DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v4i7.815>

5. AS APARÊNCIAS NO DIREITO: ENSAIO A PARTIR DA “MORTE DE IVAN ILITCH”

5. THE APPEARANCES IN LAW: ESSAY FROM THE TOLSTOI WORK - THE DEATH OF IVAN ILITCH”

Ângela Kretschmann¹

Resumo: o artigo busca enfrentar, a partir da obra de Ivan Ilitch, a problemática das aparências no direito, a busca de sentido e sua perda, dentro do contexto da teoria do Direito. A obra de Leon Tolstói, paradigmática ao revelar uma vida sem sentido, descoberta apenas a partir da revelação da doença e percepção da impossibilidade de sua cura, coloca o personagem diante de uma revelação particular: sua vida de aparências. Essa vida de aparências ocorre tanto no aspecto pessoal quanto profissional, e nesse sentido, aproveita-se a obra para destacar a importância e o significado do sentido no Direito.

Palavras-chave: Ivan Ilitch, aparência, sentido, theory of Law

Abstract: This article is searching to face, from the work of Ivan Ilyich, the issue of appearances on the right, the search for meaning and its loss, within the theory of Law. The book “The death of Ivan Ilitch”, of Leon Tolstoy, is paradigmatic to reveal a life without meaning, meaning only discovered from the revelation of the disease and perception of the impossibility of their healing. The disease puts the character in front of a private revelation: his life of appearances. This life of appearances occurs in both personal and professional life, and in these sense, the work takes advantage to highlight the importance and the meaning of Rights.

Keywords: Ivan Ilitch, appearance, meaning, Theory of Law

1. Introdução

A obra de Leon Tolstói, “A morte de Ivan Ilitch”, retrata de maneira exemplar as angústias de um Juiz de Direito diante de sua morte. Tais angústias são permeadas por

¹ Doutora em Direito pela Unisinos/RS, Pós-doutora pelo Institut for Information-, Telecommunication- and Media Law (ITM), Münste (Alemanha), professora de Argumentação Jurídica, do Cesuca, e Propriedade Intelectual e Direito e Tecnologia da Informação, na Unisinos. Diretora de Pesquisa no Cesuca. E-mail: angelak@cesuca.edu.br.

lembranças que ele traz e que envolvem uma hipocrisia vinculada a sua vida inteira, e que assim, atinge diretamente o direito que era simplesmente toda a sua vida, pois foi a partir desse Direito que ele construiu o que chegou a dizer que “não teria vivido como deveria”.

A percepção de Ivan Ilitch constitui, para o presente artigo, uma maravilhosa oportunidade para destacar não apenas questões morais e ético-jurídicas, mas antes disso, para destacar a necessidade da visão crítica do direito, no sentido de que por mais que se esteja sendo fiel à lei, muitas vezes não se está sendo fiel ao que seria efetivamente certo, justo, realizar - e daí no livro ficar perfunctoriamente claro que “era verdade, como disse o médico, que a dor física de Ivan Ilitch era terrível, mas, pior do que ela eram seus sofrimentos mentais, sua pior tortura” (TOLSTÓI, 2012, p. 95).

Uma análise do “non sense” descoberto pelo personagem merece ser trazido para a análise do direito, que não apenas sofreu desde o ápice do racionalismo moderno com um deeterminadno “sem sentido”, como merece ser vigiado permanentemente para que não escorregue nos mais variados “non senses” possíveis do mundo jurídico, em especial, das decisões judiciais.

Por isso a obra de Leon Tolstói é paradigmática ao revelar uma vida sem sentido, descoberta apenas a partir da revelação da doença e percepção da impossibilidade de sua cura, colocando o personagem diante de uma revelação particular: sua vida de aparências. Essa vida de aparências ocorre tanto no aspecto pessoal quanto profissional, e nesse sentido, aproveita-se a obra para destacar a importância e o significado do sentido no Direito – que certamente não pode deixar de perceber e atender também às aparências do direito, sob pena de manter-se estritamente dentro das exigências de um racionalismo formal, que tanto já prejudicou o sentido do direito – e seu necessário vínculo ao humanismo.

1. As relações entre a angústia de Ivan Ilitch e as angústias do Direito

Dada à forma como o Judiciário acabou sendo reduzido “à boca que pronuncia as palavras da Lei”, resultado das “certezas científicas” da modernidade, como um mero órgão executor do poder legislativo, não é de se estranhar que na obra de Tolstói, o juiz Ivan Ilitch sofra severamente, não apenas a dor física, mas ainda mais a dor espiritual, por ter evitado debruçar-se sobre casos concretos, como se lhe fosse absurdo seu ser e sua

individualidade aparecer ali, diante do caso concreto, para julgá-lo. E assim ele vai aparecer como uma espécie de boneco seguidor de ordens, chegando, entretanto, a esconder-se atrás delas de modo a construir toda uma vida medíocre que, apenas com a morte iminente, poderia ser desvelada.

É possível, portanto, realizar essa ponte entre a vida medíocre de Ivan Ilitch e a forma como o racionalismo foi tomando conta do Direito, o modo como a teoria da separação dos poderes de Montesquieu também trouxe seus efeitos nefastos à prática do judiciário: o direito vai apartando-se da vida real, concreta, e vai dependendo de demonstrações puramente lógicas, em especial quando Leibniz veio dizer que o Direito constitui uma ciência que apenas depende de conceitos, e não de demonstrações, depende da certeza matemática.

No pensamento cosmocêntrico (antigo) e teocêntrico (medieval) o homem, a sociedade e a história eram vistos como realidades objetivas, existentes em si mesmas, independentes da intervenção teórica ou prática do homem. O fundamento da racionalidade, então contemplativa, ligava-se à ordem cósmica. Com a revolução antropocêntrica – moderna – surgiu o pólo subjetivo: o homem que faz do mundo um objeto de sua teoria e ação – e tanto a sociedade como a história passam a ser produtos da subjetividade – ela que passa a ser o fundamento de tudo. Na sequência, Schelling, Hegel e até Schopenhauer não admitem que sua existência se mova em torno de elementos abstratos, substâncias, relações causais e fins².

O racionalismo moderno, portanto, primou pela obediência à uma lei abstrata, que deveria ser respeitada por estar vinculada à razão do legislador (Montesquieu, Descartes, Rousseau) – ou à sua vontade (doutrina absolutista de Hobbes, a vontade cria a lei) – e por isso não poderia ser discutida, questionada. A “prudência” antiga deu lugar então à ciência jurídica moderna, onde a vontade do Soberano vinha refletida nas decisões dos Juízes. Essa demanda e exigência de cumprimento da vontade do legislador é muito bem explorada na obra de Baptista da Silva (2006, p. 35-56).³

Não é de se estranhar, pois, que Ivan Ilitch, sofrendo das agruras e efeitos de um positivismo exacerbado, tenha tentado poucas vezes fugir dele e descubra que as poucas e frágeis fugas talvez tenham sido o que de fato trouxe algum sentido à sua vida. Mas isso

² DILTHEY, Wilhelm. Essência da filosofia, 3ª. ed. Lisboa: Presença, 1984, p. 39.

³ Nesse sentido, também nossa obra KRETSCHMANN, Angela. História Crítica do Sistema Jurídico: da prudência antiga à Ciência Moderna. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. 264p.

foi muito pouco. O que trouxe um sofrimento mental ao morimbundo maior do que o sofrimento físico. Tais sofrimentos mentais eram vinculados à sua percepção de que talvez toda a sua vinha tenha sido errada, uma conclusão que até então era-lhe impossível de ter. Tudo não passava de uma terrível e camuflada mentira:

Suas torturas mentais deviam-se ao fato de que, durante a noite, quando olhava para o rosto calmo, de maçãs salientes, de Gerassim, o que lhe vinha à cabeça era: ‘E se na verdade toda a minha vida tiver sido errada’?

Ocorreu-lhe, pela primeira vez, o que lhe tinha parecido totalmente impossível antes – que ele não teria vivido como deveria. Veio-lhe à cabeça a ideia de que aquela sua leve inclinação para lutar contra os valores das classes altas, aqueles impulsos de rebeldia que mal se notavam e que ele havia tão bem aplacado talvez fossem a única coisa verdadeira, e o resto todo, falso. E suas obrigações profissionais e a retidão de sua vida e sua família e sua vida social tudo falso e sem sentido.⁴

Com a instrumentalização do saber na modernidade aconteceu uma reviravolta paradoxal no Direito. Enquanto antes o saber prudencial tinha condições de trabalhar com a razoabilidade, podendo aproximar-se mais das questões da Justiça, o cientificismo moderno afastou essa possibilidade e do modo paradoxal, ao buscar maior segurança, exatidão e aproximação às perspectivas e certezas da ciência moderna também conseguiu excluir as possibilidades de que uma “Teoria da Aparência” subsistisse em algumas ordens jurídicas, mormente no Brasil, onde ficou relegada e limitada a uma determinação legal estrita, de onde não tinha condições de escapar, a não ser por algumas poucas e extravagantes decisões judiciais.

E assim a aparência do Direito, que nunca deixou de existir, passou a existir um pouco menos no direito brasileiro, em especial em função dos resquícios da força do saber moderno sobre as codificações, inclusive a brasileira, até, pelo menos, a chegada da Constituição Federal de 1988, que conseguiu lentamente alterar uma série de imutabilidades consagradas, inclusive o que era considerado inadmissível, como um “direito aparente”.

⁴ TOLSTÓI, Leon. A morte de Ivan Ilitch. Trad. de Vera Karam. LPM Pocket: Porto Alegre, 2012. p. 95-96.

2. O “dar-se conta” tarde demais – e o que fazemos nós, juristas contemporâneos?

É significativo, também, que o personagem Ivan Ilitch descubra-se semelhante às pessoas cujos casos chegou a julgar ao observar o modo como os médicos lidavam com ele, fazendo-o recodar as inúmeras vezes que não se permitiu erguer os olhos da letra fria da lei para a situação concreta que envolvia a dor humana. Moribundo, Ivan Ilitch percebe-se igual às pessoas cujos casos também tratara de modo similar ao tratamento que passou a receber, mas apenas moribundo pôde dar-se conta da forma fria com a qual tinha conduzido seu trabalho, ainda que entendesse que estava realizando-o de modo correto, por objetivar “manter a ordem.”

O não perguntar, não questionar, não ir além, e conservar-se na tranquilidade de uma repetição – ao julgar – repetindo a lei, sem dispor-se ao trabalho real de compreender a realidade que efetivamente estava a julgar, trouxe para sua cama de moribundo todos os casos em que pessoas, iguais a ele, com a mesma ordinária vida, tinham também vivido. Finalmente, estava igual a eles. E percebia-se assim. E isso trouxe-lhe alívio, ao final, porque ainda pôde tentar expressar alguma forma de perdão, ao menos para si mesmo.

Infelizmente, não é apenas o juiz que está sujeito às condições paradigmáticas de uma “ordem jurídica” que é antes um guia a ser seguido imposto por um grupo de interesses. Todos estão sujeitos a esse “non sense” em suas vidas, na medida em que todos somos históricos e sujeitos às mazelas das contingências de nossas existências, de nossas circunstâncias – e na época contemporânea, inclusive à globalização e generalização da internet, que pode, tanto construir individualidades, como ao que parece, tem antes auxiliado a destruí-las.

Mais ainda na atualidade, como destacou Ovídio Araújo Baptista da Silva (2006, p. 305), parlamentares estão submetidos às determinações do “mercado global”, e pequenas margens de autonomia são utilizadas apenas para agradar seus eleitores e salvar o próximo mandato. Professores nas Universidades estão fadados também a tais determinações, e ainda que desejam fazer do ensino jurídico o verdadeiro *locus* privilegiado do pensar crítico, muitas vezes são açoitados por alunos que questionam e apontam que “estão ali pagando para ter aula” e não para “trabalhar”, que seria, pensar, refletir, debruçar-se sobre

casos reais e descobrir-se jurista a partir da virtude da prudência que merece ser desenvolvida em cada um, individualmente.⁵

Não é por nada que Baptista da Silva advertiu que os juristas são a única classe de cientistas proibida “de utilizar os casos de suas experiências. Ao contrário, por exemplo, do médico que leva seus casos concretos para os congressos ou os inclui nos livros que publica, ao jurista tal conduta fica terminantemente vedada, como inadequada, quando não eticamente proibida” (BAPTISTA DA SILVA, 2006, p. 303).

Como escapar das angústias de um Direito chamado a uniformizar tudo e todos? Como libertar-se de um Direito que prometeu liberdade e obscureceu-se diante da tranquilidade da segurança jurídica? E como, acima de tudo, alcançar o desejado equilíbrio entre a liberdade e a segurança jurídica? Não seria este o papel para o qual cada jurista contemporâneo é chamado a realizar? Ainda estamos lutando contra a perda da liberdade imposta ao estilo “leviatânico” de Hobbes, pelo qual em troca ficaríamos com a salvadora “segurança jurídica”, ou lutando contra a perda da liberdade no próprio estado liberal, que deu poder aos indivíduos (mais a uns do que a outros...).

Estas questões, por mais que pareçam muitas vezes longe da realidade dos juristas, estão estampadas diariamente na crise do processo executivo, nas demandas por maior efetividade do direito, e como destacou ainda Baptista da Silva (2007, p. 37), em outra obra, na “tirania exercida pelo Direito Processual sobre os ramos do Direito Material, a ponto de sujeitar todas as pretensões e ações de direito material ao tratamento uniforme e obsoleto da ação condenatória”.

3. O outro lado da virada – a hermenêutica e o exagero literário-linguístico

Dentro do paradigma racionalista encontra-se a consagrada tese da separação de poderes, onde as funções de cada um são bem determinadas: o poder executivo sanciona leis e as executa, o Judiciário aplica, o Legislativo as elabora. Nesse universo não há espaço para a função criadora do Juiz, que corre sempre o risco de ser acusada de estar exacerbando os limites de sua função – e de estar violando a sonhada separação de poderes que garantiria a estabilidade republicana.

⁵ Mais a respeito em KRETSCHMANN, Angela; OHLWEILLER, Leonel Pires. O ensino jurídico entre condicionamento e criatividade: desafios para a superação. IN Revista Diálogos do Direito, v. 4, n. 6. Disponível em <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdodireito/article/view/636>.

Ora, considerando que o atual Estado Democrático de Direito desloca a tensão dos poderes Executivo e Legislativo para ao Judiciário, estamos diante de uma realidade bastante distinta daquela na qual o juiz Ivan Ilitch era praticamente chamado a viver. Este Estado Democrático de Direito tem em vista a busca e realização da igualdade a um nível jamais visto nos anteriores Estados Absolutista e Estado Liberal. É o que se ousou dizer sobre a vinda da era do constitucionalismo em substituição à era das codificações. Mas não é só isso.

Tudo tem a ver mais ainda com a busca de sentido de si mesmo no contexto de uma história que permanece sempre aberta. No cuidado a que todos somos chamados a ter na compreensão do Direito. Daí a importância da hermenêutica jurídica como uma realidade que veio para ficar, e que merece ser bem compreendida. Pois a partir dela pode-se recuperar essa rede de sentido que dá sentido à vida e que dá sentido ao Direito. E que Ivan Ilitch sentiu que havia perdido. Como destaca Lênio Streck: “Hermenêutica é experiência. é vida! É este o nosso desafio: aplicá-la ao mundo da vida!”⁶

Lembrando que o direito é sempre a expressão de um poder, há razões de sobra para que se insista em um argumento jurídico correto, que mantenha a integridade do sistema, e não simplesmente mais um em meio a uma pluralidade de argumentos, mas que se tenha em mente que com uma Constituição Federal é possível a melhor resposta, ainda que não a única. Se não se pode acreditar nisso, então sequer há razões para lutar pela força, sensatez, coerência e justiça de um argumento entre tantos outros.⁷

Não é difícil constatar essa necessidade. Observe-se o seguinte exemplo trazido por Perelman (Perelman, 1996, p. 523-524): na Alemanha imperial de antes de 1914 havia uma lei que punia com pena de prisão aqueles que, em primeiro de maio, desfilassem em passeata atrás de uma bandeira vermelha. E em um primeiro de maio a polícia prendeu algumas pessoas e confiscou a bandeira. No tribunal percebeu-se que a bandeira era lilás.

Cumprido ao juiz decidir, se, pela situação em si, poderia considerar que aquele lilás “equiparava-se” ao vermelho. No mesmo sentido, o exemplo mais simples de uma placa que proíba a entrada de veículos num parque. O guarda terá que decidir se um carrinho de

⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11a. ed., Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014. p. 373. E explica: “essa (nova) hermenêutica deve ser vista não como um emaranhado sofisticado de palavras, mas, sim, como uma ferramenta metateórica e transmetodológica a ser aplicada no processo de desconstrução do universo conceitual e procedimental do edifício jurídico, nascido no paradigma metafísico...”.

⁷ A respeito em KRETSCHMANN, Angela e WIEDEMANN NETO, Ney. *Argumentação Jurídica*. IN *Formação Jurídica*, II Ano, Angela Kretschmann, Org. Conceito: Florianópolis, 2014, p. 51.

bebê é um veículo, se uma criança com seu automóvel elétrico pode passar, e ainda o caso de uma ambulância que vem auxiliar alguém que teve um ataque cardíaco. Ainda, como fica se chamam um táxi para recolher uma criança que quebrou uma perna? Ou seja, não basta a “clareza” da lei, pois mesmo quando ela é muito clara, é necessário recorrer a outras técnicas.

O que não se pode fazer é pensar que a superação de velhas metodologias pode ser uma tarefa fácil. A atribuição de sentido requer um permanente esforço e se constitui em um desafio igualmente constante para o jurista, que deve evitar a saída fácil de realizar um mero jogo de palavras, onde a “subsunção” será substituída, por exemplo, pela “ponderação”, sem que o “aplicador” tenha conseguido soerguer-se da apatia do senso comum teórico, para lembrar Warat.⁸ É importante perceber a essência do significado da linguagem, para compreender o que efetivamente é dito quando é dito, respeitando-se o que a coisa mesma diz, simplesmente assim.

Tudo, para não cair no inverso da moeda, no decisionismo judicial, ou na “ideologia do caso concreto”, como ressaltou Lênio Streck, que lembra que vivemos em uma época em que o direito “assume um caráter verdadeiramente hermenêutico, considerando que ocorreu um crescimento no grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado em relação à jurisdição (constitucional)” – mas que ao mesmo tempo também estamos na era da sociedade aberta de intérpretes, e ao mesmo tempo estamos vivenciando uma era em que as palavras e expressões que significavam algo estão sofrendo de uma verdadeira “anemia significativa”.⁹

Daí a importância de se situar no contexto de um paradigma e de assumir que isso implica o uso de uma linguagem coerente com essa escolha. Implica em um compromisso linguístico. E somos tão presos à nossa época e às circunstâncias de nossas vidas, quanto Ivan Ilitch estava preso à sua. Mas temos algumas vantagens, como o passado e obras literárias que podem nos auxiliar a escapar das vicissitudes ou determinismos que insistem em enfileirar seres humanos, era após era.

⁸ WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2a. versão, co colaboração de ROCHA, Loenel Severo. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

⁹ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 248-249.

Referências Bibliográficas

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. 2^a. ed.. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 3^a. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007.

KRETSCHMANN, Angela. História Crítica do Sistema Jurídico: da prudência antiga à Ciência Moderna. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

KRETSCHMANN, Angela; OHLWEILLER, Leonel Pires. O ensino jurídico entre condicionamento e criatividade: desafios para a superação. IN Revista Diálogos do Direito, v. 4, n. 6. Disponível em <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdodireito/article/view/636>.

KRETSCHMANN, Angela e WIEDEMANN NETO, Ney. Argumentação Jurídica. IN Formação Jurídica, II Ano, Angela Kretschmann, Org. Conceito: Florianópolis, 2014,

DILTHEY, Wilhelm. Essência da filosofia. 3^a. ed. Lisboa: Presença, 1984.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11a. ed., Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006,

TOLSTÓI, Leon. A morte de Ivan Ilitch. Trad. de Vera Karam. LPM Pocket: Porto Alegre, 2012.

WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2a. versão, co colaboração de ROCHA, Loenel Severo. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

(Artigo submetido em 15/12/2014 e aceito em 28/12/2014)