhor compreensão do conteúdo dos textos jurídicos porque, através dos diversos métodos interpretativos utilizados por essa ciência, permite ao operador do Direito uma melhor interpretação dos fatos, oportunizando que a solução do conflito ocorra como uma prática da justiça e não somente pela aplicação da norma legal vigente.[1]

As academias brasileiras espelhavam-se no modelo acadêmico europeu, já que por muitos anos foram colônia de Portugal. A dogmática jurídica era seguida por todos os operadores sem a preocupação de ser sinônimo de justiça e o estímulo à pesquisa era comedido. Os pesquisadores prendiam-se à revisões da literatura jurídica, resultando em pouca inovação no campo científico e em escassas propostas inovadoras de aplicação prática da lei.

Insatisfeitos com o modelo de ensino adotado, um grupo de operadores do Direito começou a buscar uma nova forma de ensino e, assim, em 1970 surgiu, nos Estados Unidos da América[2], o movimento Direito e Literatura, tornando-se disciplina integrante dos currículos de graduação, propagando-se posteriormente para a Europa[3], com o estudo da disciplina Direito na Literatura. Essa nova disciplina foi didaticamente organizada em três grandes linhas de pesquisa: Direito na Literatura, o Direito como Literatura e o Direito da Literatura.[4]

A oxigenação literária inserida nas metodologias da interpretação da norma jurídica alertou ao operador do Direito que a lei nem sempre está apta a solucionar os conflitos apresentados ao poder judiciário, decorrentes das lacunas que levam

---

[1] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 10.

[2] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. São Paulo: Manole, 2004, p. 244.

[3] RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Direito e Literatura na construção do saber jurídico e da sustentabilidade: Lima Barreto e o futuro da natureza no direito ambiental. In: RAMIRO, Caio Henrique Lopes; PRECIPITO, Lis Maria Bonadio. **Direito e desenvolvimento**: estudos sobre a questão ambiental e a sustentabilidade – homenagem ao prof. Márcio Teixeira. São Paulo: LiberArs, 2015, p.147.

[4] CHUEIRI, Vera Karan de. Direito e Literatura. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 28.

seu operador por meio de uma interpretação subjetiva, a aplicar a melhor norma para solucionar o caso em tela.

Sob essa perspectiva, essa dissertação busca analisar os efeitos positivos que a literatura provocou nas Ciências Jurídicas, ao despertar no operador do Direito a necessidade de modernização quanto aos métodos interpretativos utilizados até então, conhecidos como a velha hermenêutica, que pouco a pouco perderam espaço nas academias. A nova hermenêutica possibilita ao operador do direito uma melhor compreensão dos fatos a serem analisados, pois permite sua análise no contexto em que aconteceram. A contribuição direta da literatura para o Direito é retirar do seu operador a postura de mero replicador de artigos, fruto do dogmatismo originário de nossas academias e reavivar nele o ideal de ser um instrumento de viabilização da justiça.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro é dedicado ao Direito e à Literatura, nos quais são abordados o surgimento desse movimento e as suas classificações, destacando algumas obras literárias que não possuem nenhum cunho jurídico, mas retratam o conflito vivenciado por seus personagens, quanto à necessidade de tutelar os direitos da personalidade, em uma época em que nem se falava em imaginava que eles deveriam ser tutelados e positivados.

O segundo capítulo é dedicado às técnicas ou aos chamados métodos interpretativos da norma jurídica, iniciando-se pelos clássicos até chegar-se a nova hermenêutica, o chamado giro linguístico iniciado por Heidegger e aperfeiçoado por Gadamer, no qual o operador do Direito dialoga com essa norma, contextualizando-a, para que desse modo aproxime-se ainda mais da realidade dos fatos e pratique a justiça e não tão somente o Direito quando do exercício da sua profissão.

Por fim, o terceiro capítulo é dedicado ao objeto dessa pesquisa, demonstrando o quanto a literatura permitiu que suas técnicas interpretativas tornassem as normas jurídicas mais flexíveis, sem, no entanto, ser sinônimo de descumprimento da lei e da ordem, mas como uma mensageira da justiça, já que muitos autores apontavam a necessidade de se tutelar e efetivar os direitos da personalidade, sem ao menos pensar em direitos humanos ou que este já fosse objeto de discussão pelos juristas.

É o caso de Machado de Assis, autor dos romances Helena, Memorial de Aires e Dom Casmurro, todos ambientados no século XIX, nos quais aponta para a total invisibilidade da mulher perante a sociedade. Observa-se que ela não gozava

de nenhuma garantia ou qualquer direito que fosse inerente à sua condição feminina, pois tudo o que possuía enquanto direitos civis derivava do patriarcado masculino e que, após o casamento, a figura do pai ou do irmão era assumida pelo marido.

Machado de Assis intuiu a necessidade de se tutelar efetivamente os direitos da personalidade, ao descrever o universo feminino como inexistente aos olhos da sociedade. O século XIX foi um marco para a luta da mulher quanto à sua emancipação social, política e para a efetivação de alguns direitos já concedidos aos homens. Essa significante vitória é fruto de muito enfrentamento e superação das mais variadas formas de tratamento humilhante e desumano que tiveram que superar para atingirem esse ideal.

A realização desse trabalho ocorre por meio de uma revisão bibliográfica, buscando o estado da arte sobre a matéria, com a análise dos direitos da personalidade em dois períodos distintos da história. Com o método de procedimento comparativo, apresenta-se um breve enfoque sobre o período em que a história foi narrada na obra literária e o outro recorte atual, com análise de situações similares após a redemocratização.

Para tanto, emprega-se o método dedutivo quando se analisa o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana enquanto um princípio universal, e do método indutivo, quando é analisado o desdobramento do Direito da Personalidade ao verificar o direito a imagem sob a ótica do conflito vivenciado por Jacobina, o acesso a um ideal de justiça, no caso do julgamento da pequena May Bell, dentre outros temas abordados nessa dissertação. Para finalizar essa pesquisa, repetem-se os mesmos métodos interpretativos ao analisar a Ciência Jurídica e a sua relação com as obras literárias analisadas no terceiro capítulo.

1 A LITERATURA E O DIREITO

A relação de interdisciplinaridade entre o Direito e a Literatura proporciona ao operador do direito uma maior e melhor compreensão do conteúdo dos textos jurídicos, permitindo a aplicação das normas em conformidade com o contexto social e da realidade em que os fatos ocorrem.[5]

Essa proximidade permite, agora, que o conhecimento dogmático e verticalizado, antes priorizado por muitos anos junto às academias, confira espaço a uma ciência jurídica que almeja a justiça ao invés da simples aplicação da norma. A busca por essa maturidade jurídica surgiu devido aos inúmeros conflitos que foram solucionados juridicamente, em conformidade com a legislação vigente, mas que nem sempre foram sinônimos de justiça.

Com o encontro entre o Direito e as Literatura, percebeu-se que as duas ciências possuíam muito mais afinidades do que distanciamento para atingirem seus objetivos, porquanto utilizam a linguagem como instrumento de exteriorização de seus conteúdos, resultado de interpretações metodológicas realizadas para uma melhor compreensão da extensão do conteúdo que está inserido na norma jurídica.

O movimento Direito e Literatura não é recente, entretanto, no Brasil, somente na metade do século XX é que alcançou espaço acadêmico para que fossem promovidos estudos regulares da influência das técnicas literárias no universo jurídico.

1.1 A CONTRIBUIÇÃO DA LITERATURA PARA O DIREITO

Ao tratar desse tema, o primeiro questionamento que surge é: qual a contribuição da Literatura para o Direito?

Para responder a essa indagação, primeiramente foi investigado o que a Literatura e o Direito apresentam em comum. Analisando o conteúdo de uma ciência e outra, verifica-se que elas utilizam a linguagem e a interpretação como formas de

[5] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.10.

transmissão da mensagem junto à sociedade em que participam: “o jurista conhecedor da literatura seria íntimo com os problemas da alma humana; na linha da advertência de Terêncio, para quem tudo que fosse humano não lhe seria estranho”.[6]

Dworkin esclarece que: “[...] que a prática é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral”.[7] O autor ainda informa que “[...] podemos melhorar nossa compreensão do Direito, comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura”.[8]

A respeito, Godoy afirma que

> Concomitantemente, direito e literatura também se aproximam no sentido de que suscitam narrativas e possibilidades retóricas. O direito se expressa prioritariamente em forma literária. Busca o convencimento, a persuasão, e consequentemente não se pode deixar de lado a tradição teórica, que remonta ao Estagirita. Direito e literatura também se aproximam no que se refere às possibilidades hermenêuticas que suscitam. Ainda, e retoma-se o problema dramático da autoria, direito e literatura acenam com problemas de identificação do criador da mensagem. Cuida-se de questões de plágio, consciente ou inconsciente.[9]

A interdisciplinaridade entre as Ciências Jurídicas e a Ciência das Letras não é recente, o seu reconhecimento acadêmico se confirmou na segunda metade do século XX, quando os estudos nessa linha de pesquisa tornaram-se regulares junto à acadêmica.

Esse diálogo despertou no Direito um novo olhar para a solução de velhos conflitos. A oxigenação literária inserida nas metodologias utilizadas na interpretação da norma jurídica alertou o operador do Direito para o fato de que a norma jurídica nem sempre está apta a solucionar os conflitos apresentados ao Poder Judiciário, decorrentes das lacunas que levam esse operador, por meio de uma interpretação subjetiva, a aplicar a melhor norma para solucionar o caso em tela.

Outra contribuição da literatura, tão importante quanto a utilização dos métodos interpretativos, foi a necessidade de dialogar com outros ramos da ciência

---

[6] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 25.
[7] Ibidem, p. 217.
[8] Ibidem, p. 217.
[9] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.10.

em busca da realização da justiça[10]. O estreitamento desses conteúdos permite ao operador do Direito uma formação globalizada, afastando o conhecimento fragmentado da disciplina jurídica, representado por meio do conhecimento verticalizado.

Para Juliana Azeredo Arneitz,

> O fenômeno da interdisciplinaridade surgiu como resposta à deficiente produção de conhecimento em face da excessiva segmentação do conhecimento. Na verdade, 'a interdisciplinaridade tem a finalidade de mediar as divisões dos saberes, de aproximar [...] a ciência, a universalidade e a sociedade'.[11]

É a interdisciplinaridade o novo caminho que a ciência do Direito está percorrendo. Com isso, os operadores do direito se aproximam da realidade das partes que se socorrem do Poder Judiciário, permitindo uma decisão justa, e não somente a solução do conflito. Ost e Talavera apud Trindade e Sperandio esclarecem:

> [...], a literatura exsurge, como um verdadeiro repositório de fontes para a reflexão crítica do direito. Além disso, por meio de duas ficções ocorre o registro histórico dos valores de um determinado lugar - à época, na medida em que suas representações do poder, da lei e da justiça, por exemplo, também conformam o imaginário coletivo e social.[12]

Os primeiros estudos entre o Direito e a Literatura não foram reconhecidos pela academia jurídica como uma contribuição positiva, sob o argumento que a linguagem literária era poética e suave, desvirtuando-se totalmente da argumentação jurídica, que é lógica, objetiva e técnica: "a grande contribuição da

---

[10] SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa; PANDOLFO, Alexandre Costi. **Encontros entre direito e literatura**: pensar a arte. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2008. p. 15.

[11] ARNEITZ, Juliana Azevedo. O direito sob o véu da literatura: entre homens e aranhas. Direito, arte, literatura e interdisciplinaridade. In: CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza, jun. 2010. p. 1892-1899. Disponível em: <http://150.162.138.7/documents/download/610;jsessionid=635EA0DDC00B53AAFC32455F0C7F2E7D>. Acesso em: 21 abr. 2017. p. 1892.

[12] OST, 2005; TALAVERA, 2006 apud TRINDADE, André Karan; SPERANDIO, Marilin Soares. Garantismo e Literatura: A lição de Leonardo Sciascia sobre o papel dos princípios na construção das decisões. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2124-2149, 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22275/18887>. Acesso em: 23 abr. 2017. p. 2125.

Literatura ao Direito é no sentido de sensibilizar os juristas, fazendo com que estes percebam a dimensão do outro". [13]

Dworkin afirma que os textos jurídicos devem ser claros e objetivos, para que o operador do Direito compreenda a norma em toda a sua extensão e que, ao utilizá-los, guarde relação com o contexto social em que está inserido[14]. Para ele, "[...] devemos estudar a interpretação como uma atividade geral, como um modo de conhecimento atentando para outros contextos dessa atividade".[15] A literatura compartilha com o direito "[...] o poder de colocar-se na figura do outro [...], já que tal sensibilidade é escassa entre os operadores do direito na 'modernidade'"[16]. Como bem esclarece Schwartz,

> [...] a relação entre Direito e Literatura aparece como uma forma diversa de abordagem da ciência do Direito, calcada na superação do modelo heteropoiético/positivista, procurando novas formas de observação transdisciplinares (observação de segundo grau) que possibilitem a constatação e a superação do já referido distanciamento temporal para com a sociedade na qual se insere.[17]

Apoiada nos ensinamentos de Germano Schwartz, Cristian Silva esclarece que a literatura reproduz o cotidiano com todas as suas oscilações e proporciona ao operador do direito mais flexibilidade em sua atuação, permitindo uma melhor compreensão da extensão da norma jurídica, cuja finalidade é eliminar a aplicação inflexível da norma e proporcionar justiça àqueles que se socorrem dela.[18]

---

[13] SILVA, Cristian K. da. Direito e literatura: uma contribuição para o discurso jurídico em William Shakespeare. Direito, arte e literatura. In: CONPEDI, 25., 2015, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte, nov. 2015. p. 82-106. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/y861uih8/Ky1qpUHiYOLC0A66.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2016. p. 85.

[14] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 218-220.

[15] Ibidem, p. 218.

[16] SCHWARTZ, 2006 apud SILVA, Cristian K. da. Direito e literatura: uma contribuição para o discurso jurídico em William Shakespeare. Direito, arte e literatura. In: CONPEDI, 25., 2015, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte, nov. 2015. p. 82-106. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/y861uih8/Ky1qpUHiYOLC0A66.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2016. p. 84.

[17] SCHWARTZ, Germano. Direito e Literatura: proposições iniciais para uma observação de segundo grau do sistema jurídico. **Revista da AJURIS,** v. 31, n. 96, dez. 2004. p. 126-139. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1c77b?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0 >. Acesso em: 21 abr. 2017. p. 126.

[18] Ibidem.

1.2 O SURGIMENTO DO MOVIMENTO DIREITO E LITERATURA E SEUS DESDOBRAMENTOS

O movimento Direito e Literatura nasceu nos Estados Unidos da América na década de 1970, conforme esclarece Godoy:

> O movimento *direito e literatura (Law and literature)* surge quando James Boyd White publica *The legal imagination* (A imaginação jurídica). White vale-se de peças literárias, discutindo o direito a partir de autores como Henry Adams, Ésquilo, Jane Auste, William Blake, Geoffrey Chaucer, D.H. Lawrence, Marlowe, Helan Melville, Milton, Molière, George Orwell, Alxander Pope, Ruskin, Shakespeare, Shaw, Shelley, Thoreau, Tolstoy e Mark Twain, entre outros.[19]

A partir daí, tornou-se disciplina integrante dos currículos de graduação, propagando-se posteriormente para a Europa[20], com o estudo da disciplina Direito na Literatura[21]. O movimento, inicialmente estadunidense, se propaga em várias partes da Europa. Caio Henrique Lopes Ramiro apresenta uma síntese da evolução deste movimento, destacando alguns trabalhos que ganharam destaque:

> Em solo europeu, destaca-se o trabalho pioneiro de Hans Fehr, com a publicação, em 1923 e 1931, de *Das Recht IM Bild (1923) e Das Recht in der Dichtung.* Ainda no ano de 1936, na Itália, vem a público *La letteratura e la vita del diritto,* de Antônio D'Amato, e esse período pode ser encarado como a primeira fase do movimento. Entre 1940 e 1980 se dá a fase *intermediária,* nos Estados Unidos da América há um aprofundamento dos trabalhos investigativos e, em Europa, há uma proliferação dos estudos. [...]. Em solo germânico destacam-se os nomes de Jörg Schönert, Hans-Jürgen Lüsebrink, Klaus Lüderrsen, por exemplo. Ainda, nos países de língua francesa Régine Dhoquois e, mais recentemente, François Ost.[22]

Essa nova disciplina foi didaticamente organizada em três grandes linhas de pesquisa, tomando por referência a forma como o conteúdo foi abordado por Schwartz e que passou a ser classificada em: Direito na Literatura, o Direito como

---

[19] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos.** São Paulo: Manole, 2004. p. 244.

[20] RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Direito e Literatura na construção do saber jurídico e da sustentabilidade: Lima Barreto e o futuro da natureza no direito ambiental. In: RAMIRO, Caio Henrique Lopes; PRECIPITO, Lis Maria Bonadio. **Direito e desenvolvimento:** estudos sobre a questão ambiental e a sustentabilidade – homenagem ao prof. Márcio Teixeira. São Paulo: LiberArs, 2015. p.147.

[21] CHUEIRI, Vera Karan de. Direito e Literatura. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito.** Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006. p. 28.

[22] RAMIRO, op. cit., p. 147.

Literatura e o Direito da Literatura: "[...] o *Law* e *Literature Movement* faz com que esse estudo apareça, via de regra, em uma divisão tripla: Direito na Literatura, o Direito como Literatura e o Direito da Literatura. Dessa tripartição, aceita também na Europa, exsurge o formato de como se estudar o Direito com base na Literatura". [23]

Essa catalogação não é fixa e nos são apresentadas outras divisões, mas sempre de acordo com essa classificação, como Antônio Godoy informa:

> [...] de acordo com a referida taxionomia o estudo do Direito e da Literatura corresponde a sete campos: direito *na* literatura, direito *como* literatura, literatura *como instrumento* de mudança do direito, direito *e ficção,* hermenêutica, direito *da* literatura e direito *e* narrativa [...].[24]

O Direito na Literatura é a forma como a Ciência Jurídica é apresentada na literatura, de maneira mais simples.[25] O enfoque da divisão Direito como Literatura permite o estudo do Direito mediante a sua integração com a obra literária, integrando o enredo da trama.[26] Já o Direito da Literatura, relaciona-se ao seu conteúdo legalista, buscando a proteção não só dos seus criadores, quanto das próprias criações. Sobre essa classificação, Vera Karam Chueiri esclarece que:

> Direito e Literatura podem dizer respeito tanto ao estudo de temas jurídicos na Literatura, e neste caso estar-se-ia referindo ao Direito na Literatura; como à utilização de práticas da crítica literária para compreender e avaliar o Direito, as instituições jurídicas, os procedimentos jurisdicionais e a justiça, e neste caso, estar-se-ia referindo ao Direito como Literatura. No primeiro caso, é o conteúdo da obra literária que interessa ao Direito, enquanto, no segundo, a própria forma narrativa da obra pode servir para melhor compreender a narrativa jurídica, como, por exemplo, as sentenças que os juízes constroem.[27]

Nessa mesma linha classificatória e compartilhando dos estudos de Françoies Ost, Caio Ramiro afirma:

---

[23] SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 52-53.

[24] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17.

[25] SILVA, Cristian K. da. Direito e literatura: uma contribuição para o discurso jurídico em William Shakespeare. Direito, arte e literatura. In: CONPEDI, 25., 2015, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte, nov. 2015. p. 82-106. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/y861uih8/Ky1qpUHiYOLC0A66.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2016.

[26] Ibidem.

[27] CHUEIRI, Vera Karan. Direito e Literatura. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito.** Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 30.

> A relação entre direito e literatura normalmente realiza-se em três dimensões: o direito da literatura, perspectiva que analisa a questão da liberdade de expressão, a história jurídica da censura e políticas de subsídios editoriais, por exemplo; em um segundo momento, tem-se o direito como literatura, oportunidade em que a investigação gira em torno da análise retórica e, principalmente, pode-se comparar os métodos de interpretação entre os textos literários e jurídicos; por último, o direito na literatura, em que se buscam as questões mais fundamentais sobre o direito, a justiça e o poder – por exemplo, nos textos literários e não nos manuais jurídicos ou diários oficiais.[28]

No Brasil, há o predomínio do ensino jurídico dogmático que reproduz fielmente a metodologia de ensino do início do século e que, por muito tempo, foi adotado nas escolas europeias. Uma grande parcela das instituições de ensino ainda proporciona aos seus estudantes um conhecimento fragmentado, especializado e isolado das demais ciências.

Acerca da linguagem jurídica, Gustav Radbruch a reconhece como um vocabulário estritamente técnico, isento de qualquer sentimento e a compara com a linguagem própria da luta pelo Direito, afirmando que

> [...] A linguagem jurídica é fria: renuncia a todo tom emocional; é áspera: renuncia a toda motivação; é concisa: renuncia a todo doutrinamento. Desse modo surge a pobreza propriamente buscada de um modo lapidar, que expressa de modo insuperável a segura consciência de força do Estado autoritário, e que, em sua exatíssima precisão, pode servir de modelo estilístico a escritores de primeira ordem como Stendhal. Se a linguagem jurídica é o estilo frio e lapidar, em estranho contraste, a linguagem da luta pelo direito, do sentimento jurídico combativo, é retórica e ardorosa.[29]

Aqui, por ora, não houve a recepção forte desse movimento. Ramiro e Precipito informam que "[...] em terras brasileiras é possível se identificar os trabalhos de juristas que escreviam textos literários, como é o caso, por exemplo, de Rui Barbosa, Tobias Barreto e Nelson Saldanha". [30] Propondo uma inovação de cima para baixo, alguns desbravadores inseriram o estudo da literatura e do Direito em eventos jurídicos e cursos de pós-graduação em nível de mestrado e doutorado, no

---

[28] OST, 2000 apud RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Direito, literatura e a construção do saber jurídico: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, DF, a 49, n. 196, p. 297-309, out./dez. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496629/000967071.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 abr. 2017. p. 298.

[29] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 157.

[30] RAMIRO, Caio Henrique Lopes; PRECIPITO, Lis Maria Bonadio. **Direito e desenvolvimento:** estudos sobre a questão ambiental e a sustentabilidade – homenagem ao prof. Márcio Teixeira. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 147.

entanto, não é disciplina obrigatória em nenhuma faculdade de Direito em funcionamento.

Nos dias de hoje, há uma formação de operadores do Direito, com o esquecimento de que o principal papel das instituições de ensino é permitir ao bacharel a compreensão, desde a sua formação, de que o principal objetivo da profissão escolhida é a luta pela justiça e que esse objetivo só é alcançado quando dialogado com outras fontes do saber.

Ítalo Lustosa Roriz explica que

> A interdisciplinaridade tem por espoco principal a incorporação das análises e dos resultados de outras disciplinas em torno de um estudo, com a finalidade de preparar melhor as futuras gerações. As relações interdisciplinares são exigências internas das ciências humanas, são formas de aprimoramento da realidade, são formas de resposta dos homens, por meio de interpretações globais as necessidades de conhecimento da existência humana.[31]

Essa interdisciplinaridade permite ao profissional do Direito a utilização de metáforas para realização de críticas e denúncias aos sistemas sociais, econômicos, políticos e de todos os males que assolam a sociedade.[32] Simone Peixoto Ferreira Porto esclarece que a Ciência Jurídica, mais que qualquer outra, tem um papel social relevante e,

> [...] dessa forma, perscrutaremos a íntima relação da literatura com o direito ao longo dos séculos, enfatizando o seu papel de instrumento disseminador da crítica social às relações de poder, bem como de estimulador da reflexão acerca do papel desempenhado pelo Direito, pelo Estado e pela Sociedade na permanente luta do ser humano por justiça e por um mundo melhor.[33]

Nesse sentido, apoiada nas lições de Pedro Talavera, Flávia Nascimento Giongo e Camila Queiroz Pedro esclarecem que “[...] o conhecimento da literatura

---

[31] RORIZ, Ítalo Lustosa. Direito e Literatura: uma breve análise das obras de Sófocles, Shakespeare e Kafka à luz da justiça. **Direito, arte e literatura.** CONPEDI. Brasília, DF, jul. 2016. p. 170-189. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/uw01l8th/t415yF3d1c40PztX.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2016. p. 171.

[32] PORTO, Simone Peixoto Ferreira. A justiça sob a perspectiva das obras clássicas da literatura mundial: Antígona, O Mercador de Veneza e o Processo. **Direito, arte e literatura**. CONPEDI. Brasília, DF, jul. 2016. p. 305-323. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/uw01l8th/57v8LU7C8aQNB4D4.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2016.

[33] Ibidem, p. 306.

por parte do jurista, serve para que ele compreenda melhor o direito e adquira uma capacidade de reflexão crítica acerca de questões da esfera judicial [...]”.[34]

O Direito se expressa por meio da norma jurídica, numa linguagem fria dotada de um rigorismo elevado, cujo escopo é manter a paz e regular a ordem, enquanto a literatura retrata o conflito a ser interpretado por meio de uma narrativa suave e contextualizada com os valores e costumes da sociedade, em um determinado tempo e espaço.

1.2.1 O Direito na Literatura

A Literatura sempre foi uma ciência muito bem recebida pela elite intelectualizada, assim como o Direito. Muitos escritores também eram juristas e o contrário não era regra[35]. Os métodos interpretativos desenvolvidos pelos literatos tinham por finalidade a compreensão das mais variadas produções textuais. Antônio Godoy informa que

> Boa parte de nossos escritores era de bacharéis em Direito, e muitos deles exerceram a advocacia, a promotoria ou a magistratura. Nomeadamente: Gregório de Matos Guerra, Cláudio Manoel da Costa, Tomás Antônio Gonzaga, Gonçalves Dias, Álvares de Azevedo, Castro Alves, José de Alencar, Raul Pompéia, Raimundo Correia, Alphonsus de Guimaraens, Augusto dos Anjos, Graça Aranha, Godofredo Rangel, Oswald de Andrade, Alcântara Machado, José Lins do Rego, Clarice Lispector, Jorge Amado, Lygia Fagundes Telles e Monteiro Lobato.[36]

O estudo do Direito na Literatura busca o conteúdo jurídico nas produções literárias. Godoy esclarece que “[...] é o que poderia ser discutido a partir da leitura de Dickens (*Bleak House),* Sófocles (*Antígona),* Coetzee (*À Espera dos Bárbaros*)[...]”.[37] E continua afirmando que “[...] pretende-se demonstrar que a

---

[34] TAVALERA, 2006 apud GIONGO, Flávia Nascimento; PEDRO, Camila Queiroz. Direito e literatura: o *law and literature movement* e as possibilidades da interdisciplinaridade. In: **CONAPE- V Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas**, Francisco Beltrão, out. 2016. p. 1086-1097. Disponível em: <http://midas.unioeste.br/sgev/eventos/278/downloadArquivo/18169>. Acesso em: 29 abr. 2017. p. 1092.

[35] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura:** anatomia de um desencanto – desilusão jurídica em Monteiro Lobato. Curitiba: Juruá, 2006. p. 27.

[36] Ibidem, p. 27.

[37] Ibidem, p. 14.

literatura de ficção seja amplo campo para identificação e problematização das mazelas do direito”. [38]

O resultado das pesquisas promovidas nos textos literários com influências jurídicas refletiu diretamente na melhora da capacidade interpretativa dos operadores do Direito. A metodologia aplicada para o desenvolvimento desses trabalhos analisava os acontecimentos jurídicos inseridos no contexto social de onde aconteceu o fato, e não isoladamente como o Direito sempre o fez.[39] Miguel Reale já afirmava que o Direito é “[...] um fato ou fenômeno social”. [40]

Outro impacto positivo nas carreiras jurídicas foi a melhora significativa na capacidade de compreensão e de absorção dos conteúdos estudados pelos aplicadores do Direito, já que permite a solução do conflito utilizando conhecimento horizontalizado e não verticalizado, fórmula adotada pelo Direito, fruto de uma escola totalmente dogmática.

Uma das contribuições da interdisciplinaridade entre a literatura e o Direito foi permitir aos seus operadores uma melhor maturidade na hora de aplicar a norma jurídica, resultado da ampliação da capacidade interpretativa de seus profissionais ao buscar o contexto social em que se deram os fatos. Nesse sentido, releva a explicação de Dworkin:

> Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Também suponho que o direito, sendo mais bem compreendido, propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral.[41]

No Brasil, a produção literária dotada de conteúdo jurídico tem seus primeiros escritos no início do século XVII, com Gregório de Matos Guerra, poeta de alma e jurista por formação. O literato baiano ficou conhecido pelo atrevimento de seus textos, que abordava temáticas como a religião, a sátira e o erotismo.

---

[38] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura:** anatomia de um desencanto – desilusão jurídica em Monteiro Lobato. Curitiba: Juruá, 2006. p. 17.
[39] Ibidem.
[40] REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 2.
[41] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 217.

No século XIX, esse movimento ganhou reforço com Manuel Antônio de Almeida, em seu livro Memórias de um Sargento de Milícias[42], ao apresentar ao público a narrativa de um oficial de justiça[43], enquanto Martins Pena, no livro O Juiz de Paz na Roça, satiriza o exercício da profissão de um juiz de paz que desconfiava das corrupções na comunidade local.[44] O apogeu desse movimento é representado por Machado de Assis e Lima Barreto que, segundo Arnaldo Godoy:

> [...] A virada do século matiza literatura de sabor realista. O campeão é Machado de Assis. *Esaú e Jacó* substancializa enredo que opõe república e império, o novo e o velho, a sociedade democrática e a ordem escravocrata. Lima Barreto também é símbolo daquele tempo. Escritor maldito, renegado pela Academia, marcado pela cor da pele e pela patologia significativa da exclusão, alcoólatra, morreu jovem. Lima Barreto é fonte perene de reflexões que aproximam conteúdos institucionais, jurídicos e políticos na produção literária.[45]

Quando o Conto do Espelho, de Machado de Assis[46], foi publicado, não falava-se em direitos humanos e tampouco em direitos da personalidade. Naquele período, no Brasil, o ordenamento jurídico era uma cópia fiel das leis portuguesas. O escritor, ao descrever a dificuldade de Jacobina em aceitar a sua imagem de cidadão comum, demonstra total conhecimento em admitir que a imagem divide-se em interna e externa, demonstrando o conflito do personagem central em aceitar a sua imagem retrato, uma vez que a imagem atributo é a que lhe confere respeito em seu meio social, pois mediante ela era reconhecido como o “senhor alferes”.[47] O texto abaixo esclarece com muita nitidez o desequilíbrio emocional de Jacobina:

> Rompida a comunicação com os seres humanos que o incensavam, Jacobina experimentou, como primeiro efeito da solidão, ‘uma sensação como de pessoa que houvesse perdido toda a ação nervosa, e não tivesse consciência da ação muscular’. Estranhos sintomas de um corpo cujos

---

[42] ALMEIDA, Manuel Antônio de. **Memórias de um sargento de milícias**. 25. ed. São Paulo: Ática,1996. Disponível em: <https://rl.art.br/arquivos/4751401.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2017.

[43] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura:** anatomia de um desencanto – desilusão jurídica em Monteiro Lobato. Curitiba: Juruá, 2006. p. 11.

[44] MARTINS, Pena. **O Juiz de Paz da Roça**. São Paulo: Publifolha. 1997 (Biblioteca Folha; 5). Disponível em: <http://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-44955/o-juiz-de-paz-da-roca>. Acesso em: 01 dez. 2017.

[45] GODOY, op. cit., p. 11.

[46] MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **O Espelho.** Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. II. p. 90.

[47] BOSI, Alfredo. O duplo espelho em um conto de Machado de Assis. **Estud. av.[online]**. 2014, v. 28, n. 80, p.237-246. Disponível em: <http://www.scielo.br/scieloOrg/php/reference.php?pid=S010340142014000100020&caller=www.scielo.br&lang=en>. Acesso em: 05 maio 2017.

> movimentos fossem de repente paralisados. Quão profundo e intenso fora o estímulo da alma exterior a ponto de, na sua falta, cessar todo sinal da alma interior! À paralisia dos músculos e dos nervos sucede a parada do tempo. 'Nunca os dias foram mais compridos, nunca o sol abrasou a terra com uma obstinação mais cansativa. As horas batiam de século a século, no velho relógio da sala, cujo pêndulo, *tic-tac, tic-tac*, feria-me a alma interior, como um piparote contínuo da eternidade'. A lembrança de um poema de Longfellow dava-lhe calafrios, pois o estribilho, *never, for ever – for ever, never!*, era o próprio símbolo do eterno imutável, do sempre e do nunca. Caindo a noite, vieram as sombras, e a solidão fazia-se ao mesmo tempo mais estreita e mais larga.[48]

As obras de Machado de Assis possuem essa marca. O seu conto "O Espelho"[49] retrata muito bem o conceito jurídico do direito à imagem. Poeticamente, denuncia o drama vivenciado pelo seu personagem central, quando vê a sua imagem-atributo abalada, pois Jacobina se sente desprotegido, desrespeitado e desprovido de qualquer atenção ou valor perante a sociedade, quando não está uniformizado com a farda de Alferes.[50]

Semelhante ao sentimento de Jacobina[51], podemos perceber a situação de qualquer indivíduo que seja titular de um direito indenizatório, ao ver a sua imagem ou de um ente querido publicada sem autorização em redes sociais, veículos de comunicação onde predomina o conteúdo sensacionalista ou de qualquer outra forma de obter vantagem, tem a sua intimidade, privacidade, sua honra, ofendida, decorrente de uma exposição vexatória.

O Brasil adota a Dignidade da Pessoa Humana[52] como princípio constitucional e alicerce de todo o seu ordenamento jurídico. O direito à imagem integra esse conteúdo fundamental e é alvo de proteção tanto no ordenamento jurídico interno quanto externo. O direito à imagem também encontra amparo legal no Princípio da Isonomia, mas está reconhecido expressamente como direito fundamental nos incisos V, X e XXIII do art. 5º da Constituição Federal[53] e "[...] não poderá sofrer qualquer modificação, nem mesmo por meio de emenda

---

[48] BOSI, Alfredo. O duplo espelho em um conto de Machado de Assis. **Estud. av.[online]**. 2014, v. 28, n. 80, p. 237-246. Disponível em: <http://www.scielo.br/scieloOrg/php/reference.php?pid=S010340142014000100020&caller=www.scielo.br&lang=en>. Acesso em: 05 maio 2017. p. 239.

[49] Ibidem.

[50] MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **O Espelho.** Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. II. p. 90.

[51] Ibidem.

[52] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <htp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2016.

[53] Ibidem.

constitucional”[54], conforme determina o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.[55]

Álvaro Notaroberto Barbosa define imagem como “[...] toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem”.[56] David Araújo esclarece que a imagem divide-se em “imagem-retrato e imagem-atributo” [57] e Mônica Neves Aguiar da Silva Castro ainda inclui nessa proteção “partes do corpo e a voz do indivíduo [...]. Isto porque, sendo a imagem a forma como a pessoa é percebida, ainda que por sinais, parte do corpo, voz, e reflexo, não pode ser confundida com a representação feita por terceiro e que não seja exatamente a forma pela qual ela se apresenta”. [58] Ainda no dizer da autora:

> Ao dizer direito à própria imagem se está apontando para critérios de individualidade, identidade e reconhecimento, como determinantes da realidade jurídica da imagem humana, posto que o direito somente atua se a representação visível de uma pessoa humana pode atribuir-se a um sujeito concreto.[59]

A imagem-retrato é a apresentação do indivíduo para a sociedade, é a sua projeção, independente dos atributos que lhe são impostos. Mônica Neves Aguiar da Silva Castro esclarece que se refere “[...] a proteção, ao aspecto visual da pessoa em sua posição exterior como seus gestos, sua voz, atitudes, traços fisionômicos, que é exatamente o conteúdo tradicionalmente fixado pela doutrina”. [60]

A imagem-atributo diferencia-se da imagem-retrato, porque aquela é a projeção do indivíduo com todas as suas perfeições e imperfeições perante o seu meio, enquanto essa é a forma como esse indivíduo é conhecido perante o seu “meio profissional, social, familiar”[61], sendo inclusive objeto de indenizações distintas, conforme pontuado por David Araújo:

---

[54] CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17.

[55] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <htp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2016.

[56] BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem**: aspectos fundamentais. São Paulo. Saraiva, 1989. p. 29.

[57] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbarim, 2013. p. 23.

[58] CASTRO, op. cit., p. 28.

[59] Ibidem, p. 17.

[60] Ibidem, p. 18.

[61] ARAUJO, op. cit., p. 66.

> Não podemos pretender enquadrar a imagem-atributo em nenhum dos outros bens, já que, pelo sistema constitucional brasileiro, o bem imagem-atributo recebeu tutela distinta e separada de qualquer outro. Portanto, para a realidade constitucional brasileira, o bem imagem recebe dupla proteção inovadora: como imagem-retrato, sendo colocado ao lado da honra, vida privada e intimidade, e como imagem-atributo, sendo lançado junto ao direito de resposta, como um dos bens feridos pelos meios de comunicação [...].[62]

A imagem é um direito inerente ao indivíduo e, quando ela é abalada ou ocorre alguma forma de violação, ou mesmo quando sofre qualquer dano que lhe resulte qualquer forma de prejuízo, essa violação pode ser objeto de reparação perante o Poder Judiciário, cuja finalidade da penalização do ofensor, além de um caráter propedêutico, também o é de amenizar a dor da vítima diante da violação de um direito inerente à sua personalidade.

O operador do Direito, ao dialogar com a Literatura, percebe, nas entrelinhas do texto explorado, que os escritores apresentam uma maturidade de compreensão da norma jurídica decorrente da flexibilidade dos métodos de interpretação que, até então, era desconhecida no universo jurídico e, somente com um giro linguístico, foi que essa metodologia interpretativa passou a integrar o universo das ciências jurídicas.

Com essa metodologia contextualizada, a norma jurídica perdeu o caráter de inflexibilidade, o conhecimento deixou de ser verticalizado e buscou-se interpretar os fatos dentro do contexto social ocorrido e não como meros acontecimentos isolados. Dessa forma, há o diálogo com outras ciências e oportuniza-se que a aplicação da norma jurídica se aproxime mais do ideal de justiça do que somente o exercício do direito.

Contos, romances, dramas, dentre outras formas de produção textual, confirmam o quanto a Literatura e o Direito dialogam e o quanto nossos escritores já se encontram preparados para identificar as lacunas apresentadas pela norma jurídica, que, por muitos anos, adotou o método gramatical como técnica interpretativa. Essa metodologia isolada e descontextualizada, associada à ausência de maleabilidade e à inflexibilidade do sistema, levou muitas soluções injustas aos que socorriam ao Poder Judiciário, sem, contudo, o operador do Direito ter incorrido em qualquer violação ao ordenamento jurídico vigente.

---

[62] ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbarim, 2013. p. 66.

1.2.2 Direito como Literatura

O estudo do Direito como Literatura busca compreender a Ciência Jurídica como uma produção literária originária das criações de seus operadores, seja por meio da elaboração da lei ou do efetivo exercício da atividade profissional.[63] No exercício da atividade jurídica, segundo Godoy, "[...] estudam-se métodos estilísticos e retóricos. Insiste-se na problematização do uso das metáforas. Ocupa-se de controvérsias características da epistemologia e da filosofia da linguagem".[64]

Esse movimento tem como seu maior expoente Benjamim Nathan Cardozo, jurista norte-americano que, já na década de 1920, discutia a natureza do discurso jurídico, inclusive esboçando tentativa de taxonomia.[65]

Em seus estudos, ao se dirigir a Cardozo, Godoy afirma que

> Cardozo era realista. E como tal, era hostil para com concepções metafísicas de justiça, de justo e de direito. Insistia no direito *como* atividade literária. O texto essencial de Cardozo relativo ao direito *como* literatura foi originariamente publicado em 1925, posteriormente reproduzido num volume de ensaios, de 1931, e também estampado no volume 48 da *Yale Law Journal,* de 1938, com introdução de J. M. Landis; este último afirmava estar triste com o fato de Cardozo ter seguido a carreira da magistratura, afinal, era um exímio ensaísta [...].[66]

Os estudos realizados por Cardozo levaram-no à conclusão de que o Direito é uma ciência literária:

> [...] Cardozo dizia socorrer-se da memória e identificava seis modelos de narrativa jurídica, estilisticamente demarcados: 1) *Profissional ou imperativo; 2) Lacônico ou sentencioso; 3) Conversador ou familiar; 4) Refinado ou artificial; 5) Demonstrativo ou persuasivo; 6) Aglutinativo.* [67]

As decisões e as leis são derivações de técnicas narrativas e discursivas. Para Godoy, o Código Napoleônico de 1804 representava de modo perfeito esse movimento. E prossegue, afirmando:

---

[63] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 14.
[64] Ibidem.
[65] Ibidem.
[66] Ibidem, p. 64.
[67] Ibidem, p. 66.

> [...]É nesse aspecto que se pode falar em tentativa intelectual que marca a fixação de modo literário *no* direito. E além deste esforço classificatório há também uma poética na relação jurídica que marca Benjamim Cardozo. Estilo, retórica, hermenêutica e imaginação criadora identificam suas decisões judiciais. É o que se constata no estudo de seus votos e sentenças mais famosos, a exemplo de *In re Swart'z Will, Killiam v. Metropolitan Life Insurace Companym, Foreman v. Foreman, Hynes v. New York Central Railroad. Ostrowe v, Lee, Marchand v. Mead-Morrisom Manufacturing Company,* entre outros.[68]

Outra obra que ganha importância para as Ciências Jurídicas é a produção textual de Lon. L. Fuller, autor de "O Caso dos Exploradores de Caverna".[69] O leitor, ao enveredar-se pelas páginas do livro, coloca-se no lugar de cada um daqueles que protagonizaram o texto em análise. O exemplar relata com riqueza de detalhes, todos os acontecimentos que se sucederam após o acidente que vitimou uma equipe de cinco pessoas que exploravam cavernas. Com o acidente, as vítimas concentraram tod os esforços em busca de resgate e, para sobreviver, consumiram todos as reservas alimentares em caso de um eventual sinistro.

Devido ao longo número de dias que ficaram presos na caverna em decorrência dos escombros do desmoronamento, o resgate tornava-se cada vez mais difícil de ser concretizado, mobilizando vários profissionais das mais variadas áreas de formação. Paralelo a essa realidade, surge o problema da falta de alimentos para os sobreviventes. Na cripta onde estavam, não havia nenhuma outra fonte de sustento. Como forma de solução do problema, um dos membros da equipe sugere o consumo de carne humana, como meio de sobreviverem até o resgate.

O autor da ideia é o mais experiente de todos os espeleólogos, Roger Whetemore.[70] Ele descreve que o processo para escolha do membro que alimentará a equipe ocorrerá por meio de um sorteio. Ironicamente, ele é o escolhido. O espeleólogo busca adiar o prosseguimento do plano, mas acaba morto e é servido como alimento para os demais colegas. Após serem resgatados e o ocorrido na cripta chegar ao conhecimento daquela comunidade, os sobreviventes são acusados de homicídio e levados a um tribunal, que entende que os exploradores são culpados e o júri decide condená-los à morte. Inconformados, eles decidem recorrer

---

[68] WEISBERG, 1989, p. 283 apud GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 68-69.

[69] FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas.** Tradução do original inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 27. Disponível em: <http:www.mestremidia.com.br/ead/mod/resource/view.php?id=143>. Acesso em: 29 jun. 2017.

[70] Ibidem, p. 27.

da sentença, mas não encontram êxito no reexame da decisão singular e são levados à morte por enforcamento.

Nessa produção fictícia, observa-se que o autor produziu um verdadeiro tratado de direito. Constatam-se reflexões sobre o direito natural, contrato, ética, filosofia, direito positivo, enfim, várias áreas do conhecimento jurídico encontram-se internalizadas nessa produção literária.

Analisando a obra sob o enfoque da literatura, observamos que o autor dominou todas as técnicas exigidas pela academia literária para a sua construção. Encontramos metodologias próprias de narrativas, de argumentação, de linguística, tudo o que se exige para que seja reconhecido como um texto completo. Denise H. S. Oliveira, a respeito das técnicas argumentativas do direito, informa que:

> [...] a importância da atividade argumentativa no mundo jurídico é, de certo modo, recente, uma vez que as primeiras manifestações sobre o tema têm, pouco mais de meio século e as construções das primeiras teorias são mais novas, tendo com precursores os seguintes autores: Chäin Perelman, Toulmin e Viehweg.[71]

Nessa corrente, a produção jurídica é analisada sob o enfoque de produção literária, portanto, sentenças, pareceres e sustentações orais são recepcionadas como uma verdadeira produção textual, com a observância e utilização de todas as técnicas da literatura.

Essa linha do movimento do Direito como Literatura defende que a aplicação da lei requer uma carga interpretativa intensa, porquanto o magistrado, além de ser um operador do direito, também é o responsável pela sua aplicação e, portanto, deve concretizar as palavras existentes na lei para criar norma para o caso concreto. O grande desafio do magistrado ou qualquer outro operador do Direito é não permitir que o dogmatismo da norma jurídica vença o efetivo exercício da justiça.

Rafael Fernando Pinheiro ressalta que

> O ordenamento jurídico, diferente de outrora, pauta-se pelo respeito às garantias e direitos individuais e sociais, classificando-se como Estado Constitucional de Direito, de modo que na aplicação da lei, não deve estar

[71]OLIVEIRA, Denise Helena Schild; SALLES, Bruno Makowiecky. A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise à teoria de Manuel Atienza. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo/RS, v. 10, n. 2, p. 132-147, 2014. p. 134.

> presente apenas o requisito formal, mas também o substancial, objetivando alcançar a almejada justiça social.[72]

Na produção literária em análise, questiona-se qual a melhor técnica a ser aplicada para a solução desse conflito. Em um primeiro momento, a resposta a ser entregue ao leitor é que deveria haver a conjugação de uma interpretação literal e sociológica, uma vez que os fatos analisados em sede jurídica acontecem dentro de um contexto social. Para o Ministro Athos Gusmão Carneiro, "[...] a melhor interpretação da lei é que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo da exegese dos textos legais pode levar a injustiças".[73]

Rogério Lins Pastl esclarece que:

> A obra, por outro lado, reproduz a posição válida e legítima, como já foi dito, de juízes que representam diversas correntes jurídicas: o direito natural é representado por Foster; o positivismo de Hans Kelsen por Keen; Handy, o moderado, e Tatting, que não encotra uma resposta jurídica para fazer o julgamento, abstendo-se de julgar.[74]

Ainda sobre o tema, Ovídio Baptista afirma "[...] que o texto frio da lei não diz nada, se as necessidades sociais e o trabalho dos especialistas sobre o texto não o revelarem para as suas necessidades e funções".[75] O mestre processualista esclarece que o magistrado, quando do exercício de sua atividade, desempenha grande função interpretativa para a correta aplicação da norma jurídica, que, juntamente com a sua experiência, permite a aplicação da justiça e não somente o exercício frio da lei.

Denise Helena Schild Oliveira e Bruno Makowiecky Salles informam que ao juiz cabe um papel fundamental de interpretação da norma jurídica quando da sua

---

[72] PINHEIRO, Rafael Fernando. **A argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza**. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/ artigo, a-argumentacao-juridica-no-pensamento-de-manuel-atienza,38861.html#_ftnref14>. Acesso em: 21 maio 2017.

[73] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em:< https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/596356/recurso-especial-resp-299-rj-1989-0008697-9>. Acesso em: 29 jun. 2017.

[74] PASTL, Rogério Lins. Direito e interpretação – a solução justa no caso dos Exploradores. **Revista Diálogos do Direito.** v. 1, n. 1, maio 2012. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdodireito/article/view/2>. Acesso em: 29 jun. 2017. Pp02.

[75] SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 63.

aplicação, no entanto, alguns instituições de ensino ainda insistem em formar profissionais legalistas e,

> [...] diante disso, vislumbra-se que a sociedade urge por aplicadores do direito menos positivista e autômatos, visto que não se esclarecem que: concebe mais o modelo de juristas rábulas, com os olhos vendados para a sociedade em que vivem. Entretanto, o que se percebe nos cursos de graduação em Direito é justamente o contrário, pois não se tem dado o suporte teórico necessário para que os estudantes consigam aplicar o ordenamento jurídico associado às questões sociais, bem como, falta a base necessária da argumentação jurídica, das teorias fundamentais para a defesa das teses.[76]

Desfavorável a essa teoria, Savigny[77] defende que a ciência jurídica deve ser generalista para que possa atender a um maior número de pessoas, sustentando que o Direito deve ser como as ciências exatas, inflexível, não permitindo qualquer possibilidade de interpretação.

Outra obra literária de grande impacto jurídico é a narrativa que conta a história da pequena Mary Flora Bell, que foi considerada a criança mais nova a cometer um homicídio. A história foi narrada pela jornalista Gitta Sereny em dois momentos distintos, o primeiro, logo após o julgamento e a condenação da pequena Mary, e a segunda vez, após a sua soltura.[78]

A produção jornalística analisada apresenta uma relação direta com o universo jurídico. Nessa produção literária, observamos que, à época na qual se deram os crimes, a instauração do inquérito policial e a instalação do tribunal do júri, no qual o conselho de sentença reconheceu a culpabilidade da pequena Mary, foi a literatura que apontou graves erros do Poder Judiciário, principalmente a falta de preparo técnico para solucionar conflitos envolvendo crianças e pessoas com algum distúrbio de fundo emocional.

Mesmo o Poder Judiciário contando com equipe multidisciplinar completa e com profissionais preparados para “lidar” com um público adulto, não possuíam a mesma técnica ao lidar com a menor. Durante todo o processo investigativo, o julgamento e o período de encarceramento, ninguém percebeu o quanto ela gritava

---

[76] OLIVEIRA, Denise Helena Schild; SALLES, Bruno Makowiecky. A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise à teoria de Manuel Atienza. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo/RS, v. 10, n. 2, p. 132-147, 2014. p. 134.

[77] SAVIGNY, 1970 apud PASTL, Rogério Lins. Direito e interpretação – a solução justa no caso dos Exploradores. **Revista Diálogos do Direito.** v. 1, n. 1, maio 2012. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdodireito/article/view/2>. Acesso em: 29 jun. 2017.

[78] SERENY, Gitta. **Gritos no vazio**: a história de Mary Bell. Belo Horizonte: Gutenberg, 2002. p. 412.

por socorro e necessitava ser ajudada, o quanto ela necessitava ser amparada pelo sistema de saúde, para que pudesse descobrir o equilíbrio emocional que nunca desfrutou.

Durante todo o período em que ela ficou sob a responsabilidade do Estado, ninguém questionou como foi a sua primeira infância. Não houve a preocupação do Estado e de seus algozes se, no encarceramento, novamente ela não estava sendo vítima de novas formas de violência.

Os operadores do Direito e seus auxiliares não se preocuparam em investigar se os traços da personalidade apresentada pela menor homicida não era tão somente um reflexo do que ela recebeu durante a sua vida. Ninguém percebeu que ela não tinha consciência do que havia feito e do que fazia.

No período em que cumpriu a pena imposta pelo Estado, Mary foi vítima das mais diversas formas de violência, inclusive abusos sexuais dos próprios carcereiros. Ao comentar sobre o texto, Andreza Cristian Mantovani[79] nos esclarece:

> A ignorância sobre os graves fatos ocorridos na infância de Mary e, principalmente, *com a criança*, bem como os fatos que antecederam os crimes (semanas particularmente violentas em seu cotidiano) parecem ter sido decisivos para que fossem violados os direitos fundamentais da acusada, principalmente o *direito à ampla defesa* e o correlato *estado de inocência,* bem como fez com que seu advogado jamais insistisse numa internação de sua cliente em nosocômio adequado ao seu tratamento psiquiátrico, permitindo, destarte, que cumprisse a privação da liberdade em prisão comum 'para adultos'!. [...].[80]

Gitta Sereny nos surpreende com o elevado grau de maturidade jurídica, quando, ao entrevistar a personagem central, a questiona com perguntas precisas e objetivas que possibilitaram compreender, ou ao menos tentar, o que levou uma menina de aparência e aspecto tão doce a cometer atos tão violentos.[81]

Foi a experiência da literatura que permitiu a criação de um texto enxuto, sem as burocracias do universo jurídico, conduzindo o olhar do leitor agora para a própria delinquente, que foi tão vítima ou mais, que as suas próprias vítimas.

---

[79] MANTOVANI, Andreza Cristina. Recrudescimento do discurso punitivo estatal: algumas intersecções entre a redução da maioridade penal, o RDD e o rompimento dos direitos humanos afetos ao processo penal. **Revista Jurídica FCV**. Maringá, PR, v. 1, n. 1, 2017, p. 90-105. Disponível em: <http://fcv.edu.br/revista/index.php/revistadireito/article/view/45/52>. Acesso em: 01 jun. 2017.

[80] Ibidem, p. 95.

[81] SERENY, Gitta. **Gritos no vazio**: a história de Mary Bell. Belo Horizonte: Gutenberg, 2002. p. 412.

1.2.3 O Direito da Literatura

O estudo desenvolvido neste item tem por objetivo analisar se a aplicação da técnica da ponderação ou do balanceamento para a solução da colisão entre dois ou mais direitos fundamentais é o método adequado para a solução desse tipo de conflito.

O Direito assegura à Literatura a proteção dos direitos autorais dos biógrafos que produziram a obra literária, bem como os direitos da personalidade dos biografados.

Quanto ao caso das biografias não autorizadas, precisam ser analisadas tanto sob o enfoque de quem as produziu, como sob a realidade do biografado. A Constituição Federal de 1988 recepcionou o direito à informação e à liberdade de expressão com direito fundamental, assim como o fez com a proteção à intimidade, à vida privada e à honra.

Ao tratar do tema das biografias não autorizadas, a predominância das obras produzidas refere-se às pessoas públicas no exercício das mais variadas atividades que tiveram seus feitos reconhecidos como sendo relevantes para a sociedade, deixando impresso na história as marcas de sua passagem.

Para Gustavo Tepedino, o conceito de privacidade, intimidade de uma pessoa pública é reduzida, se comparada a uma pessoa comum. Nesse sentido ele esclarece que:

> Os homens públicos que, por assim dizer, protagonizam a história, ao assumirem posição de visibilidade, inserem voluntariamente a sua vida pessoal e o controle de seus dados pessoais no curso da historiografia social, expondo-se ao relato histórico e a biografia.[82]

Inicialmente, o Direito irá analisar o trabalho do biógrafo, buscando as seguintes respostas: as informações utilizadas são provenientes de fontes seguras? Os assuntos foram discutidos com seriedade? O biógrafo faz uso de argumentos sensacionalistas com objetivo de fama e retorno financeiro imediato?

Bárbara Michele Morais Kunde e Luiz Gonzaga Silva Adolfo informam que, no caso específico das biografias, elas cumprem um papel de fonte histórica,

---

[82] TEPEDINO, Gustavo. Direito sobre biografias no Brasil. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 299-316, jan./abr. 2013. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.brojsindex.phprdaarticledownload8909781>. Acesso em: 05 jun. 2017. p. 300.

repudiando a finalidade sensacionalista e econômica desse tipo de literatura. Para os autores,

> O relato biográfico pode, então, exceder seu papel de objeto de leitura para tornar-se fonte séria de pesquisa histórica? Entendemos que sim, ressaltando, no entanto, que tal gênero literário deve elevar-se em qualidade para o atendimento deste papel, e não seja concebido como mero objeto econômico.[83]

Para responder a todos esses questionamentos, deve-se realizar um retrocesso histórico para compreender que o direito de informação e de expressão[84] é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988 e que, durante o período sombrio da democracia brasileira, foi sufocado pelo autoritarismo de um governo arbitrário que silenciou o jornalismo brasileiro e toda a sociedade por meio de um regime de exceção.[85] Para os autores Kunde e Adolfo, “os direitos deixaram de ser simples reinvindicações políticas para se transformarem em normas jurídicas, alcançando o *status* de direitos fundamentais, já que positivados nas constituições de diversos Estados".[86]

Compartilha-se o entendimento de Ricardo dos Santos Castilho e Shary Kalinka Ramalho Sanches, para quem a liberdade de informação e expressão

> [...] é considerada direito fundamental desde a Carta Imperial de 1824, restando presente em todas as Constituições subsequentes. Atualmente está regulamentada no inciso IV do artigo 5º da Constituição brasileira, que protege a livre manifestação do pensamento, das ideias e das opiniões, e no inciso IX, que protege a livre comunicação para difundir e receber notícias, exercer o direito de informar, informar-se e ser informado.[87]

---

[83] KUNDE, Bárbara Michele Morais; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. A biografia (não autorizada) de Lampião e Maria Bonita: uma tentativa de preservação da intimidade ou censura prévia??. **XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. VIII Mostra de Trabalhos Jurídicos e Científicos**. Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em:< http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13209/0>. Acesso em: 05 jun. 2017. p . 07.

[84] CASTILHO, Ricardo dos Santos; SANCHES, Shary Kalinka Ramalho. Direitos de Personalidade e liberdade de expressão – O julgamento no STF sobre a constitucionalidade das biografias não autorizadas (ADI 4815/DF). **Revista Jurídica Cesumar** – Maringá, PR, v. 16. n. 1, jan./abr. 2016. p. 49-72. Disponível em: <http//dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n1p49-72>. Acesso em: 01 jun. 2017.

[85] CASTILHO; SANCHES, op. cit.

[86] KUNDE; ADOLFO, op. cit., p. 04.

[87] CASTILHO; SANCHES, op. cit., p. 59.

A censura é a maior representação desse “Estado arbitrário”. [88] Compreende-se que “[...] os direitos fundamentais são paradigmas para se estabelecer a legitimação de regimes políticos, quanto mais são observados e respeitados, mais democráticos são os governos”.[89]

Com a evolução da sociedade e a busca pela igualdade em seus diversos segmentos, a liberdade de expressão tornou-se o símbolo de uma sociedade democrática, sendo a informação a ferramenta apta a consolidar essa conquista.

A liberdade de expressão é “o termômetro indicador da saúde democrática de um país”. [90] Ela é fruto de uma sociedade politizada que se libertou das amarras de um regime ditatorial, que impedia o livre exercício da democracia e, com isso, o acesso a informação era inexistente ou limitado.

O direito de expressão está previsto no art. 5º, inciso IX, da CF.[91] Vidal Serrano Nunes Júnior esclarece que “[...] o indivíduo manifesta seus sentimentos ou sua criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos”. [92] É a exteriorização de um sentimento pelo indivíduo.

O direito à informação conta com previsão legal no *caput* do art. 220 da CF[93], e “consiste em impedir que o Poder Público crie embaraços ao livre fluxo das informações”[94] e deve ser analisado sob duas possibilidades: a primeira consiste em receber qualquer tipo de informação sem a interferência do Estado, enquanto a outra, em assegurar ao indivíduo o direito a receber as informações relacionadas ao Estado e suas atividades.

O direito de expressão e a liberdade de informação são classificados como direitos fundamentais de primeira geração, porque impedem que o Estado exerça

---

[88] CASTILHO, Ricardo dos Santos; SANCHES, Shary Kalinka Ramalho. Direitos de Personalidade e liberdade de expressão – O julgamento no STF sobre a constitucionalidade das biografias não autorizadas (ADI 4815/DF). **Revista Jurídica Cesumar** – Maringá, PR, v. 16. n. 1, jan./abr. 2016. p. 49-72. Disponível em: <http//dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n1p49-72>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 51.

[89] KUNDE, Bárbara Michele Morais; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. A biografia (não autorizada) de Lampião e Maria Bonita: uma tentativa de preservação da intimidade ou censura prévia??. **XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. VIII Mostra de Trabalhos Jurídicos e Científicos**. Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em:< http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13209/0>. Acesso em: 05 jun. 2017. p. 4.

[90] CASTILHO; SANCHES, op. cit., p. 51.

[91] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <htp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2016.

[92] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 92.

[93] Ibidem.

[94] Ibidem, p. 93.

qualquer ingerência na vida privada do cidadão, no entanto, o amplo exercício dessa garantia não permite que ele invada a esfera privada do biografado.

A análise da intimidade de uma pessoa pública é diferente de uma pessoa privada. A intimidade de uma pessoa pública é reduzida em relação a qualquer outro cidadão, já que, no imaginário popular, ela conta com uma vida sem problemas, onde tudo é glamour e realizações. Paulo José da Costa Júnior, esclarece, com propriedade, a diferença entre pessoas públicas e privadas:

> Se se tratar de pessoa notória, o âmbito de sua vida privada haverá de reduzir-se, de forma sensível. E isto porque, no tocante às pessoas célebres, a coletividade tem maior interesse em conhecer-lhes a vida íntima, as reações, que experimentaram e as peculiaridades que oferecem. E tal interesse será ainda mais legítimo quando aquele episódio íntimo tiver desempenhado papel relevante na formação da personalidade notória. As personalidades em evidência pertencem literalmente ao público, pois como que alienaram a própria existência privada. Em razão, do status – é o de exibir a sua pessoa e atrair para si o interesse popular.[95]

Sobre a dicotomia entre público e privado, Carlos Alberto Bittar esclarece que:

> De um lado, os ‘direitos do homem’ ou ‘direitos fundamentais’ da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa categoria, normalmente, os direitos: à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade; o direito de ação. De outro lado, consideram-se ‘direitos da personalidade’ os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens.[96]

O tema das biografias não autorizadas e a liberdade de expressão levou o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre o problema ao analisar a ADI 4815/ DF, cujo objeto refere-se ao pedido de “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto dos arts. 20 e 21 do Código Civil”[97], para que fosse afastada a “[...] necessidade de consentimento da pessoa biografada ou de qualquer pessoa que participasse da produção literária”.[98]

---

[95] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só – Tutela penal da intimidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32-33.

[96] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 24.

[97] CASTILHO, Ricardo dos Santos; SANCHES, Shary Kalinka Ramalho. Direitos de Personalidade e liberdade de expressão – O julgamento no STF sobre a constitucionalidade das biografias não autorizadas (ADI 4815/DF). **Revista Jurídica Cesumar** – Maringá, PR, v. 16. n. 1, jan./abr. 2016. p. 49-72. Disponível em: <http//dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n1p49-72>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 52.

[98] Ibidem.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, todos os ministros reconheceram que a liberdade de expressão deveria prevalecer em relação ao Diploma Privado. O direito à liberdade de expressão e à informação consagram o Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição vigente. Nesse sentido, a Ministra relatora assim se manifestou:

> ‘Não é proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a Constituição’, afirmou. A norma infraconstitucional não pode amesquinhar preceitos constitucionais, impondo restrições ao exercício de liberdades.[99]

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso foi no sentido de que o direito de expressão e à informação tem posição de preferência no ordenamento jurídico. Esse direito representa a vitória perseguida durante anos por brasileiros e que levou à morte muitos combatentes que empunharam a bandeira da redemocratização. Para o Ministro,

> [...] qualquer sanção pelo uso abusivo da liberdade de expressão deverá dar preferência aos mecanismos de reparação *a posteriori,* como a retificação, o direito de resposta, a indenização e, até mesmo, em último caso, a responsabilização penal.[100]

Seguindo a mesma argumentação, os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal também votaram pela prevalência do direito à informação e à expressão, reconhecendo que não haveria nenhum aviltamento aos arts. 20 e 21 do Código Civil ao dispensar a autorização prévia para a publicação de biografias.

Na construção de seus votos, os Ministros firmaram seus convencimentos no sentido de que qualquer decisão diferente disso levaria o país a um retrocesso jurídico, já que qualquer forma de censura fere o Estado Democrático de Direito.

---

[99] BRASIL. Carmem Lúcia. Voto de relatoria na ADI 4815. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Notícias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo-293336>. Acesso em: 30 jun. 2017.

[100] BRASIL. Luís Roberto Barroso. Voto em plenário na ADI 4815. **Supremo Tribunal Federal**. Notícias. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo-293336. Acesso em :30 jun. 2017.

O Ministro Celso de Mello assim se posicionou em seu voto: “[...] não devemos retroceder nesse processo de conquista das liberdades democráticas. O peso da censura, ninguém o suporta”.[101]

Ao ocorrer a colisão entre a liberdade de expressão e o direito à informação com o direito à honra e à intimidade, o aplicador da lei deverá utilizar da técnica da ponderação para verificar, com exatidão, se houve ou não a violação de algum desses direitos da personalidade, uma vez que todos são direitos fundamentais assegurados na Constituição. Para a autora Jane Reis Gonçalves Pereira,

> [...] o vocábulo ponderação, em sua acepção mais corrente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer. [102]

Os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4815, explicitaram que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria “[...] da ponderação de bens (identificando o núcleo do direito fundamental em análise e o delimitando de acordo com outros direitos da mesma envergadura)”.[103]

Para Ingo Sarlet,

> Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão – pelo mesmo de acordo com a significativa doutrina- assume uma espécie de posição preferencial (preferred position); quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais, muito embora se firme que no Brasil a teoria da posição preferencial – em que pese consagrada pelo STF quando do julgamento da ADPF 130 – tem sido, em geral, aplicada de forma tímida. De qualquer modo, não se trata de atribuir à liberdade de expressão (em qualquer uma de suas manifestações particulares) a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais. Assim, quando se fale de uma posição preferencial – pelo menos no sentido em que aqui se admite tal condição – tem-se, a finalidade de reconhecer à liberdade de expressão

---

[101] BRASIL. Celso de Mello. Voto em plenário na ADI 4815. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Notícias. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo-293336>. Acesso em: 30 jun. 2017.

[102] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 260.

[103] CASTILHO, Ricardo dos Santos; SANCHES, Shary Kalinka Ramalho. Direitos de Personalidade e liberdade de expressão – O julgamento no STF sobre a constitucionalidade das biografias não autorizadas (ADI 4815/DF). **Revista Jurídica Cesumar** – Maringá, PR, v. 16. n. 1, jan./abr. 2016. Disponível em: <http//dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n1p49-72>. Acesso em: 01 jun. 2017.

> uma posição de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais no que diz com a hierarquização das posições conflitantes no caso concreto, de tal sorte que também nessa esfera da solução de eventual conflito entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais individuais e coletivos – não há como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações.[104]

Assim, a técnica da ponderação como instrumento de solução nos casos em que ocorre colisão de direitos fundamentais é o meio hábil para solução de um conflito dessa magnitude, já que preserva a magnitude desses direitos.

---

[104] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 460-461.

2 OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Por longos anos, os juristas apresentaram grande resistência em aceitar a contribuição da literatura para o universo das ciências jurídicas. O argumento de negação apresentado pelos opositores desse movimento centralizava-se na linguagem poética apresentada pela Literatura e que esta não guardava nenhuma relação com o universo jurídico. Até meados do século XX, ao menos, entendia-se que a legislação vigente era inflexível, pois a tradição era o ensino puramente dogmático.

Por mais estudioso que seja o legislador ou o operador do direito, sempre haverá a necessidade de se interpretar o alcance da norma jurídica, principalmente para aqueles casos em que a norma, por si só, não contempla hipóteses para a solução do conflito instaurado, obrigando o operador a interpretá-la.

Diante dessas necessidades, o jurista foi buscar amparo no mundo das letras, foi socorrer-se dos métodos de interpretação para uma melhor compreensão da norma jurídica no momento da sua aplicação, para que assim pudesse estar mais próximo do contexto social em que se deram os fatos e, assim, aplicar a lei no sentido de se buscar a justiça e não somente a aplicação do direito.

A aproximação entre o Direito e a Literatura objetiva extinguir o conhecimento verticalizado das ciências jurídicas que, por longos anos, foi divulgado aos operadores do direito como a melhor técnica para o exercício da profissão. Com o surgimento de novas realidades e necessidades, acompanhado do ritmo veloz da globalização, constatou-se que essa metodologia estaria ultrapassada devido ao conteúdo limitado acumulado ao longo dos anos de estudo, surgindo a necessidade de um conhecimento que dialogue com outros ramos dos saberes.

2.1 LINGUAGEM. INTERPRETAÇÃO. HERMENÊUTICA.

A linguagem é um fato social, consistente na capacidade ou faculdade que os seres humanos possuem de estabelecer comunicação entre eles, a qual, se consistir em linguagem de forma articulada por meio de um sistema de signos orais ou

escritos, a fim de transmitir ideias e expressar pensamentos, faz ensejar o aparecimento de uma língua.[105]

Conforme Saussure, a linguagem é instrumento do pensamento, e não existe por si só, de maneira que as palavras formam ideias, uma unidade complexa, fisiológica e mental, que possui um lado individual e um lado social, porquanto implica, ao mesmo tempo, um sistema estabelecido, em evolução, por ser uma instituição atual, mas também produto do passado.[106]

Jean Grondin, a partir da análise feita por Ernildo Stein, elucida que "[...] tanto na palavra *sentido* como na palavra *significado* está implícita a ideia de linguagem como um todo. Se precisamos do sentido e do significado para conhecer, isto significa que precisamos da linguagem para podermos conhecer".[107]

Assim como a linguagem é um fato social, também o é o Direito, especialmente porque a compreensão do seu objeto, consistente em um conjunto de normas, que demanda o conhecimento de uma linguagem própria dos profissionais que atuam nesta área, sejam como estudiosos do fenômeno jurídico ou como produtores e aplicadores do Direito, ao construírem uma norma a partir de uma constatação ou como intérpretes da letra da lei.

Essa linguagem dos profissionais da área do Direito, apesar de ser peculiar, tem vários pontos de contato com a linguagem comum, pois torna-se necessária a compreensão normativa por parte dos integrantes do corpo social para um comportamento adequado das pessoas sob um código comum.

A norma jurídica faz uso das palavras para expressar o seu conteúdo e a linguagem é o instrumento utilizado para a sua exteriorização. As palavras são "signos linguísticos"[108], que buscam representar fielmente o significado dessas palavras. Barthes, em seu discurso de posse no Colégio de França, ao tratar de semiologia aclara que:

---

[105] SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 14. Disponível em: <http://paginapessoal.utfpr.edu.br/gustavonishida/disciplinas/linguistica-geral/SAUSSURE%20-1916-%20Curso%20de%20Linguistica%20Geral.pdf/view>. Acesso em: 14 ago. 2017.

[106] Ibidem, p. 16.

[107] STEIN apud GRONDIN, Jean. **Introdução a hermenêutica filosófica.** Tradução de Brenno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1990. p. 11.

[108] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 248.

> [...] os signos de que a língua é feita, os signos só existem na medida em que são reconhecidos, isto é, na medida em que se repetem; o signo é seguidor, gregário; em cada signo dorme este monstro: um estereótipo: nunca posso falar senão recolhendo aquilo que se *arrasta* na língua.[109]

Por outro lado, a linguagem empregada no âmbito jurídico pode ter uma aproximação com as linguagens de outras áreas do saber, daí se poder lançar o questionamento se há, ao menos, um contato entre a linguagem do Direito e a linguagem literária.

A Literatura interage com o Direito, embora os seus estudiosos sempre oferecessem resistência em aceitar essa aproximação, sob o argumento de que a linguagem literária é poética, se comparada à linguagem jurídica, que é técnica. Os argumentos sustentados demonstram que as justificativas apresentadas não prosperam, pois ambas se complementam. Em seu discurso de posse, no "Colege de France", Roland Barthes assim esclareceu:

> Entendo por *literatura* não um corpo ou uma sequência de obras, nem mesmo um setor de comércio ou de ensino, mas o grafo complexo das pegadas de uma prática: a prática de escrever. Nela viso portanto, essencialmente, o texto, isto é, o tecido dos significantes que constitui a obra, porque o texto é o próprio aflorar da língua, é porque é no interior da língua que a língua deve ser combatida, desviada: não pela mensagem de que ela é o instrumento, mas pelo jogo das palavras de que ela é o teatro.[110]

A Literatura permite ao jurista flexibilizar o exercício da sua profissão por meio do uso de metáforas, próprio da ciência das letras, já que tanto o Direito como a Literatura utilizam a linguagem como meio de divulgação de seus trabalhos.

Os códigos e as leis do século XIX e do início do século XX eram extremamente técnicos, sem a possibilidade de maiores interpretações dos respectivos programas normativos. A lei tornou-se dura e inflexível, adormecendo o relevante caráter social que o direito apresenta para a sociedade. Antônio de Osuna esclarece essa transformação vivida pela Ciência Jurídica, destacando que,

> [...] a transformação da ciência ocidental durante os séculos XVII e XVIII em uma ciência racionalista, metodológica e sistemática repercutiu no direito, transformando-o de uma ciência de estudo filológico e gramatical de textos antigos, em uma construção racional e abstrata, com pretensões de rigidez

---

[109] BARTHES, Roland. **Aula** – Aula inaugural da cadeira de semiologia literária do Colégio de França – pronunciada dia 7 de janeiro de 1977. Tradução e posfácio de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix. Disponível em: <http:/groupas.google.com/group/digitalsource>. Acesso em: 15 ago. 2017.

[110] Ibidem.

> matemática; surgindo, no final do século XVIII e começos do XIX, o movimento codificador que elaborou uma estrutura universal e de permanente valor conceptual do vigente direito sistemático e racional.[111]

A Literatura, por meio da leveza de suas palavras, permite ao operador do direito conscientizar-se do quanto, outrora, ele era somente um aplicador da lei e o quanto ele deixava de fazer justiça, principal objetivo da ciência do Direito.

O Direito, ao se desprender do dogmatismo que lhe reveste e em face da busca de resgatar o papel social que possui junto àqueles que procuram amparo e proteção em seus textos legais, retoma a interdisciplinaridade com as outras ciências, saindo do isolamento ao qual ficou restrito, sob a justificativa da especialidade da sua matéria.

Em sua formação, o ordenamento jurídico era composto por leis inflexíveis e duras, em relação às quais, ao serem aplicadas, não se permitia uma interpretação mais abrangente dos fatos delituosos, ou seja, de forma contextualizada. A Literatura, ao revés, sempre retratou a dureza do cotidiano, com forte influência da realidade social na qual há inserção.

Por meio da "linguagem" e da essência do "discurso humano"[112], o homem expressa o seu conhecimento nas mais diversas áreas, seja ele um conhecimento científico ou não, pois, por meio dessas ações, "[...] se estabelecem as múltiplas dimensões da hermenêutica filosófica, bem como os fundamentos da sua universalidade".[113]

Mais recentemente, percebeu-se que o Direito e a Literatura possuem afinidades, diversamente do abismo defendido pela minoria contrária a esse inter-relacionamento. Na Literatura, bem antes do Direito, os autores já expressavam a vida e a realidade por meio da interpretação dos acontecimentos, ao afirmar que "[...] interpretar também é uma forma de 'traduzir', ou tornar compreensível um sentido estranho ou ambíguo, caso em que uma nova formulação linguística se sobrepõe a

---

[111] OSUNA, 1992 apud LOPES, Ana Maria D'Avila. O Papel do juiz na hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 36, n. 36, p. 281-301, 1999. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1134/1067>. Acesso em: 18 out. 2017.

[112] GRONDIN, Jean. **Introdução a hermenêutica filosófica.** Tradução de Brenno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1990. p. 11.

[113] Ibidem.

uma linguagem já formulada” [114], postos na forma de linguagem, “[...] a literatura é categoricamente realista, na medida em que ela sempre tem o real por objeto de desejo; [...]”.[115]

No Direito, a necessidade de melhor compreensão jurídica dos textos normativos e dos acontecimentos da realidade apenas veio a ocorrer principalmente a partir do início da segunda metade do século XX - no Brasil isso é mais recente ainda -, muito embora na filosofia já houvesse uma percepção bem anterior de que a compreensão só poderia ser obtida a partir da interpretação, o que demanda o conhecimento da linguagem, como bem explica Lênio Streck:

> Pode-se dizer que é em Nitzsche que se produz uma ruptura do paradigma metafísico-essencialista vigente desde a antiguidade grega. De pronto, não se pode esquecer uma de suas célebres frases: *"Frente ao positivismo que pára perante os fenômenos e diz: ´Há apenas fatos`, eu digo, ´Ao contrário, fatos é o que não há: há apenas interpretações`"*. Através do pensamento de Foucault é possível compreender como os textos de Nitzsche produziram essa ruptura radical com o pensamento ocidental vigente. *Não há, para Nitzsche, nenhuma semelhança, nenhuma afinidade prévia entre conhecimento e essas coisas que seria necessário conhecer.* Em termos mais rigorosamente kantianos, seria necessário dizer que as condições de experiência e as condições do objeto de experiência são totalmente heterogêneas. [...].[116]

Um giro linguístico teve início no século XIX, a partir de uma concepção orgânica desenvolvida a partir das obras de Hamann, Herder e Humboldt, por meio da qual a concepção da filosofia da consciência - de que a linguagem é instrumento para designar entidades independentes dela e para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos - restou superada com a adoção do novel paradigma da filosofia como linguagem, segundo o qual a linguagem tem papel constitutivo na nossa relação com o mundo.[117]

Gadamer concordava com Humboldt pelo fato de este defender que a linguagem não é apenas uma das qualidades ou instrumentos do ser humano para

---

[114] GRONDIN, Jean. **Introdução a hermenêutica filosófica.** Tradução de Brenno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1990. p. 10:

[115] BARTHES, Roland. **Aula** – Aula inaugural da cadeira de semiologia literária do Colégio de França – pronunciada no dia 7 de janeiro de 1977. Tradução e posfácio de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix. Disponível em: <http:/groupas.google.com/group/digitalsource>. Acesso em: 15 ago. 2017.

[116] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 136.

[117] LAFONT, 199, apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 139.

estar no mundo, mas de que o estar no mundo do homem é decorrente de sua constituição linguística, pois ter mundo é relacionar-se com o mundo.[118]

Na primeira metade do século XX, a guinada linguística foi reforçada, inicialmente com o neopositivismo lógico, segundo o qual a linguagem seria objeto da semiótica, cuja primeira parte (a sintaxe) permitiria analisar se uma expressão estaria bem formada ao se constatar que o enunciado de uma ação seria deonticamente modalizado, ao passo que a segunda parte (a semântica) possibilitaria verificar a maneira pela qual as palavras são aplicadas aos objetos.[119] Conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior,

> [...] para interpretar, temos de decodificar os símbolos no seu uso, e isso significa conhecer-lhes as regras de controle da denotação e conotação (regras semânticas), de controle das combinatórias possíveis (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas).[120]

Tal concepção ainda se mostrava restrita demais, ao analisar a linguagem apenas como estrutura textual completa, esquecendo-se de outros processos de produção de significados.[121] Isto passou a ser considerado a partir da compreensão de que a linguagem é ambígua, suas expressões não têm significado definitivo, na medida em que revelam apenas contextos de ação (chamados de “formas de vida” por Wittgenstein), sem compreender toda a dimensão da gramática da linguagem, que vai além da gramática superficial para atingir a gramática profunda.[122] A compreensão desta vai além do significado básico das palavras e expressões, pois demanda a compreensão ampla e aprofundada delas e do sentido que aparecem na pluralidade dos modos da linguagem humana, ou seja, saber o que é aceito como tal na comunidade linguística que as emprega, o que demanda ser capaz de inserir-se no processo de interação social-simbólica em conformidade com os diferentes modos de sua realização, algo historicamente adquirido, numa ligação entre

---

[118] GADAMER, 1994 apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 143-144.

[119] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 161-162.

[120] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 254.

[121] ROCHA, 1998 apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 163.

[122] WITTGENSTEIN, 1994 apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.., p. 165.

linguagem e práxis social, muito embora nem sempre todos a aceitem e se comportem uniformemente.[123]

Em estágio mais avançado do desenvolvimento, adveio a filosofia da linguagem ordinária, com a pragmática inaugurada por Austin, após a distinção entre a dimensão constatativa do enunciado (de descrição da realidade) e a dimensão performativa (de existência de ato não-linguístico).[124] A linguagem também é ação, atos de fala que - diversamente da linguagem perfeitamente em ordem de Wittgenstein - não representam nem a primeira nem a última palavra em face de inadequações e arbitrariedades verificadas agora com o emprego de aparelhos técnicos contemporâneos para ver a realidade e com a abstenção das paixões e preconceitos das gerações anteriores, daí a mudança e o aperfeiçoamento da linguagem ao longo do tempo, de maneira a se aproximar da hermenêutica porquanto ambas explicitam o conteúdo intersubjetivo que gera o sentido.[125]

Toda esta nova percepção filosófica influenciou mais recentemente o Direito, de maneira a gerar nova interpretação da realidade em termos jurídicos, bem como da própria linguagem presente nas normas jurídicas.

Consoante afirma Dworkin, há a dificuldade de decidir os casos jurídicos justamente porque as proposições de direito parecem ser descritivas, inteiramente descritivas, diriam os positivistas, muito embora seja difícil, muitas vezes, dizer exatamente o que é que elas descrevem.[126] Proposições de direito controvertidas não seriam nem descritivas, da mesma forma que não seriam simplesmente valorativas, mas interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto valoração, daí filósofos jurídicos dizerem que o Direito é uma questão de interpretação.[127]

A hermenêutica filosófica contribuiu muito para o Direito, tanto a partir das obras de Heidegger, para quem a compreensão é a matriz do método fenomenológico, pois ela antecipa o sentido e é vista prévia da qual nasce a

---

[123] OLIVEIRA, 1996 apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 166.
[124] NEF, 1995 apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 166.
[125] OLIVEIRA, 1996 apud STRECK, op. cit., p. 167-168.
[126] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 218.
[127] Ibidem, p. 219.

hermenêutica[128], como também das obras de seu seguidor Gadamer, este ao defender que o ser que pode ser compreendido é a linguagem, mas a linguagem não é objeto, e sim horizonte aberto e estruturado, de maneira que ter um mundo é ter linguagem.[129]

Conforme leciona Heidegger, a fenomenologia é a ciência do ser dos entes, é ontologia, mas ontologia fundamental, que se coloca diante da questão sobre o sentido do ser em geral, cuja investigação resulta no sentido metodológico da descrição fenomenológica, que é a hermenêutica como ofício de interpretar, desvendando-se o sentido de ser e as estruturas fundamentais de ser que pertençam à presença como compreensão de ser.[130]

Jean Grondin, ao interpretar a hermenêutica de Heidegger, esclarece que:

> [...] nós não estamos cegamente à mercê dessa pré-estrutura da explanação induzida, como se fôssemos, como o quer a leitura corrente do círculo hermenêutico, colhidos inexoravelmente por nossos preconceitos. A hermenêutica de Heidegger é exatamente o oposto disso. Ela visa um explícito esclarecimento dessa pré-estrurura historicamente dada. Este esclarecimento é por ele chamado de interpretação.[131]

Para melhor aclarar, convém transcrever a explicação dada por Lênio Streck acerca do pensamento de Heidegger, em especial quanto à relação entre linguagem e interpretação:

> A linguagem, então, é totalidade, é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa. A palavra, diz Heidegger, nomeia o âmbito aberto onde habita o homem; o aberto de sua morada torna manifesto aquilo que vem ao encontro da essência do homem e assim, aproximando-se, demora-se e conserva em sua proximidade; a morada do homem contém e conserva o advento daquilo a que o homem pertence em sua

---

[128] HEIDEGGER, 1995; STEIN, 1983 apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 177-178.

[129] GADAMER, 1994; ENCARNAÇÃO, 1997 apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 178 e 188-189.

[130] HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2015. p. 77.

[131] GRONDIN, Jean. **Introdução a hermenêutica filosófica.** Tradução de Brenno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1990. p. 163.

> essência.[...]. A linguagem como totalidade não implica dizer que ela - linguagem - cria o mundo; este existe independentemente de nós. As coisas do mundo só existem se compreendidas, interpretadas. A linguagem sempre nos precede; ela nos é anterior. Estamos sempre e desde sempre nela. [...].[132]

Mais adiante, o magistério de Lenio Streck menciona a proximidade entre Heidegger e Gadamer, mas esclarece o ponto de divergência entre estes filósofos:

> Em decorrência, Gadamer vai dizer que a interpretação trabalha com conceitos prévios, cuja tendência é de ser substituídos progressivamente por outros mais adequados. Este constante reprojetar - no qual consiste o movimento no sentido de compreender e interpretar - constitui o processo que descreve Heidegger, que somente entra na problemática da hermenêutica e críticas da história com o fim de desenvolver a partir delas, desde o ponto de vista ontológico, a pré-estrutura da compreensão. Gadamer, pelo contrário, persegue a questão de como, uma vez liberadas das inibições ontológicas do conceito científico de verdade, a hermenêutica pode fazer justiça à historicidade da compreensão. Desse modo, aquele que intenta compreender está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas. *Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que, como projetos, são antecipações que devem confirmar-se nas coisas, é tarefa constante da compreensão.* A compreensão só alcança as verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as quais inicia não são arbitrárias. Em razão desta circunstância, é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde opiniões prévias que lhe subjazem, *senão que examine tais opiniões enquanto a sua legitimação, isto é, enquanto a sua origem e validade*. Frente a todo texto, nossa tarefa não é introduzir direta e acriticamente nossos próprios hábitos lingüísticos; contrariamente a isto, Gadamer reconhece como tarefa fundamental o conseguir a compreensão do texto apenas desde o hábito lingüístico do seu tempo ou do seu autor. Quem quer compreender o texto realiza sempre um projetar, acrescenta.[133]

Foi sob esta nova interpretação produtiva que o modelo clássico de interpretação objetiva do Direito cedeu seu lugar para uma interpretação jurídica criativa, especialmente por meio de uma semiótica com matriz programática, e de uma hermenêutica filosófica, pela qual se passou da mera percepção para a compreensão, mas sem negligenciar a linguagem.[134]

A linguagem faz aproximar Literatura e Direito, pois tanto a escrita literária como a prática jurídica demandam interpretação, muito embora com características

---

[132] HEIDEGGER, 1979; 1987 apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 196-197.

[133] GADAMER, 1994 apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 204-205.

[134] Ibidem, p. 178.

diferentes em face das finalidades de ambas serem diversas, como bem pontua Dworkin:

> [...] Disse que uma interpretação literária tem como objetivo demonstrar como a obra em questão pode atentar para características formais de identidade, coerência e integridade, assim como para considerações mais substantivas de valor artístico. Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a esta prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas a finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação destas alternativas. [...].[135]

Conquanto a interpretação dos textos literários tenha uma finalidade diversa, há pontos de contato na forma dessa interpretação com a interpretação produzida no Direito, na medida em que se problematizam as implicações recíprocas entre discurso e realidade, especialmente no cenário jurídico atual, com normas abertas que permitem ao aplicador ajustá-las ao caso concreto, sem, no entanto, deixar de cumprir a sua função social e a imperatividade normativa.

Por meio de interpretação, é possível realizar uma análise tanto da norma jurídica, seus signos, significados e sentidos, bem como captar a própria realidade pelos sentidos e permitir a sua transformação em linguagem, o que também é realizado na seara das letras, seja por parte de quem produz o texto literário, da crítica literária e também pelos leitores da obra produzida, muito embora, como já se disse, o objeto e a finalidade sejam diversas.

A aproximação entre o Direito e a Literatura objetiva extinguir o conhecimento fragmentado repassado aos operadores do Direito, uma vez que a globalização exige, por vezes, o acúmulo de saberes aprofundados sobre determinados assuntos com um conteúdo limitadíssimo, ou seja, o conhecimento está deixando de ser horizontal para ser verticalizado.

Schwartz esclarece:

> [...] a relação entre Direito e Literatura aparece como uma forma diversa de abordagem da ciência do Direito, calcada na superação do modelo heteropoiético/positivista, procurando novas formas de observação transdisciplinares (observação de segundo grau) que possibilitem a

---

[135] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 239.

> constatação e a superação do já referido distanciamento temporal para com a sociedade na qual se insere.[136]

Por meio desse movimento, descobrimos o quanto a linguagem jurídica pode ser rica em metáforas. O estreitamento entre o Direito e a Literatura, segundo Ronald Dworkin, consiste nos métodos interpretativos, pois a ciência das letras permite, ao intérprete do Direito, uma melhor compreensão das letras jurídicas em consonância com uma melhor compreensão da realidade, para uma melhor aplicação da norma.[137]

A Literatura possibilita ao intérprete, por meio de uma linguagem capaz de desvelar o que está implícito na realidade, mergulhar na profundidade do que se constata e do que pode ser pensado, algo essencial também para a compreensão do mundo, do ser no mundo, dos demais seres e coisas, bem como do Direito.

Se existe uma proximidade entre o discurso literário e o discurso jurídico, pois em ambos há a (re)construção de um cenário de acontecimentos, por outro lado também existe um certo distanciamento, se considerarmos que o Direito trabalha com o propósito de buscar não só a verdade em oposição à mentira, mas também a certeza, ao passo que a linguagem literária normalmente apenas opõe verdade e ficção, por vezes de forma a retratar uma errônea apreciação do que fora considerado formalmente verdadeiro por parte do Direito.[138]

Ao contrário do Direito que, para solucionar conflitos sociais e garantir segurança jurídica, necessita determinar uma verdade formalmente inquestionável de forma a se fechar e reduzir a pluralidade de situações a uma unidade, a Literatura permanece aberta a um discurso plural com a prorrogação do debate social sobre os conflitos jurídicos mais além da mera solução formal, inclusive com a manutenção da tensão social, o que pode favorecer uma compreensão muito melhor de uma época histórica e de situações.[139]

---

[136] SCHWARTZ, Germano. Direito e Literatura: proposições iniciais para uma observação de segundo grau do sistema jurídico. **Revista da AJURIS,** v. 31, n. 96, dez. 2004. p. 126-139. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1c77b?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0 >. Acesso em: 21 abr. 2017. p. 126.

[137] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 219-221.

[138] BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Verdad y certeza en el derecho y en la literatura. In: FRANCA FILHO, Marcílio; LEITE, Geilson; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Antimanual de direito e arte**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 333-351.

[139] Ibidem.

As formas pelas quais o Direito se expressa utiliza uma linguagem própria, muitas vezes com significados diversos em face da complexidade, razão pela qual há uma demanda frequente por interpretação, com metodologia peculiar, tanto pelos estudiosos em termos científicos como também por parte dos operadores jurídicos.

A solução de casos concretos ocorre por meio de decisões pertinentes a concepções normativas conformadas em linguagem, assim como com a interpretação do contexto também em conformidade com uma linguagem que é "domesticada" juridicamente.

Muitos problemas jurídicos são resolvidos em conformidade com a linguagem e os valores prevalentes na sociedade em um determinado momento histórico, porém muitas vezes sem a apreensão de outros aspectos, pessoais ou relacionados a uma concepção própria de justiça, justamente porque a interpretação exigiria uma maior profundidade de compreensão.

O discurso jurídico pode definir verdades de maneira formal, apenas para garantir certeza e segurança jurídica nas decisões, fato que ocasiona, muitas vezes, uma redução do debate, sem atingir o cerne dos fatores que efetivamente ocasionam as demandas, os problemas sociais e as injustiças. A linguagem literária e do mundo das artes permite a releitura dos acontecimentos, de maneira a impedir o fechamento do debate sobre os conflitos, o que pode favorecer uma melhor compreensão, inclusive para a reformulação jurídica em momento posterior.

2.2 A HERMENÊUTICA COMO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A fala é o instrumento que a linguagem utiliza para que o homem possa comunicar-se com seus pares, desse modo a comunicação, para ser estabelecida, necessita ao menos de dois sujeitos: o emissor e o receptor da mensagem.

A comunicação[140] não se concretiza somente pelo envio da mensagem. Barthes esclarece que [...], a língua implica uma relação falta de alienação. Falar, e com maior razão discorrer, não é comunicar, como se repete com demasiada

[140] BARTHES, Roland. **Aula** – Aula inaugural da cadeira de semiologia literária do Colégio de França – pronunciada no dia 7 de janeiro de 1977. Tradução e posfácio de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix. Disponível em: <http:/groupas.google.com/group/digitalsource>. Acesso em: 15 ago. 2017.

frequência, é sujeitar: toda língua é uma reição generalizada. Para alcançar esse objetivo é necessário que o receptor decifre os “signos”[141] recebidos através da interpretação. Para Maria Helena Diniz, “interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para aquele caso posto”. [142]

Informa Norberto Bobbio que

> [...] a linguagem exige a interpretação: esta é exigida pelo fato de que a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a ideia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma ideia pode ser expressa de modos diversos (o mesmo objeto, aliás, é indicado em cada língua com um som diverso. [...] Ora, dependendo do contexto em que esteja inserida, a mesma palavra assume significados diferentes (e podemos até dizer que um termo tem tantos significados quantos são os contextos em que pode ser usado).[143]

O processo interpretativo surgiu, inicialmente, com a finalidade de interpretar as Escrituras Sagradas, com o objetivo de possibilitar a compreensão dos textos religiosos. Posteriormente, essa necessidade foi percebida nas ciências jurídicas, para uniformizar a interpretação da norma pelos seus operadores, com a finalidade de sanar a divergência da compreensão do conteúdo do texto legal.

A norma jurídica é fonte estatal e a sua criação conta com a participação direta da ação humana. O processo de criação da norma jurídica é técnico e segue o protocolo estabelecido pelo legislador, entretanto esse processo pode conter falhas e apresentar lacunas quando da sua aplicação, oportunidade em que o operador do Direito elegerá um método interpretativo que permita a compreensão integral do seu conteúdo.

Dworkin apud Trindade, esclarece que:

> [O direito] é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem

---

[141] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 254.

[142] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 381

[143] BOBBIO, Norberto. **Lições de filosofia do direito.** Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 211.

> interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso.[144]

Nesse sentido, Bobbio considera que

> [...] o positivismo jurídico admite a existência das lacunas compreendidas em certo sentido como formulação incompleta da vontade do legislador. Assim ele admite, além da interpretação em sentido estrito, a integração do direito por parte da jurisprudência, destacando, no entanto, que tal integração não é uma atividade *qualitativamente* diferente da interpretação (não é portanto, uma atividade criativa), mas, ao contrário, é uma *species* particular do *genus* interpretação. Neste sentido se fala de *interpretação integrativa,* para indicar que a integração ocorre no interior do ordenamento, com meios predispostos pelo próprio ordenamento (*auto-integração).*[145]

A norma jurídica não é um fato isolado, ela ocorre dentro de um contexto social, histórico, econômico e político, ou seja, a norma jurídica é um organismo vivo. Interpretar a norma jurídica é um processo complexo. Esse objetivo não é alcançado utilizando exclusivamente essa ou aquela metodologia, pois, quanto mais métodos forem utilizados para interpretar a norma jurídica, mais ela se aproximará daquele dado momento, permitindo ao operador do Direito o exercício da justiça na solução do conflito. Modernamente, a interpretação da norma jurídica ocorre pelo método hermenêutico. Para Carlos Maximiliano, “interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado o vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que a mesma contém”. [146]

Para Tércio Sampaio Ferraz, nas regras hermenêuticas de interpretação,

> [...] é relativamente recente a *consciência* de que a questão hermenêutica é um objeto teórico, ou seja, a tematização da interpretação como um problema científico, a exigir, mais do que meras técnicas, método (isto é, cânones intersubjetivos capazes de definir a verdade do saber). Ela conduz-nos ao século XIX como o período em que a interpretação deixa de ser

---

[144] DWORKIN, 2010, p. 273 apud TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito [RECHTD]**, Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 7, n. 3, p. 243-252, set./dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.04>. Disponível em: 12 out. 2017. p. 245.

[145] BOBBIO, Norberto. **Lições de filosofia do direito.** Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 211.

[146] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 7.

> questão de técnica apenas (como agir?) para construir um problema teórico (que é interpretar e qual seu fundamento?).[147]

E qual a diferença entre o método hermenêutico de interpretação da norma jurídica e o método de interpretação jurídica? Associando-se ao magistério de Renata Malta Vilas-Boas, compreendemos que a hermenêutica jurídica é "[...] uma ciência auxiliar do direito que busca nos dizer quais são as formas de se buscar o entendimento as normas jurídicas"[148] enquanto que o método de interpretação jurídica é a "aplicação dessas formas no texto legal concreto para se buscar o sentido das normas jurídicas".[149]

Carlos Maximiliano sustenta que a hermenêutica "é parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo da sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize".[150] O método hermenêutico de interpretação é o resultado da transição "da linguagem normativa para a linguagem natural".[151] Ele seria um terceiro método, pelo qual o operador do Direito, o "intérprete 'fizesse de conta que' suas normas constituam um todo harmônico".[152]

Maria Helena Diniz esclarece que

> [...] a norma jurídica sempre necessita de interpretação. A clareza de um texto legal é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se aplica a outras relações que nela possam enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação, podem sempre surgir. Uma disposição poderá parecer clara a quem a examinar superficialmente, ao passo que se revelará tal a quem a considerar nos seus fins, nos seus precedentes históricos, nas suas conexões com todos os elementos sociais que agem sobre a vida do direito na sua aplicação a relações que, como produto de novas exigências e condições, não poderiam ser consideradas, ao tempo da formação da lei, na sua conexão com o sistema geral do direito positivo vigente.[153]

---

[147] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 274.

[148] VILAS-BÔAS, Renata Malta. Hermenêutica jurídica: uma questão intrigante. **Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UNIEURO**, Brasília, v. 1, n. 3, p. 1-47, maio/ago. 2010. Disponível em: <http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/revista_consilium4.asp>. Acesso em: 18 out. 2017. p. 02.

[149] Ibidem.

[150] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1.

[151] FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 274.

[152] Ibidem.

[153] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva 1991. p. 381.

No início, o método interpretativo hermenêutico não se preocupava com o trinômio aplicação, compreensão e interpretação da norma jurídica. Os intérpretes que antecederam Heidegger e Gadamer entendiam que um método interpretativo continha todas as ferramentas necessárias para a compreensão integral da norma jurídica.

Nesse movimento, desponta Gustav Radbruch, há a defesa de uma teoria geral da interpretação jurídica, cujos pressupostos linguísticos são o finalismo e o objetivismo.[154]

Saulo Matos esclarece que o método hermenêutico, defendido por Radbruch,

> [...] é entendido também como o estudo dos meios ou métodos de interpretação, i.e., o conhecimento acerca da interpretação gramatical ou lógica, extensiva ou restritiva, analogia ou *argumentum* e *contrario*. Hodiernamente, tal estudo é chamado de metodologia jurídica e o mesmo, basicamente, é ignorado por Radbruch, sobretudo porque Radbruch não compreende estes métodos como decisivos para a interpretação jurídica. O problema decisivo da hermenêutica jurídica, segundo o mesmo, consiste no esclarecimento do critério para a escolha dos métodos tradicionais, o que implica uma discussão acerca dos pressupostos da própria compreensão no âmbito do direito.[155]

Essa metodologia de interpretação ficou conhecida como hermenêutica romântica[156] ou antiga hermenêutica e utilizava como instrumento de interpretação o "método lógico-sistemático, o método histórico-sociológico, o método teleológico-axiológico e suas variantes combinadas".[157] Victor Drummond esclarece que, inicialmente, a hermenêutica surgiu para interpretar os textos religiosos, diante do rigorismo com a que Igreja tratava qualquer assunto relacionado aos seus temas e, desse modo, muitos fieis não alcançavam a extensão daquele discurso religioso. Para esse autor:

---

154 MATOS, Saulo Monteiro Martinho. A hermenêutica jurídica de Gustav Radbruch. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),** Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 8, n. 1, p. 18-27, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.81.03/5315>. Acesso em: 15 out. 2017.

155 Ibidem, p. 21.

156 DRUMMOND, Victor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 6, n. 3, p. 310-324, out./dez. 2014.Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/7399>. Acesso em: 13 out. 2017.

157 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 275.

> Não custa lembrar que a hermenêutica romântica tinha como escopo fundamental solucionar as questões inerentes às lacunas decorrentes das interpretações religiosas. Assim, somente se aplicaria a hermenêutica quando ocorressem situações de necessidade pela incompletude compreensiva. Era como atribuir a distinção entre o que seria algo que já está posto e o que não está posto e daí resultaria a necessidade de "algum auxílio hermenêutico". Esta distinção, que passa a ser substancialmente modificada com Schleiermacher quando este autor vem trabalhar com o conceito de círculo hermenêutico, parece ter atravessado o tempo e desembarcado no universo do Direito, quando comparamos esta necessidade hermenêutica com a aplicação somente em casos de difícil solução. As soluções aplicadas pela distinção entre casos fáceis e difíceis e as soluções "derivadamente alexyanas" são a constatação de que o julgador brasileiro ainda reside no campo da hermenêutica romântica, pré-Schleiermacher, Heidegger e Gadamer.[158]

Ao lançar uso do método lógico-sistemático, o intérprete atribuía à "[...] norma o caráter de um 'imperativo despsicologizado' que tem um sentido universal".[159] Norberto Bobbio compreendia que o método "[...] teleológico chamado comumente de interpretação lógica era uma expressão imprópria"[160], já que essa metodologia tem por finalidade interpretar para que "a norma foi posta".[161]

Para aqueles que utilizavam o método histórico-sociológico, buscava-se o caráter generalista da norma e, por consequência, "[...] neutraliza-se a divergência de opinião e supõe-se consenso, permitindo-se que a norma tenha um sentido geral que pode ser especificado".[162]

O método sistemático leva em consideração a norma jurídica como um todo, comparando-a com outros documentos que influenciaram no processo elaborativo da norma jurídica. Esse método "[...] entende o ordenamento jurídico de forma harmoniosa e independente"[163], desprezando a interpretação isolada da norma jurídica. Para Bobbio, esse método "[...] implica não só no pressuposto da

---

158 DRUMMOND, Victor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 6, n. 3, p. 310-324, out./dez. 2014.Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/7399>. Acesso em: 13 out. 2017. p. 316.

159 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 275.

160 BOBBIO, Norberto. **Lições de filosofia do direito.** Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 211.

161 Ibidem, p. 212.

162 Ibidem, p. 276.

163 CANFÃO, Olívio Albino. Métodos de interpretação jurídica à luz do horizonte hermenêutico. **Revista de Direito UNIFACS – DEBATE VIRTUAL**, Salvador, n. 158, p. 1-20, ago. 2013. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2715/1967>. Acesso em: 13 out. 2017. p. 09.

racionalidade do legislador, como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente".[164]

O método histórico leva em consideração o contexto histórico do momento que antecede a elaboração da norma até a sua promulgação. Estão inseridos nessa análise a conjuntura política, econômica e social. Esse método permite que o intérprete da lei tenha a possibilidade de conhecer o verdadeiro alcance da norma jurídica vigente[165] e confirmar a característica que a ciência jurídica possui de acompanhar a evolução, a partir da atualização dos institutos jurídicos vigentes.

Todos esses métodos, em conjunto ou isoladamente, auxiliavam o hermeneuta a buscar a verdadeira essência da norma jurídica e proporcionar uma melhor compreensão do conteúdo jurídico que está inserido naquela norma.

A hermenêutica romântica permaneceu, por muitos anos, como o método interpretativo adotado pelos operadores do Direito e toda a comunidade acadêmica. Esse modo de interpretação avançou no tempo e perpetuou até às inquietações reflexivas iniciadas sutilmente por Schleiermacher, aprofundadas por Heidegger e aperfeiçoadas por Gadamer. Para Drummond,

> Enquanto na hermenêutica romântica se compreendia como correta a cisão entre a *subtilitas intelligendi* (compreensão), a *subtilitas explicandi* (interpretação) e a *subtilitas applicandi* (aplicação), na hermenêutica filosófica gadameriana (como já antecipado pela filosofia hermenêutica heideggeriana) não se propõe/estabelece esta cisão. Neste sentido inclusive, digo, o julgador e o jurista brasileiros são verdadeiros hermeneutas, mas no contexto, ainda, da hermenêutica romântica.[166]

Os métodos até então vigentes não permitiam compreender o verdadeiro alcance da norma jurídica. Eles eram falhos, superficiais e incompletos, pois analisavam a norma jurídica somente sob o enfoque ou da interpretação, ou da compreensão ou da aplicação.

Heidegger, seguido por Gadamer, comprovaram, metodologicamente, que a nova hermenêutica utiliza em sua interpretação simultaneamente também a

---

[164] BOBBIO, Norberto. **Lições de filosofia do direito.** Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 213.

[165] MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 426.

[166] DRUMMOND, Victor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 6, n. 3, p. 310-324, out./dez. 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/7399>. Acesso em: 13 out. 2017. p. 316.

compreensão e aplicação da norma jurídica. Esse novo procedimento confirma que esse método interpretativo da norma jurídica não elabora um novo texto para a compreensão do documento analisado. Essa metodologia permite uma compreensão mais acessível e clara para o intérprete. Perelman apresenta o seguinte questionamento: "[...] mas quando se poderá dizer que um texto é claro? Quando é claro o sentido que o legislador antigo lhe deu? Quando o sentido que se lhe dá é claro para o juiz? Quando os dois sentidos claros coincidem?[167]

Após o giro hermenêutico[168], restou comprovado que a norma jurídica não é um fato isolado do contexto social em que ela está inserida. Esclarece Trindade, a partir de Dworkin, que

> [...] o processo interpretativo seria como um romance que não é escrito somente por um autor, mas, sim, por vários, de modo que cada um deles é responsável pela redação de um capítulo separado – com exceção do primeiro, que será responsável por elaborar o capítulo inicial –, na medida em que deverá continuar a elaboração do romance a partir de onde seu antecessor parou. Os membros de tal comunidade deixam que a sorte estabeleça quem haverá de escrever o primeiro capítulo e, uma vez feito isso, o escritor o repassa ao próximo, destacando, contudo, que deverá acrescentar um capítulo à história, e não simplesmente começar uma nova, e assim sucessivamente.[169]

Esse novo método interpretativo permite uma análise ampla e aprofundada da norma jurídica, em decorrência dessa amplitude interpretativa, a nova hermenêutica não recepciona o juiz que julga de acordo com a sua consciência como fundamento das suas decisões para casos não tão complexos. Em absoluta reprovação, Drummond defende que o juiz, ao utilizar como fundamento de suas decisões "a sua consciência", distancia-se das regras científicas de interpretação, porquanto, além de desprezar todos os métodos científicos, também descarta qualquer outro conhecimento alheio, impondo as suas verdades como únicas:

---

[167] PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 622.

[168] DRUMMOND, Victor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),** Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 6, n. 3, p. 310-324, out./dez. 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/7399>. Acesso em: 13 out. 2017.

[169] DWORKIN, 2005 apud TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito [RECHTD]**, Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 7, n. 3, p. 243-252, set./dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.04>. Disponível em: 12 out. 2017. p. 246.

> É como se o julgador pudesse limpar o conteúdo e a forma de uma má decisão pelo simples fato de alegar que o fez em sua 'plena' consciência. Como se, inclusive, isto fosse uma grande vantagem e uma verdade incontestável do ponto de vista qualitativo. É como dizer: 'decido conforme minha consciência' e, portanto, se o faço, qualquer decisão se justifica (Streck, 2010). E mais, segundo esta lógica, decidir confirme a consciência 'desinfetaria' o conteúdo equivocado da decisão. O problema é que este aspecto traz uma mensagem subliminar que é a seguinte: para escusar-se de algo decidido ou de algo eventualmente equivocado, o juiz 'apela' à sua própria consciência como se ela pudesse conter algo a mais do que a consciência alheia. Ou melhor, por ter decidido em sua consciência, parece quase não importar a decisão, mesmo que equivocada. Este é o erro, pois o que vale é a qualidade da decisão, tanto em forma quanto em conteúdo. A consciência do juiz é o que menos importa! Aqui impera a confusão entre a consciência do julgador e os conceitos delimitados por Gadamer e Heidegger, tais como tradição, círculo hermenêutico, entre outros. E o maior equívoco: a ideia de que o hermeneuta pode 'escolher' uma modalidade de hermenêutica a ser aplicada, como se fosse possível estabelecer níveis e graduações, ou mesmo hierarquias hermenêuticas. Há confusão tanto na atribuição de fatiamentos das *subtilitatae*, como se fossem movimentos ou momentos autônomos interpretativos, como também na atribuição a Savigny (Savigny, 1840, p. 208-209) de classificações hermenêuticas separando as interpretações em gramaticais, lógicas e históricas.[170]

O intérprete brasileiro, ao adotar essa postura, retrocede ao modelo hermenêutico romântico, que ainda vigora em nosso ordenamento jurídico. Lênio Streck[171] manifesta-se totalmente contrário a essa postura adotada pelos magistrados brasileiros, já que ele é um defensor do modelo interpretativo gadameriano, que permite ao operador do direito pensar criticamente em relação a teoria do direito a partir dos influxos da hermenêutica.[172] Essa postura adotada por Lênio Streck deu início ao movimento denominado Crítica Hermenêutica do Direito e, acerca desse novo movimento doutrinário, André Karan Trindade assim esclarece:

> No Brasil, especialmente a partir da década de 1990, Streck (2010, 2011, 2012, 2013, 2014) dedica-se à *Crítica Hermenêutica do Direito*, desenvolvendo uma vasta e qualificada produção bibliográfica no Direito, a partir dos aportes filosóficos de Heidegger, Gadamer e Stein. Seus estudos caracterizam-se pela aplicação do método 'fenomenológico' ao campo jurídico. Inserido em uma tradição pós-metafísica e pós-positivista, uma de suas principais preocupações gira em torno do problema da decisão judicial

---

[170] DRUMMOND, Victor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),** Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 6, n. 3, p. 310-324, out./dez. 2014.Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/7399>. Acesso em: 13 out. 2017. p. 313.

[171] STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

[172] Ibidem.

> e da interpretação/aplicação do direito no paradigma da intersubjetividade.[173]

Após o giro hermenêutico proposto por Gadamer, não se pode estabelecer se o intérprete utiliza isoladamente a "[...] compreensão, interpretação e aplicação".[174] Para ele, e igualmente para seu formador Heidegger, esses três institutos estão interligados entre si, porquanto um não existe sem o outro no novo método interpretativo hermenêutico, pois a norma jurídica não é um fato isolado do mundo.[175] Para Victor Gameiro Drummond,

> [...] a chave do problema é que o juiz, ao acreditar que sua escolha é lícita, factível e correta em decorrência de se produzir (em seu entendimento) na mais profunda intimidade de sua consciência, subliminarmente está atribuindo à própria consciência uma qualidade e superioridade que não possui. Por que a consciência do juiz deve ser mais valiosa do que a do não julgador? E, com isso o julgador não compreende que dá azo a um descolamento e à cisão entre compreensão, interpretação e aplicação, o que afronta um dos fundamentos mais importantes e presentes na hermenêutica filosófica gadameriana e na filosofia hermenêutica heideggeriana: o fato de que a hermenêutica é una.[176]

Trindade, apoiado em Dworkin, explica haver:

> [...] a atividade interpretativa mediante três etapas: pré-interpretativa, em que o intérprete identifica as regras e padrões que lhe fornecem o conteúdo empírico da prática; interpretativa, na qual irá se concentrar numa justificativa geral para os principais elementos que foram extraídos da prática identificada na etapa anterior; e pós-interpretativa, que serve para que o intérprete 'ajuste sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa'.[177]

---

[173] TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito [RECHTD]**, Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 7, n. 3, p. 243-252, set./dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.04>. Disponível em: 12 out. 2017. p. 244.

[174] Ibidem.

[175] Ibidem.

[176] DRUMMOND, Victor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),** Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 6, n. 3, p. 310-324, out./dez. 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/7399>. Acesso em: 13 out. 2017.

[177] DWORKIN, 2010 apud TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito [RECHTD]**, Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 7, n. 3, p. 243-252, set./dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.04>. Disponível em: 12 out. 2017. p. 247.

Na nova hermenêutica, o intérprete, ao solucionar o conflito por meio da aplicação da norma jurídica, está desenvolvendo um verdadeiro estudo hermenêutico[178], ocasião em que ele toma consciência da extensão do alcance da sua decisão.

2.3 O MÉTODO HERMENÊUTICO INTERPRETATIVO DA NORMA JURÍDICA E O DEVER DO JUIZ DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES

Acompanhando a evolução da literatura ao longo do tempo, observamos que vários textos de conteúdo jurídico apresentam, em seus enredos, figuras de juízes com perfis variados.

A preocupação existente no universo fictício e também no meio jurídico sempre foi com a conduta do julgador, para que fosse afastada do exercício de sua atividade profissional qualquer possibilidade de arbitrariedade por ocasião da aplicação da norma jurídica para solucionar o caso concreto.

Para François Ost, “a literatura mostra ser, aqui, particularmente rica, tanto na ordem pública, com o retrato de todos os tipos de juízes parciais ou desonestos, como na ordem privada, com um crescendo de desnaturação que culmina com as narrativas de justiça perversa, que abundam na pena do Marquês de Sade”. [179]

Nesse sentido, François Ost esclarece que:

> A literatura, que não se atrasa em inversões para ir além dos limites, possui diversos exemplos. Shakespeare, notadamente, apresenta uma impressionante galeria de perfis de juízes tendenciosos e venais, diretamente interessados no resultado do julgamento, muitas vezes porque eles próprios são os culpados que deveriam ser investigados.[180]

---

[178] TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito [RECHTD]**, Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 7, n. 3, p. 243-252, set./dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.04>. Disponível em: 12 out. 2017.

[179] OST, François. A justiça, suas alternativas e seus símbolos. Vingar, perdoar ou julgar? Variações literárias. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD**), Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 6, n. 2, p. 116-128, jul./set. 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.01>. Acesso em: 12 out. 2017. p. 118.

[180] Ibidem, p. 124.

Essa preocupação também ganha espaço no cotidiano do nosso Poder Judiciário. Nesse sentido, a Constituição determina, no art. 93, inciso IX[181], que toda decisão exarada pelo juiz deverá ser fundamentada. Para Silva, "o direito ao contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e produzir alegações e provas, [...]"[182] No entanto, ela deve guardar relação direta com o ordenamento jurídico vigente. Informa Lênio Streck que "[...] era possível verificar, na fundamentação das decisões, uma *arma contra o arbítrio dos juízes"*.[183]

Ao interpretar a norma jurídica, tomando-se por referência os métodos interpretativos do Direito, inicialmente os tradicionais adotados anteriormente ao giro linguístico e, posteriormente com a adoção da filosofia da linguagem, obteve-se conquistas "[...] como a garantia da *imparcialidade do juiz*, o controle da *legalidade da decisão*, e a possibilidade de *impugnação das decisões".*[184]

Após o giro linguístico, a interpretação da norma jurídica acrescenta um novo elemento entre a figura do sujeito e do objeto. Essa metodologia recepciona a linguagem como o novo elemento do método hermenêutico de interpretação, proporcionando uma melhor compreensão e aplicação da norma jurídica ao caso concreto, com a finalidade de proporcionar uma solução, mais próxima possível da realidade em que se deram os acontecimentos. Leciona Lênio Streck que,

> [...] nesse contexto, a linguagem tem sido vista como um terceiro elemento que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Essa questão, aliás, levou Gadamer a fazer uma crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como um produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é: primeiro, conheço; depois, interpreto, para só, então, aplicar).[185]

A decisão apresentada para a solução do caso concreto deve ser construída no ordenamento jurídico vigente, e não firmada no convencimento pessoal do

---

[181] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <htp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2016.

[182] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2006. p. 340

[183] STRECK, Lênio Luiz; RAATZ, Igor. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o Olhar da Crítica Hermenêutica do Direito**. Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.160-179, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1400/461>. Acesso em: 13 out. 2017. p. 162.

[184] Ibidem.

[185] STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. UNISINOS. São Leopoldo, RS, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>. Acesso em: 20 out. 2017. p. 66.

magistrado sobre o assunto. Essa decisão deve ser fruto do trinômio interpretação, compreensão e aplicação da norma jurídica, já que ela representa um verdadeiro exercício interpretativo da norma jurídica e não mais um conhecimento metafísico, “a priori”.

> [...] Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios. Esse giro hermenêutico, que pode ser denominado também de giro lingüístico-ontológico, proporciona um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo.[186]

Por longos anos, muitos juízes em casos menos complexos proferiam suas decisões em conformidade com a sua consciência, desprezando os métodos interpretativos vigentes, sob a alegação de que o conhecimento acumulado e os seus valores pessoais bastavam.

Esses operadores do Direito justificavam seu posicionamento na desnecessidade de interpretar uma norma jurídica para solução de casos menos complexos, bastando tão somente o entendimento sobre o assunto para decidi-lo, desse modo, “[...] acaba-se confundindo decisão com escolha, o que inviabiliza qualquer tentativa de controlá-la pelo próprio direito”.[187]

Fundamentar uma decisão jurídica vai além de uma simples interpretação e compreensão da norma jurídica. Fundamentar uma decisão é sinônimo de respeitar os princípios do contraditório, da ampla defesa, do livre convencimento do juiz, institutos jurídicos alicerçados no Diploma Constitucional vigente[188].

O ato de decidir é simultâneo ao de fundamentar. Não são institutos estanques, separados; ao contrário, são simultâneos. A fundamentação de uma decisão judicial encontra amparo em um raciocínio lógico, que guarda relação com o ordenamento jurídico vigente.

---

[186] STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. UNISINOS. São Leopoldo, RS, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>. Acesso em: 20 out. 2017. p. 66.

[187] STRECK, Lênio Luiz; RAATZ, Igor. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o Olhar da Crítica Hermenêutica do Direito**. Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.160-179, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1400/461>. Acesso em: 13 out. 2017. p. 163.

[188] BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. art. 489, V e VI. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 dez. 2017.

Alguns juízes compreendem que fundamentar uma decisão judicial consiste em desenvolver um raciocínio lógico que justifique o posicionamento adotado para solução de um caso concreto. Há decisões que são fundamentadas, tomando por referência uma súmula vinculante ou um precedente judicial, atribuindo a eles o caráter de norma jurídica, desprezando qualquer justificativa técnica para a utilização daquela fonte jurídica como justificativa da decisão adotada. Essas produções soltas, desprovidas de um conteúdo técnico, não guardam nenhuma relação com a previsão contida no art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira.[189]

Diante de situações semelhantes descritas acima, como enfrentar decisões judiciais que são apoiadas tão somente no conteúdo jurídico originário das súmulas vinculantes e dos precedentes judiciais, que não contam com nenhuma interpretação do julgador?[190] Esses institutos são recepcionados pelo método interpretativo do Direito, como mecanismos de fundamentação de uma decisão jurídica?

A súmula vinculante foi inserida em nosso ordenamento jurídico após a edição da Emenda Constitucional 45/2004.[191] Esse instituto jurídico nasceu com a finalidade de proporcionar uma maior celeridade processual, evitando a interposição de recursos desnecessários sobre matérias já sumuladas, no entanto, em momento algum foi atribuída a esses institutos jurídicos a característica de suprir a fundamentação de uma decisão judicial.

Cabe ressaltar, nem sempre o entendimento apresentado por meio daquele dispositivo judicial atende as expectativas do operador do Direito, já que lhe é retirado o exercício da interpretação e aplicação da norma jurídica, amplamente defendida após o giro linguístico.

---

189 BRASIL.**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <htp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2016.

190 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. art. 927. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 dez 2017.

191 BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 08 dez. 2017.

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil[192], foi recepcionado em nosso ordenamento jurídico o precedente judicial, figura jurídica que tem por finalidade a análise de um novo caso concreto, tomando por paradigma outro caso concreto semelhante, já solucionado.

Os dois novos institutos jurídicos, em um primeiro momento, não apresentam nenhuma proximidade com o método hermenêutico de interpretação da norma jurídica, já que são decisões já prontas, pré-estabelecidas, que retiram do operador do direito o seu papel de intérprete, uma vez que, ao utilizá-los, ele despreza a necessidade de fundamentar a sua decisão judicial e deixa de informar os motivos que permitiu a utilização daquela figura jurídica. Lopes Filho informa que

> [...] essa postura causa um déficit de fundamentação, pois, muitas vezes, indica-se uma súmula ou ementa de julgado como motivação suficiente para julgar um caso autorizando uma arbitrariedade na atividade judicial que se torna autorreferente, ignorando os demais componentes do sistema jurídico e da sociedade.[193]

Nesse sentido, adverte Lênio Streck que:

> [...] o nível de generalização não pode ser transformado em uma categoria ou uma premissa, que, metafisicamente, pretenda 'abranger' a 'substância' dos casos jurídicos, em um retorno à metafísica clássica, obnubilando a manifestação hermenêutica da especificidade do caso concreto que efetivamente molda o direito em discussão. É o caso da súmula vinculante, na qual estaria 'condensada a substância' (essência) de cada 'coisa' jurídica, como se as súmulas (um enunciado, pauta geral, etc) fossem 'juízos assertórios' e uma 'proposição pudesse mostrar seu sentido.[194]

Os defensores dos métodos de interpretação hermenêutica eram contrários a essas novas figuras jurídicas, tendo em vista a possibilidade de criação de normas jurídicas generalizadas, discricionárias, que induziriam os operadores do direito a solucionarem os casos concretos com normas abstratas e sem qualquer conteúdo jurídico.

---

[192] BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. art. 927.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 dez 2017.

[193] LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e Norma: Usam-se Precedentes Judiciais como se Aplicam Normas Legislativas? **R. Opin. Jur**., Fortaleza, ano 10, n. 14, p.231-252, jan./dez. 2012. Disponível em: < http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/814/284>. Acesso em: 04 nov. 2017. p. 239.

[194] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 321.

Ao analisarmos mais detidamente essas ferramentas, observamos que não foi retirado do operador do Direito o seu papel de intérprete, em que pese haver opinião em contrário, conforme argumenta Lênio Luiz Streck:

> [...] uma súmula, mais do que pretende qualquer outro texto jurídico, traz um 'em si' (um mínimo 'é') decorrente das inúmeras situações concretas que a ensejaram e que conformarão a compreensão do intérprete. Entretanto, isto que poderia ser um argumento a favor da súmula, acaba sendo o seu principal problema: a pré-compreensão decorrente da faticidade das singularidades das situações concretas é eliminada pelo esquema sujeito-objeto a partir da hipostasiação de uma supernorma, que passa a 'sobreviver' à revelia das próprias situações concretas que a ensejaram (de qualquer modo, na medida em que as situações concretas também ficaram escondidas nos julgamentos que engendraram o enunciado sumular, a possibilidade de se levar em conta as próximas singularidades diminui sobremodo). A súmula parte, assim, de um grau zero de significação, o que é anti-hermenêutico. Por isso, a soma de várias situações de 'grau zero' redundarão no estado de natureza hermenêutico.[195]

O instituto jurídico da súmula vinculante representa a interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal a partir de seus Ministros. O operador do Direito, ao utilizar referida súmula, não interpretará a súmula em si, mas fará a interpretação do seu caso concreto, da posição adotada pela instância superior. Não é uma interpretação ampla, como a defendida pelo círculo hermenêutico, porque ela já vem pronta, no entanto, é uma interpretação jurídica, porque ela terá que ser ajustada ao caso concreto, permitindo que a compreensão e aplicação também sejam respeitadas. Juraci Mourão discorda do entendimento de que somente a súmula[196] possa ser utilizada como fundamentação de uma decisão jurídica, "[...] pois se deve considerá-la como fruto de atuações concretas que solucionaram situações próprias e específicas que também lhe servem de parâmetros hermenêuticos"[197], salvo se o operador do Direito, ao utilizá-la como alicerce de seu convencimento, fundamentar sua decisão. Para Lenio Streck,

> [...] dos traços gerais que foram colacionados acima, a súmula apresenta profundas dessemelhanças com os precedentes: a) o efeito vinculante está

---

[195] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 321.

[196] LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e Norma: Usam-se Precedentes Judiciais como se Aplicam Normas Legislativas? **R. Opin. Jur.,** Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 231-252, jan./dez. 2012. Disponível em: < http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/814/284>. Acesso em: 04 nov. 2017.

[197] Ibidem, p. 238.

> prescrito em um texto normativo (art. 102, § 2º, e 103-A da CF); b) a instituição do efeito vinculante tem como finalidade barrar novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes); c) A aplicação do precedente dotado de efeito vinculante se dá de forma descontextualizada, dedutivista e reveste a decisão/súmula com ares de regra geral e abstrata, inflingindo área de competência do legislador (art. 5º, II, da CF).[198]

O mesmo comportamento foi adotado em relação aos precedentes judiciais quando da promulgação do novo Código de Processo Civil (mais especificamente no art. 927)[199], figura jurídica que representa o entendimento uniforme de um tribunal sobre um determinado assunto, permitindo ao operador do Direito apoiar-se neles para solucionar um novo caso concreto a partir da interpretação daquela decisão.

Para Lopes Filho:

> Eis o papel do precedente no Direito: agregar sentidos ao Direito, permitindo sua constante evolução, deixando-o aberto ao mundo-da-vida. Daí por que se fala que o precedente tem essa função específica e não autônoma de mediar lei e realidade, enriquecendo, então, o sistema jurídico. Na medida em que eles sejam utilizados para fechar o sistema jurídico à realidade – mediante uma abstração do julgamento –, proibindo a inserção de novos componente no clico hermenêutico, sua função está sendo subvertida. [200]**,**

A preocupação dos juristas era a de que fosse atribuído o caráter de norma a esses institutos. Nesse sentido, adverte ainda Juraci Mourão Lopes Filho:

> Equiparar, nesse âmbito, precedentes à lei é o motivo que autoriza o descompromisso do juiz com a realidade posta diante de si; que permite decisões inadequadamente fundamentadas; que geram uma inválida autorreferência da jurisdição, ignorando outros componentes do sistema. Tudo em prejuízo de um Direito mais consentâneo com o meio que o cerca, e em especial do Direito Constitucional, que, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, é tão dependente de ponderação de princípios diante do caso concreto.[201]

---

[198] STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *Terrae Brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciência Criminais (**RBCRIM**),** 2009, v. 17, n. 78, maio/jun., p. 284-319.

[199] BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 dez. 2017.

[200] LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e Norma: Usam-se Precedentes Judiciais como se Aplicam Normas Legislativas? **R. Opin. Jur.,** Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 231-252, jan./dez. 2012. Disponível em: < http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/814/284>. Acesso em: 04 nov. 2017. p. 243.

[201] Ibidem, p. 238.

Ultrapassado esse primeiro momento, observou-se que o intérprete, ao fazer uso dessas novas figuras jurídicas, precisaria igualmente realizar uma interpretação séria desses institutos para a sua correta aplicação, com a finalidade de confirmar se o deslinde apresentado é aplicável ou não ao seu conflito, ocasião em que se concretiza o trinômio defendido pelo círculo hermenêutico composto pela interpretação, compreensão e aplicação da norma jurídica. Streck se manifesta no sentido que:

> Para uma melhor compreensão do problema, há que se ter presente que um precedente (súmula ou acórdão que exprima a posição majoritária) é (também) um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido, a partir do caso concreto sob análise. [...] É a especificidade que o diferencia (ou não) da cadeia decisional que vem sendo seguida pelo Tribunal. Consequentemente, haverá sempre um grau de generalização a ser extraído do núcleo da decisão, que fará a ligação hermenêutica (compromissos discursivos) com os casos posteriores que serão analisados em sua individualidade.[202]

Assim, podemos concluir que o juiz, ao proferir decisões quando do exercício de sua função, faz uso dos métodos hermenêuticos de interpretação da norma jurídica, para somente depois interpretar a norma jurídica, já que a segunda é produto daquela. Observamos também que o dever de fundamentação das decisões previstas no texto constitucional decorre do avanço conquistado nesse século, tanto pela disciplina quanto pela filosofia jurídica após o giro linguístico, retirando o caráter dogmático que imperou entre os séculos XVIII e XIX, conferindo uma função maior ao intérprete da norma jurídica, ou seja, interpretá-la para depois aplicá-la.

---

[202] STRECK Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *Terrae Brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciência Criminais (**RBCRIM**),** 2009, v. 17, n. 78, maio/jun. p. 320.

3 MACHADO DE ASSIS E O DIREITO: A INTUIÇÃO DO ESCRITOR DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Nesse capítulo, em especial, serão analisadas algumas obras de Machado de Assis, ambientadas no século XIX, período em que o autor se encontra em transição enquanto escritor, deixando a fase do romantismo e migrando para o realismo, ocasião em que o universo feminino de suas personagens também acompanha essa mudança de personalidade.

No período assinalado, a sociedade era brutalmente machista. Não permitia que a mulher externasse sua opinião, salvo nos assuntos que diziam respeito “ao universo feminino”. Tudo era motivo de opressão, leituras feitas deveriam ser somente “as permitidas para mulheres” e, mesmo assim, diferenciadas entre as solteiras e as casadas. A mulher não podia sair às ruas sem uma figura masculina ao lado, já que quem dava a conotação de “família” era sempre o homem.

Em Helena, observamos que o escritor já alertava para a necessidade de proteção aos direitos da personalidade do cidadão. No período em que o romance é ambientado, os rígidos padrões morais impostos pela sociedade tinham que ser cumpridos integralmente por seus pares, sob pena de serem isolados do convívio social. Tudo era muito rígido, inflexível e frio, o que se refletia no ordenamento jurídico vigente.

3.1 A IMPORTÂNCIA DA INTERDISCIPLINARIDADE ENTRE A LITERATURA E O DIREITO

A relação de interdisciplinaridade entre o Direito e a Literatura[203] proporciona ao operador do Direito uma maior e melhor compreensão do conteúdo dos textos jurídicos, permitindo que o conhecimento dogmático e verticalizado, antes priorizado por muitos anos junto às academias, confira espaço a uma ciência jurídica que almeja a justiça ao invés da simples aplicação da norma.

---

[203] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 10.

O encontro entre o Direito e a Literatura permitiu a descoberta de que ambas as ciências utilizam a linguagem como instrumento de exteriorização de seus conteúdos, resultado de interpretações metodológicas realizadas para uma melhor compreensão da extensão do conteúdo que está inserido na norma jurídica. A interdisciplinaridade entre as Ciências Jurídicas e a Ciência das Letras não é recente. O reconhecimento acadêmico se confirmou na segunda metade do século XX, quando esses estudos se tornaram regulares. O estreitamento desses conteúdos permite ao operador do Direito uma formação globalizada, afastando o conhecimento fragmentado da disciplina jurídica.

É a interdisciplinaridade o novo caminho que a Ciência do Direito está percorrendo. Ao mesmo tempo, também os operadores do Direito se aproximam da realidade das partes que se socorrem do Poder Judiciário, permitindo uma decisão justa e não somente a solução do conflito.

Machado de Assis começou a trabalhar muito cedo, devido à morte prematura de sua mãe. Aos 16 (dezesseis) anos, publicou o seu primeiro texto na revista Marmota Fluminense, um romance intitulado “Ela”. Devido ao sucesso de sua publicação, foi contratado e passou a escrever regularmente para a revista, devido às suas múltiplas capacidades literárias:

> [...]. Além de romancista foi cronista, contista, dramaturgo, jornalista, poeta, novelista, crítico e ensaísta. Para alguns pesquisadores, ele era considerado urbano, cosmopolita e crítico em algumas questões urgentes do pais. Também era um mestre observador das experiências humanas coletivas e individuais.[204]

Machado de Assis era funcionário do alto escalão do governo e no período em que trabalhou para o executivo, sempre permaneceu neutro nas questões relacionadas à política. Considerado um escritor de prestígio já em seu tempo, foi reconhecido pelos vários estilos literários que apresentou ao longo de sua produção, além de ter sido um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras. Paula Daltro retrata Machado de Assis com uma postura mais crítica, se comparada ao que os biógrafos corriqueiramente o fazem:

---

[204] ZIMMERMANN, Tânia Regina; MEDEIROS, Márcia Maria de. Relações de gênero e masculinidade no romance Helena de Machado de Assis. **Revista Contemporânea**. Rio de Janeiro, Ano 3, n. 4, v. 2, [Dossiê: História & Literatura], p. 1-15, 2013. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/nec/sites/default/files/7_RELACOES_DE_GENERO_E_MASCULINIDADES_2.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 3.

> Em Outubro de 1861, Machado assume a sessão de crônicas da semana, comentando os acontecimentos gerais públicos e sociais. Esses pequenos trechos de suas publicações periódicas nos revelam a tendência crítica, e não apenas literária e desinteressada de Machado de Assis, que em 1872 é nomeado primeiro oficial da Secretaria do Estado do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, carreira que seria sua principal fonte de renda ao longo da vida. Em 1889 assume o cargo de diretor da Diretoria do Comércio no Ministério. Simpatizante das ideias de Lúcio Mendonca de criar a Academia Brasileira de letras, Machado é um de seus fundadores e dono da cadeira de número 23, elegendo como seu patrono o escritor José de Alencar.[205]

Para a construção desse capítulo, analisaremos o romance Helena. Da leitura desse clássico da literatura brasileira, verifica-se que o enredo desenvolvido por Machado de Assis retratou a sociedade do século XIX e o fato de que o exercício da cidadania era destinado à uma pequena parcela da sociedade brasileira, que atendia as exigências impostas pelo recém-criado governo, enquanto a grande massa da população sofria as consequências dos mandos e desmandos dos pequenos burgueses e aristocratas. A sociedade era marcadamente opressora com relação às mulheres, totalmente invisíveis aos olhos do sistema, ao mesmo tempo em que era extremamente cruel com os escravos, provavelmente ainda mais com a mulher escrava.

É importante lembrar que a mão-de-obra no período era quase que exclusivamente a do sistema escravagista, cruel realidade que seria extinta somente em 1888, como preparativo para a chegada da República em 1889, fruto de uma insatisfação política e de uma reação militar. A propósito, relata Elpídio Segundo, que:

> [...] a República foi proclamada em uma sociedade extremamente desigual e hierarquizada e em um momento de intensa especulação financeira, causada pelas emissões de dinheiro feitas pela União para atender às necessidades oriundas da abolição dos escravos. Os intelectuais, especialmente os republicanos, preocupavam-se com as dificuldades de implantação da nova forma de governo. O aspecto fulcral do debate girava em torno da relação entre o público e o privado, o indivíduo e a comunidade. [206]

---

[205] DALTRO, PAULA. **Análise histórico social do século XIX através da obra Helena de Machado de Assis**. Disponível em:< http://www.consciencia.org/analise-historico-social-do-seculo-xix-atraves-da-obra-helena-de-machado-de-assis. Acesso em 21 jan. 2018.

[206] CARVALHO, 1990 apud SEGUNDO, Elpídio Paiva Luz. Machado de Assis e o Imaginário Jurídico Moderno no Brasil: Contribuições para o desvelamento epistemológico do positivismo jurídico. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura**. v. 3, n. 1, jan./jun. 2017 .171-195. Disponível em:< file:///C:/Users/Master/Downloads/Dialnet-MachadoDeAssisEOImaginarioJuridicoModernoNoBrasil-6053689.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018. p. 178

A realidade do texto Helena, produzido por Machado de Assis na segunda metade do século XIX, é inegavelmente de uma atualidade espantosa. Ao ler Machado, sempre surge o deslumbre com seus recursos de estilo e sua perspectiva, pois num momento histórico diverso conseguia produzir críticas denunciantes, por vias oblíquas, absolutamente atuais e arrebatadoras.

Alicerçado na grandeza machadiana que descreveu os problemas políticos e sociais brasileiros da época, Lênio Streck chega a relacionar pontos marcantes na produção machadiana, o romance Quincas Borba, com o incêndio na boate Kiss, na cidade de Santa Maria/RS, em 2013[207], com o objetivo de apontar a postura sensacionalista da imprensa na cobertura emblemática na qual tantas famílias tiveram seus entes queridos vitimados:

> Era uma vez uma choupana que ardia na estrada; a dona — um triste molambo de mulher — chorava o seu desastre, a poucos passos, sentada no chão. Senão quando, indo a passar um homem ébrio, viu o incêndio, viu a mulher, perguntou-lhe se a casa era dela.
> - É minha, sim, meu senhor; tudo o que eu possuía neste mundo.
> - Dá-me então licença que acenda ali o meu charuto?
> O padre que me contou isto certamente emendou o texto original; não é preciso estar embriagado para acender um charuto nas misérias alheias.

A obra em análise invariavelmente demonstra como as pessoas da época pautavam suas vidas cotidianas em função da aprovação social, seguindo inflexivelmente os padrões impostos por seus pares em razão de uma falsa moral.

Idêntica postura refletia-se no ordenamento jurídico vigente à época das obras analisadas. Leis totalmente inflexíveis e operadores do Direito engessados em um conhecimento verticalizado, segundo o qual não era permitida a análise contextualizada dos fatos, mas somente a conduta tipificada em lei. É nesse momento que Machado tece duras críticas ao tratamento destinado às mulheres, crianças, negros, enfim, toda aquela camada da sociedade que não possuía voz ativa na vida em sociedade e que representava as minorias e os vulneráveis, algo que se nota até os dias atuais. É nesse cenário que se observam as primeiras críticas pela falta de previsão legal para a proteção dos direitos da personalidade apontados de forma subjacente pelo autor.

---

[207] STRECK, Lênio Luiz. Santa Maria: como acender um charuto na miséria alheia. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/lenio-streck-santa-maria-acender-charuto-miseria-alheia?imprimir=1>. Acesso em: 14 dez. 2017.

Será analisado sob o enfoque dos direitos da personalidade o romance Helena, desenvolvido com muito sucesso ao longo da sua também bem-sucedida carreira de funcionário do alto escalão do governo federal.

No século XIX, vigorava a dogmática jurídica, que não permitia nenhuma interpretação da norma vigente. Não se reconheciam os direitos da personalidade conforme é feito atualmente. Mesmo após a adoção de medidas protetivas da dignidade humana em alguns países, não havia uma legislação que fosse aplicada universalmente com esse objetivo e os direitos sociais, até mesmo os direitos civis, ainda eram conceitos e proteções estanques entre si.

Como se sabe, essa divisão começou a ser superada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, pela primeira vez, concebeu aos direitos um tratamento uniforme, pois a "[...] Declaração passou a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3 a 21), como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28)".[208] No Brasil, foi a Constituição de 1988 que passou a conferir "[...] aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria".[209] Conforme esclarece Flávia Piovesan:

> Como já visto, a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. A opção da Carta é clara ao afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, sendo, pois, inconcebível separar os valores liberdade (direitos civis e políticos) e igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais). Logo, a Constituição de 1988 acolhe a concepção contemporânea de cidadania no que diz respeito à indivisibilidade dos direitos humanos.[210]

A atual Constituição Brasileira possui importância crucial no papel da redemocratização nacional, pois é um documento resultante de muitos anos de luta, após repressão violenta, torturas e vidas ceifadas, tudo em busca da efetivação da democracia e da cidadania.

A Constituição Federal de 1988 representa a vitória da liberdade sobre a opressão, pois sucedeu o regime ditatorial militar, contemplando o princípio da igualdade, vedando distinções quanto ao sexo, por exemplo. Na atual Constituição,

---

[208] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327.
[209] Ibidem, p. 328.
[210] Ibidem, p. 328-329.

também estão previstos, como direitos fundamentais, o direito "[...] à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215), às práticas desportivas (art. 217), à ciência e tecnologia (art. 218), dentre outros"[211], necessários ao pleno desenvolvimento dos cidadãos. Alguns destes direitos estão pormenorizadamente disciplinados em normas constitucionais, como no caso dos direitos à saúde e à educação, como deveres do Estado Democrático de Direito, cuja finalidade é garantir e assegurar as igualdades entre as pessoas, a fim de "[...] legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável".[212]

3.2 HELENA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: OS PRIMEIROS QUESTIONAMENTOS SOBRE A CONDIÇÃO DO FEMININO NO BRASIL DO SÉCULO XIX

Helena é um romance produzido por Machado de Assis em 1876, cuja heroína tem enfrentamentos internos e externos com os padrões socialmente impostos pela moral da época e que culmina com um desfecho trágico, representado pela morte da protagonista.

O romance é ambientado no século XIX, na cidade do Rio de Janeiro e relata o reconhecimento póstumo de uma filha do Conselheiro Vale havida fora do casamento. Como sua manifestação de última vontade, o Conselheiro determina a sua família que, após o reconhecimento de Helena como sua filha, além da proteção material prevista na legislação, ela também fosse recepcionada pela família legítima como uma das suas integrantes e tratada por todos com o respeito e afeto merecidos:

> O conselheiro declarava reconhecer uma filha natural, de nome Helena, [...]. Esta menina estava sendo educada em um colégio de Botafogo. Era declarada herdeira da parte que lhe tocasse de seus bens, e devia ir viver com a família, a quem o conselheiro instantemente pedia que a tratasse com desvelo e carinho, como se de seu matrimônio fosse.[213]

---

[211] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 322.
[212] Ibidem, p. 323-324.
[213] MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Helena**. Disponível em: <http://asdfiles.com/9Ao>. Acesso em: 05 jan. 2018.

Aliás, é digno de nota que o romance evidencia o adultério e sua tolerância social, já que Helena é fruto de um relacionamento extraconjugal e a família da viúva é levada a suportá-la no seio familiar, por disposição de última vontade do Conselheiro, novamente, outra amostra do machismo reinante.[214]

O texto abaixo reproduz com detalhes a imposição patriarcal que impera, mesmo após a morte do Conselheiro Vale:

> Aqui fica evidente o adultério cometido pelo conselheiro, pois ele reconhece em testamento uma moça, dizendo que esta é sua filha. Sem poder contestar, a família do falecido aceita essa suposta herdeira. Vemos assim, como a sociedade valorizava a vontade masculina, pois, todos tiveram essa condição sem contestar, inclusive, a própria Helena.[215]

O ápice do romance ocorre quando Helena e Estácio, seu suposto irmão, descobrem-se apaixonados. A partir dessa reflexão, analisa-se todo o comportamento da heroína. Alguns estudiosos entendem que o sofrimento de Helena está relacionado a este amor incestuoso, como forma de punição de tamanha imoralidade. Em contraponto, socorrem-se de outros comportamentos da heroína para justificar sua aceitação junto à família, todos tomados como suas qualidades positivas como, por exemplo, a personalidade servil, a submissão ao cumprimento das regras patriarcais representadas pelo irmão, pelo Padre Melchior, por Salvador (seu verdadeiro pai), ou seja, a sua rendição à figura masculina.

A sua submissão ao patriarcado pode ser observada nesse texto: “[...] queria passear algumas vezes a cavalo; não era possível sair só”.[216] Outrossim, em outra passagem do romance, quando pretende ler um livro que não é indicado para sua condição de mulher solteira, o meio irmão a repreende:

> - Fui procurar um livro na sua estante.
> - E que livro foi?
> - Um romance.
> - Paulo e Virgínia?
> - Manon Lescaut.
> - Oh! Exclamou Estácio. Esse livro...
> - Esquisito, não é? Quando percebi que o era, fechei-o e lá o pus outra vez.

---

[214] BEAUVOUIR, Simone de. **O segundo sexo.** Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 143.

[215] SANTIAGO, Camila dos Santos Santiago; SILVA, Cláudia Melo da; FARIAS, Milaine Santos e MOTA, Ronara Vieira do Nascimento. **Mulheres Machadianas**: Submissão e resistência. Disponível em: <http://www.uesc.br/eventos/sepexle/anais/17.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 04.

[216] MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Helena**. Disponível em:< http://asdfiles.com/9Ao>. Acesso em: 05 jan. 2018.

- Não é livro para moças solteiras.[217]

Na produção textual de Helena, observamos que a personagem título representa exatamente o padrão comportamental feminino exigido pela sociedade do século XIX, uma mulher totalmente servil, reforçando a tônica secular da hegemonia masculina, calcada na dominação da mulher. Simone de Beauvouir esclarece que:

> O mundo sempre pertenceu aos machos. [...]. Já verificamos que quando duas categorias humanas se acham presentes, cada uma delas quer impor à outra sua soberania; quando ambas estão em estado de sustentar a reivindicação, cria-se entre elas, seja na hostilidade, seja na amizade, sempre uma tensão, uma relação de reciprocidade. Se uma delas é privilegiada, ela domina a outra e tudo faz para mantê-la na opressão. Compreende-se, pois, que o homem tenha tido vontade de dominar a mulher.[218]

A autora complementa, a respeito da posição da mulher nesse período:

> [...] solteira ou casada, ela era privada da cidadania e não podia exercer funções como as de advogada ou de tutora. Segundo o Código: 'A mulher deve obediência a seu marido; ele pode fazer com que seja condenada à reclusão em caso de adultério e conseguir o divórcio contra ela; se mata a culpada em flagrante, é desculpável ao olho da lei; ao passo que o marido só é sujeito a uma multa se trouxer uma concubina ao domicílio conjugal e, neste caso somente, é que a mulher pode obter o divórcio contra ele'".[219]

Machado de Assis sempre traz a figura do feminino em suas obras, no sentido de caracterizar mulheres fortes em relação ao contexto social em que estão ambientadas. Ele caracterizava suas personagens femininas como um ser dócil, submisso, algo alienado, percebendo-se nas entrelinhas de seu texto uma denúncia velada pelo reconhecimento da condição feminina, enquanto titular de direitos e obrigações. Essa sutil denuncia pelo tratamento dispensado ao "universo feminino" em sua produção literária, era a antecipação de um movimento maior e mais intenso que viria a se concretizar na segunda metade do século XX. Segundo Camila Santiago dos Santos, "[...] Machado traz para seus romances a delicada situação

---

[217] MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Helena**. Disponível em:< http://asdfiles.com/9Ao>. Acesso em: 05 jan. 2018.

[218] BEAUVOUIR, Simone de. **O segundo sexo.** Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 99.

[219] Ibidem, p. 99.

das mulheres de um tempo em que, apesar de viverem presas a valores sociais, também atuavam na construção daquela sociedade”.[220]

Na época em que o romance é desenvolvido, o cenário nacional é convulsionado por intensas mudanças no ambiente das cidades, alavancadas por:

> [...] lutas em torno do trabalho assalariado e a substituição do trabalho escravo. As cidades crescem e as indústrias pululam neste novo cenário. O Rio de Janeiro reunia as grandes novidades da Europa, bem como a fome e a miséria de sua população pobre. Para os latifundiários concentrar morada em bairros como o do romance significava que os filhos poderiam frequentar a faculdade e tomar contato com jornais e publicações relacionadas à vida política brasileira e local.[221]

Ao descrever o padrão feminino representado por Helena, o escritor veladamente já lançava os primeiros questionamentos sobre a questão do papel da mulher. Ao caracterizar os personagens femininos, onipresentes em sua obra, Machado traça com muita delicadeza e peculiaridade o perfil feminino, tomando o mesmo zelo ao construir os personagens masculinos que participarão da trama, sendo claro que as características de um são totalmente opostas ao outro. O parágrafo abaixo reproduz com muita propriedade o perfil desejado da mulher do século XIX:

> Helena cumpre com o seu papel de mulher em relação aos afazeres domésticos e com atividade direcionadas às mulheres do período como tocar piano e dedicar-se à literatura. Além disso, os comportamentos esperados para uma mulher rica estavam visivelmente presentes na personagem: sensibilidade, resignação, recato e beleza.[222]

Neste contexto, a Igreja teve um papel deveras relevante, utilizada como um instrumento de controle e um canal de comunicação para ditar as regras morais e sociais vigentes na sociedade carioca da segunda metade do século XIX, conforme bem critica Ivanildo da Silva Santos, para quem “[...] a religião serviu como

---

[220] SANTIAGO, Camila dos Santos Santiago; SILVA, Cláudia Melo da; FARIAS, Milaine Santos e MOTA, Ronara Vieira do Nascimento. **Mulheres Machadianas:** Submissão e resistência. Disponível em: <http:// http://www.uesc.br/eventos/sepexle/anais/17.pdf>. Acesso em: 10 jan.2018.

[221] RIBEIRO, Tamires Almeida; FRANÇA, Fabiane. Simone de Beauvoir e o movimento feminista: contribuições à Educação. In: SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 3., 2014, Londrina. **Anais...**Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2014. Disponível em:< http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT6_Tamires%20Almeida%20Ribeiro.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

[222] MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Helena**. Disponível em: <http://asdfiles.com/9Ao>. Acesso em: 05 jan. 2018.

legitimadora das práticas sociais que naturalizaram a mulher aos padrões de comportamentos femininos aceitos pela Igreja e Estado”.[223]

A inquietação dessas mulheres tão servis e submissas a seus pais, irmãos, maridos ou qualquer outra figura masculina que detinha algum poder sobre elas denuncia a ansiedade de buscar uma identidade própria, independente da realidade que reinava absoluta na sociedade burguesa e aristocrata do século XIX, representada pelo patriarcado. Simone de Beauvoir retrata muito bem essa condição invisível da mulher no século XIX, que ansiava pela sua liberdade ao informar que:

> A partir do momento em que o ser humano fixa-se ao solo, surgindo as instituições, em especial a propriedade e sua transmissão, o direito, desenvolvendo-se a religião, aparece a divisão de trabalhos, de direitos, de status entre as pessoas. O mais frequente uso da força física pelo homem ter-lhe-ia permitido dar-se conta de que poderia dominar a mulher. [...] O patriarcado, por isso, não foi nem um acaso nem o resultado de uma revolução violenta, podendo-se concluir que foi um processo.[224]

Machado via longe, ele não apenas abordou a representação ideal da mulher encarnada em Helena, mas retratou a insatisfação do feminino em suas obras, como uma intuição acerca dos enfrentamentos a que elas seriam submetidas para galgar alguns desses direitos conquistados a tão duras penas, mas que ainda estão longe do ideal material, que a lei assegura formalmente.

3.3 O PRINCÍPIO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS QUESTÕES DO GÊNERO NA OBRA DE MACHADO DE ASSIS

A família, longe de ser o refúgio seguro imaginado de forma romântica, constitui o espaço onde mais ocorrem crimes na sociedade, sejam os perpetrados contra os jovens e as crianças, sejam os cometidos contra os idosos ou as

---

[223] SANTOS, Ivanildo da Silva Santos; OLIVEIRA, Rayssa Kelly Santos de Oliveira; RODRIGUES, Hermano de França. Sobre mulheres: literatura, gênero e identidades. In: REDOR, 18., 2014, Recife. **Perspectivas feministas de gênero:** desafios no campo da militância e das práticas. Recife: Universidade Federal Rural de Pernambuco, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/744/736>. Acesso em: 30 jan. 2018.

[224] BEAUVOUIR, Simone de. **O segundo sexo.** Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 86.

mulheres, sendo ainda, com maior intensidade, quanto aos filhos com orientação sexual diversa da heterossexual.[225]

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não é um princípio que apresenta um rol taxativo com as hipóteses de amparo para o seu conteúdo. Trata-se de cláusula aberta, de modo a compreender diversas situações que não estão expressamente previstas no ordenamento jurídico. Ao explicá-lo, José Afonso da Silva vai além:

> [...] a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.[226].

Ao longo da obra de Machado de Assis, é possível afirmar que o escritor intuiu a vulnerabilidade nas condições de vida da mulher de seu tempo, condicionada ao silêncio, como se não pertencesse àquele mundo. Aos olhos da sociedade, reitera-se, elas eram invisíveis. Naquela época, não haviam incertezas e indeterminações, pois era muito bem delineado pelos costumes o que era permitido à mulher e ao homem. O critério identificador do reconhecimento da figura masculina e da feminina eram os sinais do sexo biológico e não se levava em conta como esse sujeito se reconhecia de fato.

Perrot apud Tamires Almeida Ribeiro e Fabiane Freire França apud esmiúçam alguns dos interditos decorrentes e o uso simbólico que os maridos faziam de suas esposas, signos de seu poder e riqueza,

> [...], no século XIX as mulheres eram excluídas de determinados ambientes, pois esses lugares pertenciam aos homens, ainda mais quando se tratava de ambientes de socialização ou de política. Havia também uma forma de

---

[225] MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. As escusas absolutórias do código penal e os crimes patrimoniais de gênero a proteção da nova ordem jurídica aos direitos humanos nas Mulheres. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis – SC. **Anais...**Florianópolis, out. 2010. p. 1371-1387. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Congresso+Nacional+-+UFSC+ +Florian%C3%B3polis+(13%2C+14%2C+15+e+16+de+outubro+de+2010).pdf>. Acesso em: 09 fev. 2018.

[226] SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 21 nov. 2017. p. 91.

> indicação social do marido por meio das roupas que as mulheres vestiam se tornando também uma forma de exclusão social. Sendo assim, os homens de posses podiam evidenciar mediante as vestimentas de suas esposas quanto poder e *status* social tinham.[227]

Nota-se que Machado percebia, com desconforto, que o gênero feminino era aprisionado a esses papéis sociais como uma marcação cenográfica, lugares determinados e imutáveis. As mulheres muito padeciam e muito enfrentaram as estruturas patriarcais para exercer a parcela de dignidade e direitos relativamente correlatos de que hoje desfrutam. Ainda lutam cotidianamente por uma proteção mais efetiva de sua dignidade, mas juridicamente são livres para exercer seus pensamentos, tomar suas decisões, manifestar sua sexualidade, como a reconhece e se relaciona com ela, no entanto o universo feminino do século XIX, descrito por Machado de Assis em seus romances, não vivia essa realidade.

Segundo França; Cézar; Calsa apud Tamires Almeida Ribeiro e Fabiane Freire França:

> No final do século XIX início do século XX, as mulheres conquistaram alguns direitos, assim como o poder de voto. Esta conquista promoveu mudanças no espaço social, mas o espaço público era destinado aos homens de forma hegemônica. As lutas e buscas de voz e de espaço histórico por parte das mulheres continuaram. O direito ao voto como mudança não foi muito significativo em termos de convivência na sociedade e não ser em nomenclaturas nas leis. No papel de algumas mudanças, na prática modificações irrisórias, mas de qualquer modo as mulheres já conseguiam quebrar o silêncio que a sociedade impunha, e, assim, demonstrar que poderiam produzir, como o movimento feminista, outras mudanças e estariam prestes a serem alcançadas. Ainda no início do século XX o modelo de organização principal continuou a ser o de diferenciação de gênero e o caráter não misto nos espaços, em ação na escola ou em escritórios e fábricas.[228]

Os romances produzidos por Machado de Assis no século XIX, representaram muito bem o universo feminino. As personagens machadianas, pela via oblíqua,

---

[227] PERROT, 2005 apud RIBEIRO, Tamires Almeida; FRANÇA, Fabiane. Simone de Beauvoir e o movimento feminista: contribuições à Educação. In: SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 3., 2014, Londrina. **Anais...**Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2014. Disponível em:< http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT6_Tamires%20Almeida%20Ribeiro.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 1.

[228] FRANÇA; CÉZAR; CALSA, 2007, p. 127-142 apud RIBEIRO, Tamires Almeida; FRANÇA, Fabiane. Simone de Beauvoir e o movimento feminista: contribuições à Educação. In: SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 3., 2014, Londrina. **Anais...**Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2014. Disponível em:< http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT6_Tamires%20Almeida%20Ribeiro.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 2.

foram precursoras do reconhecimento dos direitos de personalidade e de conquistas que levaram séculos para serem atingidas.

Assim como as personagens femininas construídas por Machado de Assis, a mulher do século XXI ainda continua lutando pela efetivação de determinados direitos inerentes à sua personalidade, embora sejam assegurados no ordenamento jurídico vigente, ainda depende do reconhecimento do judiciário para a sua concretização.

Atualmente, um dos enfrentamentos que essa mulher contemporânea vem superando paulatinamente é o direito de ver sua identidade de gênero reconhecida enquanto um direito inerente à sua personalidade. Judith Butler esclarece que, "[...] como fenômeno inconstante e contextual, o gênero não denota um ser substantivo; mas um ponto relativo de convergência entre conjuntos específicos de relações cultural e historicamente convergentes".[229] Ao compartilhar estes estudos, Valéria Galdino e Fernanda Benvenuto complementam:

> [...] o termo gênero é a forma como o indivíduo é, em sociedade, o 'ser homem' (gênero masculino) e o 'ser mulher' (gênero feminino), estando totalmente dissociado do conceito de sexo biológico (macho e fêmea). Conclui-se, por isso, que o gênero significa que homens e mulheres são produtos da realidade social e não decorrência da anatomia de seus corpos.[230]

Para compreender que a questão de identidade de gênero é um direito inerente à personalidade é preciso relacioná-la diretamente aos princípios da liberdade e da igualdade e, dessa forma,

> O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.[231]

---

[229] BUTLER, Judith. **Problemas de gênero:** feminismo e subversão da identidade. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 29.

[230] CARDIN, Valéria da Silva Galdino; BENVENUTO, Fernanda Moreira. Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar,** Maringá, v. 13, n.1, p. 113-130, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2899/1896>. Acesso em: 09 fev. 2018. p. 127.

[231] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65.

Nos idos de 1985, os movimentos sociais abriram caminhos rumo à abertura político-democrática. O ápice desse movimento foi a primeira eleição direta para a Presidência da República e a instauração da Assembléia Nacional Constituinte, com a finalidade de elaborar um novo texto constitucional, respirando os ares da democracia. Em 05 de outubro de 1988, esse documento foi promulgado e entregue ao povo e nele, segundo Juliana Petroni, os princípios da liberdade e igualdade ganharam destaque:

> A Constituição Federal de 1988, essencialmente progressista, representou um grande avanço no sentido da democratização do Estado brasileiro. Assegurou, em seu texto, os principais elementos essenciais a uma democracia, quais sejam: liberdade e igualdade a nortear os rumos democráticos e a sua concretização mediante eleições livres e competitivas com amplos espaços para oposição'.[232]

O Brasil, ao incorporar a dignidade humana em norma constitucional, passou a assegurar a todos no território nacional um tratamento isonômico de respeito à condição de pessoa, inclusive àquelas pessoas que lutam pelo reconhecimento de sua identidade de gênero, tomando, por amparo normativo, a previsão expressa contida no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988. Assim, argumenta e defende Laís Abrantes:

> Com efeito, a Constituição Federal brasileira reconhece o Brasil como um Estado Democrático de Direito, e conclama, como base do sistema jurídico do pais, a realização da dignidade por intermédio da proteção dos direitos civis, políticos e sociais, os ditos direitos fundamentais.[233]

José Afonso da Silva atribui a esse princípio um alcance orientador para além dos direitos fundamentais consagrados, como, por exemplo, o direito à honra, à imagem, à privacidade, dentre outros, porquanto ele permite operar em uma multiplicidade de situações. Para o autor:

---

[232] HERMAN-CAGGIANI, 2011 apud PETRONI, Juliana Mongon. **A redemocratização brasileira por meio da Constituição Federal de 1988: um paradoxo? Direito, Constituição e Cidadania**.In: CONPEDI, 24., 2015, Aracaju, jun. 2015. p. 135-155. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/5276a7wn/32Z4x1QRv7BEZxoS.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017. p. 160.

[233] ABRANTES, Laís Marcelle Nicolau. Democracia e Estado de Direito no Brasil: o problema da inefetividade dos direitos fundamentais no país. **Revista de Direitos Humanos e Democracia**, UNIJUÍ, Ijuí, RS, ano 4, n. 8., jul./dez. 2016, p. 117-140. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/sociais-democracias/article/view/5840/5120>. Acesso em: 15 nov. 2017. p. 135.

> [...] decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. [234]

Para o constitucionalista, "[...] não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional".[235]

Verifica-se, portanto, que não é bastante a previsão de uma isonomia do ponto de vista formal, de modo que a discriminação de gênero poderá ocorrer na aplicação e ou interpretação dessa norma jurídica, instrumento para a efetivação dessas garantias constitucionais.

Para responder a pergunta formulada anteriormente precisamos compreender o conceito de gênero, que, segundo os Princípios de Yogyakarta, documento internacional que estabelece os princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero[236], deve ser compreendido como a

> [...] experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação de aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.[237]

A relação entre a criação de um Estado Democrático de Direito e a codificação de direitos fundamentais, para a proteção do homem contra qualquer regime ditatorial e discriminatório, é um caminho para a efetivação de uma sociedade isonômica. Assim, temos que o texto constitucional de 1988 tomou a Dignidade da Pessoa Humana como princípio norteador e pilar fundamental do

---

[234] SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 21 nov. 2017. p. 92.

[235] Ibidem.

[236] BAHIA, Carolina Medeiros; CANCELIER, Mikail Vieira de Lorenzi. Nome social: direito da personalidade de um grupo vulnerável ou arremedo de cidadania? **Revista Húmus**. São Luís, MA, v. 7, n. 19, p. 102-123, 2017. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/7005/4411>. Acesso em: 13 fev. 2018.

[237] Ibidem, p. 107.

ordenamento. O ser humano tornou-se, desde então, o centro de toda a proteção normativa, justamente por sua qualidade humana, ao mesmo tempo núcleo e objeto de todo o prisma da tutela constitucional, segundo o qual:

> [...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Está, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada [...].[238]

É Norberto Bobbio quem nos chama a atenção para o peso dos direitos humanos nas Constituições democráticas, como caminhos incontornáveis para o avanço civilizatório na busca pela paz:

> [...] o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da 'paz perpétua', no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado.[239]

Com esse novo direito constitucional passou-se a perceber a pessoa natural (ou física) como alguém real, "[...] que sofre, se alegra, tem vontade, sentimentos, aspirações, preferências e não somente alguém que tem aptidão para adquirir direitos e deveres, figurando no polo passivo ou ativo das relações jurídicas".[240]

Como afirmar que um cidadão goza efetivamente do exercício de sua cidadania, se ele não é livre para expressar sua vontade, seus pensamentos, o seu direito de dizer não, situações enfrentadas durante longos anos pelas mulheres e

---

[238] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

[239] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução portuguesa por Carlos Nelson Coutinho, 5. reimpressão, Rio de Janeiro: Campus, 1996. p.116.

[240] BORCAT, Juliana Cristina; ALVES, Alinne Cardim. Os direitos da personalidade como direitos fundamentais e a manifestação da dignidade. In: SIMPÓSIO REGIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS, 2., 2013, Marília. **Parte I – Direitos Fundamentais e Inclusão Social**. Marília: UNIVEM, 2013. p. 02-17. Disponível em: <http://www.univem.edu.br/file/artigo01.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2017. p. 5.

intuída por Machado de Assis em seus romances e que, atualmente, enfrentam o novo desafio de serem reconhecidas quanto ao gênero que se identificam.

Valéria Galdino e Fernanda Benvenuto defendem que o Estado detém a obrigatoriedade de estender a proteção aos direitos da personalidade desse grupo:

> Não se pode considerar digno que um ser humano que é física e psicologicamente de um sexo seja obrigado a manter em seu registro civil, e demais documentos, o sexo e nome que não condiz com a realidade. É evidente que não há equilíbrio na balança que pese estes valores.[241]

Para se compreender a discussão que gira sobre a questão de gênero e a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário entender que todo o ordenamento jurídico vigente tem como objeto central a pessoa humana. O vocábulo pessoa remonta ao termo latino *persona*, que tinha a ideia de representação na "antiguidade romana", por isso era sempre demonstrado com uma máscara que simbolizava o rosto do cidadão.[242]

Segundo Borcat e Alves, "[...] a personalidade passa a ser a qualidade jurídica inerente a todas as pessoas e, consequentemente, o pressuposto prévio para todos os direitos e deveres".[243]

Esclarecem Diogo Valério Félix e Caio Henrique Lopes Ramiro que também há uma relação entre a dignidade humana e a cidadania:

> A dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos nas dimensões de direitos humanos fundamentais, permitem, no plano teórico, que haja exercício de tutelas no sentido de visar à humanização do ser, ou seja, não só o reconhecimento do homem como um ser pertencente à espécie humana, mas sim de dotá-lo da qualidade de pessoa, aproximando-se, ainda, do conceito de cidadania.[244]

---

[241] CARDIN, Valéria da Silva Galdino; BENVENUTO, Fernanda Moreira. Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar,** Maringá, v. 13, n.1, p. 113-130, jan./jun. 2013. Disponível em:< http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2899/1896>. Acesso em: 09 fev. 2018. p. 123.

[242] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** parte geral. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1. p. 61.

[243] BORCAT, Juliana Cristina; ALVES, Alinne Cardim . Os direitos da personalidade como direitos fundamentais e a manifestação da dignidade. In: SIMPÓSIO REGIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS, 2., 2013, Marília. **Parte I – Direitos Fundamentais e Inclusão Social**. Marília: UNIVEM, 2013. p. 02-17. Disponível em: <http://www.univem.edu.br/file/artigo01.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2017. p. 05.

[244] RAMIRO, Caio Henrique Lopes, FÉLIX, Diogo Valério. O homem da máscara jurídica (*persona)* e o espectro do campo: sujeito de direito e personalidade no limiar da exceção. **Revista Jurídica Luso Brasileira,** Lisboa, ano 3, n. 5, p. 251-297, 2017. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/rjlb-2017-05>. Acesso em: 26 nov. 2017. p. 254.

Hannah Arendt adverte para o fato de que, “[...] quando se trata de definir, filosoficamente, ‘quem’ somos, só é possível enumerar qualidades e características do ‘que’ somos, revelando-se, então, a notória incapacidade filosófica de se chegar a uma definição de pessoa humana [...]”.[245]

Para José Afonso da Silva, [...] a dignidade é atributo intrínseco, da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente”.[246] A propósito, é oportuno lembrar o pensamento de Immanuel Kant acerca da concepção de dignidade humana, atualmente a mais aceita:

> No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. O direito à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, dentre outros, são essencialmente tais, pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana, todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los.[247]

Um dos obstáculos a serem superados pelos que se identificam quanto ao gênero e não por seu sexo biológico, pode ser confirmada na dificuldade em se discutir essas questões no âmbito familiar. A resistência decorre de que os valores moralmente aceitos, são frutos de costumes predominantemente machista. Nesse sentido, Simone de Beauvoir esclarece que:

> [...] quando um indivíduo ou um grupo de indivíduos é mantido numa situação de inferioridade, ele é de fato inferior; mas é sobre o alcance da palavra *ser* que precisamos entender-nos; a má-fé consiste em dar-lhe um valor substancial quanto tem o sentido dinâmico hegeliano; *ser* é ter-se tornado, é ter sido feito tal qual como se manifesta; problema consiste em saber se esse estado de inferioridade, bem como o tratamento dado deve perpetuar-se.[248]

---

[245] ARENDT, Hannah. **A Condição Humana.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.194-195.

[246] SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em 21 nov. 2017. p. 91.

[247] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 77.

[248] BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo.** 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 54.

Esse grupo de pessoas, que luta pela sua identidade de gênero, assim como as mulheres machadianas do século XIX, é titular de direitos que protejam a sua dignidade, já que a "[...] dignidade estaria intrinsecamente ligada à autonomia da vontade, bem como seria o pressuposto para o exercício de qualquer direito fundamental"[249], de modo que,

> Atualmente as mulheres ainda não conseguiram alcançar totalmente a igualdade de direitos, existem mudanças em relação ao século XIX, inclusive no âmbito educacional, tais como o direito ao voto, direito a assumir vagas políticas, no entanto, nos dias atuais existe uma intenção maior de fazer com que a 'sociedade' acredita que as mulheres não precisam mais lutar por seus direitos, ou a intenção de fazer acreditar que não há mais necessidade de revolução, de mudanças.[250].

O sujeito que luta pelo reconhecimento de sua identidade de gênero é um cidadão apto a exercer com maturidade a sua cidadania, ou seja, "[...] a condição de quem possui direitos civis, políticos e sociais, que garante a participação na vida política".[251]

Para a filosofia, o conceito de cidadão ultrapassa a concepção de direitos políticos. É muito mais. Compreende o direito à uma sadia qualidade de vida, à segurança, à educação, direitos esses assegurados à uma coletividade, porque é incompreensível que haja cidadania diante de tantos desequilíbrios culturais, sociais e econômicos.[252] A respeito, Carolina Bahia e Mikhail Cancelier complementam:

> Na contramão da realidade de uma sociedade brasileira, hoje altamente plural, dinâmica e complexa, o que se observa é um retumbante silêncio legislativo, que se esquiva do seu dever de assegurar, mediante leis e

---

[249] CARDIN, Valéria da Silva Galdino; BENVENUTO, Fernanda Moreira. Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar,** Maringá, v. 13, n.1, p. 113-130, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2899/1896>. Acesso em: 09 fev. 2018. p. 120.

[250] RIBEIRO, Tamires Almeida; FRANÇA, Fabiane. Simone de Beauvoir e o movimento feminista: contribuições à Educação. In: SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 3., 2014, Londrina. **Anais...**Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2014. Disponível em:< http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT6_Tamires%20Almeida%20Ribeiro.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 3.

[251] CIDADANIA. **Dicionário Online de Português**. Disponível em:< https://www.dicio.com.br/cidadania/cidadania>. Acesso em: 12 nov. 2017.

[252] DEL'OLMO, Florisbal de Souza; GARCIA, Thiago Roberto Gebert. A noção de cidadania segundo o pensamento de Luís Alberto Warat. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia.** UNIBRASIL, Curitiba, v. 17, n.17, p. 210-219, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/624/422>. Acesso em: 12 nov. 2017.

> políticas públicas específicas, tanto a identidade quanto os direitos da personalidade deste grupo vulnerável.[253]

Warat defende que a cidadania plena é fruto de um comportamento ético.[254] Para se resgatar e voltar a compreender o seu papel, é necessário que esse homem volte seu olhar para dentro de si e se redescubra.

Para Del'Olmo e Garcia, esse encontro acontecerá após esse homem:

> [...] passar por um processo de desconstrução, para então se reconstruir, sendo que somente após toda essa fase poderá, de forma bem embasada, reivindicar sua própria cidadania. Não a cidadania fragmentada, simbólica, mas a verdadeira cidadania, que lhe toma um homem com voz, alguém que é ouvido, que é capaz, ele próprio, de resolver seus problemas, não dependendo da intervenção de terceiros, tampouco do Estado.[255]

Ao se reencontrar, ele tomará consciência das suas necessidades e dos direitos que o Estado lhe subtraiu. Nesse re-encontro, esse homem redescobrirá que não está sozinho, que a cidadania é um direito exercido e conquistado pela coletividade, pelo bem comum, afinal, "[...] a cidadania sempre se exercitou em lugares públicos, representou sempre uma decisão construída com o outro [...]".[256]

Para Luís Alberto Warat:

> A cidadania não existe se o outro da alteridade é um excluído. Enquanto existirem excluídos, é uma hipocrisia falar de cidadania. Somente se é cidadão se os outros, se a alteridade que organiza as possibilidades de estar entre nós não está excluída. Se os outros são excluídos eles não são cidadãos. Falar de cidadania em circunstâncias de exclusão e garantir a persistência de estados de exclusão, que são o lado diabólico das nossas sociedades. [257]

---

[253] BAHIA, Carolina Medeiros; CANCELIER, Mikail Vieira de Lorenzi. Nome social: direito da personalidade de um grupo vulnerável ou arremedo de cidadania? **Revista Húmus**, São Luís, MA, v. 7, n. 19, p. 102-123, 2017. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/7005/4411>. Acesso em: 13 fev. 2018. p. 107.

[254] DEL'OLMO, Florisbal de Souza; GARCIA, Thiago Roberto Gebert. A noção de cidadania segundo o pensamento de Luís Alberto Warat. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia.** UNIBRASIL, Curitiba, v. 17, n.17, p. 210-219, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/624/422>. Acesso em: 12 nov. 2017. p. 213.

[255] Ibidem.

[256] WARAT, Luís Alberto. **Surfando na pororoca**: O ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 111.

[257] WARAT, Luís Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 82.

Esse homem, o novo titular da proteção do Estado, ainda enfrenta grandes abismos em termos de desigualdades, que o impedem de exercer plenamente a sua cidadania. Em relação a identidade de gênero, esse abismo ainda não foi vencido, embora já tenham sido vitoriosos em algumas pequenas conquistas, muito ainda precisa ser avançado nesse campo, para que assim

> [...] o papel que o mesmo tem frente ao direito que lhe assiste, pois se observa que a lei, dentre todos os seus pressupostos abordados, coloca o moralismo à frente do direito e não o ser humano, ou seja, a pessoa como papel centro do nosso ordenamento jurídico. O transexual, na busca de seus direitos legais, depara-se com uma justiça que o desqualifica, uma vez que não o reconhece, deixando-o à margem da sociedade, onde se pode visualizar a violação de direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Não se reconhece ainda o seu direito constitucional à saúde que está resguardado no art. 196 da Constituição Federal.[258]

Observa-se que, na segunda metade do século XIX, a produção literária de Machado de Assis apresentava os primeiros sinais de necessidade do reconhecimento isonômico entre mulheres e homens, que ambos eram titulares dos mesmos direitos e garantias, pois, assim como eles, elas também possuíam personalidades fortes, eram decididas e tão determinadas quanto Capitulina, em Dom Casmurro, que muito bem representa essa busca de liberdade.[259]

A dona dos “olhos de ressaca”[260] era avessa ao padrão comportamental de sua época. Ela queria ser livre, independente, queria tomar suas próprias decisões. E pagou o preço. Essa sua liberdade, sua autoconfiança, é muito bem representada na cena em que Capitu exterioriza toda a sua indignação com a mãe de seu futuro marido, devido a intenção de mandá-lo ao seminário, com a pretexto objetivo de separá-los:

> - Beata! carola! papa-missas!
> Fiquei aturdido. Capitu gostava tanto de minha mãe, e minha mãe dela, que eu não podia entender tamanha explosão. É verdade que também gostava

---

[258] CARDIN, Valéria da Silva Galdino; BENVENUTO, Fernanda Moreira. Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar,** Maringá, v. 13, n.1, p. 113-130, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2899/1896>. Acesso em: 09 fev. 2018. p. 126.

[259] SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em 21 nov. 2017.

[260] MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Dom Casmurro**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ua000194.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

> de mim, e naturalmente mais, ou melhor, ou de outra maneira, coisa bastante a explicar o despeito que lhe trazia a ameaça da separação; mas os impropérios, como entender que lhe chamassem nomes tão feios, e principalmente para deprimir costumes religiosos, que eram os seus? [...] Quis defendê-la, mas Capitu não me deixou, continuou a chamar-lhe beata e carola, em voz tão alta que tive medo fosse ouvida dos pais. Nunca a vi tão irritada como então; parecia disposta a dizer tudo a todos. Cerrava os dentes, abanava a cabeça... Eu, assustado, não sabia que fizesse; repetia os juramentos, prometia ir naquela mesma noite declarar em casa que, por nada neste mundo, entraria no seminário.[261]

Internacionalmente, as minorias contam com a proteção expressa prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas Religiosas e Linguísticas. Em conformidade com o artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos:

> Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essa minoria não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar a praticar sua própria religião e usar sua própria língua.[262]

Anjos Filho esclarece que integram esse conceito "[...] o elemento diferenciador, o elemento quantitativo, a nacionalidade ou cidadania e a não dominância e, por fim, a solidariedade, que é reconhecida como o elemento subjetivo do tipo jurídico identificador da minoria reconhecida como vulneráveis".[263] Para ele, todos os demais termos são recepcionados como elementos objetivos do tipo. Para Carolina Bahia e Mikhail Cancelier,

> Esses grupos, em virtude de sua vulnerabilidade, passam a demandar uma proteção especial do Estado e, embora não precisem ser formados necessariamente por nacionais vinculados ao país onde se encontrem, para

---

[261] MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Dom Casmurro**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ua000194.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018..p. 60.

[262] BAHIA, Carolina Medeiros; CANCELIER, Mikail Vieira de Lorenzi. Nome social: direito da personalidade de um grupo vulnerável ou arremedo de cidadania? **Revista Húmus**, São Luís, MA, v. 7, n. 19, p. 102-123, 2017. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/7005/4411>. Acesso em: 13 fev. 2018. p. 109.

[263] ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. A proteção jurídica dos grupos vulneráveis das minorias. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC,** Belo Horizonte, v. 4, n. 13, p. 31-73, jan./marc. 2010. p. 40.

> que assim sejam considerados, não podem ocupar uma posição dominante na sociedade.[264]

Em Memorial de Aires, três outros tipos femininos também representam a insatisfação da ausência de reconhecimento da sua condição de mulher. Assim como em Helena, em Memorial de Aires estão Rita, D. Carmo e a viúva Fidélia, três mulheres submissas e servis. O comportamento dessas três mulheres representa o ideal feminino daquele período. Machado de Assis, ao contextualizar Rita, a identifica como o modelo de fidelidade conjugal exigida da mulher:

> Fomos ao cemitério. Rita, apesar da alegria do motivo, não pôde reter algumas velhas lágrimas de saudades pelo marido que lá está no jazido, com meu pai e minha mãe. Ela ainda agora o ama, como no dia em que o perdeu, lá se vão tantos anos. No caixão do defunto mandou guardar um molho dos seus cabelos, então pretos, enquanto os mais deles ficaram a embranquecer cá fora.[265]

A personalidade de D. Carmo era a representação do amor familiar e a dedicação incondicional ao esposo. Todos os seus medos, incertezas e decepções são suportados exclusivamente por ela. Nada é compartilhado. Suas emoções eram exclusivamente suas e não pertenciam a mais ninguém. Assim, para Machado de Assis, D. Carmo era

> A dona de casa, afável, meiga, deliciosa com todos, parecia realmente feliz naquela data, não menos o marido. [...]. D. Carmo possui o dom de falar e viver por todas as feições, e um poder de atrair pessoas, como terei visto em poucas mulheres, ou raras. Os seus cabelos brancos, colhidos com arte e gosto, dão a velhice um relevo particular, e fazem casar nela todas as idades.[266]

Fidélia era a mulher de personalidade leve e inquietante. A transgressora dos comportamentos impostos pela sociedade, quando se decide casar apaixonada, com alguém que não agrada sua família. Como punição pelo direito de viver esse sentimento, a vida de seu marido é retirada precocemente, então ela sofre calada o seu luto até redescobrir o amor em Tristão, quando novamente passa por um novo

---

[264] BAHIA, Carolina Medeiros; CANCELIER, Mikail Vieira de Lorenzi. Nome social: direito da personalidade de um grupo vulnerável ou arremedo de cidadania? **Revista Húmus**, São Luís, MA, v. 7, n. 19, p. 102-123, 2017. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/7005/4411>. Acesso em: 13 fev. 2018. p. 104.

[265] MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Memorial de Aires**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000025.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

[266] Ibidem.

luto. Depois dessa segunda experiência desastrosa, ela reconhece seu comportamento rebelde e assume o padrão comportamental exigido para a mulher do século XIX.

Ivanildo da Silva Santos faz uma análise:

> O que essas mulheres teriam em comum? Todas eram submissas e resignadas à sombra do discurso masculino patriarcal. Havia uma moral ética imposta para determinar todas as ações da mulher na família. O casamento não era uma opção em suas vidas, para Machado 'o casamento é um ponto de partida'. A família era fundada na conduta patriarcal em que o homem era o chefe e detentor de todas as escolhas. Cada uma das personagens femininas no Memorial de Aires representa a fidelidade abnegada, submissão e obediência ao marido. Machado de Assis com seu moralismo aparente regula o comportamento de cada uma de acordo com os preceitos que serviam como elementos decisivos para colocar a família como um regulador da vida social. Para ele a família é o equilíbrio do convívio em sociedade.[267]

Por fim, Capitulina, a mulher que ignora os padrões sociais impostos às mulheres do século XIX. A Capitu de Bentinho, na obra Dom Casmurro. Ela acreditava que podia pensar, achava que podia falar, presumia que a beleza que possuía fosse inerente a todas as mulheres e não um atributo exclusivamente seu. A personalidade da musa de Bentinho é tão intensa, que Machado de Assis descreve seus olhos com a mesma intensidade que construiu sua personagem:

> [...] Olhos de ressaca? Vá, de ressaca. É o que me dá idéia daquela feição nova. Traziam não sei que fluído misterioso e energético, uma força que arrastava para dentro, como a vaga que se retira da praia, nos dias de ressaca. Para não ser arrastado, agarrei-me às outras partes vizinhas, às orelhas, aos braços, aos cabelos espalhados pelos ombros; mas tão depressa buscava as pupilas, a onda que saia delas vinha crescendo, cava e escura, ameaçando envolver-me, puxar-me e tragar-me.[268]

No século XIX, as mulheres sempre foram tratadas como sexo frágil, entretanto, possuíam um papel fundamental na sociedade e na vida de todos que estavam a sua volta. O universo masculino sempre esteve envolvido em suas histórias, sutilmente elas detinham o controle de todas as situações, mesmo não

---

[267] SANTOS, Ivanildo da Silva Santos; OLIVEIRA, Rayssa Kelly Santos de Oliveira; RODRIGUES, Hermano de França. Sobre mulheres: literatura, gênero e identidades. In: REDOR, 18., 2014, Recife. **Perspectivas feministas de gênero:** desafios no campo da militância e das práticas. Recife: Universidade Federal Rural de Pernambuco, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/744/736>. Acesso em: 30 jan. 2018.

[268] MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Memorial de Aires**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000025.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018. p. 85.

possuindo qualquer participação direta nas decisões tomadas em cada núcleo familiar.

Com a evolução de sua produção literária, Machado de Assis também acompanhou e retratou a evolução feminina em suas obras. Em sua fase romântica, as mulheres buscavam a independência de pensamentos, de atitudes e sempre retornavam ao padrão de submissão vigente. Já na sua fase realista de suas obras, o universo feminino machadiano é ousado, busca declaradamente exercer um novo papel nessa nova sociedade.

Comenta Mauro Rosso a respeito:

> Sem se construir propriamente em explícito 'defensor dos direitos da mulher' –muito menos um 'dialético feminista' – Machado era convicto de que as mulheres deviam ser instruídas e, não permanecer atadas à vida doméstica, ao mesmo tempo sempre preocupado e atento para as necessidades emocionais, afetivas e mesmo sexuais das mulheres. Desde o início de sua gestação funcional em prosa, Machado traçou caminhos próprios e peculiares para tratar das relações entre os homens e as mulheres, muito além da visão ingênua dos românticos, do discurso dos realistas e naturalistas, injetando em sua obra muitas sementes da modernidade: criou um estilo de literatura não apenas de observação das pessoas, mas, sobretudo, de interpretação, expondo as pequenas coisas, as passagens a princípios inocentes, um outro lado, que muitas vezes aludia à presenças, sempre insidiosas, do inconsciente. Sempre foi um autor interessado em prospectar as paixões humanas, em dissecar-lhes a intimidades, em levantar questões e em torná-las públicas pela voz de seus personagens. Em Machado, o narrativo e o descritivo deu lugar ao psicológico, ao íntimo – transcendendo o visível, o corpóreo, o material.[269]

Capitu é a mulher machadiana que rompe o padrão estabelecido no século XIX. Para ela, o que importa é a autenticidade de uma vida e a alegria de viver. Ela foge a todas as características e exigências que as mulheres tinham que atender. Ela era imensa em sua personalidade, intensa em seus sentimentos, dona de todos os seus pensamentos, fossem eles insanos ou não para a sua época. Ela era senhora de si e de suas atitudes e, de todas as heroínas machadianas, Capitu

> [...] representa a mulher emancipada, a que se coloca tanto no plano espiritual, quanto no sexual e se mantém ativa, nunca passiva, apesar de não ser detentora da palavra. Seu traço mais pertinente é uma independência quase intrínseca à sua natureza, uma capacidade de não se deixar subjugar. Há uma leveza, uma espontaneidade em seu espírito que a

---

[269] ROSSO, Mauro. Machado e a mulher. **Germina: revista de literatura & arte**. 2008. Disponível em: <http://www.germinaliteratura.com.br/2008/contosdemachado_machadoeamulher.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

> coloca acima dos papéis que lhe eram reservados na cultura e na sociedade a que pertencia.[270]

O marido, Bentinho, era seu maior admirador, ao referir-se a ela, ele a descreve hipnotizado, "[...] forte e cheia, apertada em um vestido de chita, meio desbotado. Os cabelos grossos, feitos em duas tranças, [...]. Morena, olhos claros e grandes, nariz reto e comprido, tinha a boca fina e o queixo largo.[271]

Ao analisar o feminino em algumas obras de Machado, em especial as mulheres do século XIX, observamos que elas pertencem a esse grupo de minorias, que além de suportarem caladas as atrocidades a que são submetidas diariamente, ainda são invisíveis aos olhos da sociedade e de sua família. Linda Catarina Gualda esclarece que "[...] Capitu foge desse modelo de mulher e, justamente por isso, merece, então, ser expulsa de casa simplesmente por ser forte [...]".[272] Nesse mesmo sentido, continuam Tamires Ribeiro e Fabiane França,

> [...] a autora difundiu que as ideias pré-formadas e conceitos estabelecidos acerca do que homens e mulheres devem fazer na sociedade não são naturais. As problematizações sobre as atribuições às mulheres como: cuidar dos filhos, de sua aparência e da organização da casa, enquanto aos homens: ocupar seus lugares em reuniões sociais, café, bibliotecas foram produzidas quando compreendemos que 'não nascemos mulheres, nos tornamos mulheres', assim como os homens também não nascem com as respectivas características, mas tornam-se homens a partir de vivências e experiências.[273]

Na produção machadiana as personagens femininas são mulheres determinadas em sua invisibilidade, fortes em atitudes quando não podem nem ao menos expressar sua opinião. Não possuem a liberdade de escolher um livro para leitura, são proibidas de saírem sozinhas a rua ou a um passeio. São mulheres que vivem à margem de tudo e todos. Linda Catarina Gualda, que estuda Capitu como uma vítima dos costumes de seu tempo e não como a culpada pela infelicidade de Bentinho, afirma que:

---

[270] MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Dom Casmurro**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ua000194.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

[271] Ibidem.

[272] GUALDA, Linda Catarina. Representação do feminino em Dom Casmurro: o silêncio de Capitu. **Revista Línguas e Letras**, Cascavel, v. 9, n.17, 2. sem., 2008, p. 71-85. Disponível em:< http://e-revista.unioeste.br/index.php/linguaseletras/article/view/2065>. Acesso em: 08 fev. 2018. p. 74.

[273] RIBEIRO, Tamires Almeida; FRANÇA, Fabiane. Simone de Beauvoir e o movimento feminista: contribuições à Educação. In: SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 3., 2014, Londrina. **Anais...**Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2014. Disponível em:< http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT6_Tamires%20Almeida%20Ribeiro.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018. p. 03.

> A narrativa de Machado joga com os valores culturais e sociais vigente, isto é a condição feminina apresentada é clara: está presa ao estabelecido, conserva o padrão; mas no discurso reservado, no fluxo do pensamento, as suas personagens refutam, questionam os papéis que lhes são destinados na sociedade brasileira. Capitu é um exemplo de mulher que transcende a definição de esposa, mãe e ao mesmo tempo o estereótipo de mulher. Ela busca uma maneira de transpor o estabelecido; luta por emancipar-se, pois está cansada das obrigações sociais e familiares que lhe são impostas; quer experimentar algo que sai de si própria [...].[274]

Nesse período em que os romances Helena e Dom Casmurro foram ambientados, a mulher tinha um ideal a ser atingido e tudo o que ia de encontro a esses padrões causava todo o tido de repulsa e exclusão dessa mulher em sociedade, no entanto o desejo pela liberdade era tão maior que algumas mais corajosas ultrapassavam essas barreiras naturais, mesmo que para momentaneamente sentirem-se livres, embora suportassem totalmente resignadas as desgraças que, por ventura, recaíssem sobre suas vidas, como uma punição pelo seu desejo de mudanças. Não foi diferente com Helena, Rita, D. Carmo, Fidélis e Capitu, algumas das personagens femininas analisadas na obra de Machado de Assis.

> É bem verdade, que na segunda parte do romance, Capitu vai esvaziando gradativamente e a esterilidade do ato amoroso emblematiza o descentramento da paixão. Isolada na própria casa, desacreditada e acusada sem provas, o silêncio é a arma que escolhe para não se entregar às neuroses do marido e também é a única possibilidade que o narrador lhe garante, a fim de não tirar a validade de sua teoria. Dessa forma, silenciado o monstro, Bento Santiago pode falar o que bem lhe aprouver já que detém a palavra, pode engendrar as mais profícuas teses, porque não há quem o conteste, não há outro ponto de vista, é o senhor soberano de sua narrativa e, por isso, sua 'verdade' é única.[275]

Para Carolina Bahia e Mikhail Cancelier,

> [...] a tirania da maioria ou a não aceitação de pensamentos, crenças ou culturas minoritários 'fere os preceitos de um Estado democrático que reza a experiência de liberdade de autodeterminação e igualdade de tratamento com escopo de angariar uma sociedade justa e solidária'.[276]

---

[274] GUALDA, Linda Catarina. Representação do feminino em Dom Casmurro: o silêncio de Capitu. **Revista Línguas e Letras**, Cascavel, v. 9, n.17, 2. sem., 2008, p. 71-85. Disponível em:< http://e-revista.unioeste.br/index.php/linguaseletras/article/view/2065>. Acesso em: 08 fev. 2018. p. 81.

[275] Ibidem, p. 82.

[276] SANTOS, 2014 apud BAHIA, Carolina Medeiros; CANCELIER, Mikail Vieira de Lorenzi. Nome social: direito da personalidade de um grupo vulnerável ou arremedo de cidadania? **Revista Húmus**, São Luís, MA, v. 7, n. 19, p. 102-123, 2017. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/7005/4411>. Acesso em: 13 fev. 2018. p. 108.

O Estado Democrático de Direito tem como finalidade não apenas assegurar os direitos fundamentais às pessoas, mas tornar estes direitos efetivos também em prol das minorias e grupos vulneráveis, de modo a impedir a discriminação, inclusive por meio de ações ativas. A respeito, assim defende Anjos Filho:

> Para que os objetivos da não exclusão e da não discriminação sejam alcançados, o Estado pode lançar mão de medidas de discriminação positiva, que, valendo-se de um tratamento diferenciado, pretendem atenuar as desigualdades fáticas existentes entre esses grupos e a população em geral, com vistas à promoção de um igualdade verdadeiramente material. Essas medidas podem ter como destinatários tanto as minorias quanto os grupos vulneráveis. É o que se verifica hoje com a proteção do trabalho da mulher (art. 7º, XX da Constituição) e a reserva de vagas nos concursos públicos para as pessoas com deficiência (art. 37, VIII da Constituição).[277]

A adoção do Estado Democrático de Direito, como forma de exercício da democracia brasileira após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permite a possibilidade de uma interferência positiva do Estado na vida do indivíduo, com a finalidade de buscar isonomia entre seus pares, sem qualquer distinção, inclusive a de orientação sexual, porque:

> Toda distinção ou restrição fundada em sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil, ou em qualquer outro campo, configura afronta aos direitos humanos e à dignidade da pessoa. E assim, surge uma universalidade de direitos voltados à proteção e garantia da dignidade humana da mulher, no sentido de garantir a fonte principal da qual deriva todos os demais direitos dos seres humanos, qual seja, o respeito mútuo, independente de sexo, cor, raça ou crença.[278]

Essas garantias são inerentes à condição de pessoa humana, extensivas a todas aquelas que se reconhecem em sua condição de feminina, independente do seu sexo biológico, permitindo inclusive àquelas que lutam em juízo pelo reconhecimento da sua identidade de gênero, o acesso a todas as garantias

---

[277] ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. A proteção jurídica dos grupos vulneráveis das minorias. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC),** Belo Horizonte, v. 4, n. 13, p. 31-73, jan./mar. 2010. p. 60.

[278] DOMINGUES, Maria de Fátima Domingues; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Breve incursão histórica pelos direitos femininos e seu reconhecimento como consolidação da dignidade humana. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS DA PERSONALIDADE. 1., 2014, **Anais...,** Maringá, abr. 2014. Disponível em: < http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/mostras/pri_mestrado/pdf/02_GT6_Maria_Fatima_Domingues.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2016. p. 13.

asseguradas pelos direitos fundamentais adotados expressamente pelo Estado brasileiro em seu texto constitucional.[279]

[279] DOMINGUES, Maria de Fátima Domingues; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Breve incursão histórica pelos direitos femininos e seu reconhecimento como consolidação da dignidade humana. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS DA PERSONALIDADE. 1., 2014, **Anais...,** Maringá, abr. 2014. Disponível em: < http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/mostras/pri_mestrado/pdf/02_GT6_Maria_Fatima_Domingues.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a elaboração desse trabalho e das leituras realizadas para o seu desenvolvimento, foi possível verificar e demonstrar o quanto a ciência jurídica evoluiu com a contribuição direta da Literatura no exercício diário de seus afazeres. O benefício direto dessa influência foi a elevação da humanização do operador do Direito quando da aplicação da norma jurídica, uma vez que se encontra familiarizado com o entorno em que se deram os fatos conflituosos.

A produção acadêmica nacional teve um início tímido, juntamente com o desenvolvimento e o crescimento do território brasileiro. Os nossos escritores contavam com um grande poder de observação e, por intermédio de suas penas, exteriorizavam as necessidades da alma, dos excluídos dos círculos sociais, daqueles que buscam justiça e não encontram, a necessidade de mudanças sociais, políticas, culturais, educacionais, enfim, revelavam em seus escritos a necessidade da mudança e que teria que ser próxima.

A Literatura, diante do seu diálogo com vários outros ramos do conhecimento e interação com as diversas camadas sociais, aguçou a percepção dos escritores, em que boa parte daquele seleto grupo eram juristas, para as necessidades sociais e, desde cedo e através de suas interpretações, confirmaram que a norma jurídica assim como o nosso ordenamento, eram omissos em determinados temas que apresentavam relevância para a sociedade, principalmente quanto a tutelar os direitos inerentes a personalidade humana, condição exclusivamente inerente ao homem.

Confirma-se, desse modo, que a inflexibilidade da interpretação da norma jurídica tornava o operador do Direito o pior dos algozes, quando aplicava a norma restritivamente. Esse comportamento era comum a todos os aplicadores do Direito, já que os métodos interpretativos que a Ciência Jurídica contava eram extremamente rígidos e imperativos, relembrando que essa postura adotada pelos operadores do Direito, em momento algum significava o desrespeito a ordem legislativa vigente.

Enquanto isso, a Literatura suavemente desbravava o universo jurídico por meio de seus personagens e enredos envolventes, despretensiosamente em obras de Machado de Assis, Lima Barreto, Martins Pena, Aloísio de Azevedo, dentre

tantos outros grandes escritores, nas quais encontramos as primeiras críticas às políticas governamentais vigentes, às normas de comportamento sociais, aos costumes que não guardavam nenhuma relação com o território nacional e, principalmente, com o ordenamento jurídico vigente, que era uma cópia da legislação portuguesa.

Nos diversos movimentos literários, encontramos diversos autores que já denunciavam a necessidade de uma modificação no ordenamento jurídico vigente. Por meio de seus romances, narrativas, contos, novelas, enfim, por sua vasta produção literária, eram apontados os abusos cometidos pela sociedade com seus pares, as práticas de racismos, a discriminação feminina, a prática do adultério, o problema da falta de moradia e a moradia indigna, enfim, todos direitos que estavam desprotegidos e que não encontravam amparo no ordenamento jurídico vigente à época dessas produções textuais. Os textos literários apontados nessa dissertação são apenas alguns dos casos considerados como clássicos exemplos de conflitos em relação à desproteção aos direitos da personalidade.

Já convencidos da importância desse movimento para o universo jurídico, os Estados Unidos lançaram-se pioneiros em incluir essa disciplina nas matrizes curriculares das instituições de ensino superior, atitude que posteriormente foi seguida pela Europa. Esse movimento ganhou força na segunda metade do século XX.

No Brasil, os juristas mais conservadores e apegados ao dogmatismo, apresentam grande resistência a estudarem academicamente esse movimento, sob o argumento que a literatura utiliza de uma linguagem poética diante do vocabulário técnico do universo jurídico. Através dessa nova linha de pesquisa aberta pelos cursos *strictu sensu,* passa-se a estudar metodologicamente o movimento direito e literatura.

Outra grande contribuição da literatura para o Direito foi o aperfeiçoamento dos métodos interpretativos que antes eram inflexíveis e incomunicáveis entre si e que, após essa influência, buscou a aplicação mais humana da norma jurídica. Também se confirmou, que toda produção literária jurídica se utiliza de regras metodológicas e estruturais da literatura, uma vez que todas as produções dos operadores do Direito são consideradas verdadeiras obras literárias.

As obras literárias analisadas já apontavam com precisão e fundamentação a obrigação que recaía sobre o Estado em manter uma política de proteção da

condição humana existente em cada humano, independente dele ser a vítima ou o autor dos atos contrário à legislação vigente. Acima de qualquer conduta ou postura praticada, esse sujeito é titular de direitos que o Estado tem por obrigação proporcionar a sua condição de humano, até para que ele possa comportar-se como um cidadão, assumindo e exercendo conscientemente seus direitos e deveres. Foi pela percepção aguçada e sensível da literatura que o ordenamento jurídico, tanto externo quanto interno, sentiu a necessidade de rever seus posicionamentos, inclusive no quesito da flexibilidade.

Também por meio das obras analisadas que foi descoberto o pedido de socorro sufocado na garganta das mulheres pelos costumes vigentes que imperavam na sociedade burguesa e aristocrata do século XIX, pelo autoritarismo de seus pais, irmãos, maridos e até da Igreja, em que tudo era permitido aos homens e nada para elas.

Também foi através da análise da produção literária machadiana que confirmou-se a luta dessas mulheres pela proteção de sua dignidade, mesmo contando com as pequenas possibilidades que a vida lhe permitia. O que a sociedade predominantemente machista desse período não se atentou foi na dependência que possuíam junto a essas mulheres aparentemente tão frágeis. As transgressoras Fidélia e Capitu representam essa força feminina tão bem retratada por Machado. Elas lutam pela independência de seus pensamentos e de suas vontades, independente do preço que terão que pagar e buscam a todo momento o sabor da liberdade, nem que seja por pequenos instantes. E, igualmente, aceitam caladas o sofrimento que abate sobre suas vidas, como um merecido castigo por terem ousado serem diferentes, serem felizes.

Observa-se que, com a evolução dos costumes, que está relacionada diretamente aos valores sociais, a luta dessas mulheres também evoluiu. Hoje, essas guerreiras lutam para que a dignidade humana decorrente da sua identidade de gênero também seja tutelada pelo ordenamento jurídico vigente, independente do ingresso judicial para que o Estado as reconheça como titulares de dignidade.

A Literatura é a ferramenta que os intelectuais de plantão, envolvidos na luta da efetivação dos direitos fundamentais, utilizam para despertar na população a importância da sua participação nas decisões do Estado, desenvolvendo um senso crítico que permita analisar as mais diversas situações que beneficiam interesses

particulares em relação ao coletivo, sem, contudo, se deixar levar por culturas de massa e de estrelismo midiático

Esse movimento só é possível porque a adoção do Estado Democrático de Direito, como forma de exercício da democracia pelo Estado brasileiro (após a promulgação da Constituição Federal de 1988), permite a possibilidade da liberdade de expressão como um direito da personalidade em nosso ordenamento jurídico e, através dessa evolução política, essa interferência positiva do Estado na vida do indivíduo, tem a finalidade de buscar isonomia entre seus pares e de permitir o acesso a todas as garantias asseguradas pelos direitos fundamentais adotados expressamente pelo Estado brasileiro em seu texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Laís Marcelle Nicolau. Democracia e Estado de Direito no Brasil: o problema da inefetividade dos direitos fundamentais no país. **Revista de Direitos Humanos e Democracia**, UNIJUÍ, Ijuí, RS, ano 4, n. 8., jul./dez. 2016, p. 117-140. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/sociais-democracias/article/view/5840/5120>. Acesso em: 15 nov. 2017.

ALMEIDA, Manuel Antônio de. **Memórias de um sargento de milícias**. 25. ed. São Paulo: Ática, 1996. Disponível em: <https://rl.art.br/arquivos/4751401.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2017.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. A proteção jurídica dos grupos vulneráveis das minorias. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC,** Belo Horizonte, v. 4, n. 13, p. 31-73, jan./marc. 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana.** Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. - 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARNEITZ, Juliana Azevedo. O direito sob o véu da literatura: entre homens e aranhas. Direito, arte, literatura e interdisciplinaridade. In: CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza, jun. 2010. p. 1892-1899. Disponível em: <http://150.162.138.7/documents/download/610;jsessionid=635EA0DDC00B53AAFC32455F0C7F2E7D>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BAHIA, Carolina Medeiros; CANCELIER, Mikail Vieira de Lorenzi. Nome social: direito da personalidade de um grupo vulnerável ou arremedo de cidadania? **Revista Húmus**, São Luís, MA, v. 7, n. 19, p. 102-123, 2017. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/7005/4411>. Acesso em: 13 fev. 2018.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Verdad y certeza en el derecho y en la literatura. *In*: Franca Filho, Marcílio; LEITE, Geilson; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Antimanual de direito e arte**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo. Saraiva, 1989.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006,.

BARTHES, Roland. **Aula** – Aula inaugural da cadeira de semiologia literária do Colégio de França – pronunciada dia 7 de janeiro de 1977. Tradução e posfácio de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix. Disponível em: < http:/groupas.google.com/group/digitalsource>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BEAUVOUIR, Simone de. **O segundo sexo.** Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução portuguesa por Carlos Nelson Coutinho, 5. reimpressão, Rio de Janeiro: Campus, 1996

_____. **Lições de filosofia do direito.** Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORCAT, Juliana Cristina; ALVES, Alinne Cardim . Os direitos da personalidade como direitos fundamentais e a manifestação da dignidade. In: SIMPÓSIO REGIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS, 2., 2013, Marília. **Parte I – Direitos Fundamentais e Inclusão Social**. Marília: UNIVEM, 2013. p. 02-17. Disponível em: <http://www.univem.edu.br/file/artigo01.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2017.

BOSI, Alfredo. O duplo espelho em um conto de Machado de Assis. **Estud. av.[online]**. 2014, v. 28, n. 80, p.237-246. Disponível em: <http://www.scielo.br/scieloOrg/php/reference.php?pid=S0103-40142014000100020&caller=www.scielo.br&lang=en>. Acesso em: 05 maio 2017.

BRASIL. Carmem Lúcia. Voto de relatoria na ADI 4815. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Notícias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo-293336>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Celso de Mello. Voto em plenário na ADI 4815. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Notícias. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo-293336>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <htp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 08 dez. 2017.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. art. 489, V e VI. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 dez. 2017.

BRASIL. Luís Roberto Barroso.Voto em plenário na ADI 4815. **Supremo Tribunal Federal**. Notícias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo-29336>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em:< https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/596356/recurso-especial-resp-299-rj-1989-0008697-9>. Aceso em: 29 jun. 2017.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero:** feminismo e subversão da identidade. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CANFÃO, Olívio Albino. Métodos de interpretação jurídica à luz do horizonte hermenêutico. **Revista de Direito UNIFACS – DEBATE VIRTUAL**, Salvador, n. 158, p. 1-20, ago. 2013. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2715/1967>. Acesso em: 13 out. 2017.

CARDIN, Valéria da Silva Galdino; BENVENUTO, Fernanda Moreira. Do reconhecimento dos direitos dos transexuais como um dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar,** Maringá, v. 13, n.1, p. 113-130, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2899/1896>. Acesso em: 09 fev. 2018.

CASTELLO, José. Sábados Inquietos: as 100 melhores crônicas de José Castello. Brasília: Editora Leya, 2013.

CASTILHO, Ricardo dos Santos; SANCHES, Shary Kalinka Ramalho. Direitos de Personalidade e liberdade de expressão – O julgamento no STF sobre a constitucionalidade das biografias não autorizadas (ADI 4815/DF). **Revista Jurídica Cesumar** – Maringá, PR, v. 16. n. 1, jan./abr. 2016. Disponível em: <http//dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n1p49-72>. Acesso em: 01 jun. 2017.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHUEIRI, Vera Karan de. Direito e Literatura. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito.** Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006.

CIDADANIA. Dicionário Online de Português. Disponível em:< https://www.dicio.com.br/cidadania/cidadania>. Acesso em: 12 nov. 2017.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só** – Tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DALTRO, Paula. **Análise histórico social do século XIX através da obra Helena de Machado de Assis**. Disponível em: <http://www.consciencia.org/analise-historico-social-do-seculo-xix-atraves-da-obra-helena-de-machado-de-assis>. Acesso em: 21 jan. 2018.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; GARCIA, Thiago Roberto Gebert. A noção de cidadania segundo o pensamento de Luís Alberto Warat. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia.** UNIBRASIL, Curitiba, v. 17, n.17, p. 210-219, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/624/422>. Acesso em: 12 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva,1991.

DOMINGUES, Maria de Fátima Domingues; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Breve incursão histórica pelos direitos femininos e seu reconhecimento como consolidação da dignidade humana. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS DA PERSONALIDADE. 1., 2014, **Anais...,** Maringá, abr. 2014. Disponível em: < http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/mostras/pri_mestrado/pdf/02_GT6_Maria_Fatima_Domingues.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2016.

DRUMMOND, Victor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),** Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 6, n. 3, p. 310-324, out./dez. 2014.Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/7399>. Acesso em: 13 out. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas.** Tradução do original inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre, Fabris, 1976. Disponível em: <http:www.mestremidia.com.br/ead/mod/resource/view.php?id=143>. Acesso em: 29 jun. 2017.

GIONGO, Flávia Nascimento; PEDRO, Camila Queiroz. Direito e literatura: o *law and literature movement* e as possibilidades da interdisciplinaridade. In: **CONAPE- V Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas**, Francisco Beltrão, out. 2016. p. 1086-1097. Disponível em: <http://midas.unioeste.br/sgev/eventos/278/downloadArquivo/18169>. Acesso em: 29 abr. 2017.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & literatura**: ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Direito e literatura:** anatomia de um desencanto – desilusão jurídica em Monteiro Lobato. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Direito nos Estados Unidos.** São Paulo: Manole, 2004.

GRONDIN, Jean. **Introdução a hermenêutica filosófica.** Tradução de Brenno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1990.

GUALDA, Linda Catarina. Representação do feminino em Dom Casmurro: o silêncio de Capitu. **Revista Línguas e Letras**, Cascavel, v. 9, n.17, 2. sem., 2008, p. 71-85. Disponível em:< http://e-revista.unioeste.br/index.php/linguaseletras/article/view/2065>. Acesso em: 08 fev. 2018.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

KUNDE, Bárbara Michele Morais; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. A biografia (não autorizada) de Lampião e Maria Bonita: uma tentativa de preservação da intimidade ou censura prévia??. In: **XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. VIII Mostra de Trabalhos Jurídicos e Científicos**. Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em:< http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13209/0>. Acesso em: 05 jun.2017

LOPES, Ana Maria D'Avila. O Papel do juiz na hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 36, n. 36, 1999, p. 281-301. Disponível em: < https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1134/1067>. Acesso em: 18 out. 2017.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e Norma: Usam-se Precedentes Judiciais como se Aplicam Normas Legislativas? **R. Opin. Jur.,** Fortaleza, ano 10, n. 14, p.231-252, jan./dez. 2012. Disponível em: < http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/814/284>. Acesso em: 04 nov. 2017.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Dom Casmurro**. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ua000194.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. **Helena**. Disponível em: <http://asdfiles.com/9Ao>. Acesso em: 05 jan. 2018.

_____. **Memorial de Aires**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000025.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. **O Espelho.** Rio de Janeiro: Nova Aguilar. 1994, v. II.

MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. As escusas absolutórias do código penal e os crimes patrimoniais de gênero a proteção da nova ordem jurídica aos direitos humanos nas Mulheres. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis – SC. **Anais...**Florianópolis, out. 2010, p. 1371-1387. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Congresso+Nacional+-+UFSC+-+Florian%C3%B3polis+(13%2C+14%2C+15+e+16+de+outubro+de+2010).pdf>. Acesso em: 09 fev. 2018.

MANTOVANI, Andreza Cristina. Recrudescimento do discurso punitivo estatal: algumas intersecções entre a redução da maioridade penal, o RDD e o rompimento dos direitos humanos afetos ao processo penal. **Revista Jurídica FCV**. Maringá, PR, v. 1, n. 1, 2017, p. 90-105. Disponível em: <http://fcv.edu.br/revista/index.php/revistadireito/article/view/45/52>. Acesso em: 01 jun. 2017.

MARTINS PENA. **O Juiz de Paz da Roça**. São Paulo: Publifolha. 1997 (Biblioteca Folha; 5). Disponível em: <http://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-44955/o-juiz-de-paz-da-roca>. Acesso em: 01 dez 2017.

MATOS, Saulo Monteiro Martinho. A hermenêutica jurídica de Gustav Radbruch. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 8, n. 1, p. 18-27, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.81.03/5315>. Acesso em: 15 out. 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** parte geral. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 29. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Denise Helena Schild; SALLES, Bruno Makowiecky. A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise à teoria de Manuel Atienza. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo/RS, v. 10, n. 2, p. 37-46, 2014.

OST, François. A justiça, suas alternativas e seus símbolos. Vingar, perdoar ou julgar? Variações literárias. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD**), Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 6, n. 2, p. 116-128, jul./set. 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.01>. Acesso em: 12 out. 2017..

PASTL, Rogério Lins. Direito e interpretação – a solução justa no caso dos Exploradores. **Revista Diálogos do Direito,** v. 1, n. 1, maio 2012. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdodireito/article/view/2>. Acesso em: 29 jun. 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais:** uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PETRONI, Juliana Mongon. **A redemocratização brasileira por meio da Constituição Federal de 1988: um paradoxo? Direito, Constituição e Cidadania**.In: CONPEDI, 24., 2015, Aracaju, jun. 2015. p. 135-155. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/5276a7wn/32Z4x1QRv7BEZxoS.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

PINHEIRO, Rafael Fernando. **A argumentação jurídica no pensamento de Manuel Atienza**. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-argumentacao-juridica-no-pensamento-de-manuel-atienza,38861.html#_ftnref14>. Acesso em: 21 maio 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO, Simone Peixoto Ferreira. A justiça sob a perspectiva das obras clássicas da literatura mundial: Antígona, O Mercador de Veneza e o Processo. **Direito, arte e literatura**. CONPEDI. Brasília, DF, jul. 2016. p. 305-323. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/uw01l8th/57v8LU7C8aQNB4D4.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2016.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Direito e Literatura na construção do saber jurídico e da sustentabilidade: Lima Barreto e o futuro da natureza no Direito Ambiental. In: RAMIRO, Caio Henrique Lopes; PRECIPITO, Lis Maria Bonadio. **Direito e desenvolvimento:** estudos sobre a questão ambiental e a sustentabilidade – homenagem ao prof. Márcio Teixeira. São Paulo: LiberArs, 2015.

_____. Direito, literatura e a construção do saber jurídico: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, DF, ano 49, n. 196, out./dez. 2012, p. 297-309. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496629/000967071.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 abr. 2017.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; FÉLIX, Diogo Valério. O homem da máscara jurídica (*persona)* e o espectro do campo: sujeito de direito e personalidade no limiar da exceção. **Revista Jurídica Luso Brasileira,** Lisboa, ano 3, n. 5, p. 251-297, 2017. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/rjlb-2017-05>. Acesso em: 26 nov. 2017.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; PRECIPITO, Lis Maria Bonadio. **Direito e desenvolvimento:** estudos sobre a questão ambiental e a sustentabilidade – homenagem ao prof. Márcio Teixeira. São Paulo: LiberArs, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Tamires Almeida; FRANÇA, Fabiane. Simone de Beauvoir e o movimento feminista: contribuições à Educação. In: SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 3., 2014, Londrina. **Anais...**Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2014. Disponível em:< http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT6_Tamires%20Almeida%20Ribeiro.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

RORIZ, Ítalo Lustosa. Direito e Literatura: uma breve análise das obras de Sófocles, Shakespeare e Kafka à luz da justiça. **Direito, arte e literatura.** CONPEDI. Brasília, DF, jul. 2016. p. 170-189. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/uw01l8th/t415yF3d1c40PztX.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2016..

ROSSO, Mauro. Machado e a mulher. **Germina: revista de literatura & arte**. 2008. Disponível em: <http://www.germinaliteratura.com.br/2008/contosdemachado_machadoeamulher.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

SANTIAGO, Camila dos Santos Santiago; SILVA, Cláudia Melo da; FARIAS, Milaine Santos e MOTA, Ronara Vieira do Nascimento. **Mulheres Machadianas:** Submissão e resistência. Disponível em: <http://www.uesc.br/eventos/sepexle/anais/17.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

SANTOS, Ivanildo da Silva Santos; OLIVEIRA, Rayssa Kelly Santos de Oliveira; RODRIGUES, Hermano de França. Sobre mulheres: literatura, gênero e identidades. In: REDOR, 18., 2014, Recife. **Perspectivas feministas de gênero:** desafios no campo da militância e das práticas. Recife: Universidade Federal Rural de Pernambuco, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/744/736>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 14. Disponível em: <http://paginapessoal.utfpr.edu.br/gustavonishida/disciplinas/linguistica-geral/SAUSSURE%20-1916-%20Curso%20de%20Linguistica%20Geral.pdf/view>. Acesso em: 14 ago. 2017.

SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito.** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.

_____. Direito e Literatura: proposições iniciais para uma observação de segundo grau do sistema jurídico. **Revista da AJURIS,** v. 31, n. 96, dez. 2004. p. 126-139. Disponível em: < http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1c2b7/1c310/1c77b?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0 >. Acesso em: 21 abr. 2017.

SEGUNDO, Elpídio Paiva Luz. Machado de Assis e o Imaginário Jurídico Moderno no Brasil: Contribuições para o desvelamento epistemológico do positivismo jurídico. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura**. v. 3, n. 1, jan./jun. 2017 .171-195.Disponível em:< file:///C:/Users/Master/Downloads/Dialnet-MachadoDeAssisEOImaginarioJuridicoModernoNoBrasil-6053689.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018. p. 178

SERENY, Gitta. **Gritos no vazio**: a história de Mary Bell. Belo Horizonte: Gutenberg, 2002.

SILVA, Cristian K. da. Direito e literatura: uma contribuição para o discurso jurídico em William Shakespeare. Direito, arte e literatura. In: CONPEDI, 25., 2015, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte, nov. 2015. p. 82-106. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/y861uih8/Ky1qpUHiYOLC0A66.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2015.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 21 nov. 2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2006.

_____. **As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa; PANDOLFO, Alexandre Costi. **Encontros entre direito e literatura**: pensar a arte. Porto Alegre. PUCRS, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. UNISINOS. São Leopoldo, RS, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Santa Maria: como acender um charuto na miséria alheia. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/lenio-streck-santa-maria-acender-charuto-miseria-alheia?imprimir=1>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. Súmulas vinculantes em *Terrae Brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciência Criminais (**RBCRIM**),** 2009, v. 17, n. 78, maio/jun.

_____. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lênio Luiz ; RAATZ, Igor . O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o Olhar da Crítica Hermenêutica do Direito**. Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1400/461>. Acesso em: 13 out. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Direito sobre biografias no Brasil. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 299-316, jan./abr.2013. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.brojsindex.phprdaarticledownload8909781>. Acesso em: 05 jun. 2017.

TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito [RECHTD]**, Unisinos, São Leopoldo, RS, v. 7, n. 3, p. 243-252, set./dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.04>. Disponível em: 12 out. 2017.

TRINDADE, André Karan; SPERANDIO, Marilin Soares. Garantismo e Literatura: A lição de Leonardo Sciascia sobre o papel dos princípios na construção das decisões. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2124-2149, 2016. Disponível em: <http://www.e-

publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22275/18887>. Acesso em: 23 abr. 2017.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Hermenêutica Jurídica: uma questão intrigante. **Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário Unieuro**, Brasília, v.1, n.3. maio/ago. 2010. p. 1-47. Disponível em: <http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/revista_consilium4.asp>. Acesso em: 18 out. 2017.

WARAT, Luís Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

_____. **Surfando na pororoca**: O ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZIMMERMANN, Tânia Regina; MEDEIROS, Márcia Maria de. Relações de gênero e masculinidade no romance Helena de Machado de Assis. **Revista Contemporânea**. Rio de Janeiro, ano 3, n. 4, v. 2, [Dossiê: História & Literatura], p. 1-15, 2013. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/nec/sites/default/files/7_RELACOES_DE_GENERO_E_MASCULINIDADES_2.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.