



RDL

REDE BRASILEIRA  
DIREITO E LITERATURA

## MACHADO DE ASSIS E O IMAGINÁRIO JURÍDICO MODERNO NO BRASIL: CONTRIBUIÇÕES PARA O DESVELAMENTO EPISTEMOLÓGICO DO POSITIVISMO JURÍDICO

ELPÍDIO PAIVA LUZ SEGUNDO<sup>1</sup>

**RESUMO:** O texto analisa o imaginário político-jurídico do positivismo jurídico no Brasil em interface com a literatura de Machado de Assis. Resgata as principais tradições hermenêuticas e traça um balanço do positivismo em tempos de crise.

**PALAVRAS-CHAVE:** escolas hermenêuticas; positivismo jurídico; literatura brasileira.

### INTRODUÇÃO

As instituições jurídicas e normas não existem em separado das narrações que as demarcam e lhe atribuem sentido. O direito se inscreve no contexto dos discursos que produzem significados e, desse modo, não pode ser entendido apenas como prescrição a ser obedecida, mas constitui o *habitus*, o chão da vida em que os homens se inserem. Assim, História, Literatura e Direito são entrelaçados em uma dimensão normativa plasmada sobre a realidade material e pelo imaginário, que permitem ampliar a reflexão jurídica.

Na realidade, o sistema jurídico não diz respeito apenas a um *corpus* normativo, mas expressa uma linguagem e, também, uma mitologia, que seriam responsáveis pelos modelos de comportamento. Neles, os legados do passado podem ser encontrados na história do direito de modo cotidiano, seja na frustração do Custódio da Confeitaria, exposto por Machado de

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/Minas). Professor do Curso de Direito da Faculdade Guanambi (FG/BA). Rio de Janeiro, RJ. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8222031049497571>. E-mail: [elpidioluz@gmail.com](mailto:elpidioluz@gmail.com)

Assis, seja na diferenciação arbitrária entre indivíduos, e nas críticas sobre a justificação do poder do Estado.

Nessa senda, o texto se propõe a examinar o imaginário político-jurídico do positivismo no Brasil, a partir da interlocução com a literatura de Machado de Assis. Quer-se, também, fazer um balanço do positivismo e dos impasses e fraturas da teoria do direito no Brasil contemporâneo.

Partindo desses pressupostos, o artigo foi organizado em quatro tópicos. São eles: Introdução; Literatura como missão: o *case* Machado de Assis; Os positivistas e o imaginário político-jurídico no Brasil, que abrange: a) a concepção comteana; b) a exegetica; c) a pandectista; d) a jurisprudencialista; e) a normativista; f) da carnavalização hermenêutica (Luis Alberto Warat) e uma inquirição sobre o status do positivismo hoje; as considerações finais e referências.

Na escrita do trabalho foi empregado o método crítico-bibliográfico. O texto pretende apresentar os distintos imaginários e mostrar como eles concorrem para a produção do “significado” hermenêutico do direito, indicando os seus problemas e insuficiências, de modo a contribuir, ainda que precariamente, para o melhor entendimento do tema.

### **LITERATURA COMO POSSIBILIDADE DE EXPRESSÃO DO DIREITO: O CASE MACHADO DE ASSIS**

Antes de qualquer coisa, não há como definir a literatura como discurso estético e o direito como discurso instrumental. Ambos são narrativos e insinuam interpretações, retórica, significações e representações.

O *case method*, examinado a seguir, promove o encontro entre diferentes acepções de positivismo que exigem reflexão. Trata-se de um texto que funciona como base para o direito e para a literatura, tendo em vista que produz um liame entre ficção e normatividade, em que o uso pedagógico da literatura serve para compreender o direito (Godoy, 2008, p. 75).

Para compreender o alcance desse método, é necessário, em primeiro lugar, apresentar o escritor Machado de Assis (1839-1908), que é considerado um dos mais importantes autores brasileiros. Cronista de costumes da sociedade brasileira do século XIX, seus textos lidam constantemente com a realidade complexa que dá condições à existência do

direito (Godoy, 2008, p. 80). Ele narra a existência como um palco de teatro em que o autor é uma espécie de contrarregra ou um dramaturgo que faz tudo para não interferir no destino de suas personagens, porque percebeu, como poucos, a mesquinhez humana e a sorte precária do indivíduo (Bosi, 2008, p. 176), fazendo delas o alimento de sua reflexão cotidiana. Uma dessas passagens está na obra *Esaú e Jacó*, no capítulo LXIII, intitulado “Tabuleta nova”, que registra uma passagem emblemática, descrita na sequência.

À época da transição do Império para a República, Custódio, personagem da obra assinalada, tinha uma Confeitaria que se chamava “Confeitaria do Império”. Com a mudança para a República, Custódio vai pedir um conselho a Aires, se deveria ou não substituir a tabuleta para “Confeitaria da República”. Aires hesita, não sabe o que dizer. Talvez fosse melhor fosse redigir “Confeitaria do Custódio” (Assis, 1994, p. 78).

Do episódio, é mister registrar que a proclamação da República, para Custódio, era apenas uma mudança na tabuleta, pois a confeitaria continuaria a mesma. Aqui o direito aparece como força que autoriza transformações e reformas dentro do discurso normativo (Cover, 2016, p. 194), que, pela escrita do autor, concorre com outros tipos de *nomos*. Em uma frase: o direito qualifica e enclausura o discurso do poder em um mundo oficial, burocrático (Godoy, 2008, p. 105), distante da doçaria.

O exemplo da personagem machadiana é um arquétipo da ausência de cidadania no Rio de Janeiro daquela época e se coaduna com a expressão de Aristides Lobo, jornalista, que escrevera, nos dias seguintes à proclamação da República, que o povo assistira bestializado<sup>2</sup> a quartelada no Campo de Santana, na então capital do país.

Com a mudança na forma de governo para República, havia a expectativa de maior participação política do povo. Paradoxalmente, na primeira eleição do período republicano, houve a redução do número de eleitores aptos ao direito de voto em relação às últimas eleições da monarquia (Carvalho, 2003b, p. 395).

---

<sup>2</sup> A expressão é do jornalista Aristides Lobo, coetâneo da proclamação da República, em 1889.

Além disso, o reajustamento social e político do novo regime foi marcado por uma série contínua de crises políticas: 1889, 1891, 1893, 1904 e 1907. Todas elas foram caracterizadas por ondas de “deposições”, “degolas”, “exílios” e “deportações” (Sevcenko, 2003, p. 36). A República tornou-se mais do mesmo. Havia um distanciamento entre a maioria do povo e o governo, quando não de desconfiança ou de aberto antagonismo (Carvalho, 2003b, p. 83). As esperanças malograram diante do arrivismo e da busca de vantagem por parte dos homens do novo regime.

Pode parecer estranho fazer uma reflexão sobre o período republicano com Machado de Assis, tendo em vista que a obra do “bruxo do Cosme Velho” é associada ao Segundo Reinado. Contudo, a literatura machadiana é cheia de surpresas. Funcionário do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, e, na República, do Ministério da Indústria, Viação e Obras Públicas, ele trabalhou no serviço público por cerca de trinta e cinco anos, sem aderir a nenhum dos partidos ou tendências do Parlamento ou do Congresso e sem manifestar quaisquer preferências por sistemas políticos (Sevcenko, 2003, p. 303).

Se o direito é concebido como o terreno da segurança, da estabilidade e da certeza que é produzida pelos dogmas modernos da completude da norma e da onisciência do legislador, a literatura é o espaço do inesperado. Se o direito trabalha com a noção de pessoa, de caráter abstrato, a literatura é terreno da personagem, do particular, que expõe o concreto às pretensões de racionalidade universal do direito.

De modo arguto, Machado identifica que o patronato latifundiário e as elites técnicas e científicas em ascensão impossibilitaram alternativas de projetos democráticos de promoção social, constringendo o país à eleição do bico de pena e à política dos governadores. Mais especificadamente, isso se deu a partir da introdução do discurso da ordem e do progresso em uma união espúria entre os “homens velhos” (monarquistas de ontem) e os “novos” (republicanos de hoje). As novas ideias teriam sido condenadas ao marasmo, sufocadas pela “ordem”, condição indispensável do “progresso” (Sevcenko, 2003, p. 309).

Diante desse contexto, as ações políticas eram de pouca monta e, comumente, respostas ao que se considerava arbítrio das autoridades. Era, por assim dizer, uma cidadania em negativo, em que o povo não tinha lugar

no sistema político. O Brasil era, para os cidadãos, uma realidade abstrata e, diante dos grandes acontecimentos nacionais, o povo assistia talvez distante, talvez temeroso, talvez divertido (Carvalho, 2003a, p. 83).

O *case* Machado de Assis é exemplar para assinalar a configuração nesse período chave de transição da sociedade brasileira, de fórmulas narrativas que denunciavam o empenho oficial de fixar imagens de novo começo, seja uma nova identidade, uma nova literatura, um novo sistema político ou um novo direito que seriam dotados de projetos próprios e promissores, diante dos quais outras linguagens seriam obsoletas ou ineptas, de modo que eles só poderiam ser comentados e criticados nos termos mesmos em que se propunham (Sevcenko, 2003, p. 311, adaptado).

A situação atual não parece ser muito diferente. Alteram-se composições políticas, slogans e agremiações políticas para que tudo possa permanecer no mesmo lugar. O relato de Machado de Assis sobre o episódio da mudança de placa na Confeitaria do Custódio mostra que são as aparências que governam e que a política, muitas vezes, é concebida como uma confeitaria que tem o propósito de refestelar-se com os donos do poder, e não de mudar.

### **OS POSITIVISTAS E O IMAGINÁRIO POLÍTICO-JURÍDICO NO BRASIL**

No Brasil, o Estado precedeu à nação e mesmo ao povo. Essa assertiva apresenta a complexidade do *status civitatis* nos estertores do Antigo Regime na Colônia.

Com a chegada da família real bragantina ao Rio de Janeiro, em 1808, a Colônia se torna sede de uma monarquia europeia. As funções governativas do Império português são exercidas no Rio de Janeiro, o que transforma os costumes, a paisagem urbana, o direito, as instituições, a história e a memória da cidade.

O problema da cidadania na Colônia ocorre de modo diverso da Europa. A expressão cidadania é oriunda de *cives*, cidade, e, no início do século XIX, não há propriamente cidades na América portuguesa. Os direitos de liberdade e os direitos civis são incipientes. A ruptura com Portugal não é um projeto bem delineado, mas, inevitável. A lógica de funcionamento do novel Estado Nacional preserva as instituições

portuguesas. Não há, propriamente, ruptura, o que não significa a presença de consenso.

Para Ricardo Marcelo Fonseca (2008, p. 74),

a “modernidade” brasileira, cuja constituição é tão almejada desde a independência, acaba sendo inserida “pela metade”, ou melhor dizendo, a partir de um filtro bastante forte das concepções pré-revolucionárias e pré-liberais que, na França oitocentista (para ficar com um exemplo), já tinham sido em grande parte colocadas sob os escombros juntamente com o antigo regime.

A opção pelo ecletismo (liberal em política, privatista em família, escravocrata em economia), descrito por João Cruz Costa (1956), que é base do patrimonialismo, e, a ausência de filosofia, suprida pela literatura e pela história como modelos de pensar, informam a precariedade da situação no nascente Estado nacional. O problema da dificuldade/ausência de reflexão não é de “talento”, mas, de formação. Aliás, a obsessão pela origem tem sido uma característica do trabalho intelectual: formação política do Brasil, formação econômica do Brasil, formação da literatura brasileira, dentre outros. Apesar disto, a inconclusão é a regra, o que nos afastaria da tradição europeia, que associa a vida do espírito ao conjunto da vida social. Assim, a atividade reflexiva foi exercida por escritores, José Alencar, à frente, com o mito de fundação da América, anagrama de Iracema, passando por Machado de Assis e, no século XX, pelos chamados “intérpretes do Brasil”.

Na história da América Latina, e não só no Brasil, os romances caminharam de mãos dadas com o ideário republicano e estiveram, amiúde, ligados por meio de autores que preparavam projetos nacionais por meio da prosa de ficção e implementavam ficções de fundação através de campanhas legislativas ou militares (Sommer, 2004, p. 22) . De fato, se a Revolução foi obra política, a obra jurídica foi o Código, e o romance foi o legado literário da ascensão do indivíduo.

Se o conceito de nação foi plasmado pelo Romantismo, sobretudo pela pena de Alencar, a concepção de povo teria de esperar pelo século XX, ainda que ela seja evocada de forma orgânica e abstrata nos textos do século XIX. No mais, o papel do povo no processo de independência, se não foi de

simples espectador, também não foi decisiva. Sua presença era maior nas cidades costeiras e, no interior, foi diminuta.

Paulatinamente, o termo cidadão foi se opondo a servo e a vassalo. Novo papel político e social foi definido e substituiu-se a designação *tropa* e *povo*, característica do Antigo Regime. No nascer da modernidade, o ser cidadão do mundo reportava às relações entre indivíduo e sociedade, e indivíduo e rei. A participação passou a ser mais intensa e exigiam-se mais direitos, o que levava à internalização da necessidade de cumprir obrigações diante do Estado e, *pari passu*, se cobrava o igual cumprimento de funções como proteção e defesa da ordem. O indivíduo aprendia que os valores do poder público deveriam ser preservados, e ele tinha papel importante nisso.

Foi nesse caldo de cultura que floresceu o imaginário comtista. Antes de seguir o passo é necessário demarcar, mais especificadamente, a noção de imaginário (Warat, 1990, p. 67). A instituição de uma sociedade precisa de um conjunto de significações imaginárias, organizadores e constituintes. Elas são uma resposta ao caos, sua negação simbólica, e pretendem conferir significação ao ser, ao mundo, à sociedade. Elas ocultam e mascaram o abismo da existência (o caos), em um simulacro que evita o confronto do homem consigo mesmo, por meio de compensações imaginárias. Nesse âmbito, desvelar os lugares de fala e os seus problemas é o que se fará a seguir.

### **O imaginário comtista**

Não decorrera ainda um mês da proclamação da República quando o encarregado de negócios da França no Rio de Janeiro, Camille Blondel, anotava a tentativa dos vencedores de 15 de novembro de construir uma versão dos fatos destinada à história (Carvalho, 1990, p.35).

A fixação do panteão republicano carregava uma disputa narrativa pela definição do novo regime. O exame da disputa do mito fundador pode contribuir para esclarecer a simbologia da proclamação da República e o papel que o positivismo comteano desempenhou nesse processo.

O positivismo republicano, em suas distintas vertentes, defendia que a fase teológico-militar, encarnada pela Monarquia, deveria ser substituída pela fase positiva, da República, que seria o governo da razão. Além disso, defendia a separação entre Estado e Igreja, apelava para um Executivo forte (a ideia de uma ditadura republicana tinha fôlego para parcela expressiva

dos positivistas brasileiros), com uma concepção de despotismo esclarecido que era muito caro aos militares e, por derradeiro, à proposta de incorporação do proletariado à sociedade moderna (Carvalho, 1990, p. 27).

Essas concepções são desenvolvidas entre meados do século XIX e início do século XX, em que uma visão científica do mundo assume papel central. São difundidas ideias tais como: a) a noção de matéria é a realidade última; b) os organismos vivos podem ser desencantados, esquadrihados e explicados por meios mecânicos, percepções essas que se espargem por todas as áreas do conhecimento e fazem-se sentir, também, no direito, na política e na literatura (Pino, 2015, p. 169).

Como se sabe, 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. (Carvalho, 1990, p. 29-30).

É dessa época a visão de que a cultura ibérica tinha ênfase no caráter comunitário e na integração, ao passo que os anglo-saxões apostariam na prevalência do indivíduo.

Para rechaçar esse argumento, Jessé Souza, na recente obra *A tolice da inteligência brasileira* afirma que os textos das ciências sociais no Brasil têm sido invocados como um mantra para justificar situações históricas de exclusão, como se a tese da suposta singularidade brasileira pretendesse articular de modo absoluto a existência de um povo com atributos ímpares, exclusivos, que funcionariam como uma “segunda pele” para os brasileiros. (Souza, 2015, p.101).

Talvez, a busca permanente da identidade seja um indicativo de sua ausência. No que concerne ao positivismo comteano, ele não logrou criar uma identidade coletiva para o país, tarefa que seria desempenhada pelos intelectuais da República Velha, sobretudo, pelos modernistas de 1922.

### **O imaginário exegetico**

A matriz comteana está densamente acoplada à filosofia política e ao advento das Ciências Sociais. Diferentemente, o positivismo exegetico é uma espécie de positivismo jurídico, de base francesa, construído a partir da vigência da codificação.

Sob os escombros do Antigo Regime, a sociedade moderna aposta na iniciativa individual, na escolha, e, desse modo, o contrato torna-se um instrumento dos burgueses em sua marcha triunfal na Modernidade. Eles têm em mãos o piano legislativo e estabelecem as métricas da partitura. Em uma frase: a simbologia do contrato ergue os alicerces da legitimação de novo modelo de sociedade política.

Com efeito, a ideia de contrato assume caráter precipuamente político e ideológico. No primeiro caso, foram erigidas teorias acerca da natureza, da ordem e do funcionamento da sociedade no fluxo dos séculos XVII e XVIII, comumente denominadas sob a rubrica de “contratualismo”. Filósofos políticos de variados matizes, como Hobbes, Locke e Rousseau, compartilham a ideia de que a sociedade é oriunda de um contrato, de um pacto ficto, hipotético e imaginário, que justifica racionalmente a origem do Estado. (Roppo, 2009, p. 28).

No segundo caso, as aspirações de segurança e ordem, caras aos modernos, só poderiam ser alcançadas pela autoridade de um soberano dotado de força repressiva. Em nome da preservação da liberdade originária, o despontar do contrato, em que pese a importante rotação paradigmática, passa a exercer o papel de mascaramento das relações de poder, pois a liberdade, que efetivamente importa, no alvorecer da sociedade de mercado, é a liberdade contratual.

Assim, a liberdade de cada um pode ser traduzida, na seara jurídica, na liberdade de estabelecer o local, os meios e com quem se quer contratar. Nesse contexto, o contrato exsurge como técnica de realização de atividades econômicas, como veículo de acesso à propriedade, e o direito contratual, como conjunto de regras, aparentemente insípidas, hauridas da razão, que exercem função de relevo em um ambiente de predomínio negocial.

Como se vê, a liberdade de contratar era concebida não só como pressuposto da realização da “vontade geral”, para empregar uma expressão de Jean Jacques Rousseau, mas, igualmente, de interesses particulares.

Ainda no século XVIII, Robert-Joseph Pothier confere à propriedade o conceito de categoria jurídica basilar do sistema de direito privado, em um constructo de abstração e generalização que se constituiu num programa, num “aleluia” jurídico: o Código Civil Napoleônico (1804), arquétipo da “era das codificações”.

O Código Civil é um artefato cultural do Iluminismo e produto da Revolução Francesa, que, ao conceber a liberdade negativa e a igualdade formal, inaugura o protagonismo burguês, que não ocorre somente no âmbito político, mas, em todos os campos da vida humana. Nesse cenário, o *status* foi substituído pelo contrato, não só do ponto de vista do direito político. Também o direito privado operou a alteração do eixo da fé para o crédito.

Seguindo o passo, o Código passa a ser considerado um “monumento da civilização”, a razão escrita, e os exegetas defenderão que a lei, por ser racional, não precisa ser interpretada, apenas aplicada. É a fase do juiz-boca-lei. Há a fetichização da lei<sup>3</sup>, e entende-se que o poder político por excelência no Estado é o Legislativo, que atua como uma espécie de Midas normativo, ao transformar em lei tudo aquilo que toca.

Paradoxalmente, esse ideário possui forte presença no Brasil contemporâneo. As reminiscências dos métodos de interpretação gramatical e literal, o discurso jurídico que afirma a ausência de necessidade de interpretação quando a lei é “clarividente” são, dentre outros, exemplos dessa permanência.

### **O imaginário pandectista**

O ponto de partida para a compreensão do pandectismo é a obra de Friedrich von Savigny. Privilegiando a concepção histórica e considerando a fonte originária do direito o “espírito do povo”, e não a lei, o jurista alemão desenvolve a noção de instituto jurídico com base nas relações da vida, mormente, privada, tais como matrimônio, propriedade, compra e venda, que se organizariam como uma ordem juridicamente vinculante e que estabeleceriam as bases da origem e evolução do direito (Larenz, 2012, p. 13).

---

<sup>3</sup> A expressão é Norberto Bobbio.

Com fulcro numa perspectiva kantiana, os pandectas eram cultores da dogmática jurídica, sobretudo, do direito civil, e elaboraram um paraíso de conceitos (Wieacker, 2004, p. 508). Nesse cenário, podem-se destacar dois juristas, quais sejam: Puchta e Windscheid. O primeiro, fundador da jurisprudência clássica dos conceitos do século XIX, com suas *Pandekten*, designa um método alicerçado na pirâmide conceitual e na hierarquia de conceitos, um sistema lógico, edificado de modo contínuo e sem lacunas – uma “genealogia dos conceitos”, que conferiria legitimidade à norma jurídica pela correção sistemática, logicidade e racionalidade, sendo que as decisões jurídicas só poderiam ser tomadas com a observância do rigor lógico (Wieacker, 2004, p. 456-457). A criação do direito devia ocorrer tendo como premissa o conceito, ou seja, a decisão jurídica deveria preservar o conceito, o que aduzirá, mais tarde, as críticas de Rudolf von Ihering.

Karl Larenz, no seu livro *Metodologia da ciência do direito*, explica que a ideia de Puchta é a de que cada conceito superior permite determinadas afirmações, por exemplo, o conceito de direito subjetivo diz respeito ao poder sobre um objeto; por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir a um superior, todas as assertivas acerca do conceito superior valerão para o inferior (2004, p. 25-26).

A genealogia dos conceitos leciona que o conceito supremo do qual se deduzem os demais codetermina os outros por meio de seu conteúdo. Esse conteúdo emana da filosofia do direito, mais precisamente, do conceito kantiano de liberdade. Apesar de ancorar seu sistema em Kant, para Puchta, a abstração do conceito-chave faz com que a substância ética perca força em detrimento da escala formal de conceitos, o que preparou o terreno para o formalismo jurídico que foi prevalecente por mais de cem anos.

Já as *Pandekten* de Bernhard Windscheid (1817-1892), discípulo de Savigny, exerceram importante influência sobre o direito na Alemanha e no exterior. O teutônico criou um manual direcionado para o plano de aplicação, com base em um sistema lógico, fechado, a possibilitar resultados previsíveis. Nas palavras de Franz Wieacker (2004, p. 510),

Assim, resultou da pandectística – como antes nos grandes comentários do jurista romano Ulpiano ou da *Glossa Ordinaria* – uma suma do direito privado, cuja

fama geral levou até os países mais distantes a influência e a vigência da pandectística. Na própria Alemanha, a obra levou ao chamamento de Windscheid à primeira comissão para o Código Civil, onde teve uma influência determinante.

Na esteira de Immanuel Kant, Windscheid viveu num tempo marcado pela cultura de Kant e Goethe. Defendia um sentido ético e racional para o direito em um constructo científico não só histórico, mas também sistemático.

Tanto Putcha quanto Windscheid colocam no ápice da pirâmide de conceitos o conceito de direito subjetivo. Porém, se o primeiro trabalha o direito subjetivo, o poder “da vontade”, em uma categoria ética, o segundo o faz na perspectiva psicológica, afastando, de modo quase total, a substância do conceito, que passa a uma condição lógica-operacional e destituída de conteúdo. (Larenz, 2012, p. 37-38).

Já a contribuição de Ihering é caracterizada por duas fases: a) na primeira, ele apoia a construção formal de Putcha, seu antigo professor; b) na segunda, realiza uma viragem pragmática, aproximando o direito da sociologia.

Finalmente, a preocupação legislativa na França e a criação de uma ciência do direito na Alemanha, no século XIX, têm como pano de fundo o ideal de planejamento constante do ideário iluminista. É uma expectativa dessa época que formulações do passado, sejam de legisladores ou de juristas, possam antecipar decisões futuras (Streck, 2014, p. 108).

No Brasil contemporâneo, o apego bizantino à academia, às construções científicas salvíficas e antecipadoras, bem como certo desdém pela prática jurídica, denotam a presença desse viés.

### **O imaginário jurisprudencialista**

O precursor do positivismo jurídico moderno, Thomas Hobbes, e Jeremy Bentham, o “Newton da legislação”, tiveram vasta influência em toda a teoria política e jurídica do Ocidente, ainda que a presença do segundo, do ponto de vista do direito, tenha sido diminuta na Inglaterra e nos Estados Unidos da América.

É que Jeremy Bentham, o “pai” do utilitarismo, defendia a codificação, tendo, inclusive, escrito ao presidente dos Estados Unidos, em 1811, sugerindo a renovação, e mais do que isso, a substituição, do sistema

jurídico norte-americano, da *common law*, pelo *civil law*, baseado em cinco aspectos centrais, a saber: a) incerteza da *common law*, b) retroatividade do direito comum, c) a ausência do princípio da utilidade, d) a falta de competência específica do juiz para resolver quaisquer tipos de conflitos regulados pelo direito, e) seu caráter político. (Bobbio, 1995, p. 95-99).

Diferentemente de Bentham, John Austin diz que é “melhor o direito judiciário a um mau código” e, em que pese ser a favor do projeto de codificação, opõe-se à existência de um código acessível a todos, pois teria de ser submetido ao debate público e estaria sujeito permanentemente a reformas (Bobbio, 1995, p. 114).

Essas ideias novas deram fermento à história do direito nos Estados Unidos, que se dá em três etapas. São elas: a) o descobrimento (1787-1860); b) fé (1860-1914) e c) ansiedade (1914 - até os dias de hoje).

Na era da ansiedade, dá-se o advento do realismo jurídico, que era contraposição ao método do caso, o qual fora desenvolvido por Christopher Columbus Langdell, em Harvard, em 1870. Os autores realistas criticaram o referido método quer como método de ensino, quer como teoria do direito, de modo que o movimento (ainda que tivesse grande robustez teórica) constituiu uma teoria do ensino e uma teoria do direito (Ferreira, 2012, p. 7). Seu marco inicial foi a publicação de um artigo de Karl Llewellyn, em 1930, que defendia a revisão do estudo direito, que não deveria se basear na “letra fria da lei”, mas no comportamento observável, incluindo-se as atitudes prováveis e os padrões de atuação dos juízes.

Como teoria do direito, o realismo jurídico enfrenta sérias objeções nos Estados Unidos desde os anos 1930, pois, ao atrelar a produção do direito à vontade de tribunais e juízes, o movimento (ainda que não organizado) foi acusado de totalitário, considerando que a lei seria, para eles, uma força coercitiva e amoral. Saliente-se, contudo, que o realismo jurídico não é unívoco. Se em Llewellyn, o direito seria aquilo que os funcionários fazem sobre as disputas que conhecem; em Oliver Wendell Holmes Jr., o caráter primeiro do direito está naquilo que os tribunais decidem, entre outras concepções.

Segundo Arnaldo Godoy (2006), Holmes seria o principal nome do pensamento jurídico norte-americano, tendo se distanciado de problemas conceituais e de metafísicas que eram característicos do pensamento

jurídico europeu, imprimindo novas percepções e soluções pragmáticas. Ademais, Holmes teria sido o primeiro juiz moderno a adquirir status de celebridade, algo corriqueiro hoje.

Considerado antecessor do *law and economics*, Holmes concitava os juízes a estudarem economia e estatística, afirmava que as motivações políticas, sociais e econômicas das decisões judiciais deveriam ser nitidamente identificadas. Assim, o direito seria experiência, e não gramática ou lógica. Aspectos transcendentais e metafísicos, além da ciência, epistemologia, história e lógica, não entravam em suas cogitações. Para ele, elas constituíam artifícios retóricos para as decisões, devendo o julgamento ser feito de acordo com o padrão médio da sociedade em que se vive.

Não obstante, apesar das dificuldades como teoria do direito, o legado do realismo jurídico para uma teoria do ensino é notável. Ela está na interdisciplinaridade (precipuaemente na integração do direito com a sociologia, a administração e a economia), na criação de disciplinas eletivas, na pesquisa empírica no direito, na adoção de clínicas de prática jurídica e na melhora das técnicas de ensino naquele país.

A presença do imaginário jurisprudencialista, em que pese a tradição do direito brasileiro pertencer ao direito continental europeu, é marcante, seja nas escolas de direito, na formação de juízes ou na atuação dos tribunais. O problema é que ela conduz ao ativismo, e essa condição, em um país com fortes colorações autoritárias como o Brasil, é um risco permanente.

### **O imaginário normativista e depois**

Ao longo desta exposição, nota-se que o positivismo jurídico possui diferentes variações, mas seu ápice é o normativismo de Hans Kelsen. Antes de iniciar o exame das contribuições do autor e considerando sua importância para o debate contemporâneo, é necessário esclarecer o que ele não disse:

- a) Hans Kelsen nunca disse que o juiz era a boca-da-lei;
- b) Hans Kelsen nunca disse que o normativismo ocupava-se da aplicação prática do direito a ser feita pelo julgador no caso concreto;

- c) Hans Kelsen nunca disse que a norma hipotética fundamental é a Constituição;
- d) Hans Kelsen nunca disse que a ciência do direito dizia respeito ao plano de aplicação da norma jurídica;
- e) Hans Kelsen nunca disse que o direito era puro;
- f) Hans Kelsen e a “Teoria Pura do Direito” não foram responsáveis pela ascensão do nazismo na Alemanha;
- g) Hans Kelsen abandonou o dualismo entre ser e dever em 1965. Se, antes, as normas só derivam da vontade, no final da vida, ele admite que a natureza só poderia conter em si mesma normas, se uma vontade tivesse colocado essas normas. Mas isso pressuporia um Deus criador, cuja vontade se inseriu na natureza, e discutir sobre isso é vão, observou o jurista<sup>4</sup>.

Essas observações preliminares afastam o senso comum teórico existente sobre o jurista austríaco e que é definido por Luis Alberto Warat (2002, p. 96) como:

Um conglomerado de opiniões, crenças, ficções, fetiches, hábitos expressivos, estereótipos que governam e disciplinam anonimamente a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do direito, compensando-os de suas carências. Visões, recordações, ideias dispersas, neutralizações simbólicas que estabelecem um clima significativo para os discursos do direito antes que eles se tornem audíveis ou visíveis.

Como se nota, o senso comum teórico dos juristas diz respeito a saberes acumulados e expressados na prática jurídica institucional por meio de um bloco de representações morais, teológicas, metafísicas, estéticas, políticas, tecnológicas, científicas, epistemológicas, profissionais e familiares que os juristas anuem em suas atividades, por influência da dogmática jurídica, e que estão presentes nas faculdades de Direito, nos tribunais, nas associações profissionais e na administração pública (Streck, 2012a).

Seguramente, o positivismo normativista tornou-se, no século XX, a filosofia dos juristas. É uma postura científica referida a fatos, os quais

---

<sup>4</sup> A mudança de posição de Hans Kelsen pode ser identificada no texto que segue. PAPA BENTO XVI. Visita ao Parlamento Federal da Alemanha. 22 set. 2011. Disponível em: <[https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2011/september/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20110922\\_reichstag-berlin.html](https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

correspondem a uma interpretação da realidade que abrange somente aquilo pode ser mensurado, medido, ou, no limite, algo passível de ser definido por meio de experimento.

O positivismo foi engendrado em uma espécie de caldo de cultura jurídica que compreende os discursos sobre o direito apenas como abstração e relega ao segundo plano o mundo da aplicação, que é colonizado pelos discursos predatórios, sejam eles políticos, morais, históricos, dentre outros (Streck, 2012b, p. 31).

A teoria kelseniana é descritiva, não-estática e está preocupada com o plano da ciência do direito, e não com o da deliberação judiciária. Gabriel Nogueira Dias (2010, p. 352) informa que:

Se lançarmos um olhar sobre os elementos de construção juspositivistas de Kelsen, nos veremos metodologicamente em confronto com uma rígida ciência do direito, sem sombra de dúvida sempre inflexível, que deseja, em nome da autonomia da ciência do direito, até as últimas consequências, se distanciar de uma abordagem metafísica ou casual do direito. Contudo, se nos colocamos a tarefa de analisar apesar a teoria geral do direito [...] somente é possível compreendê-la em relação aos seus variados estágios de desenvolvimento. A teoria do direito [...] de 1911 [...] não é a [de] 1920.

Há mudanças significativas no decurso da construção do *opus* do autor. No que tange à aplicação do direito, ele assevera que essa é uma questão de política judiciária, ou seja, fica submetida à vontade do julgador, que deve escolher uma entre várias opções válidas, respeitando a moldura normativa. Isso significa a discricionariedade e a possibilidade de juízos de exceção. Nesse âmbito, perde a práxis jurídica, perde a previsibilidade das decisões, perde a autonomia do direito.

Outro problema diz respeito ao fato de que o direito é uma ciência prático-deliberativa, e os juristas devem entender que não lidam com ficções, mas com vidas humanas. Ademais, a substituição do ideal racionalista de justiça pela ambição moderna/positivista de certeza e segurança jurídica, ao alvedrio dos tribunais e sem considerações de caráter ético, teve o seu preço para a teoria do direito, para a teoria política e para a teoria da sociedade: o totalitarismo.

A derrocada do positivismo jurídico é associada à derrota dos alemães e italianos na Segunda Guerra Mundial. Contudo, não é bem assim. Após a Guerra, Norberto Bobbio e Herbert Hart tentaram, ao seu modo, reabilitar

o positivismo, ainda que a ideia de que a aplicação do direito fosse alheia à ética passasse a ser fortemente questionada. Com efeito, houve uma reaproximação entre direito e moral. Contudo, esse liame não significou, necessariamente, o retorno ao Jusnaturalismo, mas a superação do positivismo jurídico, mormente, do normativista.

Essas indagações abriram as sendas para novas reflexões sobre o direito, sobre a teoria das fontes, das normas e da interpretação. Sua designação, pós-positivismo, não diz respeito a uma escola ou a um grupo coeso de juristas, mas, às redefinições da teoria do direito e da compreensão dos direitos fundamentais nas últimas décadas do século XX e no início deste século.

No Brasil, há uma balbúrdia acerca das formulações kelsenianas e dos seus críticos. As universidades, os cursos preparatórios e os profissionais do direito, com raras exceções, fizeram uma vulgata das contribuições do autor à ciência do direito, o que tem obstaculizado o entendimento adequado de suas concepções teóricas.

Além disso, nessa quadra da história brasileira, é necessário indagar: por que após a luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, pelas conquistas civilizatórias dos textos legais-constitucionais, deve-se delegar ao juiz a apreciação do direito em conflito? Isso remete ao problema da democracia e dos limites do poder do Estado. Em uma frase: discricionariedades, arbitrariedades, positivismo jurídico: tudo estaria interligado (Streck, 2012b, p. 30).

Na recensão do imaginário político-jurídico de matriz positivista, não se incluiu a jurisprudência dos valores, tendo em vista que esta se insere em uma visão pós-positivista do direito.

Uma pequena observação: o panorama pós-positivista, principiológico, influenciou de modo decisivo o advento da hermenêutica constitucional contemporânea. Outrora um método de desvelamento do sentido da norma, a hermenêutica tornou-se condição de possibilidade para o Direito, sobretudo, com o legado da filosofia da linguagem. A partir de então, o direito passa a ser considerado um sistema de princípios e regras e, com o aporte dworkiniano<sup>5</sup>, o ato de julgar deixa de ser uma escolha e passa

---

<sup>5</sup> A alusão é ao jurista norte-americano Ronald Dworkin.

a ter de obedecer à tese da integridade, bem como a admissão de uma única resposta correta a um caso jurídico, ainda que ela seja difícil de ser encontrada. Desenvolveram-se, também, teorias da argumentação<sup>6</sup>, que sugerem, com diferentes matizes, que as decisões judiciais devem ser tomadas com base no melhor argumento. Há diversas teorias de corte pós-positivista. Elas não serão analisadas neste texto em razão do recorte temático e da metodologia proposta para o artigo.

### **A carnavalização hermenêutica, o solipsismo e o salve-se-quem-puder**

A leitura de Luis Alberto Warat, jurista baiano-argentino, pode provocar muitas coisas, menos indiferença. Para alguns, é um provocador, para outros, um iconoclasta. Muitos são os qualificativos empregados para referi-lo.

Em 1985, ele publicou o livro intitulado *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Na obra, está presente a noção de carnavalização, que diz respeito a certo tipo de imaginário, a saber, o surrealista. A expressão, incomum aos juristas, indica a necessidade de construir novos significados para o direito. O “surrealismo jurídico” abre as portas para a contradogmática, considerando que o direito não constitui o todo jurídico, pois haveria frestas de sentido não cobertas pela razão instrumental jurídica.

Nessa diretiva, a transgressão carnavalesca proposta por Warat (1990, p. 72) pode ser sintetizada como a perene provocação ao imaginário humano, que seria encarregado de desaliená-lo, a partir da proposta de um *locus* de leitura do mundo e de seus discursos. Esse espaço, nos dizeres do autor, é muito importante porque desvela o saber e o poder, o que enseja maior presença de sujeitos que dialogam com significações, tornando-os protagonistas, tendo em vista o caráter inacabado dos significados, e, ainda, rejeita a mera condição de ouvintes do discurso.

Assim, para enfrentar a dogmática jurídica tradicional e o formalismo exegético vigorante, em um ambiente de constituição formal/nominal, que, com raras exceções, contribuiu para a sustentação dos governos militares, como foi o caso do Brasil, Warat sugere o desvelamento do saber e do poder por meio da carnavalização do discurso jurídico, invertendo a crítica do

---

<sup>6</sup> Um dos corifeus da teoria da argumentação é Robert Alexy.

direito. Era necessário, pois, fazer a crítica da crítica. Ao incorporar a semiótica e a psicanálise e ao discordar do realismo jurídico, ele não queria todo o poder ao aplicador, mas fazer a crítica a uma visão institucionalizada e estandardizada do direito, indicando as significações imaginárias, socialmente instituídas, ou o não dito pelo discurso jurídico do senso comum teórico dos juristas.

A relação entre o direito e o sentido da carnavalização é descrita por Lenio Luiz Streck (2015a, [s. p.]):

Lembro-me que, tão logo Niemeyer concluíra o sambódromo, os alunos perguntaram a Warat o que ele achava. Ele acendeu um cigarro que lhe alcancei – ele não tragava, mas gostava de filar – e disse: fazer um sambódromo já é um problema. Mas o pior é fazer uma praça da apoteose. Trata-se da institucionalização do gozo. É como marcar horário para transar...e estipular o momento exato da ejaculação. Isso é broxante, dizia o mestre, atirando-se para trás com sua já então considerável barriga.

Warat, ao falar da carnavalização, rejeitava o carnaval do tipo-praticado-em-Pindorama, mormente o dos desfiles do Sambódromo. Não é disso que ele tratava. Por isso, inclusive, construí o conceito aplicado a alguns programas de Pós-Graduação em Direito: Imperatriz Leopoldinense. O Curso não é grande coisa; mas as alas isoladamente estão *up to date*. Joga segundo o regulamento. Mas isso não é carnaval. Como não é crítico o discurso institucionalizado. Warat tinha ojeriza a isso. Brincávamos: há cursos em que das 9 às 10 o professor se esfalfela falando em crítica jurídica; entra o professor de direito penal com um manual resumido (ou mastigado) debaixo do braço e esculhamba com tudo. Mas o Curso diz: “- nosso curso é crítico; tem até fulano que dá aula das 9 às 10”. Crítica institucionalizada. Daí a necessidade da crítica à crítica do direito. Só carnavalizando é que se poderia inverter tudo isso.

Registre-se que a carnavalização nada tem que ver com “gandaia epistêmica” ou mixagens teóricas. Trata-se de uma crítica à crítica do direito, e considera-la a segunda seria enviesada pois, significaria relacioná-la a um Estado de exceção, o que não tem qualquer tipo de relação com o “woodstock jurídico tardio”, a “oabtização” ou a simplificação dos cursos jurídicos de hoje.

Uma ecologia do desejo afirma que os discursos carnavalizados opõem-se à razão transparente do iluminismo, que elege o sujeito de direito como centro do mundo, fonte do solipsismo (eu, meu mundo, minhas referências; ou cada cabeça, uma sentença), na medida em que expõem as

ficções das concepções jurídicas predominantes, que seriam responsáveis pela ilusão de controle da vida humana em sociedade.

Diante disso, é mister repensar, também, o ensino jurídico. A práxis dos juristas só será alterada se mudarem as matrizes que sustentam sua ordem simbólica. Por isso, uma pedagogia emancipatória do direito passa, obrigatoriamente, pela reformulação do imaginário existente.

Nos cursos jurídicos, o ato de aprender deve estar relacionado à vida, e não ao encarceramento conceitual. A criatividade, as incertezas, as impurezas, as fragmentações do saber não são obstáculos, mas condições de lucidez para uma teoria que mereça esse nome. Isso não tem nada que ver com o estado de natureza hermenêutico<sup>7</sup> ou com o salve-se-quem-puder que se tornou o exercício de atividades jurídicas no Brasil hodierno.

Nessa perspectiva, ler Warat é despertar do sono letárgico do positivismo, modelo teórico inconfessado de todos aqueles que rejeitam o questionamento e que moram na doxa epistêmica. Não que o positivismo em si mesmo seja bom ou ruim (Streck, 2015b). Há diversos tipos de positivismo (pós-exegéticos, inclusive). É necessário conhecê-los, desnudá-los, para, assim, mudar para as obviedades do senso comum (Streck, 2012a) e superar os anacronismos da hermenêutica (Leal, 2010, p.55).

Urge afastar a noção de dupla racionalidade, como se a racionalidade cotidiana não tivesse condições de compreender a história, mas somente a científica. É como se houvesse um precipício entre o sentido comum e o científico (Warat, 2002, p. 99). Em uma frase: é como se a política fosse o lugar do caos; e o direito, o da razão. Não é simples assim.

### **Positivismo jurídico: um fardo? Uma tentativa de síntese**

Sim e não. Sim, porque o nascimento do constitucionalismo global após a Segunda Guerra Mundial trouxe consigo o reposicionamento e não a ruptura com a teoria do direito, qual seja, o pós-positivismo. Este articula questões que não estavam presentes ou, talvez, obnubiladas pelo positivismo jurídico. Com a nova matriz de Estado, de Direito e de Constituição, o ensino do direito, os institutos jurídicos e a prática forense precisam ser repensadas. Não, na medida em que existe, ainda hoje, um apego ao formalismo exegético, e as soluções pandectísticas e

<sup>7</sup> A expressão é de Lenio Luiz Streck.

jurisprudencialistas são prestigiadas. Nessa ótica, um recorte kelseniano, ou baseado em Norberto Bobbio ou em Herbert Hart, pode ser um avanço, ainda que eles não estejam propriamente sincronizados com a discussão atual.

Talvez uma das chaves de compreensão da teoria do direito no positivismo jurídico esteja no fato de que pouco importava a discussão acerca da legitimidade da decisão nos diversos níveis de poder estatal (Executivo, Legislativo ou Judiciário). Com efeito, operava-se a separação entre validade e legitimidade, sendo que a primeira deveria ser resolvida por meio da análise semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que a segunda (os problemas de legitimidade) estaria afeita à teoria política, o que conduziria, de modo inevitável, à ideia de decisão como escolha e ao relativismo filosófico.

O que muitos não perceberam foi que Hans Kelsen, o mais importante autor do positivismo normativista, ao “desistir” de enfrentar os casos difíceis, abriu espaço para a discricionariedade, daí o decisionismo kelseniano (Streck, 2012b, p. 62-63).

Para não concluir, o estado de coisas existente exige o esclarecimento epistêmico de algumas questões, tais como: aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?<sup>8</sup>, diferenciar as espécies de positivismo inclusivo e exclusivo, demarcar uma nova teoria do Estado, considerando a teoria da Constituição em um Estado Democrático, discutir o problema da discricionariedade, do solipsismo, das teorias positivistas e pós-positivistas, da permanência da filosofia do sujeito, dentre outras. De fato, trata-se de um árduo desafio.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Comumente, a dualidade como foi estabelecida como chave de interpretação dos problemas do Brasil – quais sejam: o sertão e litoral (Euclides da Cunha), o semeador e o ladrilhador (Sérgio Buarque de Holanda), a casa grande e senzala (Gilberto Freyre), o senhor e o escravo (Caio Prado Júnior) o patrimonialismo do Estado e a virtude do mercado (Raymundo Faoro), o desenvolvimento e o subdesenvolvimento (Celso

---

<sup>8</sup> Este é o título de um artigo publicado por Lenio Luiz Streck.

Furtado), a casa e a rua (Roberto Damatta), dentre outros – que está na genealogia do discurso do “nós” e “eles”.

A reinvenção ou a criação democrática no Brasil ocorre com a Constituição de 1988. Antes de ser regime de governo ou método de decisão, a democracia é uma condição de significação, que comanda os processos de autonomia, abrindo-os à imprevisibilidade de suas significações (Warat, 1990, p. 64). Nesse processo, o diálogo é parceiro indispensável, e é necessário admitir algum grau de incerteza.

As fraturas e os impasses da teoria do direito e, igualmente, da democracia residem na (im)permanência de um imaginário teológico-político que deseja um Estado forte (Chauí, 2001, p. 98) para a salvação nacional, como se isso fosse possível. Desconfiado do Executivo, com receio do Legislativo e com medo do Judiciário, esse modelo de Estado forte é representado na figura de Custódio, personagem de Machado de Assis, que chega a ser uma espécie de metáfora do brasileiro, e também, no juiz-celebridade, campeão do combate à corrupção e venerado nas ruas pelos populares, tão comum hoje.

A Constituição de 1988, erigida com base em nova matriz teórica, precisava de novos modelos de análise: uma teoria das fontes, uma teoria da norma e uma teoria hermenêutica que abarcasse os direitos de segunda e terceira dimensões. Como a Constituição continuou a ser concebida como um documento de cariz político até o raiar do constitucionalismo da efetividade, apostou-se em uma doutrina constitucional de vanguarda, que levou, como efeito colateral, ao ativismo inconsequente.

De todo modo, os discursos exegético, pandectista ou jurisprudencialista são datados, e ainda que eles sejam predominantes no plano da dogmática jurídica, no Brasil, representam um retrocesso. Isso porque, de um lado, sustentam discursos objetificadores e, de outro, posturas axiológicas que fazem com que o direito dependa das preferências, dos valores e da moral dos seus intérpretes.

Se o novo modelo apostava na estrutura do Direito (objetivismo), ter-se-ia adotado postura de perfil subjetivista, o que ensejou o decisionismo e, igualmente, o instrumentalismo, no âmbito do processo civil, assim como o padrão inquisitivo, no processo penal (Streck, 2011, p. 81-82). Para enfrentá-los, a hermenêutica funcionaria como um dique para impedir que

a democracia, como método e forma de organização política, fosse substituída pelo “governo dos juízes”. Em face disso, uma das tarefas dos juristas é fundar ou corroborar a construção de um imaginário de respeito à Constituição e às leis. Seria um bom começo.

### REFERÊNCIAS

- ASSIS, Joaquim Maria Machado de. Esaú e Jacó. In: ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. Disponível em: <<http://machado.mec.gov.br/images/stories/pdf/romance/marm09.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2017.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOSI, Alfredo. *História concisa da literatura brasileira*. São Paulo: Cultrix, 2008.
- CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003a.
- CARVALHO, José Murilo de. *Teatro de sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b.
- COSTA, João Cruz. *Contribuição à história das ideias no Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.
- COVER, Robert M. Nomos e narração. Tradução de Luis Rosenfield. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 2, n. 2, p. 187-268, jul.-dez. 2016. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/299/pdf>>. Acesso em: 5 maio 2017. doi: [10.21119/anamps.22.187-268](https://doi.org/10.21119/anamps.22.187-268).
- CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.
- DIAS, Gabriel Nogueira. *O positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores. *Revista Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, p. 6-33, jan.-jun. 2012.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros no século XIX. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 98, p. 257-294, 2008.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito & Literatura: ensaio de síntese teórica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. *Revista de Informação Legislativa*, n. 171, p. 91-105, jul.-set. 2006. Disponível em:

- <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92825/Godoy%20Araldo.pdf?sequence=1>>. Acesso em 30 jun. 2016.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PAPA BENTO XVI. *Discurso do Papa Bento XVI*. Visita ao Parlamento Federal da Alemanha. Berlim, 22 set. 2011. Disponível em: <[https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2011/september/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20110922\\_re\\_ichstag-berlin.html](https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_re_ichstag-berlin.html)>. Acesso em: 30 jun. 2016.
- PINO, Dino del. O alienista: loucura, ciência e paródia. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 157-173, jan.-jun. 2015. Disponível em: <[http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/17/pdf\\_2](http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/17/pdf_2)>. Acesso em: 30 jun. 2016. doi: [10.21119/anamps.11.157-173](https://doi.org/10.21119/anamps.11.157-173)
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SEVCENKO, Nicolau. *Literatura como missão: tensões sociais e criação cultural na Primeira República*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- SOMMER, Doris. *Ficções de fundação: os romances nacionais da América Latina*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2004.
- SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. O sentido (in)comum das obviedades desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, n. 4, v. 2, p. 185-192, jul.-dez. 2012a. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.08/1241>>. Acesso em: 8 maio 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012b.
- STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. Em tempos de carnavalização, vale lembrar o maior folião epistêmico: Warat. *Empório do direito*, Florianópolis, 13 fev. 2015a, sem paginação. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/em-tempos-de-carnavalizacao-vale-lembrar-o-maior-folião-epistemico-warat/>>. Acesso em: 28 jun. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e interpretação do direito*. 5-6 maio 2015b. 22f. (notas de aula).
- WARAT, Luis Alberto. *Manifestos para uma ecologia do desejo*. São Paulo: Acadêmica, 1990.

WARAT, Luis Alberto. O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas. In: WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: safE, 2002. p. 57-99.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

**Idioma original: Português**

**Recebido: 09/03/17**

**Aceito: 04/05/17**