

## DIREITO, LITERATURA E POSITIVISMO JURÍDICO NA OBRA “A MORTE DE IVAN ILITCH” DE LEON TOLSTÓI

Guilherme Diehl de Azevedo <sup>1</sup>

### Resumo

O presente trabalho presta-se inicialmente a identificar as possíveis interconexões entre o Direito e Literatura com força em análise e levantamento da bibliografia atinente a tal vinculação. Assim, por intermédio da obra “A morte de Ivan Ilitch” de Leon Tolstói, tece críticas ao modelo de juiz nela deflagrado e pelo autor criticado, de sorte a, uma vez identificando-o como presente e/ou mal superado na prática jurídica atual, demonstrar-se, sequencialmente, via igual metodologia, os impasses enfrentados ao longo do tempo e em nosso cotidiano referentemente ao aludido modelo de julgador – e, por que não, ao próprio modelo de Direito que lhe fez exsurgir – diga-se, positivismo jurídico – dado que ainda não bem solucionados pela confusa doutrina pátria.

**Palavras-chave:** Direito e Literatura. Positivismo jurídico. Tolstói.

### 1 INTRODUÇÃO

Não será difícil, a leitores de maneira geral, assíduos ou não, identificar pontos de conexão entre o Direito e a Literatura. Mesmo aos não familiarizados com o âmbito jurídico e/ou, mesmo aos que pouco leem, é de seu conhecimento que o mundo do Direito serviu e serve ainda hoje, em muito, como solo fértil à imaginação dos romancistas. Assim, impossível ignorar que Direito e Literatura, desde os primórdios da existência de ambas as searas, estejam sempre conectados sob algum aspecto.

Ao longo do tempo, por conseguinte, se pôde tecer diversas aduções referentes à relação entre ambas as supracitadas áreas do conhecimento humano, de maneira que hoje já seja cediço, ao menos aos estudiosos desta intercomunicação, que Direito e Literatura veem-se unidos através de, no

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual Civil. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina. Endereço eletrônico para contato: [guilherme@azevedoadvogados.net](mailto:guilherme@azevedoadvogados.net)

mínimo, três formas de intersecção<sup>2</sup>. Os frutos que destas conexões podemos colher variam conforme a utilização que concedemos a cada uma das aproximações.

Com relação a possível contribuição da Literatura na transformação do Direito, a despeito de muitas serem as áreas do saber humano com as quais se possam tecer valiosas conexões para com o âmbito jurídico, v.g., história, economia, suscitamos que, uma vez ainda restando, em território pátrio, diversas e severas mazelas ao mundo jurídico normativo no concernente ao cumprimento dos ditames constitucionais e, sendo tais mazelas, em nossa compreensão, advindas de verdadeiro emaranhado teórico, a pôr em xeque o regime brasileiro enquanto democrático e de direito<sup>3</sup>, a arte, materializada nos textos ditos propriamente literários, possa, quiçá, contribuir no desenlace das principais confusões.

No concernente aos impasses ainda hoje enfrentados pelo direito brasileiro, devemos antes de tudo contextualizar nosso sistema jurídico. Neste sentido, sabido é que em 1988 nova ordem constitucional fora inaugurada e, com ela, findou-se longo período ditatorial que, em muito e, por longo tempo, infringiu a mais variada sorte de direitos dos cidadãos.

O texto constitucional adveio, assim, com o primo fito de superar, senão expurgar as graves consequências trazidas pelo modelo anterior de Estado a que o país se via submetido, diga-se: o modelo

<sup>2</sup> Assim também opta por subdividir as possíveis intersecções entre direito e literatura, um dos principais expoentes do movimento que outrora iniciou, nos Estados Unidos, o estudo das mesmas: Thomas Morawetz. Segundo Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, espelhado no autor recém mencionado, podemos traçar ao menos três conexões entre ambas as áreas, quais sejam, o Direito na literatura, sendo esta a identificação de “advogados e de instituições jurídicas nos textos literários”; Direito como Literatura, passando aquele a ser analisado tal qual são examinados os textos de natureza tipicamente pertencentes a esta, via uso de hermenêutica; e Literatura como instrumento e fator para a reforma do Direito, instante em que se tenta “verificar como a literatura popular poderia influenciar movimentos para mudança da legislação e das práticas judiciárias.” No que concerne a primeira abordagem a ser realizada entre Direito e literatura, lê-se, Direito na Literatura, o autor ainda suscita que a aludida identificação de conteúdo jurídico abordado em textos ditos literários pode, senão que até deva servir como instrumento pedagógico à serviço da apreensão do direito, tal qual postula originalmente John Henry Wigmore, um dos ditos “pais fundadores” do movimento “Direito e Literatura”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Literatura. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-e-literatura-os-pais-fundadores-john-henry-wigmore-benjamin-nathan-cardozo-e-lon-fu> Acesso em 15/06/2017

<sup>3</sup> Acerca da aludida confusão teórica, valemo-nos aqui das postulações de Lênio Streck, de acordo com o qual, uma vez de frente a nova ordem constitucional, juristas brasileiros, por carecerem de uma teoria constitucional adequada ao novo paradigma jurídico, viram-se impelidos a importar teorias alienígenas, o que, na compreensão do autor, fora feito de maneira acrítica, via aposta no protagonismo judicial. Para Lênio, o modelo constitucional a servir de espelho aos operadores pátrios fora o alemão, especialmente face a emblemática situação vivenciada pela Alemanha durante o regime nazista que, vale dizer, por mais atentatória aos direitos humanos que possa ter sido, muito pouco de ilegalidade representou. Assim, terminou-se por importar daquele país ao Brasil a chamada Jurisprudência dos Valores que, em largas linhas, ampliava os poderes do judiciário toda vez que necessária uma suavização das disposições legais. Sem atentar às diferenças contextuais existentes entre ambas as realidades, brasileira e germânica, teóricos brasileiros tomaram emprestado tão somente que “a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores”, despercebendo-se que, diferente do caso alemão, a primordial mazela brasileira circundava, em contrapartida, justamente no uso arbitrário do poder. A maneira pela qual decidiram importar a teoria alemã configura novo desalinhamento teórico, agora por intermédio de má assimilação da teoria da argumentação de Robert Alexy. Conforme Lênio, tal importação fora feita ignorando-se por completo os pressupostos formais relacionados pelo autor alemão, sugerindo como se todo seu constructo teórico culminasse em reles “operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais”. Desnecessário dizer, destarte, que a proposta de Alexy, em território brasileiro serviu tão somente como “álabe teórico” a (pseudo)fundamentar toda e qualquer decisão, servindo a ponderação como “porta aberta à discricionariedade” (lê-se, uso arbitrário do poder). STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 57-60.

arbitrário, ditatorial<sup>4</sup>. Para tal finalidade, optaram os constituintes por positivar desde os primeiros artigos, os direitos e garantias dos cidadãos, instituindo o novo Estado brasileiro enquanto democrático e de direito<sup>5</sup>. Como se torna claro mediante simples redação do texto constitucional, visavam, destarte, os congressistas, redemocratizar o país, afastando, por completo, qualquer possibilidade de uso arbitrário do poder.

Da promulgação da Constituição Federal em vigor já se vão quase trinta anos. A efetiva redemocratização nacional, contudo, ainda hoje, enfrenta seus impasses, fato conhecido não somente aos operadores do direito, que se passa especialmente no ambiente jurisdicional. Referentemente ao que alhures identificamos como principal finalidade do texto constitucional, lê-se, total afastamento do uso arbitrário de poder, é notório que juízes, em todo território nacional, em muito, ainda têm deixado a desejar. Neste sentido, decisões tomadas segundo consciências particulares, ora supondo-se meras traduções da lei, ora supondo-se como livres a assim fazê-lo, renegam, ainda hoje, em solo pátrio, o principal espírito constitucional: o regime democrático e de direito.

Não se poderá supor, no entanto, que um Estado que se diga democrático delegue a um só sujeito o poder de dizer, livremente e em última instância, o real significado do conteúdo normativo da legislação nacional. Tampouco será admissível, frente ao Estado, enquanto “de direito”, que a este mesmo sujeito seja dada a liberdade de contrariar os textos normativos. Se por um lado não se pode, todavia, admitir o descumprimento das normas e, por consequência da Constituição Federal, e, por outro, as (pseudo)justificativas utilizadas para (falsamente) embasar a dita “discricionariedade judicial” (lê-se, poder arbitrário com outro nome) tampouco se sustentem de maneira coerente<sup>6</sup>, necessário se fará provocar incessantemente um constrangimento epistemológico<sup>7</sup> em toda classe de operadores do Direito, para que, quiçá, assim passem a preservar o já desgastado ordenamento inaugurado em 1988.

Por tudo que até aqui fora dito, advogaremos, no presente trabalho, pela reescrita da atual situação nacional por intermédio da literatura. Não se trata propriamente de defender aqui a salvação, através do texto literário, de todos os problemas a que nós, operadores do Direito, enfrentamos diuturnamente, senão que, uma vez identificada a raiz dos principais impasses da ordem jurídica

<sup>4</sup> Como postula Lênio Streck o constitucionalismo se trata justamente de um “movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.” Ibidem. Pg. 47.

<sup>5</sup> Neste sentido versa o art. 1º, caput, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito(...)” Grifo nosso. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>6</sup> Vide nota 2.

<sup>7</sup> Termo cunhado por Lênio Streck, para o qual “trata-se de uma forma de, criticamente, colocarmos em xeque decisões que se mostram equivocadas(...) No fundo, é um modo de dizermos que a “doutrina deve voltar a doutrinar” e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária das decisões tribunalícias.” STRECK, Lênio Luiz. Regra ou princípio. Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fox-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>> Acesso em 15/06/2017.

nacional, em reiteradas más assimilações teóricas, propor uma releitura das principais teorias ainda hoje não devidamente compreendidas pelos operadores, através da literatura.

As teorias estão postas. A sua atual compreensão é que ainda carece de melhor elaboração. Assim, novos métodos de abordagem devem ser concebidos com o propósito de, a elas, reestudar. Por imaginarmos, pois, que a arte e, a literatura enquanto tal, possa servir como instrumento à serviço da didática<sup>8</sup> e, sendo esta, necessária à revisitação das teorias outrora mal concebidas, valer-nos-emos inicialmente da análise da obra “A morte de Ivan Ilitch” de Lev Tolstói – uma vez que nela tenhamos identificado possíveis e ricas contribuições para tecer considerações acerca do déficit democrático ainda enfrentado no Brasil – reitere-se: face a decisões solipsistas prolatadas sob a falsa égide da discricionariedade judicial, (pseudo) admitida em solo brasileiro dada a já referida desordem teórica profunda a que operadores jurídicos pátrios ainda se encontram, mesmo após quase trinta anos de promulgação da Carta nacional.

Com as possíveis conexões a serem traçadas, imaginamos, com força nos postulados de Wigmore acerca da relação Direito e Literatura, colher extratos das figuras expostas na obra submetida à análise, de sorte a poder dialogar com as teorias outrora mal compreendidas e, assim, suscitar e/ou reformular paradigmas antes ignorados e/ou mal recepcionados por juristas brasileiros, cuja consideração, porém, fora desde sempre necessária ao efetivo cumprimento dos ditames constitucionais.

Ao decorrer de nosso intento, pretendemos, então, propor alternativa a superar o aludido déficit democrático de que todos padecemos na atualidade, valendo-nos novamente de valiosas intersecções entre o direito e a literatura para assim fazê-lo. Desejamos com o presente trabalho, em foro íntimo, bem conscientizarmo-nos das necessárias premissas a serem tomadas em consideração quando do exercício do direito na qualidade de operador, e, de posse delas e mediante conclusão do próprio projeto aqui iniciado, poder contribuir ao universo jurídico de maneira geral, de sorte a provocar, através das contribuições a serem aqui trazidas, o já referido constrangimento, necessário à superação das intemperes de que padecemos todos, enquanto sujeitos de direito no Brasil.

---

<sup>8</sup> A percepção de que a literatura possa servir para fins pedagógicos ao direito, a fornecer subsídios que garantam a adequada formação de seus operadores não nos é inédita. Conforme Arnaldo Sampaio, um dos ditos “founding fathers” do “Direito e Literatura”, John Henry Wigmore, como brevemente já mencionado alhures, postula em seus estudos pela função pedagógica e instrumental da literatura para o direito. Para o renomado autor, nas palavras de Arnaldo Sampaio, “o advogado que lê os textos básicos da tradição literária (e que tenham fundo jurídico) conhece mais a história de sua profissão. E ao ler autores estrangeiros conhece sistemas jurídicos distintos, elaborando uma cultura normativa comparatista”. Para Wigmore, ainda segundo Sampaio, “o romance [...] é catálogo de caracteres humanos”, permitindo “desfile de espécies sociais, do mesmo modo que a zoologia ensinaria a aproximação com as espécies animais. Textos literários descrevem soldados, operários, mercadores, marinheiros, poetas, mendigos, clérigos. Textos de zoologia apreenderiam lobos, leões, burros, tubarões, cordeiros.” Assim, segundo Wigmore, “uma coisa é saber que a prisão por dívidas foi abolida; e algo totalmente diferente é conhecer os livros de Dickens, que colaboram para um direito mais humano.” GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Literatura. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-e-literatura-os-pais-fundadores-john-henry-wigmore-benjamin-nathan-cardozo-e-lon-fu> > Acesso em 15/06/2017.

## 2 DIREITO E LITERATURA

Como já brevemente pontuado em sede de introdução, muitos são os pontos de conexão entre o Direito e a Literatura a que podemos traçar. Neste sentido, teóricos, ao longo da história, têm dedicado seus estudos a averiguar tanto as maneiras, quanto a profundidade com que esta pode influir, senão que até contribuir de maneira positiva, naquele. Conforme nos ensina Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, foram os ditos “pais fundadores” do movimento “Direito e Literatura”, v.g., John Henry Wigmore, Nathan Cardozo e Lon Fuller os precursores da aludida interconexão (GODOY, 2017).

Em seu texto, Godoy reconhece, como nós mesmos fizemos alhures, que outras áreas do saber humano também podem, em muito, contribuir com o Direito, a exemplo da economia ou da psicanálise. Ainda assim, como destaca em outras palavras o autor, não se pode ignorar que da ligação entre o Direito e a Literatura também se possa colher bons frutos. A este respeito, cita o doutrinador que as áreas aqui em comento podem ser vinculadas em diversas modalidades, sejam elas, “o Direito na literatura; a literatura no Direito; o Direito da literatura; a literatura como padrão e impulso para a reforma do Direito, bem como o amálgama entre Direito e ficção, na busca de referenciais éticos, entre outros...”.

Embora o jurista enumere autores que desconsideram a intenção de reunir ambos os campos do saber humano, decide por tomar por base os escritos de Thomas Morawetz, outro estudioso das aludidas interconexões, para o qual, vale dizer, podemos suscitar ao menos três modelos de ligação entre Direito e Literatura.

O primeiro modelo seria o dito “Direito na literatura”, entendendo-se este pelo conteúdo das obras literárias que, de uma forma ou de outra, narra o cotidiano judiciário, seja via simples narrativa da prática judicial, a servir como plano de fundo do enredo literário a ser composto, seja como abordagem de temáticas jurídicas as quais o autor visa, direta ou indiretamente, defender através delas determinada “agenda” a que se filia.

Uma segunda modalidade de vínculo seria aquela que enxerga o direito enquanto literatura. Aqui o próprio direito, especialmente através de seus textos normativos, é estudado como objeto literário, valendo-se, para seu estudo, das técnicas hodiernamente utilizadas para estudar textos tipicamente tidos como literários. Integram tal modalidade de estudo toda sorte de técnicas que permeiam o próprio estudo da linguística, a exemplo da hermenêutica e da filosofia da linguagem.

Autores como Wittgenstein, Gadamer ou mesmo Heidegger são trazidos à baila com o fito de desvelar o real sentido dos textos legais.

Um terceiro e último caminho a ser trilhado no estudo das possíveis interações entre Direito e Literatura ainda será, novamente com base nos escritos de Morawetz, a análise da utilização da literatura como instrumento e fator para a reforma do Direito. Parte-se aqui do postulado de que a literatura pode influir no Direito. Assim, teóricos dedicam seus estudos ora com o fito de efetivamente propor modificações no mundo jurídico através dos textos ditos literários, ora descrevendo as modificações já operadas no campo jurídico por intermédio de publicações literárias de grande relevância e que, vale dizer, carregavam em si robusta “pregação revolucionária (...), de feição proselitista” (GODOY, 2017).

Uma vez enumeradas as principais modalidades de união já cogitadas por estudiosos entre Direito e Literatura, Godoy dedicou-se então ao estudo dos principais expoentes do aludido movimento, já nomeados aqui no primeiro parágrafo do presente capítulo. Segundo o autor brasileiro, os ditos “Founding Fathers” do movimento “Direito e Literatura” dedicaram-se, cada qual, a determinada forma de intersecção. Assim, assevera o doutrinador pátrio que Lon Fuller dedicou-se, precipuamente, ao estudo da Literatura como Veículo do Direito, enquanto Nathan Cardozo visou dissertar, senão que até manejar a Literatura que há no Direito, ao passo que Wigmore tecia considerações acerca do Direito na Literatura.

O primeiro autor, quiçá bastante conhecido dos acadêmicos do Direito no Brasil, haja vista ter redigido o famoso “O Caso dos Exploradores de Cavernas”, propunha a utilização de textos literários a servirem como enredo aos estudos de temas jurídicos, especialmente por acreditar que, face ao caráter aplicado das ditas ciências jurídicas, o ensino do Direito necessitava, obrigatoriamente, de casos concretos a lhe servirem de base. Não é à toa que sua obra tomou a proporção hoje conhecida mundialmente, suscitando debates, não apenas no tempo e espaço em que foi publicada, mas até os dias de hoje, em imensa maioria das instituições de ensino, não só estadunidenses como de todo o mundo.

O segundo, de sua parte, dedicou estudos, como já dito, ao Direito e seus aspectos literários. Cardozo via o direito como atividade literária. Assim, enquanto advogados próximos a si imaginavam perder tempo com a literatura, haja vista que normalmente atentavam tão somente à substância dos textos ditos literários, o aludido jurista aduzia que estes também faziam, senão, literatura. Tal se dá em função de que Cardozo subdividia a atividade jurídico-literária em duas questões, quais sejam, a substância (eminentemente jurídica) e a forma (de caráter literário). Assim, para o autor, fazer direito era inexoravelmente fazer literatura também. Os textos jurídicos compunham, para Cardozo, apenas

um outro estilo literário, mas que, vale dizer, variando um tanto na forma, deveria, tal qual as demais obras literárias, atender a padrões estilísticos típicos de sua modalidade, como, no caso das decisões judiciais, a clareza, a persuasão e a sinceridade.

Por derradeiro, cita-se Wigmore, para o qual, como brevemente já antecipado acima, o Direito pode ser colhido nos textos ditos literários. Sua visão não se limita, contudo, a constatar que pode haver conteúdo jurídico nos textos ditos literários, senão que advoga, o aludido autor, pela função simbólica, pedagógica que a literatura poderá exercer sobre o direito toda vez que se propõe a abordar temas de cunho jurídico. Para o aqui referido jurista, a literatura tem papel distintivo no ensino jurídico, cujos demais métodos não lograriam êxito em atingir (GODOY, 2017).

Como se pode aduzir do que já fora exposto, especialmente através dos postulados de Wigmore, sempre poderemos encontrar conteúdo jurídico nos textos ditos “literários”. Assim, para o autor, de posse de literatura que abranja assuntos de natureza jurisdicional, poder-se-ia proporcionar à comunidade jurídica como um todo, conhecimento ímpar acerca das temáticas por si estudadas. Repete-se aqui suas palavras para bem ilustrar seu posicionamento:

o romance [...] é catálogo de caracteres humanos”, permitindo “desfile de espécies sociais, do mesmo modo que a zoologia ensinaria a aproximação com as espécies animais. Textos literários descrevem soldados, operários, mercadores, marinheiros, poetas, mendigos, clérigos. Textos de zoologia apreenderiam lobos, leões, burros, tubarões, cordeiros.” Assim, segundo Wigmore, “uma coisa é saber que a prisão por dívidas foi abolida; e algo totalmente diferente é conhecer os livros de Dickens, que colaboram para um direito mais humano (GODOY, 2017).

Por acreditarmos no postulado do aludido autor e, com o fito de reafirmar tal função da literatura para com o Direito decidimo-nos aqui, como já anunciado, nos valem de brilhante obra de Liev Tolstói, diga-se, “A morte de Ivan Ilitch”, para nela intentar colher subsídios a bem expor, num primeiro momento, as mazelas de que já padeceu senão que ainda padeça, hoje, o direito nacional.

## 2.4 A MORTE DE IVAN ILITCH

O autor russo expõe na obra aqui em comento a história de seu célebre personagem, Ivan Ilitch, juiz de direito que, tendo cumprido com todos os cogitáveis “requisitos” de uma vida boa e feliz, sente-se soterrado pelo vazio existencial a que sua vida estivera sempre imersa, quando posto de frente à patologia que o acomete, cujas origens não são jamais por ele identificadas e que termina por lhe matar.

Uma vez acometido de dor forte, localizada em seu abdômen, o magistrado passa a, concomitantemente à busca das razões que o fazem sentir tal mazela, remontar sua vida pregressa, avaliando suas escolhas do passado e observando o quão vazia fora a sua existência, uma vez pautada em meros protocolos socialmente desenvolvidos por uma espécie de inconsciente coletivo, que pairava sobre a burguesia da época, a ditar aos indivíduos a forma ideal de se agir para obter “sucesso” (redundante, senão oco, dado que se pode dizer que bem sucedido seria justa e tão somente aquele que cumpriu com protocolos para obter o próprio sucesso).

Na busca pela causa de sua enfermidade, o juiz inicia verdadeira peregrinação em consultas médicas, perante as quais Ivan reconhece receber tratamento negligente, porém análogo ao prestado por si enquanto juiz, lê-se, aquele que pretendeu aplicar fórmulas únicas a solucionar todos os casos, ignorando-se as particularidades de cada qual e seu caráter humano, e, portanto, individual, único, das situações postas diante de si. Ilitch, tal qual os médicos a cuidarem de si, tinha tão somente em sua frente processos, ou, casos médicos, e não pacientes ou pessoas em conflito. Assim, aplicava mecanicamente suas pré-desenvolvidas formas a casos tidos por si como análogos, ignorando-se o caráter subjetivo de cada qual. Tal é o que se pode perceber através do seguinte trecho

[...] ela lhe disse que, se estava doente, devia tratar-se, e exigiu que fosse consultar um médico famoso.

Ele foi. Tudo se passou como esperava, isto é, como sempre acontece nessas ocasiões: a espera, um ar importante e artificial, doutoral, que já conhecia, aquele mesmo que ele sabia que tinha no tribunal, as batidas no paciente, a auscultação, as perguntas que exigiam respostas formuladas de antemão e, ao que parece, desnecessárias, a expressão significativa, que sugeriria o seguinte: basta que você se submeta a nós, e havemos de arranjar tudo, sabemos sem nenhuma dúvida como arranjá-lo, temos um padrão para todas as pessoas. Tudo era exatamente igual ao que sucedia no tribunal. Assim como ele assumia certa expressão para falar com os acusados, o médico famoso também assumia determinada expressão.

O doutor dizia: isto e mais aquilo indicam que o senhor tem no seu interior isto e mais aquilo; mas se isto não se confirmar pela pesquisa disto e mais aquilo, teremos que supor no senhor isto e mais aquilo. E supondo-se que tenha isto e mais aquilo, então... etc. Somente uma questão tinha importância para Ivan Ilitch: a sua condição apresentava perigo? Mas o doutor não dava importância a esta questão inconveniente. Do seu ponto de vista, ela era ociosa e não merecia exame; existia somente uma avaliação de possibilidades entre o rim móvel, o catarro crônico e uma afecção no ceco. Não se tratava da vida de Ivan Ilitch, o que existia era uma discussão entre o rim móvel e a afecção no ceco. E o doutor resolveu esta discussão brilhantemente, na presença de Ivan Ilitch, a favor do ceco, fazendo também a observação de que o exame de urina poderia fornecer novos indícios, e que então o caso seria reexaminado. Tudo isto era exatamente o mesmo que o próprio Ivan Ilitch fizera mil vezes, com o mesmo brilhantismo, em relação a um acusado. De maneira igualmente brilhante, o doutor fez o seu resumo e, com ar triunfante, alegre até, lançou um olhar por cima dos óculos, para o acusado. Ivan Ilitch morbidamente, despertando nele um sentimento de grande comiseração por si mesmo e profundo rancor contra aquele médico, tão indiferente a uma questão de tamanha importância” (TOLSTÓI, p. 37 e 383, 2015)

Apercebendo-se ao longo da história da total falência da aplicação de métodos engessados de resolução das mais diversas adversidades da vida humana (sejam elas jurídicas ou médicas), talvez justamente por serem humanas, Ivan termina por deixar a vida desiludido, uma vez reconhecendo o ledô engano por que vão os que ainda creem em tentativas de “matematização” das realidades (subjetivas e, destarte, individuais, únicas) humanas. Cite-se in verbis, novamente, a obra-prima russa, em trecho posterior ao anteriormente citado, com o fito de bem demonstrar as conclusões a que chega o personagem e/ou, por que não, o autor através daquele:

Ivan Ilitch via que estava morrendo, e o desespero não o largava mais. Sabia, no fundo da alma, que estava morrendo, mas não só não se acostumara a isto, como simplesmente não o compreendia, não podia de modo algum compreendê-lo. O exemplo do silogismo que ele aprendera na Lógica de Kiesewetter: Caio é homem, os homens são mortais, logo Caio é mortal, parece-lhe, durante toda a vida, correto somente em relação a Caio, mas de modo algum em relação a ele. Tratava-se de Caio-homem, um homem em geral e neste caso era absolutamente justo; mas ele não era Caio, não era um homem em geral, sempre fora um ser completa e absolutamente distinto dos demais; ele era Vânia, com mamãe, com papai, com Mítia e Volódia, com os brinquedos, o cocheiro, a babá, depois com Kátienka, com todas as alegrias, tristezas e entusiasmos da infância, da juventude, da mocidade. Existiu porventura para Caio aquele cheiro da pequena bola de couro listada, de que Vânia gostara tanto?! Porventura Caio beijava daquela maneira a mão da mãe, acaso farfalhou para ele, daquela maneira, a seda das dobras do vestido da mãe? Fizera um dia tanto estardalhaço na Faculdade de Direito, por causa de uns pirojki? Estivera Caio assim apaixonado? E era capaz assim de conduzir uma sessão no tribunal? E Caio é realmente mortal, e está certo que ele morra, mas quanto a mim, Vânia, Ivan Ilitch, com todos os meus sentimentos e ideias, aí o caso é bem outro. E não pode ser que eu tenha de morrer. Seria demasiadamente terrível (TOLSTÓI, p. 49, 2015)

Conforme já anunciado, mesmo no próprio título da obra, o personagem principal termina por falecer. Guarda-se, ainda, a indagação quanto ao sepultamento representado: teria sido só um romance para narrar a morte de um personagem ou há indícios de uma falência ética, moral e jurídica contemporânea aos tempos de produção do livro? Tal só poderá ser melhor compreendido via investigação do histórico do próprio autor, da realidade em que estava ele inserido, de seu contexto social e da maneira com que este encarava sua atividade literária.

### 2.1.1 Liev Tolstói

Leon Nikoláievitch Tolstói nasceu em Iásnaia Poliana, província de Tula, em 9 de setembro de 1828 e faleceu em Astapova, província de Tambov, em 20 de novembro de 1910. Pertencendo a mais alta aristocracia Russa, perdeu seus pais muito cedo, tendo sido criado por suas tias. Em 1844 iniciou estudos em Direito na Universidade de Kazan, onde, sem qualquer destaque, abandonou os

estudos três anos após, levando vida boêmia até seu ingresso em carreira militar, junto com seu irmão, no ano de 1851 (TOLSTÓI, 1982).

A partir deste período, quiçá pela amplificação de seu contato com a natureza e demais soldados, Tolstói inicia sua produção literária propriamente dita, inicialmente através de textos de matriz essencialmente autobiográfica, como *Infância* (1852), *Adolescência* (1853) e, alguns anos mais tarde, *Juventude*, seguidos, já em uma fase mais madura, por *Sebastópol* e *Os cossacos*. Demitindo-se do exército em 1856, o autor inicia viagem pela Europa onde, segundo remontam seus biógrafos, “abriram-lhe os olhos para a realidade na Rússia” (TOLSTÓI, 2015).

Descontente com o modelo de ensino praticado até então, seus escritos dedicaram-se, a partir daqui, parte a fins pedagógicos, dado que, por volta de 1860, após retornar à sua cidade natal e se casar, havia fundado sua própria escola, dedicada a ensinar os mujiques da região; parte a “denunciar os efeitos deletérios da civilização, a insensibilidade dos ricos, a culpabilidade dos governos em manterem o sistema de propriedade” (TOLSTÓI, p. 85, 2015).

Rejeitando o que chama de “arte desinteressada”, é classificado por biógrafos como “juiz cada vez mais intransigente dos costumes” de sua época (TOLSTÓI, p. 86, 2015). Nas palavras de Rubens Figueiredo:

A exemplo de muitos escritores russos, as polêmicas acompanhavam seus escritos, e os debates incessantes, que permeavam diversas camadas sociais, agiam como fermento para novas obras, que, por sua vez, suscitavam novos debates, numa cadeia ininterrupta (TOLSTÓI, p. 6, 2015).

Nítido, destarte, o caráter crítico impresso em suas obras, tanto ao modelo de sociedade que lhe era contemporâneo quanto ao próprio modo de ser e valores dos seres humanos do século XIX. Vale aqui referir que Tolstói redigiu a obra em comento em 1886, período em que a Rússia se via sob domínio absolutista dos Czares que, soberanos, subjogavam a população, concedendo-lhes tão somente a obrigação de submissão aos seus mandos. Assim, a divulgação de suas ideias era “rigorosamente cerceada, pois o ímpeto crítico dos debates despertava temores nas autoridades tzaristas e na cúpula da Igreja Ortodoxa” (TOLSTÓI, 2015). Não por outra razão, a vida em sociedade tratada por Tolstói na obra em comento, bem como o próprio agir de um juiz de direito como Ivan, personagem principal do romance, são todos como que mecânicos, lê-se, respeitantes a ordens imutáveis, propaladas por um único indivíduo, quiçá, como se pode mesmo metaforizar, através do uso de máquinas, cuja liberdade, seja qual for, lhes furta.

## 2.2 IVAN ILITCH E O POSITIVISMO JURÍDICO

Uma vez a narrar o histórico de vida de um juiz de direito, tecendo críticas ao modo de atuação deste através de autorreflexões do próprio personagem, que se vê frustrado com os serviços prestados por si, até então, enquanto magistrado, ao compará-los ao atendimento médico meramente protocolar recebido por si quando em enfermidade, Tolstói termina por expor, em sua obra, figura bastante emblemática, haja vista, bem delinear seu personagem e, destarte, erigir, conscientemente ou não, modelo de julgador que, se, a nosso entender, pode ser perfeitamente enquadrado em espécie de magistrado conhecida entre teóricos e juristas de maneira geral, servirá então como exemplo distintivo, símbolo a ser à todos exposto do quão falhos são os métodos validos pelo aludido julgador no momento de decidir.

Conforme já visto acima, o autor russo descreve, na pessoa de Ilitch, um juiz que acredita na aplicação de fórmulas (quase matemáticas) capazes de, hipoteticamente, solucionar vasta gama de conflitos postos diante de si da mesma maneira, sem necessidade de maior atenção a cada caso em particular. Arriscamo- nos a dizer que o direito, para Ivan, é completo. Não necessita de elementos exteriores e/ou análises casuísticas pormenorizadas. Tal parece nitidamente espelhar, a nossos olhos, o modelo de juiz que conhecemos por positivista exegeta, senão vejamos.

Por “positivismo jurídico”, genericamente falando, podemos compreender como “Escola jurídica que tem por base o direito positivo, ou seja, aquele posto na lei. Opõe-se ao jusnaturalismo, ou direito natural” (21 POSITIVISMO JURÍDICO, 2012).

Tal asserção não esclarece, contudo, a exata significação do termo, haja vista desconsiderar, dada a brevidade do conceito recém apresentado, os postulados histórico-teóricos a serem considerados quando estamos a falar desta escola jurídica.

A despeito de a expressão “positivismo jurídico” derivar da locução “direito positivo”, e sendo esta, efetivamente contraposta à concepção de direito natural; embora tais nomenclaturas tenham historicamente servido para, efetivamente, diferenciar as regras postas a regular o convívio humano quanto a sua origem (diga- se, natural ou humana), o positivismo, enquanto movimento jurídico a formar escola entre juristas, de sorte a ser posto em prática por longo período (restando ainda não poucas reminiscências) representou um tanto mais do que a simples distinção recém explanada.

Do ponto de vista histórico, ambos os conceitos sofreram diversas modificações até que se pudesse atingir um conceito que se tem hoje acerca dos mesmos. No período medieval, por exemplo, tinha-se por direito positivo aquele posto pelos homens, opondo-se à concepção de direito natural, posto por algo ou alguém acima destes (natureza, Deus...). Já, nos séculos XVII e XVIII, direito natural é transfigurado, passando a ser compreendido como aquele promulgado não por qualquer razão divina, mas pela própria (sic) natureza racional do homem, sendo, portanto, contraposto a ideia

de direito civil, advindo do poder Estatal. Necessário frisar que neste período ainda não se tinha a concepção de supremacia de uma das espécies de direito sobre a outra, senão apenas uma abrangência em searas diferentes, sendo, no máximo, o direito civil tido por vezes como “mais especial” e, assim, incidente sobre os casos em que pudesse ser aplicado (BOBBIO, p. 19 a 22, 2006).

No período medieval, entretanto, ambas as acepções eram igualmente tidas como “direito”, tão somente sendo o natural posto acima do dito positivo. Está, todavia, na raiz do movimento que hoje conhecemos como positivismo, a concepção de que só representa verdadeiramente direito, o direito positivo. O momento histórico em que tal modificação paradigmática ocorreu é o que devemos estudar para compreendermos sua gênese. A aludida separação conceitual guarda vínculos embrionários para com a própria formação do Estado moderno, que representou transição do modelo de governo pluralista da sociedade medieval para a estrutura monista da modernidade.

No modelo moderno de organização estatal, fora necessário, para o devido regramento do convívio de todos os povos antes segregados e, portanto, regidos pelas próprias normas, a monopolização estatal da produção jurídica. Para tanto, era necessário ao Estado, mais do que exercer de forma soberana o poder de legislar, instituir as regras por si promulgadas como absolutas. Assim, todas as demais regras, a exemplo daquelas hipoteticamente advindas do direito natural, deveriam ser descartadas (BOBBIO, p. 26, 2006).

Referentemente ao efetivo direito seguido pelos cidadãos modernos, vale, contudo, dizer que, durante longo período, prevaleceu em território Europeu que as antigas leis romanas, dispostas no chamado “*Corpus juris civilis*”, seriam as ideais para solucionar eventuais controvérsias havidas entre os modernos, dado que para os teóricos deste período, o direito romano representava a materialização da razão natural humana, com a vantagem de já estarem escritas e codificadas. Ressalva deve, no entanto, ser feita quanto à uniformização da aplicação do aludido regramento, dado que, semelhante ao período de dominação romana, ainda pairava sobre território europeu, nítida divisão entre normas de cunho geral, a todos aplicáveis (*jus commune*) e aquelas atinentes a cada uma das instituições sociais (*jus proprium*). Verdadeira uniformização e unificação do direito só foram efetivamente implantadas a partir do movimento codificador (BOBBIO, p. 30 e 31, 2006).

Quando tratamos aqui de direito europeu estamos, em verdade, nos referindo especialmente a dita “Europa continental medieval”, visto que nos países de matriz cultural, eminentemente anglo-saxã, a despeito de também terem divergido acerca de duas formas distintas de Direito, muito pouco de influência romana sofreram, de sorte que, dentre estes, a exemplo da Inglaterra, não se divergia acerca do direito natural em contraposição ao positivo, senão que traçavam-se embates entre duas

espécies de direito positivo, quais sejam, o direito consuetudinário e o direito legislativo (BOBBIO, p. 32 e 33, 2006).

Diversamente da cultura latina, assim, em território inglês, quem exercia preponderância era sempre o direito dos costumes, em detrimento do dito direito “legal”. Teóricos como Hobbes, por conseguinte, dedicaram esforços à defesa da lei enquanto conjunto normativo promulgado pelo Estado, devendo ser, este, ente soberano e todo-poderoso, capaz de conceder, através da força, a garantia de cumprimento das normas à todos que a elas devessem submissão, face a que, para o filósofo inglês, o oposto do controle soberano estatal levaria a humanidade ao estado de natureza, onde prevaleceriam, como outrora, as leis naturais, diga-se, a lei do mais forte, sendo a incerteza, o cotidiano social.

Necessário se faria, para tanto, que ao Estado fosse concedido o monopólio tanto do poder coercitivo quanto do poder normativo, de sorte que, como consequência lógica do raciocínio da necessária existência de um ente superior e soberano a reger a vida humana, deriva-se a concepção de que só será direito o que fora positivado pelo Estado (lê-se, direito = direito positivo), haja vista que 1- somente este terá o poder de efetivamente fazer cumprir as normas; 2- ele só agirá em favor do cumprimento das normas, por si, positivadas; 3- somente estas normas serão efetivamente exigidas, logo, somente elas verdadeiramente valerão (BOBBIO, p. 34 e 35, 2006).

Não só de defensores do direito consuetudinário Hobbes encontra, contudo, oposição. O modelo estatal hobbesiano caracteriza-se pela concepção absolutista de poder, onde se faria necessária a imposição vertical e absoluta de um conjunto normativo elaborado pelos detentores de poder. A seu lado, no entanto, figuraram os teóricos cujas apostas guardavam relações com o que hoje se entende por modelo liberal.

Neste sentido, sem negar a necessidade de um direito positivo conciso a ser imposto perante os cidadãos, acreditavam, os ideários de tal modelo estatal, que as normas postas pelo Estado derivariam não apenas do exercício arbitrário do poder, que, por pior que fosse, ainda era defendido por Hobbes como melhor alternativa ao hipotético caos do estado de natureza humana, mas, ao revés, materializariam, através das leis, nada senão a natureza racional do homem, cujas aspirações inspirariam os legisladores, mais do que simplesmente permitindo-lhes legislar e impor seu aparato normativo ao meio social através da força, como talvez quisera Hobbes, mas legitimaria o uso do poder a si concedido. Veja-se aqui que, diferentemente do que se poderia pensar, o dogma da onipotência do legislador é mantido, sendo somente suas bases de justificação, alteradas. Vale, neste sentido, recordar que as codificações (máximo triunfo do aludido dogma) são um produto do Iluminismo, de matriz liberal e não propriamente da concepção absolutista de Estado, a despeito de

atender, por consequência, a certas exigências de um regime defendido por Hobbes, por exemplo (BOBBIO, p. 38, 2006).

Tal fato se dá porque, diferentemente do modelo hobbesiano, o Estado Liberal clamava a si, tal qual o modelo absolutista, a soberania e, destarte, o monopólio do poder coercitivo e normativo, porém para fins diversos. Queriam, os liberais, não propriamente resguardar o homem de seu convívio dito “natural” para com seus semelhantes, concebido como possivelmente predatório para Hobbes, senão que, através do aspecto absolutista do Estado, garantir ao cidadão a não violação de seus direitos pelo ente estatal (diga-se, evitando, com a dita onipotência do legislador, o uso arbitrário do poder pelos juízes, por exemplo).

Quanto ao risco de uso arbitrário de poder por parte do próprio legislativo, teóricos do pensamento liberal estipulavam determinados “expedientes constitucionais”, a saber, a separação dos poderes, cada qual a exercer controle recíproco entre si, sem intervir na seara de atribuições dos demais, e a representatividade, de matriz reconhecidamente mais democrática do que estritamente liberal, que garantiria, ao menos em teoria, que o poder legislativo não seria mais tão somente a expressão da vontade oligárquica, senão que produto do interesse de toda a coletividade (BOBBIO, p. 39, 2006).

Faz-se questão de frisar que, muito embora a concepção de monopólio estatal da coerção e do poder normativo pareçam mais vinculadas a concepções absolutistas de Estado, esta tenha sido efetivamente implantado por força de agentes liberais. Não raro, quando se tecem críticas ao processo de “estatização do direito”, faz-se, costumeiramente, endereçando-as a postulados de teóricos de matriz liberal. Passa a soar paradoxal, entretanto, criticarmos liberalistas por equívocos e más consequências derivadas de concepções mais afeitas ao absolutismo se não fossem realizadas tais ressalvas. Apenas neste sentido é que se compreende, por exemplo, que, a despeito de ser identificado como liberalista, um dos principais nomes a sofrer críticas face a falência do modelo hoje concebido como positivista exegético, seja Montesquieu ou mesmo Beccaria.

Ocorre que são de autoria do primeiro as concepções de que a decisão judicial deve (e se deve é porque cogita-se tal como possível) ser tão somente a reprodução fiel da lei. Apenas assim, imagina o teórico, seria possível garantir a segurança do Direito. Para o segundo, em semelhante diapasão, o juiz, frente a um delito, deveria tão somente aplicar um silogismo, dentre o qual a lei representaria a premissa maior, e o caso concreto, a premissa menor, resultando, como conclusão, a aplicação ou não da sanção legal (BOBBIO, p. 40 e 41, 2006).

Segundo Bobbio, não fora ainda, contudo, neste período histórico que o positivismo jurídico, embasado na concepção de completude do direito positivo, foi posto em prática. Segundo citação que faz o aludido autor referentemente a Thomas Hobbes, mesmo este último teria reconhecido que:

“é impossível promulgar leis gerais com as quais se possa prever todas as controvérsias a surgir (...) evidencia-se que, em todo caso não contemplado pelas leis escritas, se deve seguir a lei da equidade natural, que ordena atribuir a pessoas iguais coisas iguais...” (BOBBIO, p. 43, 2006)..

Assim, somente a partir da promulgação do famigerado “Código Napoleônico” é que a concepção de lacuna legal será negada por completo.

Conforme já dito, o movimento codificador pertencia à agenda de matriz iluminista, liberal, ganhando força política especialmente entre os revoltosos da Revolução Francesa. Dado que neste contexto, exaltavam-se especialmente as concepções racionalistas de mundo, imaginavam os ideários franceses que fosse possível e, assim, exigível, senão que até inconcebível que o homem, animal racional que é, não se valesse de sua racionalidade para legislar, unificando, naquele momento histórico francês, a multiplicidade de direitos territorialmente limitados que existia em meio a sua sociedade. Tal parecia exigido aos racionalistas, face a que, além da forma pulverizada com que se podia colher a legislação francesa de seu tempo, a atentar contra primados como segurança jurídica, a legislação antiga, por ser fruto da história, dos costumes, e não da razão humana, era tão somente fenomênica e, assim, irracional e, portanto, indesejável. Acreditavam, os iluministas, que fosse possível acessar, através da razão, um conjunto de leis universais, dado que fundadas na razão e, destarte, imutáveis, a regulamentar o convívio humano. Com tais concepções em mente, o movimento codificador, conforme já dito, começou a tomar corpo (BOBBIO, p. 64, 2006).

Diversas positivações nos textos constitucionais da época previam a ideia de uma reunião de toda a legislação nacional em um só instrumento, lê-se, código, a conter todas as normas postas a regular o convívio inter-humano francês. A efetiva elaboração de um código civil francês só fora posta em prática, contudo, após a tomada do poder por Napoleão, que, em conjunto com juristas aliados a si, teceu severas críticas ao racionalismo iluminista, denunciando, dentre outras práticas, o período conhecido como Terror e acusando os revolucionários de “abuso do espírito filosófico”. Assim, não obstante o objetivo iluminista de codificação da legislação nacional tenha sido alcançado, o efetivo código promulgado afastou-se um tanto das inspirações liberais iluministas, assemelhando-se mais à “tradição jurídica francesa do direito romano comum” (BOBBIO, p. 72, 2006).

Ocorre, todavia, que muito da literatura posterior à publicação do dito código napoleônico aponta, não raras vezes, para concepções semelhantes às defendidas pelos iluministas, a exemplo da concepção de onipotência do legislador – frise-se, ainda que a legislação promulgada pela comissão

napoleônica divergisse amplamente com os postulados dos revoltosos, a exemplo da concepção de que seria necessária uma ruptura para com o passado em matéria legislativa. Tal confusão se devia face a que o código napoleônico, muito embora tenha efetivamente sido positivado em oposição aos ideais iluministas, tendo, menos ainda, positivado quaisquer dos aludidos ideais, os seus intérpretes, posteriormente a sua promulgação, alargaram, ao que parece, determinados conceitos advindos do texto originário, concedendo-lhes significação que pouco guardava relações com os limites impostos pelo próprio texto. Tal alargamento, cuja vinculação ou não com o movimento iluminista não nos deteremos a investigar, fora o efetivo responsável pela consideração do início de um positivismo jurídico propriamente dito (BOBBIO, p. 73, 2006).

Via extrapolação dos limites textuais, os primeiros intérpretes do aludido código terminaram por transfigurar postulados como o conhecido “non liquet”, positivado no código napoleônico em seu artigo 4º, com a seguinte redação: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada” (BOBBIO, p. 74, 2006).

Nitidamente, o referido dispositivo desejava tão somente vedar ao magistrado deixar de solucionar os conflitos postos diante de si pelas alegações lá enumeradas, especialmente em função de que tal abandono da causa e devolução da mesma ao poder legislativo era prática corriqueira durante o período de dominação iluminista, a qual, se intentava, justamente, via promulgação do código em comento, afastar. Em absoluto se pode, portanto, apenas mediante redação do retro mencionado dispositivo, concluir que o juiz devesse solucionar os casos postos diante de si sempre e, tão somente, com olhos no texto legal. A solução apresentada pelo próprio código para casos como os enumerados no já referido artigo 4 seria, ao revés, “deixar aberta a possibilidade da livre criação do direito por parte do juiz”<sup>35</sup>. Tal é o que se pode depreender via simples leitura do artigo 9º do mesmo código que dispunha, in verbis, que “Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos dotados no silêncio da lei positiva” (BOBBIO, p. 75, 2006).

Se advinda do legislador originário, ou construída à posteriori, o fato é que a aludida interpretação do artigo 4º do código napoleônico, repita-se, a ideia de que o juiz, face a lacunas, insuficiências ou obscuridades da lei, deva colher na e, apenas na própria lei, o subsídio necessário a compor o conflito posto diante de si, representa a raiz do que hoje conhecemos por positivismo exegético. Pautado na concepção necessária de completude dos textos normativos; na doutrina da separação dos poderes, que proibiria o juiz de criar direito – atribuição do legislativo; na necessidade de estabilidade normativa, oposta a imaginação de que cada juiz fosse julgar a seu modo; e na

concepção de autoridade do poder legislativo, e da lei enquanto produto da atividade daquele, frente a qual, não se poderia jamais permitir que o direito fosse modelado a gosto dos magistrados, casuisticamente, a escola da exegese fundou-se, precipuamente, na proposta de que o único trabalho a ser feito tanto por ditos “cientistas” do Direito quanto pelo próprio magistrado, no momento de julgar, seria uma “interpretação passiva e mecânica do Código” (BOBBIO, p. 76, 2006).

Nas palavras de autor que aqui norteia nossos estudos, “segundo a escola da exegese, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei” (BOBBIO, p. 87, 2006).

Observe-se que, a partir desta constatação, diversas foram as formas tecidas historicamente pelos teóricos ditos exegetas, no intuito de encontrar, na própria lei, a sua “razão expressa”.

Assim, parte dos teóricos advogava para uma busca pela vontade do legislador para interpretar os textos normativos, uma vez que, se o único direito é o direito contido nas leis e estas são nada senão a manifestação da vontade daqueles, então nada mais certo, aos adeptos de tal concepção, do que o retorno à hipotética intenção do legislador, para fins de bem desvelar o sentido das leis. Outra fatia dos juristas ainda ditos exegetas, defendia, por outro lado, não o retorno à vontade do legislador, dado que sempre estática e, portanto, por vezes, incapaz de acompanhar os avanços da civilização que visava regular, mas sim a busca pela vontade da própria lei. Por tal concepção, quem desejasse bem compreender os ditames normativos postos em questão, deveria senão adentrar, esmiuçar o próprio texto normativo para, esgotando-se tal atividade, colher o real sentido do texto legal (BOBBIO, p. 83 a 89, 2006).

Como pondera Lênio Streck:

“a partir de então, a função de complementariedade do direito romano desaparece totalmente. Toda argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos Códigos, que passam a possuir, desse momento em diante, a estatura de verdadeiros ‘textos sagrados’. Isso porque são o dado positivo com o qual deverá lidar a ciência do direito.” (STRECK, p. 33, 2014).

Como o aludido autor mesmo reconhece, não tardou muito a aparecerem problemas na interpretação dos textos normativos. A este exemplo, basta que lembremos da citação que outrora fizemos de Thomas Hobbes, onde, mesmo este, reconhecia a impossibilidade de o texto normativo contemplar todas as situações havidas no mundo fático. Conforme igualmente já referido alhures, a solução apresentada pelos exegetas fora inicialmente um retorno ao próprio texto, crendo ser suficiente, ao desvelamento do sentido da lei aplicável a cada caso concreto, a simples análise sintática de seu corpo. Com o tempo, entretanto, tal método fora se demonstrando cada vez mais

insuficiente a atender as exigências do meio social, sendo logo nas primeiras décadas do século XX que os modelos sintático-semânticos demonstraram-se já completamente “frouxos e desgastados” (STRECK, p. 34, 2014).

Se, conforme narrado, o modelo exegético demonstrou-se historicamente insuficiente para atender as demandas sociais, especialmente dado o caráter ilusório do “mito” da completude textual, Tolstói brilhantemente o denunciou ainda nas últimas décadas do século XIX. Como pontua Luciene Félix, através das palavras de autor que nomeia como Gabriel Ferreira:

“Ivan Ilitch dá rosto à imprudência moderna. Ele é o juiz bem sucedido, que crê desempenhar perfeitamente o seu papel, ou seja, “aplica” o Direito. Ele é o “escravo da lei”, a “boca da lei”, que no fundo, no fundo sabe que tais coisas não existem, mas que age profissionalmente como se existissem. À semelhança dos médicos com os quais se depara ao longo de sua agonia e que, ali onde se encontra um homem a ser cuidado (um homem que sofre e que necessita de cuidados), só enxergam uma doença a ser eliminada, Ivan Ilitch também se mostra incapaz, durante toda sua vida como juiz, de levantar os olhos dos autos e dos códigos para ver os homens e seus problemas. Ele “aplica” o direito, mas não sabe (ou finge não saber) que o Direito não pode ser “aplicado” de uma forma mecânica. Sua prudência (no sentido moderno), que se manifesta em sua dócil submissão a um legalismo convenientemente apropriado ao carreirismo, é máxima imprudência (no sentido clássico). E por essa imprudência, Ivan Ilitch paga um preço alto. O preço da falta de sentido” (FÉLIX, 2008).

### 3 CONCLUSÃO

Deflagrada está, destarte, por um lado, a importante afeição entre o Direito e a Literatura e a riqueza de suas interconexões, bem como, por outro, posteriormente à releitura da obra literária aqui em análise, a total derrocada do modelo de juiz positivista dito “exegético”, posto que, como se pode perceber, tal constatação sequer é recente. Aos que desejam se dedicar ao aprofundamento de seu saber jurídico, resta neste ponto ainda recomendada a leitura da obra literária russa em comento, haja vista transmitir, novamente como pondera Wigmore, espécie de conhecimento que tão somente a apreensão das teorias envolvidas não conseguirá jamais delegar. Neste sentido, apenas lendo se poderá compreender o que quis dizer o teórico do movimento Direito e Literatura.

### REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

FÉLIX, Luciene. **A morte de Ivan Ilitch**. 2008. Disponível em <[http://www.esdc.com.br/CSF/artigo\\_2008\\_01\\_tolstoi.htm](http://www.esdc.com.br/CSF/artigo_2008_01_tolstoi.htm)>. Acesso em 30 de Julho de 2017.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Literatura**. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-e-literatura-os-pais-fundadores-john-henry-wigmore-benjamin-nathan-cardozo-e-lon-fu>> Acesso em 15/06/2017.

POSITIVISMO JURÍDICO. **Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Regra ou princípio**. Ministro equivocou-se ao definir presunção da inocência Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>> Acesso em 15/06/2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOLSTÓI, Lev. **A morte de Ivan Ilitch**. Tradução de Boris Schnaiderman. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2015

TOLSTÓI, Lev. **Ana Karênina**. Tradução de João Gaspar Simões. São Paulo: Abril Cultura, 1982.

TOLSTÓI, Lev. **Uma confissão**. Tradução e comentários de Rubens Figueiredo. 1ª Ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2015.